13
5 M
10

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

27.2.19

13-9.6.3

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII

SEBVSIANI, SERE-

CIS CONSILIARII, SENATORIS
SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNEN-
SIS DVCATVS AVDITORIO
Præſidis,

Libri viginti.

In quibus difficiles plerique Iuris Iuſtinianæi loci, nouis cùm emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectáque Iuris principia ſtabiliuntur.

Cum Copioſiſſimo,

1. Principiorum & concluſionum Iuris, quæ hîc proponuntur, explicantur, aut demonſtrantur.
2. Legum emendatarum aut explicatarum.
3. Autorum, quorum opiniones recenſentur, vel probantur, aut refelluntur.

APVD SAMVELEM CRISPINVM, ET
FRANCISCVM FABRVM.

Digitized by Google

AMPLISSIMO, ET CLARISSIMO VIRO RENATO LYOBARDO CHATELARDO IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Præſidi Primario,

ANTONIVS FABER S. D.

CVm in omni ſcientiarum & diſciplinarum genere præſtantiſſimis quibuſque viris periculoſum ſemper viſum fuit, vir clariſſime, incerta, ac ſæpius iniqua, de ſcriptis ſuis aliorum iudicia experiri, tũ his maximè tẽporibus eorum, qui de iure ſcribunt, miſerrima conditio eſſe videtur, quos neceſſe eſt, vel ita ſcribere, vt nihil ſcribant, vel, ſi quid de ſuo ſcribunt, communem ferè omnium reprehenſionem incurrere. Quamquam enim tanta Iuriſprudentiæ amplitudo, & præſtantia eſt, vt nullo quæſtionum, aut librorum numero concludi poſſit, veterum tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniíque fœcunditate factum eſt, vt niſi quod ipſi prius dixerunt, nihil nunc à nobis dici poſſe videatur. Quòd ſi quid ab iis prætermiſſum reperitur, vel minus rectè obſeruatum (cuiuſmodi plæraque in tam vaſta ſcientia ſupereſſe adhuc credendum eſt) iam frequens multorum vox eſt, ab eorum qui de nobis tam benè meriti ſint traditionibus recedere, & nouas requirere, aut ſequi, nec tutũ eſſe, nec honeſtum: vt ſi quis contra audeat, eum impudentẽ, hæreticum in iure, ſic enim loquuntur, & quod omnium indigniſſimum eſt, nihil niſi Grãmaticum eſſe vociferentur. Vnde fit vt docti plærique viri, ſed tamẽ nimis timidi, & puſilli animi, à ſcribendi ſtudio reuocentur: Alij contrà nimis temerè omnem ſuam operam libris conſcribendis dedant, in quibus nihil ſit, niſi quæ in veterum ſcriptis melius legere poſſimus, ac plærumque cõmodius. Illorum certè puſillanimitas, & inhoneſta verecundia excuſari non poteſt, qui rumores, vt dici ſolet, ante ſalutem ponunt: Sed horum præcipuè diligentia reprehendenda eſt, publicis Iuriſprudentiæ ſtudiis longè magis pernicioſa, quibus tot librorũ millia nocent potius, nec niſi ornandis, aut veriùs onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorũ iudicium eſt, qui licet veterum gloriæ neque addi poſſe quicquam, neque detrahi debere exiſtiment, fatentur tamen multa ab illis prætermiſſa eſſe, & ignorata: nec eorũ authoritati tantùm tribuunt, vt cum ipſis errare malint, quàm ſoli benè ſentire. Huiuſmodi plures noſtra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantã obſcuriſſimis; ac denſiſſimis iuris noſtri tenebris lucẽ attulerit, ipſa, ſi loqueretur, Iuriſprudentia teſtaretur. Et iam nemo eſt qui non fateatur, niſi qui aut diſſimulant, aut ingenij imbecillitate, &, ſi dicere liceat, obſcuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus aſſueti ſunt, reuocari poſſint, lucémq; intueri. Fatetur Italia, quæ Alciati primi veluti cæterorum parentis matrem, & patriam eſſe ſe gloriatur. Fatetur Hiſpania, quæ duorum Antoniorum, Auguſtini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimã priſcorum laudibus anteponit. Fatetur denique Gallia, quæ Budæi, Duareni, Molinæi, Cuiacij, Hotománi, Petri Fabri, tótque aliorum Iuriſconſultorum ſcriptis do-

Digitized by Google

ctiſſimis illuſtrata, nunc cæteris totius Europę prouinciis nobiliorem ſe iactat, quibus anteà veterum interpretum gloriæ longè inferior cedere cogebatur. Ego ſanè, vt iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iuriſprudentia ſapere per ætatem licuit, facere non potui, quin hos præcipuo quodam iure laudarem, mihíque imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, eruditè, & ſubtiliter tractare omnia, vt eos demùm veram, non rudem, aut adumbratam iuris ſcientiam aſſecutos, ac de libris noſtris omnium optimè meritos eſſe iudicarem. Qua ex opinione cœpi poſteà eorum exemplo ſic eſſe affectus, vt ex alieno iudicio pendere nollem, nec vllius authoritate moueri, niſi eius, qui præter vanam nominis oſtentationem rationis potiſſimùm authoritatem præſeferret. Ita factum eſt, vt nouas plæraſq; in iure opiniones, & obſcuriorum locorum interpretationes adinuenerim, à receptis veterum aut recentiorum interpretum ſententiis omnino abhorrentes: ſed à vera, rectáq; iuris ratione minus, meo iudicio, alienas: Quas dũ in ſcholis eſſem, ſedulò, & diligenter ſelectas in diuerſa capita diſpoſueram, eo conſilio, & propoſito, vt ſi poſt aliquot annos placerent, quæ tunc probabantur, in publicũ exirent, incertámq; iudiciorum aleam ſubirent. Sed à ſcholis reuerſus, tuíſque, vir clariſſime, imperiis foro addictus, vti planè diuerſam prouinciã ingreſſum me vidi, ita de vetere meo conſilio dubitare cœpi, & à ſcribendi ſtudio, quod anteà conceperam, penè reuocari. Præuidebam.n. fore, vt hos meos libros, in quib. nihil ferè eſſet quod Accurſij, Bartoli, Iaſonis, aliorúmq; communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil niſi Bartolos, & Iaſones loquerentur: quorum in foreſibus diſceptationib. præcipua eſt & ſemper fuit authoritas. Illud verò odioſum, adeóq dignum reprehenſione videbatur, iis me non placere, quibus tantum tribuerem, quantum mihi non auſim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino eſſet metienda exiſtimatio. Cogitabam quàm difficilè ſit, pręſertim nouo homini, nouas opiniones inducenti, de iure ſic ſcribere, vt omnibus ſatisfaciat, & vanitatis notã fugiat aut temeritatis. Quæ mihi eò magis pertimeſcenda erat, quòd ego nec ingenio excellens nec longi tẽporis ſtudio in hac iuris diſciplina exercitatus, necdum quatuor & viginti annos natus (ſit hæc non induſtriæ meæ laus, ſed errorum potius meorum excuſatio) videbam exprobaturos mihi plæroſque, quòd præmaturè de iure ſcriberem, nimíſq; confidenter magnum aliquid aſſecutum me crederem in ea ſcientia, in qua vix vlli hactenus contigit vel vnam paginam ſic ſcribere, vt non aliquid in ea ab aliis deſiderari & varij errores, vt alia aliorum iudicia ſunt, pro cuiuſq; arbitrio notari poſſint. Neq; tamen vinci, & perſuaderi potui vt à ſcribendi inſtituto diſcederem, vel horum librorum editionem in nonum vſque annum, quod vulgare multorum conſilium eſt, dimitterem. Quin potius his ipſis rationibus in priore mea ſententia magis cõfirmatus, facturum rectiùs me putaui, ſi in hac ætate, quæ ſola errorum meorũ, & imprudentiæ veniam facilius impetrabit, ac priuſquàm forenſium occupationum mole obruerer, hos ſtudiorum meorum, & ſcholaſticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi ſeruatos publicè exhiberé, tanti ab omnibus æſtimandos, quanti bono & docto cuiq; viro, nec iniquo alienorum laborum ęſtimatori videbitur. Non.n. tantum mihi tribuo, vt opiniones meas omnibus probari poſſe vel debere confidam: quas ideò *Coniecturarum* nomine donatas volui, vt ex eo omnes intelligerent non eſſe mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, ſed Cõiecturas, neq; ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facilè poſſint, neq; tamen ita neceſſarias, quin poſſint et refelli ab iis qui feliciore ingenio, & maiore eruditione prędití, in ſcriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec diſſimulo, me feciſſe, à quib. illud vnum dari mihi poſtulo, vt rationibus

nibus duntaxat, non interpretum, licet approbatiſſimorum, & celeberrimorum, authoritatibus moueantur: Sic fiet vt quid verum, quídve falſum ſit melius appareat, libentiúſq; mutem ſentẽtiam à qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucundiſſimum, cæteris longè vtiliſſimum, tot legum à nemine hactenus, vt arbitror, intellectarũ veras interpretationes ab iis diſcere, quas ſi hic meus conatus extorquere poterit, ſatis deſiderio meo factum putabo, nihílq; præterea ad laudẽ deeſſe mihi arbitrabor. Sed earũ pręcipuè legũ exceptiones intelligere cupio, quarũ his libris emendationes proponũtur, recentioribus quidem, & venuſtioribus horũ temporum interpretibus familiares, iis verò, quibus veteres tãtùm placent, prorſus odioſæ, & moleſtæ: quorũ frequens illud in ore verbum eſt, Non ſolere emendari leges niſi ab iis, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quàm ridiculè & falsò ab iis dicatur, teſtes ſunt doctiſſimi omnes ætatis noſtræ Iureconſulti, qui in corruptiſſimis plæriſq. iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico præſtiterunt, quantam iis interpretandis operam veteres perdiderunt. Multi enim librariorum inſcitia, multi imperitorum interpretum audacia ſic deprauati ſunt, vt qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit, ei omnino neceſſe ſit abſurdam & fatuam aliquã interpretationem cõminiſci. Quales innumeras in Accurſij gloſſis, & veterum commentariis cernimus, à librorum quibus vtebantur corruptione vt credibile eſt, potius quàm à tantorum virorum ignorantia profectas, dum in iis corrigẽdis ad ſuperſtitionem vſq; religioſi eſſent, & quod homine indigniſſimum puto, nuda verborum figura magis quàm ratione ducerentur. At quoniã in emendationib. recipiẽdis magna cautio adhibẽda eſt, vt nõ niſi quã parciſſimè fieri poteſt, admittãtur, quòd nõ minùs reprehendẽdæ ſunt, quæ otioſæ, quàm adprobãdæ eæ, quæ ad legũ ſententiã aſſequendã neceſſariæ videntur, placuit emendationibus meis aliquot alienarũ reprehẽſiones ſubiũgere, & receptã lectionẽ aduerſus recentiorum opiniones defendere, vt in libris meis aliquid eſſet, quo lectorum omnium animi, diuerſáq iudicia oblectarentur. In quo, aliis fortaſſe ſatisfeci: mihi, vt dicam liberè, nõ ſatisfeci, cui ſanè moleſtiſſimum fuit ingenioſum agere in operibus alienis: & eorum maximè quorũ elegantiam, ſubtilitatem, & diligentiã laudare longè iucundius fuiſſet, quàm authoritatẽ, quæ iam apud oẽs tanta eſt quanta eſſe debet, impugnare, & errores (ſi errores ſunt, quos eſſe puto) refellere. Sed quia tam diligenter illi in iure verſati ſunt vt nihil intactum reliquerint, ac ferè in omnibus vel cum ipſis vel contra ipſos ſentiendum ſit, facile omnes factũ noſtrũm excuſabunt, qui ſolius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non poſſe, quàm omnium opinionum de ea re de qua quæritur recenſitione, & earum quæ non probãtur refutatione. Sic Labeonem, Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iuriſprudentiæ noſtræ Duces, à Iaboleno, Marcello, & Paulo plæriſq. locis rectè notatos legimus, quamuis horum longè minor, quàm illorum authoritas, & eruditio haberetur. Nempe, docta omnia nõ ſunt, quæ à doctiſſimis viris proficiſcuntur: nec humanæ imbecillitatis conditio patitur adeò perfectè quem ſcribere, vt nihil prætermittat, & nunquam à veritate aberret. Illud duntaxat proſpiciendum eſt diligẽter, ne in alienis opinionibus refellendis immodeſtè quid dicatur, & reprehẽdendi ſtudio potius quã diſcendę aut inueſtigandę veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curaui: eámquę ob cauſam ex pluribus quæ cumulare nolui, ea duntaxat ſelegi, licet non omnia, quæ ab aliis omnibus, quorũ ſcripta legere licuit, & libuit, (quis enim omnium legere aut poſſit, aut velit?) prætermiſſa vel ignorata exiſtimaui. Quale verò cumq. eſt, quod feci, totũ id tibi vni, vir clariſſime, optimo iure debitum, iámque inde à multis annis dicatũ, nunc libens offero, & pręſto. Serius

profectò, quàm oportuerat, ſi debiti diem, tótq; obligationũ, quibus me obſtrictũ tenes, vim, & conditionem ſpectes: ſed tamẽ ſat citò ſi ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, & forenſium occupationum, quibus me à ſcholis redeuntem deditũ voluiſti, impedimenta cogitabis. Quæ ſi aut nulla, aut minora fuiſſent, perfectiora nunc haberes, quæ præſto rudia penè, & impolita. Nec tamẽ diutius iis poliendis cunctari volui, non ſolùm vt citiùs, ac opportuniùs tibi de noua iſta dignitate gratularentur, quæ iamdiu quidẽ virtutibus tuis debita, nunc verò ſumma totius populi expectatione, & admirabili doctiſſimorum, optimorúmque omnium gratulatione honorificẽtiſſimè oblata, ac decreta eſt: ſed etiã ne magnã tuã de ſtudiis meis ſpem, lõgiore quàm par ſit mora, & fruſtratione deciperẽ, indéque fieret vt temporis vſuræ, cæterarúmque acceſſionum additamentis debiti mei, quod vix iam poſſim exſoluere, quantitas, ſolutioníſque difficultas augeretur. Quãquã enim te non durum aut moleſtum creditorem eſſe expertus ſcio, verendum tamẽ mihi fuit, quod prouidi debitores ſolent, ne ſi humanitate & facilitate tua, liberiùs abuterer, nullum poſthac ad menſam tuam aditũ haberem, de qua tam ſæpe egẽti mihi pecunias numeraſti. Tua, vir clariſſime, infinita erga me merita intelligo, quorum frequẽtia, & magnitudine à primis ſtudiorum meorum temporibus tibi deuinctũ me voluiſti, vt ſi quid ex induſtria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquã ex peculio meo profectitio quæſitũ, patriæ poteſtatis iure vindicare poſſis. Me enim nõ vt eum, qui tibi natura, & ſanguine coniũctus ſit, ſemper dilexiſti (quod ad gloriã, virtutiſque ſtudium ſufficere mihi poterat) ſed vt filium amaſti, & patre meo vita functo, quo tẽpore conſilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab inſtituto, vixque tũc inchoato ſtudiorũ meorũ curſu reuocarer, tanta me voluntate, ac officiis omnibus vltrò proſecutus es, vt facilè intellexerim viuo te non deeſſe mihi patrem, qui me meáque omnia diligenter curet, humaniter foueat, ſtudioſè amplectatur. Inter cætera verò, quæ à te profecta ſunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere nunc nõ poſſum, quòd mihi ad hæc Iuriſprudentiæ ſtudia accedenti, magiſtrum dediſti D. Ioan. Antonium Manutium, ciuilis diſciplinæ in Taurinenſi Academia profeſſorem celeberrimũ, & ingenij acumine, orationis eloquentia, doctrinæ præſtantia antiquis ipſis iuris authoribus comparandum. Cuius ſolius, vt iuſſeras, auſpiciis, & præceptis, tantũ profeciſſe me glorior, quantũ vix in alterius ſchola proficere poſſet is, qui me ingenio, & diligentia lõgè ſuperaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitiis intelliges, ſi quid fortè in iis erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Etſi autem verendum potius mihi eſt, ne tibi eximia præ cæteris, præſtantique eruditione, prædito leuia hæc, & pene puerilia videantur: attamen nõ deſpero, quin pro ſingulari erga me humanitate, & beneuolentia iis, qualiacumque ſint, authoritatem tuam accommodaturus ſis, omnia probaturus, & aduerſus eorum, quorum nec reprehenſionem curo, nec iudicium requiro, obtrectationes, & calumnias, ſi quæ emergent, defenſurus. Id ſi à te impetrauero, faciam alacriter, vt quicquid mihi poſthac à forenſi exercitatione otij dabitur, ad ſcribendi ſtudium conferam, nihilq; præmittam eorum omnium, quæ ad illuſtrandam Iuriſprudentiam, tuámque de me opinionem ſuſtinendam pertinere exiſtimabo. Bene vale, vir clariſſime, & reipublicæ mihique diu fœlix viue.

AD AMICVM LECTOREM EX MARTIALI.

Sunt bona, ſunt quædam mediocria, ſunt mala plura,
Quæ legis hic: aliter non fit, amice, liber.

INDEX CAPITVM XX. LIB. CONIECTVRARVM.

Prior numerus Caput, poſterior verò paginam huius editionis demonſtrat.

Libri Primi.

Explicatur l. qui Romæ 122. in princ. ff. de verb. oblig. 1.1
Emendatur l. 5. ff. de impenſ. reb. dot. fact. & explicatur l. ſi is qui. 56. §. quod dicitur de iur. dot. 2.2
Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Manio. 41. §. 1. de leg. 2. 3.3
Explicatur l. 26. C. de iur. dotium l. 26. ff. depoſiti l. 37. §. codicillis. de leg. 3. 4.4
Additur negatio in l. cum reus. 14. ff. de fideiuſſor. 5.5
Defenditur reſponſum Scæuolæ in l. prædia. 27. §. liberto. de inſt. leg. 6.5
Ex eodem titulo explicatur l. Seia 20. & aliæ nonnulla. 7.6
Noua emendatio l. 7. §. ſi vir. ſolut. matr. & explicatio l. vir de fund. dot. 8.7
Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum. 14. ff. de in rem verſo. 9.8
Conciliatio l. ventre. 84. de acq. her. cum l. ſi filius. 1?. ff. de liber. & poſth. 10.10
Emendatur Claudij nota in l. generali 32. §. 1. de vſufr. leg. 11.11
Explicatur l. 1. C. de her. tutor. & l. 2. C. de magiſtr. conuen. 12.12
Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. ff. ſolut. matr. 13.13
Reſtituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis. 14.16
Male ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex aſſe. 52. ff. ad leg. Falc. 15.17
Superſtitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure vetere, aio nolo. 16.18
Addendam eſſe negationem in l. heres. 21. §. quòd ſi hic ſeruus ff. de fideiuſſor. 17.20
Diſſenſio Vlpiani à Paulo, in quæſtione §. ſi à furioſo. l. 2. ff. pro emptor. 18.21
An generalis ſententia ſit l. filio præterito 17. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam. 19.23
Emendatur l. 1. ff. de ſeru. ruſt. præd. 20.23

Libri Secvndi.

De differentia bonæ fidei poſſeſſoris, & malæ fidei poſſeſſoris, cum de ſumptuum in alienam rem factorum repetitione quæritur. 1.24
Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. author. iud. poſſ. aliàs l. 13. de priuil. cred. 2.26
Recta ſententia, & vetus lectio l. ſi dictum. 56. ff. de euic. 3.27
An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat. 4.28
Emendatur l. & hac diſtinctio. 35. ff. locat. 5.29
Ad l. ſi vullus. 33. & l. pen. ff. de rei vin. 6.30
Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l. cum quis 38. §. qui hominem. ff. de ſolut. 7.31
Emendatio l. Papinianus. 25. ff. de donat. vir. & uxor. 8.32
An ſocius ſocio de damno infecto cauere compellatur. 9.33
Conciliatio l. 28. ff. de iur. fiſc. cum l. vlt. ff. qui pot. in pignor habeant. 10.35
Emendatur l. ſi quis. 27. § ſi impubes. ff. de inſtit. act. 11.36
Quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem, qui promiſſum hominem ante promiſſoris moram occidit. 12.37
Explicatio l. ſi extraneus 33. de iur. dotium. & l. Neſennius. 41. de re iud. 13.38
Emendatio l. ſicut. 21. ff. de re iud. 14.39
De quæſtione & ſententia l. ſi Stichum. 16. de verb. obl. & l. qui decem 72. §. Stichum. ff. de ſolut. & liber. 15.40
Ad §. vlt. l. 4. ff. de cond. inſt. & de ratione introducendæ cautionis Mucianæ. 16.42
Emendatur l. qui de creditore. 11. in fine ff. de damn. infect. 17.43
Interdicta quædam eſſe duplicia, tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis. 18.44
Emendatur l. Lucius. 32. ff. de don. 19.45
In l. tranſigere. 18. C. de tranſact. verba illa, Excepto adulterio, addita eſſe ab imperito interprete. 20.46

Libri tertii.

De natura Prætoriarum cautionalium ſtipulationum. 1.48
Valde corruptam eſſe l. in l. 14 ff com. diuid. 2.50
Nouationem iure Digeſtorum quibuſdam caſibus non aliter fieri, quàm ſi id ſpecialiter expreſſum ſit. 3.51
Herede poſt aditam hereditatem reſtituto in integrum, ſubſtitutioni locum fieri. 4.53
Emendatio l. inter cauſas. 26. §. ſed cum ſeruus ff. mand. 5.55
Ad l. propter. C. de adulter. 6.56
Ad §. Cato. l. 4. de verb. oblig. noua coniectura. 7.56
Emendatio §. vlt. l. 4. de verb. oblig. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunt. 8.58
Ad l. lex Cornelia. 28. ff. de vulg. & l. pater 10. ff. de cap. & poſtl. 9.59
Iuliani & Papiniani ab Africano diſſenſio. 10.61
Emendatio l. pen. ff. de iur. codicill. 11.62
Male à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis l. cum pater. de leg. 2. 12.63
Ad l. ſi heres. 110. ff. de legat. 13.64
Emẽdatio noua §. quoniam. l. cum tabulis. ff. de his quæ vt indign. 14.65
In l. filius. 28. ff. de liber. & poſthum. in prin. pro inſtitui, legendum eſſe ſubſtitui. 15.66
Ad l. item veniunt. 20. §. aut Senatus. ff. de petit. hered. 16.67
Explicantur omnes leges tituli. C. de inoff. don. Et Nouell. 92. 17.68
Deeſſe negationem in l. pen. §. 1. ff. de adm. leg. 18.70
Emendatur l. cum quis. 38. §. 1. ff. de ſolut. 19.72
Emendatur l. vlt. ff. de pact. dot. & l. intereſt. 6. C. de vſufruct. 20.73

Libri Qvarti.

Condictionem ex cauſa furtiua & rerum amotarum dari in ſolidum contra heredem. 1.74

* 4

13
5 M
10

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

27'2.19
13-9.6.3

Digitized by Google

ANTONII

SEBVSIANI, SERE-

CIS CONSILIARII, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO

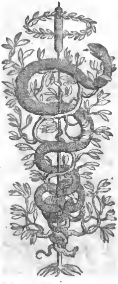
Præſidis,

Libri viginti.

In quibus difficiles pleriquе Iuris Iuſtinianæi loci, nouis cùm emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectáque Iuris principia ſtabiliuntur.

Cum Copioſiſſimo,

1. Principiorum & concluſionum Iuris, quæ hîc proponuntur, explicantur, aut demonſtrantur.
2. Legum emendatarum aut explicatarum.
3. Autorum, quorum opiniones recenſentur, vel probantur, aut refelluntur.



APVD SAMVELEM CRISPINVM, ET FRANCISCVM FABRVM.

Digitized by Google

Digitized by Google

AMPLISSIMO, ET CLARISSIMO VIRO RENATO LYOBARDO CHATELARDO IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Præſidi Primario,

ANTONIVS FABER S. D.

CVM in omni ſcientiarum & diſciplinarum genere præſtantiſſimis quibuſque viris periculoſum ſemper viſum fuit, vir clariſſime, incerta, ac ſæpius iniqua, de ſcriptis ſuis aliorum iudicia experiri, tũ his maximè tẽporibus eorum, qui de iure ſcribunt, miſerrima conditio eſſe videtur, quos neceſſe eſt, vel ita ſcribere, vt nihil ſcribant, vel, ſi quid de ſuo ſcribunt, communem ferè omnium reprehenſionem incurrere. Quamquam enim tanta Iuriſprudentiæ amplitudo, & præſtantia eſt, vt nullo quæſtionum, aut librorum numero concludi poſſit, veterum tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniique fœcunditate factum eſt, vt niſi quod ipſi prius dixerunt, nihil nunc à nobis dici poſſe videatur. Quòd ſi quid ab iis prætermiſſum reperitur, vel minus rectè obſeruatum (cuiuſmodi plæraque in tam vaſta ſcientia ſupereſſe adhuc credendum eſt) iam frequens multorum vox eſt, ab eorum qui de nobis tam benè meriti ſint traditionibus recedere, & nouas requirere, aut ſequi, nec tutũ eſſe, nec honeſtum: vt ſi quis contra audeat, eum impudentẽ, hæreticum in iure, ſic enim loquuntur, & quod omnium indigniſſimum eſt, nihil niſi Grãmaticum eſſe vociferentur. Vnde fit vt docti plærique viri, ſed tamẽ nimis timidi, & puſilli animi, à ſcribendi ſtudio reuocentur: Alij contrà nimis temerè omnem ſuam operam libris conſcribendis dedant, in quibus nihil ſit, niſi quæ in veterum ſcriptis melius legere poſſimus, ac plærumque cõmodius. Illorum certè puſillanimitas, & inhoneſta verecundia excuſari non poteſt, qui rumores, vt dici ſolet, ante ſalutem ponunt: Sed horum præcipuè diligentia reprehendenda eſt, publicis Iuriſprudentiæ ſtudiis longè magis pernicioſa, quibus tot librorũ millia nocent potius, nec niſi ornandis, aut veriùs onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorũ iudicium eſt, qui licet veterum gloriæ neque addi poſſe quicquam, neque detrahi debere exiſtiment, fatentur tamen multa ab illis prætermiſſa eſſe, & ignorata: nec eorũ authoritati tantùm tribuunt, vt cum ipſis errare malint, quàm ſoli benè ſentire. Huiuſmodi plures noſtra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantã obſcuriſſimis, ac denſiſſimis iuris noſtri tenebris lucẽ attulerit, ipſa, ſi loqueretur, Iuriſprudentia teſtaretur. Et iam nemo eſt qui non fateatur, niſi qui aut diſſimulant, aut ingenij imbecillitate, &, ſi dicere liceat, obſcuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus aſſueti ſunt, reuocari poſſint, lucẽmq; intueri. Fatetur Italia, quæ Alciati primi veluti cæterorum parentis matrem, & patriam eſſe ſe gloriatur. Fatetur Hiſpania, quæ duorum Antoniorum, Auguſtini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimã priſcorum laudibus anteponit. Fatetur denique Gallia, quæ Budæi, Duareni, Molinæi, Cuiacij, Hotomãni, Petri Fabri, tótque aliorum Iuriſconſultorum ſcriptis do-

Digitized by Google

ctiſſimis illuſtrata, nunc cæteris totius Europę prouinciis nobiliorem ſe iactat, quibus anteà veterum interpretum gloriæ longè inferior cedere cogebatur. Ego ſanè, vt iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iuriſprudentia ſapere per ætatem licuit, facere non potui, quin hos præcipuo quodam iure laudarem, mihíque imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, eruditè, & ſubtiliter tractare omnia, vt eos demùm veram, non rudem, aut adumbratam iuris ſcientiam aſſecutos, ac de libris noſtris omnium optimè meritos eſſe iudicarem. Qua ex opinione cœpi poſteà eorum exemplo ſic eſſe affectus, vt ex alieno iudicio pendere nollem, nec vllius authoritate moueri, niſi eius, qui præter vanam nominis oſtentationem rationis potiſſimùm authoritatem præſeferret. Ita factum eſt, vt nouas plæraſq; in iure opiniones, & obſcuriorum locorum interpretationes adinuenerim, à receptis veterum aut recentiorum interpretum ſententiis omnino abhorrentes: ſed à vera, rectáq; iuris ratione minus, meo iudicio, alienas: Quas dũ in ſcholis eſſem, ſedulò, & diligenter ſelectas in diuerſa capita diſpoſueram, eo conſilio, & propoſito, vt ſi poſt aliquot annos placerent, quæ tunc probabantur, in publicũ exirent, incertámq; iudiciorum aleam ſubirent. Sed à ſcholis reuerſus, tuíſque, vir clariſſime, imperiis foro addictus, vti planè diuerſam prouinciã ingreſſum me vidi, ita de vetere meo conſilio dubitare cœpi, & à ſcribendi ſtudio, quod anteà conceperam, penè reuocari. Præuidebam.n.fore, vt hos meos libros, in quib. nihil ferè eſſet quod Accurſij, Bartoli, Iaſonis, aliorúmq; communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil niſi Bartolos, & Iaſones loquerentur: quorum in forẽſibus diſceptationib. præcipua eſt & ſemper fuit authoritas. Illud verò odioſum, adeóq dignum reprehenſione videbatur, iis me non placere, quibus tantum tribuerem, quantum mihi non auſim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino eſſet metienda exiſtimatio. Cogitabam quàm difficilè ſit, prę ſertim nouo homini, nouas opiniones inducenti, de iure ſic ſcribere, vt omnibus ſatisfaciat, & vanitatis notá fugiat aut temeritatis. Quæ mihi eò magis pertimeſcenda erat, quòd ego nec ingenio excellens nec longi tẽporis ſtudio in hac iuris diſciplina exercitatus, necdum quatuor & viginti annos natus (ſit hæc non induſtriæ meæ laus, ſed errorum potius meorum excuſatio) videbam exprobaturos mihi plæroſque, quòd præmaturè de iure ſcriberem, nimíſq; confidenter magnum aliquid aſſecutum me crederem in ea ſcientia, in qua vix vlli hactenus contigit vel vnam paginam ſic ſcribere, vt non aliquid in ea ab aliis deſiderari & varij errores, vt alia aliorum iudicia ſunt, pro cuiuſq; arbitrio notari poſſint. Neq; tamen vinci, & perſuaderi potui vt à ſcribendi inſtituto diſcederem, vel horum librorum editionem in nonum vſque annum, quod vulgare multorum conſilium eſt, dimitterem. Quin potius his ipſis rationibus in priore mea ſententia magis cõfirmatus, facturum rectiùs me putaui, ſi in hac ætate, quæ ſola errorum meorũ, & imprudentiæ veniam facilius impetrabit, ac priuſquàm forenſium occupationum mole obruerer, hos ſtudiorum meorum, & ſcholaſticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi ſeruatos publicè exhibere, tanti ab omnibus æſtimandos, quanti bono & docto cuiq; viro, nec iniquo alienorum laborum ęſtimatori videbitur. Non.n.tantum mihi tribuo, vt opiniones meas omnibus probari poſſe vel debere confidam: quas ideò *Coniecturarum* nomine donatas volui, vt ex eo omnes intelligerent non eſſe mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, ſed Cõiecturas, neq; ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facilè poſſint, neq; tamen ita neceſſarias, quin poſſint ẽt refelli ab iis qui feliciore ingenio, & maiore eruditione prędıti, in ſcriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec diſſimulo, me feciſſe, à quib. illud vnum dari mihi poſtulo, vt rationibus

nibus duntaxat, non interpretum, licet approbatiſſimorum, & celeberrimorum, authoritatibus moueantur: Sic fiet vt quid verum, quidve falſum ſit melius appareat, libentiúſq; mutem ſentẽtiam à qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucundiſſimum, cæteris longè vtiliſſimum, tot legum à nemine hactenus, vt arbitror, intellectarũ veras interpretationes ab iis diſcere, quas ſi hic meus conatus extorquere poterit, ſatis deſiderio meo factum putabo, nihilq; præterea ad laudẽ deeſſe mihi arbitrabor. Sed earũ præcipuè legũ exceptiones intelligere cupio, quarũ his libris emendationes proponũtur, recentioribus quidem, & venuſtioribus horũ temporum interpretibus familiares, iis verò, quibus veteres tãtùm placent, prorſus odioſæ, & moleſtæ: quorũ frequens illud in ore verbum eſt, Non ſolere emendari leges niſi ab iis, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quàm ridiculè & falsò ab iis dicatur, teſtes ſunt doctiſſimi omnes ætatis noſtræ Iureconſulti, qui in corruptiſſimis plæriſq. iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico præſtiterunt, quantam iis interpretandis operam veteres perdiderunt. Multi enim librariorum inſcitia, multi imperitorum interpretum audacia ſic deprauati ſunt, vt qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit, ei omnino neceſſe ſit abſurdam & fatuam aliquã interpretationem cõminiſci. Quales innumeras in Accurſij gloſſis, & veterum commentariis cernimus, à librorum quibus vtebantur corruptione vt credibile eſt, potius quàm à tantorum virorum ignorantia profectas, dum in iis corrigẽdis ad ſuperſtitionem vſq; religioſi eſſent, & quod homine indigniſſimum puto, nuda verborum figura magis quàm ratione ducerentur. At quoniã in emendationib. recipiẽdis magna cautio adhibẽda eſt, vt nõ niſi quã parciſſimè fieri poteſt, admittãtur, quòd nõ minùs reprehendẽdæ ſunt, quæ otioſæ, quàm adprobãdæ eæ, quæ ad legũ ſententiã aſſequendã neceſſariæ videntur, placuit emendationibus meis aliquot alienarũ reprehẽſiones ſubiũgere, & receptã lectionẽ aduerſus recentiorum opiniones defendere, vt in libris meis aliquid eſſet, quo lectorum omnium animi, diuerſaq iudicia oblectarentur. In quo, aliis fortaſſe ſatisfeci: mihi, vt dicam liberè, nõ ſatisfeci, cui ſanè moleſtiſſimum fuit ingenioſum agere in operibus alienis: & eorum maximè quorũ elegantiam, ſubtilitatem, & diligentiã laudare longè iucundius fuiſſet, quàm authoritatẽ, quæ iam apud oẽs tanta eſt quanta eſſe debet, impugnare, & errores (ſi errores ſunt, quos eſſe puto) refellere. Sed quia tàm diligenter illi in iure verſati ſunt vt nihil intactum reliquerint, ac ferè in omnibus vel cum ipſis vel contra ipſos ſentiendum ſit, facile omnes factũ noſtrũ excuſabunt, qui ſolius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non poſſe, quàm omnium opinionum de ea re de qua quæritur recenſitione, & earum quæ non probãtur refutatione. Sic Labeonem, Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iuriſprudentiæ noſtræ Duces, à Iaboleno, Marcello, & Paulo plæriſq. locis rectè notatos legimus, quamuis horum longè minor, quàm illorum authoritas, & eruditio haberetur. Nempe, docta omnia nõ ſunt, quæ à doctiſſimis viris proficiſcuntur: nec humanæ imbecillitatis conditio patitur adeò perfectè quem ſcribere, vt nihil prætermittat, & nunquam à veritate aberret. Illud duntaxat proſpiciendum eſt diligẽter, ne in alienis opinionibus refellendis immodeſtè quid dicatur, & reprehẽdendi ſtudio potius quã diſcendę aut inueſtigandę veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curaui: eámque ob cauſam ex pluribus quæ cumulare nolui, ea duntaxat ſelegi, licèt non omnia, quæ ab aliis omnibus, quorũ ſcripta legere licuit, & libuit, (quis enim omnium legere aut poſſit, aut velit?) prætermiſſa vel ignorata exiſtimaui. Quale verò cumq. eſt, quod feci, totũ id tibi vni, vir clariſſime, optimo iure debitum, támque inde à multis annis dicatũ, nunc libens offero, & præſto. Serius

profectò, quàm oportuerat, ſi debiti diem, tótq; obligationũ, quibus me obſtrictũ tenes, vim, & conditionem ſpectes: ſed tamẽ ſat citò ſi ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, & forenſium occupationum, quibus me à ſcholis redeuntem deditũ voluiſti, impedimenta cogitabis. Quæ ſi aut nulla, aut minora fuiſſent, perfectiora nunc haberes, quæ præſto rudia penè, & impolita. Nec tamẽ diutius iis poliendis cunctari volui, non ſolùm vt citiùs, ac opportuniùs tibi de noua iſta dignitate gratularentur, quæ iamdiu quidẽ virtutibus tuis debita, nunc verò ſumma totius populi expectatione, & admirabili doctiſſimorum, optimorúmque omnium gratulatione honorificẽtiſſimè oblata, ac decreta eſt: ſed etiã ne magnã tuã de ſtudiis meis ſpem, lõgiore quàm par ſit mora, & fruſtratione deciperẽ, indéque fieret vt temporis vſuræ, cæterarúmque acceſſionum additamentis debiti mei, quod vix iam poſſim exſoluere, quantitas, ſolutioniſque difficultas augeretur. Quãquã enim te non durum aut moleſtum creditorem eſſe expertus ſcio, verendum tamẽ mihi fuit, quod prouidi debitores ſolent, ne ſi humanitate & facilitate tua, liberiùs abuterer, nullum poſthac ad menſam tuam aditũ haberem, de qua tam ſæpe egẽti mihi pecunias numeraſti. Tua, vir clariſſime, infinita erga me merita intelligo, quorum frequẽtia, & magnitudine à primis ſtudiorum meorum temporibus tibi deuinctũ me voluiſti, vt ſi quid ex induſtria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquã ex peculio meo profectitio quæſitũ, patriæ poteſtatis iure vindicare poſſis. Me enim nõ vt eum, qui tibi natura, & ſanguine coniũctus ſit, ſemper dilexiſti (quod ad gloriã, virtutiſque ſtudium ſufficere mihi poterat) ſed vt filium amaſti, & patre meo vita functo, quo tẽpore conſilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab inſtituto, vixque tũc inchoato ſtudiorũ meorũ curſu reuocarer, tanta me voluntate, ac officiis omnibus vltrò proſecutus es, vt facilè intellexerim viuo te non deeſſe mihi patrem, qui me meáque omnia diligenter curet, humaniter foueat, ſtudioſè amplectatur. Inter cætera verò, quæ à te profecta ſunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere nunc nõ poſſum, quòd mihi ad hæc Iuriſprudentiæ ſtudia accedenti, magiſtrum dediſti D. Ioan. Antonium Manutium, ciuilis diſciplinæ in Taurinenſi Academia profeſſorem celeberrimũ, & ingenij acumine, orationis eloquentia, doctrinæ præſtantia antiquis ipſis iuris authoribus comparandum. Cuius ſolius, vt iuſſeras, auſpiciis, & præceptis, tantũ profeciſſe me glorior, quantũ vix in alterius ſchola proficere poſſet is, qui me ingenio, & diligentia lõgè ſuperaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitiis intelliges, ſi quid fortè in iis erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Etſi autem verendum potius mihi eſt, ne tibi eximia præ cæteris, præſtantique eruditione, prædito leuia hæc, & pene puerilia videantur: attamen nõ deſpero, quin pro ſingulari erga me humanitate, & beneuolentia iis, qualiacumque ſint, authoritatem tuam accommodaturus ſis, omnia probaturus, & aduerſus eorum, quorum nec reprehenſionem curo, nec iudicium requiro, obtrectationes, & calumnias, ſi quæ emergent, defenſurus. Id ſi à te impetrauero, faciam alacriter, vt quicquid mihi poſthac à forenſi exercitatione otij dabitur, ad ſcribendi ſtudium conferam, nihilq; prætermittam eorum omnium, quæ ad illuſtrandam Iuriſprudentiam, tuámque de me opinionem ſuſtinendam pertinere exiſtimabo. Bene vale, vir clariſſime, & reipublicæ mihíque diu fœlix viue.

AD AMICVM LECTOREM EX MARTIALI.

SVnt bona, ſunt quædam mediocria, ſunt mala plura,
Quæ legis hic: aliter non fit, amice, liber.

INDEX

INDEX CAPITVM XX. LIB. CONIECTVRARVM.

Prior numerus Caput, poſtèrior verò paginam huius editionis demonſtrat.

LIBRI PRIMI.

EXplicatur l. qui Romæ 122. in princ. ff. de verb. oblig. 1.1
Emendatur l. 5. ff. de impenſ. reb. dot. fact. & explicatur l. ſi is qui. 36. §. quod dicitur de iur. dot. 2.2
Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Mævio. 41. §. 1. de leg. 2. 3.3
Explicatur l. 26. C. de iur. dotium l. 26. ff. depoſiti. l. 37. §. ex diciliis. de leg. 3. 4.4
Additur negatio in l. cum reus. 14. ff. de fideiuſſor. 5.5
Defenditur reſponſum Scæuolæ in l. prædia. 27. §. liberto. de inſt. leg. 6.5
Ex eodem titulo explicatur l. Seia 20. & aliæ nonnulla. 7.6
Noua emendatio l. 7. §. ſi vir. ſolut. matr. & explicatio l. vlt. de fund. dot. 8.7
Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum. 14. ff. de in rem verſo. 9.8
Conciliatio l. ventre. 84. de acq. her. cum l. ſi filius. 17. ff. de liber. & poſth. 10.10
Emendatur Claudij nota in l. generali 32. §. 1. de vſufr. leg. 11.11
Explicatur l. 1. C. de her. tutor. & l. 2. C. de magiſtr. conuene. 12.12
Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. ff. ſolut. matr. 13.13
Reſtituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis. 14.16
Male ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex aſſe. 32. ff. ad leg. Falc. 15.17
Superſtitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure veteri, aut nouo. 16.18
Addendam eſſe negationem in l. heres. 21. §. quod ſi hic ſeruum. ff. de fideiuſſor. 17.20
Diſſenſiſſe Vlpianũ à Paulo, in quæſtione §. ſi à furioſo. l. 2. ff. pro emptor. 18.21
An generalis ſententia ſit l. filio præterito 17. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam. 19.21
Emendatur l. 1. ff. de ſeru. ruſt. præd. 20.23

LIBRI SECVNDI.

DE differentia bonæ fidei poſſeſſoris, & malæ fidei poſſeſſoris, cum de ſumptuum in alienam rem factorum repetitione quæritur. 1.24
Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. author. iud. poſſ. aliàs l. 13. de priuil. cred. 2.26
Recta ſententia, & vetus lectio l. ſi dictum. 56. ff. de euict. 3.27
An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat. 4.28
Emendatur l. & hæc diſtinctio. 35. ff. locat. 5.29
Ad l. Fulcinius. 35. & l. pen. ff. de rei vin. 6.30
Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l. cum quis 38. §. ſi quis hominem. ff. de ſolut. 7.31
Emendatio l. Papinianus. 23. ff. de don. inter vir. & uxor. 8.32
An ſocius ſocio de damno infecto cauere compellatur. 9.33
Conciliatio l. 38. ff. de iur. fiſc. cum l. vlt. ff. qui pot. in pignor habeant. 10.35
Emendatur l. ſi quis. 7. § ſi impubes. ff. de inſti. act. 11.36
Quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem, qui promiſſum hominem ante promiſſoris moram occidit. 12.37
Explicatio l. ſi extra æm 35. de iur. dotium. & l. Neſennius. 41. de re iud. 13.38
Emendatio l. ſicut. 21. ff. de re iud. 14.39
De quæſtione & ſententia l. ſi Stichum. 16. de verb. obl. & l. qui decem 72. §. Stichum. ff. de ſolut. & liber. 15.40
Ad §. vlt. l. 4. ff. de cond. tact. & de ratione introducendæ cautionis Mucianæ. 16.42
Emendatur l. qui de creditore. 11. in fine ff. de damn. infect. 17.43
Interdicta quædam eſſe duplicia, tam recuperandæ quã adipiſcendæ poſſeſſionis. 18.44
Emendatur l. Lucius. 32. ff. de don. 19.45
In l. tranſigere. 18. C. de tranſact. verba illa, Excepto *adulterio, addita eſſe ab imperito interprete.* 20.46

LIBRI TERTII.

DE natura Prætoriarum cautionalium ſtipulationum. 1.48
Valde corruptam eſſe l. in l. oc. 14. ff. com. diuid. 2.50
Nouationem iure Digeſtorum quibuſdam caſibus non aliter fieri, quàm ſi id ſpecialiter expreſſum ſit. 3.51
Herede poſt aditam hereditatem reſtituto in integrũ, ſubſtitutioni locum fieri. 4.53
Emendatio l. inter cauſas. 26. § ſed cum ſeruus ff. mand. 5.55
Ad l. propter. C. de adulter. 6.56
Ad §. Cato. l. 4 de verb. oblig. noua coniectura. 7.56
Emendatio §. vlt. l. 4 de verb. oblig. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunt. 8.58
Ad l. lex Cornelia. 28. ff. de vulg. & l. pater 10. ff. de capt. & poſtl. 9.59
Iuliani & Papiniani ab Africano diſſenſio. 10.61
Emendatio l. pen. ff. de iur. codicill. 11.62
Male à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatam §. donationes. l. cum pater. de leg. 2. 12.63
Ad l. ſi heres. 110. ff de legat. 13.64
Emẽdatio noua §. quoniam. l. cum tabulis. ff. de his quæ vt indign. 14.65
In l. filius. 28. ff de liber. & poſthum. in prin. pro inſtitui, *legendum eſſe* ſubſtitui. 15.66
Ad litem venimus. 20. §. ante Senatus. ff. de petit. hered. 16.67
Explicantur omnes leges tituli. C. de inoff. don. Et Nouell. 92. 17.68
Deeſſe negationem in l. pen. §. 1. ff. de adm. leg. 18.70
Emendatur l. cum quis. 38. §. 1. ff. de ſolut. 19.72
Emendatur l. vlt. ff. de pact. dot. & l. intereſt. 6. C. de vſufruct. 20.73

LIBRI QVARTI.

COndictionem ex cauſa furtiua & rerum amotarum dari in ſolidum contra heredem. 1.74

Digitized by Google

Abundare negationem in l.2.ff.de crim ſtellion. 2.77
Diſſenſio Caſſij & Iauoleni in quæſtione l.ſi ſeruus 25.ff. de ſtipulat.ſeruor.& l.4.de diuerſ.temper.præſcrip. 3.78
Vera ſententia & lectio l.imperium 3 ff.de iuriſd. 4.79
Emendatur §.pen.l.3.ff.de minor. 5.80
Ad l.ſi fundus 23 ff.ad leg.falcid. 6.81
De ordinarijs & extraordinarijs iudicijs. Et emendatio l.actio 47.ff. de neg.geſt. 7.83
Emendatur l.vbi pure 19.§.1.ad SC.Trebel.& l.ſi quis iniuriam 35.ff.de iniur. 8.84
Male à nonnullis emendatum eſſe §. ſi pater l. ſi cum dotem 22.ff.ſolut.matrim.& quomodo probabilius emendari poſſit oſtenditur. 9.85
Ad l.Pomponius 9.ff.de neg.geſt. 10.88
Emendatio §.quis dotale.l.cum pater 77.de leg.2. 11.89
Ad l.verbis 5.ff.ad leg.falcid.& l.ſi creditori 28.de legat.1. 12.90
Ad §.id quod ex ſubſtitutione l.1.ff.ad leg.falc. 13.91
Ad l.2.& 3.ff.ad SC.Trebell. 14.93
Emendatio §.vlt.l.1.de leg.3. 15.95
Emendatur §.tandiu.l.qui bona 23.ff.de acq.rer.dom. 16.96
De fructibus à bona fidei poſſeſſore perceptis & emendatio l.fructus 45 ff.de vſur. 17.97
Explicatur l.ſi quis reum 5.ff.de liberat.leg. 18.100
Vera lectio & ſententia l.ſi quis 51.§.1.ff. de re iudic. 19.101
Nihil emendandum eſſe in l ſub conditione 16 ff.de cõdict.indeb.& explicatio l.Iulianus 60.ff.eo. 20.102

LIBRI QVINTI.

EXplicatio §.vlt.l.vlt.de leg.3. 1.104
Emendatio l.legauit 25.ff.de liberat.leg. 2.105
Veram eſſe receptam lectionem l.pen.ff.de conſt.pecun. 3.107
Explicatur l.cùm ſocietas 4.ff.pro ſocio. 4.108
Additur negatio in l.3.ff.de inſtruct.& inſtrum.lega. 5.109
De ſententia & emendatione §.vltim.l.ſi mulier 59.de iur.dot. 6.110
Ad §.ex aſſe.d.l.ſi mulier. 7.ibi.
Emendatio l.Neratius 11 ff.de ſeruo corrupt. 8.111
Ad l.res quæ 54.ff.de iur.dot.& alias. 9.112
Exceptio l.ſi ex pretio 6.C.ſi cert.pet. 10.113
Emendatio §.vlt.l.cùm eſſent 33.ff.de ſeru.vrb.præd. 11.115
Nihil à Pandectarum Compoſitoribus immutatum eſſe in l.ante tabulas 5.ff.de iur.codic. 12.116
De quæſtione l.ſi duo 16.ff.de leg.præſtand. 13.117
Emendatio l.cui res 29.de act.empt. 14.118
Explicatio l.cùm bona 16.ff.de reb.auth.iud.poſſid.vel venund. 15.119
Ad §.ſed cum emptor l.à Diuo Pio 15.ff.de re iudic. 16.120
Variæ emendationes. 17.121
Aliæ emendationes. 18.123
Indicantur Triboniani additiones quibuſdam Digeſtorum locis. 19.125
De ſententia & emendatione l.item quod Sabinus 17.§.vlt.& l.ex facto 19.ff.de her.inſtit. 20.126

LIBRI SEXTI.

DE legatis ex vetere & nouo iure, ſingularia quædam necdum ab interpretibus rectè explicata. 1.128
Ad §.ſi quis ex mortis l.1.ff.quod legat. 2.133
Deprauatiſſimum eſſe textum §.tametſi.l.in ratione 30. ff.ad leg.falc.& quomodo emendandus ſit. 3.133
Emendatio l.in quartam 91.& explicatio l.Titia 86. ff.ad leg falc. 4.137
Ad l.filium 24.C.famil.erciſc. 5.140
Emendatio l.ob hæc verba 20.ff.de his qui notant.infam.& l.fundum 20.ff de euict. 6.141
De purgatione moræ. 7.142
Triboniani error in §.ſi cui fundus Iuſt.de leg. 8.145
Ad l 1.ff de rer.permut. 9.146
Ad l.vlt.ff.de cond.cauſ.dat. 10.149
De ſententia §. ſi ſub conditione. l. facta 63.ff.ad SC. Treb.& obſeruata Triboniani additio in l.ſi cui 31.§.vlt.eo. 11.151
Ad l.4.§.1.ff.de ſtatulib. 12.152
Emendatio l.2.ff.qui potior.in pign.hab. 13.153
Emendatio §.vlt.l.2.ff.de ſuis & leg. 14.154
Ad l.Mœuius 61.ff.de rei vin. 15.156
Emendatio l.etſi non adſcripta 9.C.de fideicom.libert. 16.158
Venditoris rem tradere volentis dolus quomodo æſtimetur. 17.159
Emendatur §.quis cùm eſſet.l.cùm poſt mortem 43.de admin.& peric.tut. 18.162
Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l.cum tabulis 16.in princ.ff.de his quæ vt indign. 19.163
Emendatio l.ſi conuenerit 4.ff.de pact.dot. 20.165

LIBRI SEPTIMI.

INterpretatio l.3.in pr.ff.de vſur. 1.170
Emendatio §.in his quoque eiuſdem legis. 2.172
De fructibus & vſuris legatorum ac fideicommiſſorum. 3.173
Interpretatio l.Herennius 42.aliàs l.fructus ff.de vſuris. 4.174
Emendatio l.ſanè 11.ff.de iure dotium. 5.176
Duobus locis corruptum eſſe textum l.quod autem 7.ff. de don.int.vir.& vxor. 6.176
De differentia filiifamilias & ſerui in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione. 7.178
Ad l.cum de in rem verſo 6.ff.de vſur.& l.1.C.de fideicom. 8.179
Vera nouáque interpretatio d.l.cùm de in rem verſo, & l.litibus 20.C.de agr.& cenſit.lib.11.tit.47. 9.180
De bonorum vacantium vſucapione aduerſus fiſcum. Ad l.quamuis 18.ff.de vſuc. 10.182
Filiumfamilias iure veteri fuiſſe acquiſitionis capacem 11.183
Ad l.Pomponius Philadelphus 35.ff.fam erciſc. 12.185
Ad l.ſi vir 3.ff pro donato.& l.nunquam 31.ff.de vſuc. 13.186
Ad l.ſi vnquam 8 C.de reuoc don.l.cùm autis 101.ff.de cond.& demonſt. 14.187
Ratio & ſententia d.l.ſi vnquam, & l.tale pactum 40. §.vlt.ff.de pact. 15.189
Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatã l.debitor 59.ff.ad SC.Treb.& ad l.3.ff.de Separat. 16.190
Vera emendatio & interpretatio d.l.debitor 59.ff.ad Treb. 17.192
Ad l.1.C.de diuit.pign.& l.pen.§.1.ff.de excep.rei iud. 18.194
Emendatio l.ſi pignore 22.§.ſi prædo ff.de pigneratitia actione. 19.195
Vera lectio & interpretatio l.poſt contractum 15.ff.de donat. 20.196

LIBRI OCTAVI.

DE ſententia & emendatione l.ſi Titius 48.ff.de fideiuſſ. 1.200

Ad

Ad prima & poſtrema verba eiuſdem legis. 2.201

Quibus caſibus reſtitutio minoris proſit fideiuſſori, & ad l. Exceptiones 7. in fin. ff. de except. 3.203

De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum 95. ff. de ſol. 4.205

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus 25. ff. de fideiuſſor. 5.207

Vera interpretatio & emendatio d. l. Marcellus. 6.208

Indicatur & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. §. vlt. ff. de cond. cauſ. dat. 7.211

Alia Triboniani additio in l. Dominus teſtamento 53. ff. de cond. ind. 8.212

Eiuſdem Triboniani alia & apertior nota in l. ſi ego 9. §. 1 ff. de iur. dot. 9.213

Emendatio l. vlt. ff. eod. tit. de iur. dot. 10.214

Ad l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pig. & ad Nou. 97. de æqual. dot. §. his conſequens. 11.216

Ad §. quia verò Nou. 97. de æqual. dot. 12.218

Mulieris priuilegium vt creditoribus etiam anterioribus præferatur non tranſire in liberos. 13.219

Emendatio §. 1. l. hinc quæritur 19. ff. de pecul. 14.221

Cur non ſicut venditio ita pignus nominis debitoris ipſo iure valeat. 15.223

Cur conuentio de pignore nominis per prætorem defendatur. 16.225

Quæ ſit differentia inter pignus nominis conuentionale & iudiciale. 17.226

Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis ff. de pig. or. act. 18.228

Emendatio l. filiusfamilias 16. ff. qui teſta. facer. 19.228

Recta emendatio l. ſi primo 8. ff. de liber. & poſt. 20.230

LIBRI NONI.

DE poſthumi heredis inſtitutione, ad formulā Galli Aquilij & primum caput legis Velleæ. 1.232

Ex quo iure deſcendat poſthumorum ſuorum & alienorum inſtitutio & ad §. vlt. l. Titius 25. ff. de lib. & poſt. 2.235

Ad §. ſi quid tantum l. Gallus ff. de lib. & poſth. 3.236

Quàm corruptus ſit contextus eiuſdem legis in §. quid ſi qui filium, & quàm malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat. 4.238

Emendatio & interpretatio l. ſi pater filium 26. ff. de vulg. & pup. ſubſt. & l. poſthuma. 24. ff. de lib. & poſth. 5.240

Ad §. ſi eius l. Gallus. 6.244

De ſententia l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater. ff. de iniuſt. rupt. 7.248

Emendatio §. ſiue autem eiuſdem legis & interpretatio l. ſi ſtatulibera 6. in pr. & §. 1. ff. de ſtatul. 8.247

Vera lectio & interpretatio §. forſitan l. Gallus ff. de lib. & poſt. 9.253

Ad §. in omnibus l. Gallus. 10.256

Cur ad inſtitutionem Aquiliani nepotis non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis. 11.261

Ad §. quidam rectè l. Gallus. 12.263

Ad §. idem credendum eiuſdem legis. 13.265

Noua interpretatio l. filio præterito 17. C. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſta. 14.267

Explicatio l. poſthumus 12. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fac. teſt. & ad l. 3. C. de inof. teſt. 15.272

Ad verſ. idem & circa eiuſdem legis. 16.275

Ad §. nunc de lege l. Gallus ff. de lib. & poſt. 17.277

Quid noui inductum ſit ſecundo capite legis Velleæ. 18.278

Cur fuerit neceſſarium ſecūdū caput legis Velleæ. 19.282

Exheredatione non perimi ius ſuitatis ad l. 2. §. ſi pater in poteſtate de coniun. cum eman. lib. & ad l. qui in aliena 6. §. interdum ff. de acq. her. 20.284

LIBRI DECIMI.

CVr nō fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis, ad impediendum ne ſuccedendo nepos Velleanus rumperet. 1.286

Ad §. ſequenti parte l. Gallus. 2.288

Ad §. videndum eiuſdem legis. 3.289

An ſubſtitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur ad l. pater 10. in pr. ff. de cap. & poſtlim. 4.293

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtroque in eadē quæſtione diſſenſio ad §. vlt. d. l. pater ff. de cap. & poſtlim. 5.295

Ad l. quod ſi filius 11. eo. tit. 6.297

Alia Scæuolæ à Papiniano diſſenſio in quæſtione §. vlt. d. l. quod ſi filius. & emendatio l. ſi pater captus 29. ff. de vulg. & pup. ſubſt. 7.301

Si viuo patre filiusfamilias captus ſit ab hoſtib. cur legi Corneliæ locus non ſit & emendatio l. 2. §. ſi quis vnde legit. 8.304

De poſthumo Corneliano ad l. qui vxorem 15. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt. 9.306

An Cornelian⁹ poſthumus Velleanus dici poſſit. 10.308

Conciliatio l. qui vxorem 15. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fac. teſt. cum l. poſthumus ff. eo. 11.311

Interpretatio & emendatio §. ſi filiū l. ſi quis poſthumo 9. ff. de lib. & poſt. & ad l. ſcripto 7. ff. vnde lib. 12.312

Ad §. ille caſus l. Gallus. 13.316

Ad §. vlt. l. Gallus. 14.317

De differentia filij & nepotis in quæſt. §. & quid ſi tantum l. Gallus & ad l. verū 8. §. 2. ff. de iniuſt. rup. 15.318

Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. 16.321

Ad l. vlt. eiuſdem Tituli. 17.323

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis 2. §. teſtamento ff. de bon. poſſ. ſec. tab. 18.325

Inſignis Triboniani error in §. non tamen Inſtit. quib. mod. teſt. infir. 19.327

Aliud Triboniani facinus in §. ſi factum l. conſtituuntur 8. ff. de iur. codic. 20.329

LIBRI VNDECIMI.

EX pluribus correis debendi non ſemper pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit. 1.332

Correos debendi nunquam vice mutua fideiuſſiſſe videri, niſi eum id nominatim actum eſt. 2.335

Explicatur ſubobſcurus nec dum intellectus Venuleij locus in l. ſi ex duobus. 12. §. 1. ff. de duobus reis 3.338

Quid noui induxerit Iuſtiniani cōſtitutio nou. 99. 4.341

Abrogatum à Iuſtiniano Papiniani reſponſum quod extat in §. duo rei. l. inter eos 91. de fideiuſſ. & malè à nonnullis emendatum §. vlt. ſi plures 27. eo. 5.342

Correo debendi qui totum ſoluit mandati actionem aduerſus correum non competere ad l. 1. alias 2. C. de duob. reis. & emendatio l. qui fide 56. ff. mand. 6.343

Actionem negotiorum geſtorum aduerſus correum non competere correo, qui totum ſoluit: nec rurſum de in rem verſo Ad l. nam & Seruius 21. & l. ex facto 30. ff. de neg. geſt. & l. ſi pro patre 10. §. vlt. de in rem verſo 7.345

Neque communi diuidundo actionem correo aduerſus correum dandam eſſe, neque condictionem ex l. ſi & me & Titium 32. de reb. cre. 8.348

Correo qui totum ſoluit actionem aduerſus correum ex interuallo cedi non poſſe. ad l. Modeſt. 76. ff. de ſolu. l. 2. C. de cont. iud. tutel. l. cum alter. 2. C. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſor 39. ff. eo. & emendatio l. cum is 36. eo. 9.350

Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandato de ſolut. l. ſi minoris 25. de admin.

Digitized by Google

tutor.l.ſi res obligata 57.de legat.2.l.cum pupillus 21. de tutel.& rat.diſtr. 10.352

Ad §.nunc tractemus l.1.de tutel.& ratio.diſtrah. 11.354

Correo qui totum ſoluit non competere vtilem actionem aduerſus correum. & obſeruata Triboniani manus in l.alterius 20.in princip. D. de tutel.& ration.diſtrah. 12.356

Cogendum eſſe creditorem ei ex correis qui totum ſoluit actione ſua aduerſus alium cedere ſi ante ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis ceſſio petatur. 13.357

Si correo nulla actione cedere creditor poſſit an cedendarum actionũ exceptione repellatur, & an pro parte, an in ſolidum fieri vllo caſu ceſſio debeat. 14.358

Non magis fideiuſſori quàm correo competere exceptionem cedendarum actionum, Ad l.ſi ſtipulatus 15. §.1. de fideiuſſ. & de differentia correorum, confideiuſſorum & mandatorum. 15.360

Quantum interſit an correi debendi aut ſtipulandi ſocij ſint necne. Ad l.in lege 62.D.ad leg.falc. 16.362

Nullam prorſus actionem correo debendi qui totum ſoluit competere aduerſus correũ non ſocium. Et obſeruata imperiti interpretis aut Triboniani manus in l.1.quæ aliàs 2.C.de duobus reis. 17.364

An pactum vnius ex correis credendi aut debẽdi proſit noceátve alteri. Et de emendatione l. ſi vnus.27.D. de pact.& l.ſi duo.35.D.recep.qui arbit. 18.365

De correis teſtamento factis, itémque de ſententia & emẽdatione l.eandẽ 9.l.ſi id quod is in ſi.de duob.reis. & veterum iuris authorũ obſeruata diſſenſio. 19.367

Omiſſam exceptionem cedendarum actionum nõ magis quàm exceptionem ordinis aut diuiſionis locũ facere conditioni: & de differentia correorum, fideiuſſorum & mandatorum. Ac emendatio l.2.C.de fideiuſſ. tutor.l.pen.D.eo.l.vlt.C.de conſtit.pecun. 20.368

LIBRI DVODECIMI.

DIuiſio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obſeruata Triboniani additio in l. inter eos 51.§.1.de fideiuſſ. 1.371

An confeſſio pactúmve cedentis noceat ceſſionario ad l.1.C.de oblig.& actio.& l.eum maritus 29 §.vlt.D. de pact.dotal. 2.372.

Solutionem factam cedenti etiã poſtquam debitor ceſſionẽ reſciuit, dummodò non ab ipſo ceſſionario, prodeſſe indiſtinctè debitori ne à ceſſionario conueniri poſſit. 3.374

An & quibus caſibus etiam poſt ceſſionem agere cedens poſſit, aut exceptione repellendus ſit? Et emendatio §.vlt.l.27.D.de procurat. 4.375

Reprobantur alia noſtrorum diſtinctiones & interpretationes ad §. ſi heres ſcriptus l. facta 63.D.ad S.C. Treb.& ad §.quod ſi is l.4.de dol.mal.excep. 5.377

Interpretatio noua & vera l.3.C.de donat. 6.378

Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpectet, an ad ceſſionariũ, ad §.ſoror.l.pupillo.96.D.de ſolut. 7.380

In quo diſpar ſit conditio mariti cui dotis cauſa nomen ceſſũ eſt.& alterius cuiuſlibet ceſſionarij.ad §.ſi à debitore l.promittendo 41.D.de iur.dot. 8.381

An exceptio compenſationis, aut alia quæ obſtaret cedenti obſtet ceſſionario. 9.382

An in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedẽtem defendere. Emendata l.ſi quis in rem 34.& explicata l.pater 70.de procur. 10.383

Exceptio quæ obſtabat deleganti an & quando obſtet ei cui facta eſt delegatio.& emendatio §.apud Iulianum l.4.D.de dol.except. 11.386

Anaſtaſij conſtitutionem in l. per diuerſas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illæ ſint. 12.387

Emendatio l.ſi à te 9. D.de except.rei iudicat. 13.389

Explicatio §.1.d.l.ſi à te 9.de except.rei iudic. 14.391

Emendatio §.itẽ Iulianus l. ſi mater eod.tit.de except. rei iudic.& l 4.C.de dot promiſſ. 15.392

Tribonianiſmi quidam. 16.394

Alij Tribonianiſmi. 17.397

Emendatio §.qui ſeruũ, l.huiuſmodi 84.de leg 1. 18.400

Defenditur recepta lectio l.3. & emendatur l. 4. D.de regul.Caton. 19.401

Refutatur alius noſtrorum error in tractatu de reg.Caton.& indicatur inſigne Triboniani facinus in §.quãdo autem.l.3.D.de iur.fiſc. 20.403

LIBRI DECIMITERTII.

REtractata quæſtio, An dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis, & an in huiuſmodi dote filiafamilias aut emancipata habuerit olim habeátve hodie heredem. 1.407

Ad l. vlt. vt legat.nomi. cau.& ad l. illam 19.Cod. de collat. 2.410.

Ad l.ſi cum dotem 22.in princip.ff. ſolut.matrim. & ad §.cum inter. l inter.26.ff de pact.dotal. 3.411

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere 4.412

Malo à recentioribus emendatũ §.1. l.2.ff.ſol. matrim. & ad l.Caius 41.eod. 5.413

Filiosfamilias de dote etiam aduentitia ſine conſenſu & authoritate patris agere nullomodo poſſe 6.416

Ad Auth.quod locum.Cod.de collation. 7.417

Ad l.Rabius 30.ff.de pact.dot. 8.417

Explicata l.poſt dotem 40.ff.ſol. matr. & in quo derogatum ſit iuri veteri cùm quæritur an in dote ſiue profectitia ſiue aduentitia heredem habere filiafamilias aut emancipata poſſit. 9.418.

Defunctis ex præmortua muliere liberis vtrum profectitia dos ad auum paternum an ad patrem reuertatur 10.419

An dos data filiis imputanda ſit præmortua filiæ in legitimam nepotis 11.420

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam cenſeri debere non aduentitiam 12.423

Quid ſi filia quæ dotem accepit ſucceſſioni paternæ aut legitimæ cum iureiurando renuntiauerit, & de alijs noſtrorũ in propoſita quæſtione diſtinctionib9 13.424

An quoties vltimo ex heredibus aut legatarijs aut fideicommiſſarijs decedenti ſubſtitutio ſit, inducatur inter eos reciproca 14.425

Si nouiſſimo ex pluribus impuberibus decedenti ſubſtitutio facta ſit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommiſſariam 15.429

Quid ſi vltimo decedenti ſubſtitutus quis ſit per fideicommiſſum ad §.Seia libertus l.Titia teſtamento 87. ff.de legat.2. 16.430

Quibus caſibus videatur ſubſtitutio facta ab vltimo decedente cum id expreſſum non eſt 17.432

Interpretatio §.cum ita l. heredes mei 57.ff.ad S.C.Trebell. 18.433

Ad l.penult.Cod.de impub.& alijs ſubſt. 19.435

De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, & quid ſi poſt mortem plurium relictum ſit fideicommiſſum 20.437

LIBRI DECIMIQVARTI.

EXplicata & emendata l. Pannonius Auitus 86.ff. de acquir.hered. 1.442

De verbis fideicommiſſorum ad §. vlt. l. vnum ex familia ff.de legat.2. 2.446

Inconſulta Triboniani nota in l.Pamphilo 39.in princip.ff.de legat.3. 3.448

Ad l.vlt.ff.de ſeruis export. 4.450

Alia

Alia Triboniani nota in §.1.l.Pamphilo 39. ff.de leg.3. 5.452

Prohibita alienatione extra familiam, non eſſe prohibitam extranei heredis inſtitutionem & emendatio §.quindecim l.pater 58.ff.de leg.3. 6.453

Ad §.fundum.& §.Iulius Agrippa l.pater 38. ff.de leg.3 & ad §.prædium l.qui ſolidum 78 ff.de leg.2. 7.455

De ſententia & emendatione §.libertus l.cum pater 77. ff de leg.2. 8.457

Ad §.fratre l.peto 69.ff.de leg.2. 9.459

Explicatio & emendatio §.ſed etſi fundum l. vnum ex familia 69 ff.de leg.2. 10.460

An prohibitus alienare, & iuſſus fundum in familia relinquere, poſſit extraneum heredem habere ab inteſtato ad §.pen.l.pen.ff.de leg.2. 11.465

Ad §.cum inter l.cum pater 77 ff.de leg.2.& ad §. Iulius Agrippa l.pater 38.ff.de leg.3. 12.466

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare. 13.468

An fideicommiſſum reciprocum, quod ex iuſta alienationis prohibitione inducitur ſit ſemper conditionale an etiam aliquando purum. 14 469

Prohibitus extra familiam alienare an poſt denunciationem alienare impune poſſit. 15.471

Explicatio §.filiam l.pater 38.ff de leg.3. 16.472

Ad l.hac edictali Cod.de ſe.nupt. 17.473

An doli exceptio bonæ fidei iudicium faciat quod prius fuit ſtricti iuris Ad l.Seia 42 ff.de mort. cauſ.donat. 18. 475

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur ad l.3.Cod.de except. 19.477

Cur teſtamentum non valeat ſine heredis inſtitutione, nec inſtitutio ſine aditione. 20.478

LIBRI DECIMIQVINTI.

DE iudiciis bonæ fidei, ſtrictis & arbitrariis generalia quædam, nec minus tamen ſingularia. 1. 481

Actiones arbitrarias, ex ſtrictis fieri nunquam poſſe. Et obſeruata Triboniani manus in l.quod Epheſi 4.§.1. ff.de eo quod certo loco. 2.483

Non ſicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam. 3.485

Obſeruata Triboniani adnotatio in l.promiſſor 21. §.1. ff.de conſt.pecun. 4.488

Alia quædam obſeruata & emendata in eo.titul. ff. de conſt.pec.& ad l.ſi heres 73.ff.ad SC.Treb. 5 490

De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem. 6.494

Vera ratio differentiarum de quibus proximè dictum eſt. 7.495

Peſsimè à compoſitoribus corruptum Caij reſponſum in §.ſi reo l.ſi à reo 70.ff.de fideiuſs. 8.498

Ad l.vlt.C.de inſt.& ſubſt. 9.501

Ad l.precibus 8.C de impub.& aliis ſubſt. 10. 505

De breuiloqua vt vocant & reciproca ſubſtitutione ad l.in teſtamento.4.C de teſt.milit. 11.508

Subſtitutionem directā ſiue à pagano ſiue à milite factā in caſum ætatis heredis nunquam cenſeri fideicommiſſariam Ad l.verbis 7. & l. centurio 15.ff.de vulg.ſubſt. 12.510

Tribus locis corruptam eſſe l.precibus C. de impub. & aliis ſubſt.ac quomodo emendanda ſit.Et ad l.Papinianus 4.ff ad SC.Treb. 13.514

Explicata l.Scæuola 76.ff.ad SC.Treb.l.4.C.de cod.l. ſi fundum 92.§.vlt.ff.de leg.1. & alia pleraq; de iure codicillorum tam ex teſtamento quam ab inteſtato. 14.517

Melius quàm antehac explicata Seueri & Antonini conſtitutio, de qua in §.non tantum.Inſt.de cod. 15 523

Emendatio l.2.§.codicillorum.ff.de iur.cod. & ad l.generaliter.30.§.ſi quis ſeruo ff.de fideic.libert. 16.526

Emendatio & explicatio l.4 ff.de manum.teſta. 17.528

Emendatio l.uxorem.29.ff.eo.ti. de man.teſt.l.quidam 25.§.ſi quis filium ff.ad SC.Treb.& explicatio l.cum ex falſis 47.ff.de man.teſta. 18.529

Emendatio l.4.ff.de vulg ſubſt.l.Lucius 40.ff.de teſta. milit.& explicatio l. quæmuis. C. de impub. & aliis ſubſt. 19.533

Emendatio l.ſi quis heres.39.§.1. l.ſi ſolis 80.§. item ſi ſeruus.& l.toties 81.ff.de acq.her. 20.536

LIBRI DECIMISEXTI.

DIfferre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris cum quæritur de ineunda rei debitæ aſtimatione. 1.539

In quo eluceat differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris cum de aſtimanda re debita tractatur. 2.542

Vera interpretatio l.3.§.in hac.ff. commod.l.vinum 22. ff.de reb.cred.l.vlt.ff.de cond.trit. 3.543

Ad l pen.ff.de cond.trit. 4.546

An rei debitæ aſtimatio poſsit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquam perempta re lite. 5.551

De differentia moræ per lapſum diei & eius quæ per interpellationem ſiue iudicialem ſiue extraiudicialem contrahitur in ineunda rei debitæ aſtimatione. 6.553

Ad l.hominem 37.ff.mand.continuata tractatio. 7.557

Emendatio l. quoties.59.ff.de verb.obl. & de differentia dies & conditionis. 8.560

De differentia mandati & aliorum bonæ fidei contractuum in debita re aſtimanda. Ad primam partem l.hominem.37.ff mand. 9.562

De emendatione & ſententia l.cum quis 23. ff. de oblig. & act. 10.564

De aſtimatione rerum furtiuarum & amotarum 11.565

Diſſenſio Iureconſultorum in quæſtione l.ei qui 9. ff. de furt.& obſeruata in ea lege Triboniani manus,& in l.iuſiurandum 34.§.non ſemper ff.de iureiur. 12.567

De Iureiurando quod interpretes appellant veritatis. 13.569

De nouatione quæ fit ex iudicato. 14.572

In actione hypothecaria nunquā iurari in litem. 15 574

Ad l.ſi inter 21.§.vlt.ff.de pignor.& l.2.quib.mod.pig. 16.578

Obſeruata Triboniani manus in l. qui reſtituere 68 ff. ff de rei vin. & in l.4.§.iurare. & in l.5.ff.de in lit. iur. 17.579

In actionibus arbitrariis De eo quod metus cauſa, De dolo in litem nunquam iurari. 18.583

Triboniani eſſe totū §.quatenus.l.item ſi cum 14.ff.quod met.cauſ.& de illius ſententia ac emēdatione. 19.585

In interdictis nunquam in litem iurari poſſe. 20.592

LIBRI DECIMISEPTIMI.

EXplicatio l.3.C.de inoff.teſt.l.2.C.de pet.her.l.filiū 20.§.ſed quemadmodum ff.de bon.poſſ.cont.tab. 1.596

Emendatio l.ſi heredem 10.C.eo.ti. De inoff.teſt. 2.599

Emendatio l.Statius Florus 48.ff.de iur.fiſc. 3.600

Emendatio l.2.C.de tranſact. 4.603

Emendatio l.hac ſcriptura 26.ff.de cond.& dem. 5.604

Corruptum fuiſſe à Triboniano reſponſum Marciani in l.filiusfamilias.114.§.apud Marcellū.de le.1. 6.605

Emendatur §.ſi centum l.Imperat.70.de leg.2. 7.607

Emendatio l.1.C.de ord.iud. 8.609

Explicatur & emendatur l.tutor decedens 26.ff.de liber.legat. 9.611

Indicatur Tribonianiſmus in l.1.eo,ti.de lib.leg. 10.614

Alii Tribonianiſmi tres in l.ſi quis reum.5.eo.tit.de liber.legat. 11.615

De ſententia & emendatione l.ſi mandatu 59.§.crediter.ff.mandat. 12.618

Refutatur Accurſii diſtinctio circa debitoris pupillaris liberationem. 13.619

Emendatio §.vſumfructum l. Stichum aut Pamphilum 95.ff.de ſolut. 14.621
Deprauatam eſſe à Triboniano ſententiam l. ſeruus decem.68.eod.tit.de ſolut. 15.626
Emendatur l.ſi alterius 10.D.de hered.inſtit. 16.628
De ſentētia & vera lectione l.pen.D.de coll.dot. 17.631
Ad l.generaliter 6.in princ.C.de inſt.& ſubſtit. 18.634
Interpretatio l.Lucius 85.D.de hered.inſtit. 19.639
Ad §.ex facto l.ex facto 17.D.ad SC.Trebell. 20.643

LIBRI DECIMIOCTAVI.

INſignis Triboniani error in interpretandn Marcelis ad Iulianum nota in l.quamuis.8.§.ſi mulier. D.Ad SC.Velleian. 1.645
Indicantur alia Triboniani additiones in l.ſed etſi lege 25.§.adeò.D.de petit.hered. 2.648
Alia Triboniani additio in ead.l.ſed etſi lege.§. quod autem quis 3.651
Ad l.filiusfam.114.§.diui.ff.de legat.1. 4.655
Ad l.poſt mortem 12.C.de fideic. 5.657
Ad l.mulier qua in duobus 22.in princ.ff. ad SC. Trebell. 6.659
Ad §.verum autem l.apud Iulianum 11.ff.eod. tit. Ad SC.Trebell. 7.663
Ad verſ.vltim.d.l.apud Iulianum & ad l.ille à quo 13.in pr.eod.tit. 8.667
Ad l.ſed ſi in ab herede 12.ff.eod.tit. 9.671
Emendatio & explicatio §.ſi ego heres l.cogi 16.ff.eod. tit.ad SC.Trebell. 10.674
Duo Tribonianiſmi ad Paulum in l.qui ita 66.§. 1.& §.vlt.eod.tit. 11.676
Ad §. tempeſtiuum eſt. l.ille à quo 15.ff.eod.tit.ad SC. Treb. 12.679
Ad §.vlt.l.facta 63.eod.tit. l.ſi non lex 83. §. 1.ff.de hered.inſt.l.tractabatur 14.ff.de teſtam.milit. 13.681
Ad l.ſi Titio & Meuio 61.de legat.2.l.1.§.vlt.de leg.3. l.2.§.vlt.ff.de ſuis & legit.l.4.C.ad SC.Treb. 14.685
Emendatio l.pater meus 29.§.vlt.de legat.2. & retracta quaſtio l.1.§.quod ex ſubſtitutione & §.ſi coheredis.ad leg.Falcid. 15.689
Emēdatio l.1.§.pen.ff.de his que in teſta.delent. 16.693
Explicatur tit.de his qua in teſt.del. 17.694
Ad §.vlt.l.ſi quis ſeruum 8. & ad l.cum autem 9. D. de leg.2. 18.700
Quatenus actio detur fideicommiſſario pro conſequendo debito per heredis aditionem confuſo,ad §.ſi ex Trebelliano l.ſtā tamen 27.ff.ad SC.Trebell. 19.706
Ad l.ſi fideiuſſ 29.§.pen. & §. hoc idem.ff.mand. & l. cum de indebito 25.ff.de probat. 20.710

LIBRI DECIMINONI.

EXplicatio l.1.C.de donat.ante nuptias. 1.715
Explicatio l.2.C.de dot.cnut. non numer. eiuſque conciliatio cum l.1.C.de donat.ant.nupt. 2.717
De fictione breuis manus; & ficta traditione circa ſpeciem l.1.C.de donat.ante nupt.& l.2.C.de dot. caut. non numer. 3.719
Triboniani manus in l. Diui fratres 27. ff. de liber. cauſ. 4.722
De nunciatione noui operis pro ſeruitute ad l.qui viam 14.ff.de ope.noui nunciat.& l.unica.de remiſſ. 5.723
De oppigneratione ſeruitutum. 6.725
De differentia ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum: item conſtitutarum & conſtituendarum, ſi de ipſarum oppigneratione quaratur. 7.726
De oppigneratione vſusfr.vſus,& habitationis: & ad l.1.ff.de vſuf.legat.2. 8.728
De vſucapione & long. quaſi poſſeſſione ſeruitutū. 9.729
De differentiis vſucapionis, & praſcriptionis longi temporis,maximè in acquirenda ſeruitute: & ad l. ſi quis diuturno 10.ff.ſi ſeruit.vindicet. 10.732
Ad l.3.§.ductus aque.ff.de aqua quotid.& aſtiua. 11.733
Ad l.ſi quis emptionis 8.C.de praſcript.30.vel 40. annorum obſeruatus Triboniani error. 12.735
De ſeruitutibus qua in ſuperficie conſiſtere dicuntur. Item de iis que ſuperficiario conſtituuntur ab herede pendente conditione legati. 13.736
Explicatio l.nō ſatis.6.§.1.quemad.ſerū.amitt. 14.737
De differentiis vrbanorum & ruſticorum prædiorum, itemque ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum, & de variis ſeruitutibus. 15.739
Interpretatio l.vlt.D.commun.pred.l.vſufr.26. D.de ſtipul ſeruorum. 16.742
Retractata queſtio. An coniunctis perſonis non in poteſtate conſtitutis acquiri poſſit aliqua actio ex alterius ſtipulatione. 17.744
De fideicommiſſo quod quis à depoſitario aut alio debitore ſuo reliquerit. Ad l.Publia 26.ff.depoſit.& l.ſi pecunia 77.de leg.2. 18.746
Obſeruata Triboniani manus in l.Caius 45.ff. ſol.matrim.l.quodcunque.§.ſi quis ita. de verb.obl.l.pater 7.C.de pact.conuent. 19.747
Quid Iuſtinianus ſignificare voluerit iis verbis,& aliis quibuſdam modis,in §.omnium.Inſt.de act.& de praiudicialibus actionibus,& interdictis. 20.749

LIBRI VIGESIMI.

INterpretatio l. Areſuſa 15.ff. de ſtatu hominum. 1.753
Quando inſpiciendum ſit tempus quo cōditio impletur, & quando tempus quo ſit impleta. & ad l. vlt.ff. de cond.inſt.l.idem erit.16.de ſtat.hom. 2.755
Emendatio d.l. Areſuſa 15.ff.de ſtat.homin. 3.757
De ſententia & emendatione l.ſi fuerit 10.§.planè.ff.de reb.dub. 4.758
De reconuentione. 5.760
Quid noui à Iuſtiniano inductum ſit in reconuentionibus. 6.762
De ſententia l.qui non cogitur 22.D.de iud.l.nulli.10. C.eod.& de laico clericum reconueniente coram iudice laico,vel contra. 7.763
In actionibus in rem nunquam eſſe locū reconuentioni. 8.764
De actionibus in rem ſingularia quadam. 9.766
Nullas eſſe actiones mixtas in rem, & in perſonam, & emendatio §.quadam actiones.Inſt.de act. 10.769
De diſtinctione dominiorum bonitarij & Quiritarij, directi & vtilis. 11.771
De ſeruitutibus per aditionem confuſis à legatario vel fideicommiſſario reſtituendis ad l. Papinianus 38.aliàs l.in omnibus ff.de ſeruit.& l.ſi ei 9.ff.com.pred. 12.773
De confeſſoria & negatoria actione: & de differentia vindicationis ſeruitutum & rerum corporalium ad §.aquè.verſ.ſanè.Inſtit.de act. 13.775
Emendatio varij loci in tit. D. qua in fraud. credit. 14.777
Ad l.vlt.§.vlt.eo.tit.qua in fraud.cred.& ad l.vl.C.eo. 15.780
Actionem Paulianam neque pigneratitiis creditoribus dari,neque in rem eſſe. 16.781
De pignore rei aliena.l.1.in princ.ff.de pig.& confirmata Pauli à Modeſtino diſſenſio. 17.782
Ad tit.de oper.libert.varia obſeruata & emendata.& ad tit. Quarum rerum actio non detur. 18.785
De operarū editione,æſtimatione,& iadictione. 19.790
Ad l.frater à fratre 38.ff.de condict.indeb. 20.793

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS.

CONIECTVRARVM LIBER I.

Explicatur l. qui Romæ. 122. in princip. D. de verbor. obligat.

CAPVT I.

LEGIS qui Romæ, in principio, de verborum obliga. duplex interpretatio afferri ſolet: vetus vna, & communi ferè omnium interpretum conſenſu recepta, vt incongruo loco, & tempore, facta oblatio debitori non proſit: noua altera, vt debitor, qui diuiſis penſionibus ea conuentione pecuniam debebat, ſi integram eam primo mẽſe offerat, licet incongruo loco, & tempore, ſibi tamen præiudicet, vt præſenti die quantitas ab eo integra peti poſſit. Sed quemadmodũ prior interpretatio ridicula eſt, quia, ſiue de principali, ſiue de vſurarum obligatione quęratur, oblationem incongruo loco, & tempore, factam debitori nõ prodeſſe tam apertum eſt, vt probabile nõ ſit de eo conſultum Scæuolã fuiſſe: Ita poſteriorẽ admittẽdã nõ eſſe ex eo intelligimus, quòd iniquiſſimum eſſet oblationẽ incongruo loco, & tẽpore, factã debitori nocere: qui ſummam integram non ſimpliciter obtulit, ſed cũ ea adiectione, & conditione, vt quod creditori vſurarũ nomine prorogauerat, in debitũ cõputaretur. Vnde Scæuola quærit, An cùm oblatum ſit integrum debitũ, computatis ſcilicet vſuris iam prorogatis, nihilominus creditor integram ſummã ſua die petere poſſit, ſine vlla vſurarum iam prorogatarum computatione. At neque huic poſteriori interpretationi conuenire poteſt, quod lex ait, poſſe ſtipulatorẽ ſua die ibi vbi ſoluẽdã ſtipulatus eſt, integram quantitatem petere. Siue enim Florentinam lectionem ſequamur, & ſolutionẽ per menſes tres diuiſam fuiſſe dicamus, non poteſt verum eſſe, ſua die integram pecuniam peti antequã dies omnes venerint. *l. ſi neceſſarias 8. §. ſi annua. D. de pignorat. action.* Siue poſt tres menſes, vt vulgo legitur, & legendum eſſe probabilius eſt, ſolutionẽ fieri debuiſſe exiſtimemus, apertiſſima eſt Scæuolæ ſententia, non niſi poſt tres menſes integram quantitatem peti poſſe. Alia igitur interpretatio quærẽda eſt, & illud primum intelligendum, quod neſcio an quiſquam adhuc animaduertit, oblationem in ea ſpecie congruo loco, & tempore, factam fuiſſe. At congruo quidem tempore, quoniam inuito creditori ante diem ſolui poteſt. *l. quod quis 50. D. de oblig. & action. l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi inter. l. continuus 137. §. cùm ita. D. de verb. oblig. l. quod certa 70. D. de ſolut.* quibus omnibus in locis quod dicitur ante diẽ ſolui poſſe, haud dubiè ſic intelligi debet, vt & inuito creditore poſſit. Nam in *d. §. inter.* differentiam Vlpianus conſtituit inter certam, & incertam diem, quòd is qui in certam diem debet, toto medio tẽpore liberam ſoluendi poteſtatem habet. Qui verò in incertã, ita demum videtur præſtare quod promiſit, ſi poſt diei euentum ſoluere paratus ſit. At differẽtia nulla erit, niſi ſic Vlpianus intelligatur, vt qui in diẽ certã promiſit, ſtatim creditori inuito ſoluere poſſit: cùm & qui in diem incertã promiſit, ſi cõfeſtim ſoluat creditore conſentiente, vtiq. liberetur. Et in *d. §. cùm ita.* elegãter Venuleius diſtinguit inter ſolutionẽ, & petitionem, vt obligatione in diem concepta ſolui ante diem poſſit, peti verò nõ poſſit. Atqui volente debitore etiam ante diem peti nihil vetat. Ergo ita hoc explicandum eſt, vt quamuis ab inuito debitore ante diem peti non poſſit, inuito tamen creditori ante diem ſolui poſſit. Quidni verò? cùm is qui ante diẽ ſoluit plus pręſtet, quàm debeat. *l. Iauolenus. 15. in fi. D. de ann. legat.* quia diei adiectio eſt pro reo, nõ pro ſtipulatore, *l. cum qui 41. §. vlt. D. de verb. obligat. l. intra 7. D. de re iudicat.* Vnde etiã illud eſt, quod Paulus reſpondit in *l. qui res. 98. §. mihi decem. D. de ſolut.* eum, qui mihi Calendis Februariis dare promiſit, ſi eadem Titio ſolutionis gratia adiecto Calendis Ianuariis promittat, ei rectè ſoluere: quia cùm in diem ſit mea quoque obligatio, etiam mihi, inquit, ſolui poteſt ante Calendas Februarias. Mihi ſcilicet, inuito, vt recta ratio ſit, & conueniens ei de quo Paulus quærit, An promiſſor qui Titio Calendis Ianuariis inuito me ſoluit liberetur. Congruo quoque loco factam eſſe oblationem in ſpecie *l. qui Romæ.* illud probat, quod quamuis debitor pecuniam Romæ obtuliſſe proponatur quam in longinqua prouincia poſt menſes tres daturum ſe ſpoponderat, poſt paucos tamen dies eam obtulit, vt lex ait, hoc eſt, vt ego interpretor, priuſquam in longinquam illam prouinciam perueniri poſſet. Ex quo apparet, factam eſſe oblationem eo tempore quo pecunia certo loco debita eſſe dici nondum poterat, cùm huiuſmodi obligationibus ex quibus præſtari quid certo loco debet, tacitè inſit tempus intrà quod ad eum

locum perueniri poſſit. *d. l. cùm ita. §. ſi ita quis. D. de eo quod cert. loc.* Cuius rei effectus ille eſt, vt toto eo tempore quod tacitè ineſt inuito creditori ſolui poſſit vbique, vt Venuleius ait in *d. §. cùm ita.* quãuis poſt id tempus, hoc eſt cum iam certo loco deberi incipit, alibi inuito ſtipulatore ſolui nõ poſſit. *l. pen. de eo quod cert. loc.* Sic enim accipi debet, quod ſcriptum eſt in *d. §. cum ita. vel quia vbique poteſt ſoluere*, vt vbique inuito creditori ſolui poſſit, licet *Accurſius* & cæteri paſſim aliter interpretentur. Ille verò eius loci ſenſus eſt, promiſſorẽ, qui cùm Romę eſſet, Epheſi daturum ſe promiſit, trãſacto tempore intrà quod Epheſum perueniri potuit, ex ſtipulatione teneri, quòd per eum ſteterit, quominus obligationi ſatisfactum ſit, non ſolum quia Epheſi per alium dare; ſed etiam quia ipſe vbique ſoluere potuit, eo ſcilicet tempore ante quod Epheſum perueniri potuit: neque enim ante id tempus Epheſi potiùs quàm vllo alio loco debitum fuiſſe dici poteſt.

Ergo in propoſita ſpecie *l. qui Romæ.* oblationem congruo loco, & tempore factam fatẽdum eſt: eámque perelegantem dubitandi rationem eſſe, quam his verbis, Scæuola notat, *cùm in integram ſummam qua ſtipulatione obligatus erat, obtulerit.* Propter quã videbatur oblationem congruo loco, & tempore, factam debitori prodeſſe debere. Sed aliud Scæuolæ iudicium eſt, vt perinde ac ſi facta non eſſet, creditor poſſit integram ſummam non computatis vſuris prius iam prorogatis, ſua die, & loco deſtinato, exigere: Ratione illa, vt videtur, quod huiuſmodi vſuræ non propter moram, ſed ex cõuentione prorogatæ ſunt, indéq; fit vt minus offerat debitor qui pecuniam ſibi creditam offert detracta ea ſumma quam creditori ſuo vſurarum nomine prorogauerat. Generaliter igitur diffiniri poteſt, oblationem congruo loco, & tempore, factam, impedire quidem moram, & vſurarum ex mora debitarum exactionem, aut retentionem. *l. Seia. 12. D. de vſur. l. lecta. 41. D. de reb. cred.* ſed non earum, quæ ex conuentione debentur. Neq; enim ſine maxima creditorũ iniuria aliter cõſtitui poſſet, quos, ſine fœnore non credituros, lucro vſurarum conuentarum fraudari non oportet. Fraudarentur verò, ſi debitoribus, pecuniæ creditæ qua diu fortè vſi eſſent, ad dictam diem, aut ante diem ſine vſuris reſtituendæ poteſtas eſſet.

Emendatur l. 5. D. de impenſ. in reb. dotal. fact. & explicatur l. ſi is qui. 56 §. quod dicitur. de iure dot.

CAPVT II.

QVOD vulgò dici ſolet impẽſas neceſſarias ipſo iure dotem minuere, *l. dote. 61. de ritu nupt. l. 1. §. 1. l. pen. de impenſ. in reb. dot. fact. l. 2. de dot. prælég.* Paulus in *l. ſi is qui Stichum. 56. §. 2. de iur. dot.* ita interpretatur, vt tamen non efficiant res dotales aliqua ex parte deſinere eſſe dotales: quod ipſum ſic accipiendũ eſt, vt fundus in dotem datus tanquam pro impenſis neceſſariis ſolutus & velut compenſationis iure marito non acquiratur: (cum namque mulieri impenſas offerenti reſtituendum eſſe certiſſimum eſt:) cæterùm impenſæ neceſſariæ hactenus efficient fundum deſinere eſſe dotalem, vt quandiu earum nomine marito ſatiſfactum non erit, fundus ab eo repeti non poſſit. *§. antepen. Inſtitut. de act. l. 5. de impenſ. in reb. dotal. fact.* In qua neceſſariæ ab vtilibus differunt, quæ ſiue volente, ſiue ignorante aut inuita muliere factæ ſint, nunquam eiuſmodi ſunt, quę dotis repetitionẽ impedire aut remorari poſſint, ſed ſiquidem ſine mulieris voluntate factæ ſunt, exactionem duntaxat habent: ſi verò muliere volente, deduci tãtùm poſſunt, id eſt per exceptionem pignoris quodãmodo nomine retineri. *l. voluptaria. 7. cum l. ſequen. de impenſ. in reb. dotal. fact. l. 7. §. vltim. D. ſolu. matrim. l. impenſa. 79. de verb. ſignificat.* At longè aliud eſt impenſis neceſſariis ipſo iure dotem minui: aliud verò pignoris nomine dotem retineri ob impenſas vtiles, quas mulierem, cuius voluntate factæ ſunt, præſtare æquum eſt. *l. dote. 5. D. de dot. prælég.* Nam & hodie poſt Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. vnica. §. ſed nec ob impenſas. C. de rei vxor. action.* dubitandum non eſt dotis propter impẽſas neceſſarias retentionem ſupereſſe: quã tamẽ propter vtiles licet mulieris voluntate factas, penitus ſublatam eſſe certiſſimum eſt. Neque enim voluit Iuſtinianus aut ex iuris ratione velle potuit, vt dos impenſis neceſſariis imminuta, ante earũ reſtitutionem peti poſſit: ſed id tantùm conſtituit, vt cùm peti dos poteſt, quod contingit, vtilibus impẽſis in eam quodãmodo factis, nulla ei pignoris nomine retentio obiici poſſit, ſed omnimodo dos reſtituatur, tũ impenſæ vtiles mãdati vel negotiorum geſtorum actione repetãtur. Quod autem diximus impenſas neceſſarias non efficere vt fundus in dotem datus omnino deſinat eſſe dotalis, exceptionẽ vnam habet: niſi in eum tantum impenſum ſit per partes quanti ipſe fundus eſt: quo caſu Scæuola dicebat fundum omnino deſinere eſſe dotalem, niſi mulier ſponte marito intrà annum impenſas obtulerit, vt Paulus refert in *d. §. 2. l. 50. de iure dot.* Intra annum igitur fundum dotalem remanere Scæuola putabat ea ratione, quòd ſi dotalis eſſe deſineret, alienari poſſet: alienatus autem poſteà data pecunia rurſus dotalis fieri non poſſet. Sed Paulus contrà putat ſtatim deſinere eſſe dotalem: neque tamen interim, id eſt intra annum mulieri ad offerendas impenſas, datum, alienari poſſe, quoniam etſi dotalis non ſit, in eo tamen eſt, vt muliere impenſas reſtituente in cauſam dotis teneri poſſit: neque verò nouum eſt, vt etiam eius fundi, qui dotalis non eſt, alienatio lege Iulia inhibeatur: ſufficit enim, mulieri actionem de dote competere poſſe, licet intereà non competat, *l. 3. D. de fund. dota.* At difficiliùs ſciri poteſt cur impenſæ neceſſariæ, quæ integram totius fundi æſtimationem æquant, efficiant vt totus deſinat eſſe dotalis: ſi verò partẽ duntaxat æquẽt, ne pro ea quidem parte dotalis eſſe deſinat. Niſi fortè ita conſtitutũ dicamus, quòd cũ impẽſa tanti eſt, quãti totus fundus, videatur dici poſſe fundũ deſinere eſſe dotalẽ ſine iniuria mulieris, cuius reuera nihil intereſt fundum illũ habere, quem niſi prius oblata integra æſtimatione habere non poſſit: quanquam illius affectioni hactenus indulgetur, vt ſi fundum habere vel potius redimere malit, maritus æſtimationem intrà annum accipere compellatur. At cùm pro parte duntaxat æſtimationis fundi impenſa facta eſt, ſemper mulieris intereſt partem illam potiùs habere, quàm eius æſtimationem, vel eo ſaltem nomine, quòd alia pars ei ſupereſt quam ab alia diuiſam habere nolit: neque enim inuita, aut ignorans ad communionem compellenda eſt, *l. ſi non ſortem. 26. §. ſi centum. de condict. indeb.* Eleganter verò Paulus, *ſed ſi tantum in fundum dotalem impenſum ſit per partes, &c.* Cùm enim neceſſaria impenſa ea ſit qua non facta dos imminuitur. *leg. impenſa. 14. de impenſ. in reb. dot.*

Digitized by Google

dot.fact.l.79.de verb. ſignif. apparet neceſſariam dici non poſſe eam quam integram totius dotis æſtimationem abſumit: quanquam facilè contingere poteſt vt eadem impenſa neceſſaria ſæpius facta dotem exæquet, atque adeo ſuperet. Quod cùm Ioannes & Accurſius non animaduerterent, dixerunt Paulum exempli gratia ſcripſiſſe *per partes*, neque dubitandũ quin idem dicendum ſit & ſi vnica impenſa dotis æſtimationem æquauerit, quod tam eſt ridiculũ, quàm cætera ferè omnia, quæ de iſta quæſtione apud Accurſ. leguntur, in cuius gloſſis omnia ſunt ita inuoluta & incerta, vt ex iis vix aliud quicquam intelligere poſſimus, quàm nihil eum intellexiſſe. Putat enim impenſas neceſſarias efficere, vt quaſi pignoris nomine retineri dos poſſit, quod diſertè negat *l.5. de dot. præleg.* tum Pauli & Scæuolæ eandem ſententiam eſſe vult, vt fundus in quem tantum impenſum eſt quanti ipſe fundus eſt, remaneat quodammodo dotalis, cùm tamen Paulus dicat magis eſſe *vt in cauſam dotis remittatur:* quibus verbis Scæuolæ ſententiam maniſeſtiſſimè corrigit. Eandem quæſtionem Vlpianus tractat in *l.5. de impenſ. in reb. dotal. fact.* quid ſit quod dici ſolet impenſas neceſſarias ipſo iure dotem minuere. Id autem ita interpretatur, vt efficiant fundum deſinere eſſe dotalem, id eſt, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus, vt quandiu earum nomine marito ſatisfactum non erit, fundus ab eo repeti non poſſit, non autem vt ipſe fundus aut ſingula corpora dotalia ipſo iure diminuantur. *leg.1.§.1 de dot.præleg.* Rationem verò ſubiicit, quòd abſurdum eſſet diminutionem corporis fieri propter pecuniam. Cuius ſententiæ vis illa eſt, vt pro impenſis neceſſariis nullam corporum dotalium partem retinere inuita muliere maritus poſſit, quaſi ex iis ipſis ſibi ſoluerit quod pro eis impendit: & ex diuerſo vt ipſa mulier nullam fundi partem petere poſſit, niſi priùs oblatis impenſis in totum fundum factis, licet earum longè minor ſit quàm totius fundi æſtimatio. Quibus conſequenter ſcribit, *Vbi ergo admittimus, diminutionem dotis ipſo iure fieri? vbi non ſunt corpora, ſed pecunia*, &c. Hîc verò ingenuè fateor me non intelligere quid ſibi Vlpianus velit, hoc eſt, quid illud ſit de quo quærit, multoque minus quid reſpondeat. Cùm enim proximè dixerit, corporibus in dotem datis, impenſas neceſſarias ipſo iure dotem non corpora minuere, cur quærit vbinam admittamus diminutionem dotis ipſo iure fieri? Rurſus quòd reſpondet ibi demùm diminutionem dotis ipſo iure fieri vbi non ſunt corpora ſed pecunia, vel vbi corpora ſunt æſtimata, verum non videtur, cùm certiſſimum ſit his caſibus ipſorum corporum, itémque pecuniæ non dotis diminutionem fieri. Nam in pecunia ratio admittit propter pecuniam diminutionem fieri. Rectè verò *in pecunia*, non *in pecuniaria dote:* cùm & in ea dote quæ ex corporibus conſtat ratio patiatur diminutionem fieri, ſed non in ipſis corporibus: niſi fortè æſtimata ſint: quo caſu ipſorum æſtimatio in dotem data intelligitur. *l.quoties.5.C.de iure dot.* Ego corruptum eſſe hunc Vlpiani locum non dubito, &, quantum coniectura aſſequi poſſum, ita reſtituendum, vt pro eo quod vulgo legitur *ipſo iure*, reponamus *ipſa in re*, in illis verbis, *vbi ergo admittimus diminutionem dotis ipſo iure fieri?* itémque in illis ſequentibus, *ipſo iure dos diminuetur.* Paria enim ſunt diminui dotem ipſa in re, & ipſam rem dotalem, non dotis vniuerſitatem diminui. Quàm verò facilis & lubricus hic error fuerit tam apertum eſt, vt ab omnibus hanc noſtram emendationem vel eo ſolo nomine ſtatim probatum iri confidamus.

Defenditur, & explicatur vulgata lectio l.Manio.41.§.1.de legat.2.

CAPVT III.

MVltum intereſt vtrum vxori ſuæ dotem teſtator ita leget, *Quicquid propter Titium ad me dotis nomine peruenit, tantam pecuniam heres meus ei dato.* an verò ipſius hæredis vxori, hoc modo, *Quicquid propter Titium ad te peruenit.* Hoc enim poſteriore caſu, tota dos ſine vlla deductione impenſarum mulieri debetur, & taxationis loco habentur verba illa, *quicquid ad te peruenit.* Priore verò, cùm vir vxori dotem relegat, id tantum legare videtur, quod iudicio de dote mulier conſequi poſſet, vt Iureconſultus ait in *l.Manio.41.§.1.de legat.2.* Cuius ſententia quamquam ſatis aperta, ab *Accurſio* tamen intellecta non eſt, qui inter legata duntaxat, non inter teſtatorum perſonas differentiam conſtituendam eſſe putat, vt nihili interſit, an maritus leget, an extraneus: ſed ſiue hic, ſiue ille ſit, qui legat, diſtinguatur an ſimpliciter dotem leget, an cum adiectione illa *quicquid peruenit:* vt illo caſu non plus mulieri præſtetur, quàm dotis iudicio conſequeretur: hoc verò, impenſarum deductionis ratio nulla habeatur. At Iureconſultus apertè ſcribit, non idem ius ſeruari debere in teſtamento extranei, quod ſeruatur in teſtamento viri, & addit, *illic verò, vbi vir vxori relegat*, neque duplicem illum legandi modum diſtinguit, quem Accurſius diſtinguendum exiſtimat. Sed neque Goueani, clariſſimi & ſubtiliſſimi Iureconſulti, opinionem probare poſſum, qui verba illa, *vbi vir vxori relegat*, alieno loco poſita eſſe ſcribit, & differentiam quam inter maritum, & extraneum Iabolenus apertè ponit, contraria prorſus interpretatione ſic explicat, vt in teſtamento viri verba illa, *quidquid ad me peruenit*, taxationis loco habeantur, extraneo autem legante id tantùm legato contineatur, quod impenſis deductis reſtituendum eſſet iudicio de dote: Nec animaduertit iureconſultum in illis verbis, *non dubito*, ad propoſitam quæſtionem reſpondere, quæ eſt de legato ipſius hæredis vxori relicto in extranei teſtamento: quo tamen caſu totam dotem ſine vlla impenſarum deductione mulieri ex teſtamento præſtandam eſſe diſertè ſcribit. Niſi fortè virum doctiſſimum fefellit lectio Florentina, quæ habet, *non dubito quin vxori ſuæ.* At rectiùs in aliis ferè omnibus codicibus legitur *tuæ* (ſimilis error eſt in *l.ex aſſe.28.ff.ad S.C. Trebell.*) idque verba illa ſequentia demonſtrant, *quicquid ad te perueniſſet:* vtique enim dixiſſet Iabolenus *quicquid ad me peruenit*, ſi de legato teſtatoris vxori relicto intellexiſſet. Æquè verò ſuſus eſt Bartolus, qui Butrigarium ſecutus neſcio quid ſomniat de horum verborum differentia, *perueniſſet*, & *peruenit*, nec videt ea verba, *quicquid ad te perueniſſet, vt tantum ei dares*, teſtatoris non eſſe, ſed Iureconſulti, verba illa teſtatoris, *quidquid ad Seium propter Titiam dotis nomine peruenit*, ad propoſitam quæſtionem adaptantis, & ad perſonam ipſius heredis, cum quo per epiſtolam loquebatur, referentis: Nec illud etiam Bartolus videt, quod tamen aperciſſimum eſt, Iabolenum inter legantium perſonas, non inter legatorum formulas differentiam conſtituere. Quare nec ſibi ipſe ſatisfacit, qui poſt longam diſputationem nihil aliud concludit, quàm ſe totam quæſtionem hanc ſub dubio, vt ipſe loquitur, dimittere. Ego verò indubitatè concludo, quod initio capitis propoſui, multum intereſſe, vtrum maritus leget an extraneus. Illo caſu, ea verba, *quidquid ad me peruenit*, impenſarum de-

Digitized by Google

ductionem oon excludere: Poſteriore verò, hæc ipſa verba, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi, & efficere vt mulieri dotem repetenti nulla obiici deductio poſſit. Quod in ipſo §. tam apertum eſt, vt vix vllus quiſquam de eo dubitaturus fuiſſet, ſi diſſimilitudinis huius ratio aliqua ab interpretibus excogitari potuiſſet: quæ tamen re paulò attentiùs conſiderata in facili eſſe videtur. Cùm enim teſtator vxori ſuæ dotem relegat, ita facere creditur, quòd intelligat ſe defuncto, eam iudicio de dote acturam, vt proinde interpretatione in heredis fauorem facta dicamus nõn videri teſtatorem plus legaſſe, quàm eo iudicio mulier conſequeretur. arg. *l. penult. D. de dot. præleg.* Quæ etiam iuris veteris ratio fuit, propter quam mulier, cui maritus aliquid legauerat, etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, alterutro tamen, id eſt vel dote, vel legato contenta eſſe cogebatur, quamquam ſingulari fauore dotium, quibus paſſim plus æquo indulſit Iuſtinianus, hoc ius, quod Edictum de alterutro dicebatur, hodie ſublatum eſt, *l. vnica. § ſciendum. C. de rei vxor. act.* vnde à Triboniano addita videtur verba illa, *pro dote compenſandi animo*, in *l. cùm ab uno. 53. de legat. 2.* quæ de dotis, ſeu rei vxoriæ actione apertè loquitur. At cùm extraneus puta heredis vxori legat hoc modo, *quicquid ad Seium heredem peruenit*, eadem interpretatio admitti non poteſt, quia heredis fauor nullus eſt, niſi quatenus hæres eſt, & defuncti perſonam repræſentat: atque ideò nulla admiſſa voluntatis coniectura, verba illa generalia prout ſonant, interpretamur, & generaliter intelligimus, vt quicquid ad eum dotis nomine peruenit, totum, id eſt non deductis impenſis reſtituatur. Ex eo autem, quod de impenſis deducendis Iureconſ. loquitur, intelligimus de neceſſariis idem dici non poſſe, quarum ſcilicet deductio nulla eſt, ſed ipſo iure retentio. *l. 5. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Vtilium duntaxat deductio eſt. *l. 8. eod.* id eſt, per exceptionem retentio, vt ſuperiore capite expoſuimus, & quaſi pignoris nomine, vt ait *l. dote. 5. D. de dot. praleg.* Ergo ſi hæredis vxori legatum ſit hoc modo, *quicquid propter eam ad heredem dotis nomine peruenit*, nil ea res ad impenſas neceſſarias pertinebit, quę cùm ipſo iure dotem minuant, efficiunt vt eò minus ad maritum dotis nomine peruenisse videatur. Sed huius legati commoditas in eo verſabitur, vt mulier, cui de dote agenti impenſarum vtilium ipſius voluntate factarum deductio obiici poſſet, ex teſtamẽto integram dotem nulla obſtante exceptione conſequatur. Quod ſi neceſſariæ duntaxat impenſæ in dotem factæ ſint, humanius fortaſſe fuerit, vt legati aliqua vtilitas ſit de iis idem dicere, quod de vtilibus ait Iureconſultus, & deductionis verbum, quod ille vſurpat, extra ſignificationem propriam ad retẽtionem quoque extendere, arg. *l. fundus. 24. D. de instruct. vel instrum. legat.* Eleganter autem verba illa, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi ait, vt quemadmodum in iudicio de dote officium iudicis eſt vtiles impenſas mulieris voluntate factas iubere deduci, tum quod iis deductis ſupereſt, reſtitui, ſic in propoſito caſu teſtator videatur dotem taxaſſe, id eſt ita legaſſe, vt nihil amplius ex ea deduci poſſit. Taxatum enim verè dicitur quod deductis deducendis reliquum eſt. Planè quamuis de impenſarum deductione duntaxat Iabolenus loquatur, dubitandum tamen non eſt, quin de vtilibus quoque impenſis ſine mulieris voluntate factis, quarum exactio tantùm, non autem deductio eſt, idem dici poſſit, ex veriſimili teſtantis voluntate, quem non eſt exiſtimandum ei cui retinendi facultatem abſtulit, exigendi poteſtatem relictam voluiſſe.

Explicatur l. 26. C. de iur. dot. l. 26. D. depoſiti. l. 36. §. codicillis. de legat. 3.

Capvt IIII.

Plerisqve placet adſectionem perſonarum efficere, vt alteri per alterũ actio acquiratur: quod mihi placere non poteſt. Iuris enim regula generalis eſt, ex vnius pacto, aut ſtipulatione alteri actionẽ quæri non poſſe. *l. quæcunque. 11. D. de oblig. & action. l. ſtipul. iſta. 38. §. alteri. D. de verb. oblig.* nec ſi mater filio, aut pater emancipato, aut filius matri, aut emancipatus patri ſtipuletur. *l. inter. 26. §. penult. D. de pact. dotal. l. debitor. 59. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. l. ſi genere. 26. C. de iur. dot.* quam de emancipato loqui non de extraneo, vt quidam putant, apparet ex illis verbis, *tibi extraneo conſtitute*, ſcilicet *per emancipationem*, vt rectiſſimè ex Græcis *Thalelæus* interpretatus eſt, & ego in quibuſdam codicibus ſcriptum legi. Item ex illis præcedentibus, *pater communis*, quæ oſtendunt in ea ſpecie ſtipulatorem filiam habuiſſe, cuius nomine dotem dabat, & filium emancipatum, cui dotem reddi ſtipulabatur. Nec rurſus aliorum interpretatio probari poteſt, qui ex patris ſtipulatione filio emancipato directam actionem denegant, vt vtilem concedant. Illa enim verba generalia ſunt, *nec tibi prohibente iure quærere potuit actionem*, & cum effectu ſic intelligenda, vt filio per patrem nec directa nec vtilis actio acquiri poſſit, cùm Imperatoribus ſolẽne ſit de ęquitate, & rei effectu potiùs quàm de ſtricto iure reſpondere, vt in *l. pen. C. ad exhib. l. pater. 7. C. de pact. conuent.* Sic per materia pactum etiam dotale filio actionem nullam quæri ſcriptum eſt in *l. pactum. 4. C. eo.* vt non ſine cauſa Africanus in *l. pater. 23. D. de pact. dota.* adiecerit, *quas in poteſtate habebat*, vt intelligamus filiis per emãcipationẽ extraneis cõſtitutis patrem ſtipulari nõ poſſe. Nec me in contrariam ſententiam mouet, quod ſcriptum eſt in *d. l. pater 7. C. de pact. conuent.* ex pacto aui vtilem actionem nepotibus acquiri. Id enim commodè accipi poteſt de nepotibus ex filio, quibus in poteſtate retentis, auus vtiliter poſt mortem ſuam dari ſtipulatur, *l. quodcunque. 45. § ſi ita quis. de verbor. obligat. l. ſi ita. 9. D. de pact. dotal.* Nec rurſus quod in *l. Publia. 26. D. depoſit.* Paulus ait depoſitum ex matris voluntate filio reſtituendum eſſe. Nam de actione depoſiti Paulus non loquitur, quæ ex certiſſima iuris ratione filio per matrem acquiri non poteſt, ſed quod reſpondet depoſitum filio reſtituẽdum eſſe, omnino ſic intelligi debet vt reſtituatur ex cauſa fideicommiſſi, cùm & fideicommiſſi verbis illis mater vſa ſit, *ſi aliquid humanum mihi contigerit, filio meo reſtitues*, & hodie poſt conſtitutionem Diui Pij à quocunque debitore, præſertim à defuncto, fideicommiſſum relinqui poſſit. *l. ſi pecunia. 77. de legat. 1.* in cauſa verò fideicommiſſi vtcumque precaria voluntas quæratur, coniectura poſſit admitti. *l. cùm proponebatur. 64. de legat. 2.* Errant ſanè, meo iudicio, qui in ea ſpecie filio depoſitum reſtitui putant, quaſi materna heredi, cùm ex iis verbis legis, *filio meo, quem ex alio marito ſuſcepi*, non obſcurè colligi poſſit, ex poſteriore quoque matrimonio liberos matrem habuiſſe, ad quos omnes ab inteſtato pro æquis partibus legitima matris hereditas pertinet, *l. 4. D. ad S. C. Tertyll.* Eóque nimirum colore maritus cum filio prioris thori contẽdebat, ſcilicet ex cõmunium liberorum

Digitized by Google

berorum perſona, aut, ſi manis, proprio ipſius mariti nomine, ad quem ſpectat vſusfructus bonorum materoorum, communibus liberis quoad proprietatẽ dũtaxat acquiſitorũ, *l. 1. & tot. tit. C. de bon. mater.* Neque enim dici poteſt quod quidam tentant, res depoſitas mariti proprias fuiſſe. Quod ſi verũ eſſet, falsò diceretur filio reſtitui eas debere, cũ maritus vindicationis iudicio agens, vtique de victoria incertus eſſe non poſſit. Similis etiam error eorum eſt, qui in *l. cũ quis. 37. §. codicillis, de legat. 3.* ex patrui conuentione fratris filio depoſiti actionem quæſitam fuiſſe exiſtimant, cùm tamen de eo Scæuola non quærat, ſed de eo duntaxat, an ex ſola teſtatoris ſcriptura depoſitum probari poſſit, quod propter defuncti iuſiurandum magis eſſe ait. Siue igitur fratris filius patruo heres extiterit, ſiue alius, is qui heres eſt depoſitum petere poterit, quod ſignificant verba illa, *nec aliam vllam probationẽ habeas*, ſcilicet heredes. Nam ſi Florentinã lectionem ſecuti legamus, *habeat*, neceſſario ponendũ erit fratris filium patruo heredẽ extitiſſe, quod tã ex teſtamẽto quàm ab inteſtato facilè contingere poteſt, & in dubio, cùm nullos liberos habuiſſe teſtator proponitur, ita contigiſſe credendum eſt. Petetur autẽm in ea ſpecie depoſitũ actione depoſiti, non ex teſtamẽto, cùm inutile ſit legatum quod repræſentationis cõmodum nullũ habet, *l. ſin autem 29. de legat. 2. l. Aurelius. 28. §. vlt. D. de liberat. legat.* Nec ratione alia reſponſum illud Scæuolæ pertinet ad titulos De legatis, quàm quod pecunia illa depoſita legata erat: quemadmodum *l. Publia.* collata eſt à Triboniano *ſub tit. Depoſit.* quia in eius ſpecie depoſitæ erant res de quibus quærebatur, licet ex fideicommiſſo non depoſiti actione, vt diximus, repetantur. Hæc quamquam ita ſunt, tamen dotium fauore ſingulariter receptum eſt, vt nepti nubenti ex aui materni dotem dantis ſtipulatione vtilis actio acquiratur. *l. Caius Seius. 45. D. ſolut. matri.* vbi ratio propria redditur, *ne commodo dotis mulier defraudetur*, & *fauore nuptiarum.* Quæ verò ſubiicitur, *& maximè propter affectionem perſonarum*, abundãs potius, quàm idonea ratio eſt, aut eã fortaſſe ob cauſam adiecta, vt intelligamus ſolum fauorẽ nuptiarum, & dotis, facere nõ poſſe vt ei quæ nubit vtilis actio acquiratur, ex alterius quàm patris ſtipulatione, niſi ſtipulatoris perſona talis ſit, quam probabilis aliqua adfectio ad ſtipulandum pro filia vel nepte induxerit.

Adduntur negatio in l. cùm reus. 14. D. de fideiuſſor.

CAPVT V.

SI reus fideiuſſorem heredem ſcripſerit, conſtat inter omnes fideiuſſoriam obligationem extingui, & ſolãm principalem tanquam pleniorem remanere. *l. 5. D. de fideiuſſor. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de ſolution.* Idémque Sabiniani admiſerunt ſi reus fideiuſſori heres extiterit, quorum ſententia tandem contra Proculianos obtinuit. *l. cùm quis. 48. §. vltim. l. ſi duo. 93. in fi. de ſolut. l. heres à debitore. 21. §. quòd ſi hic ſeruus. de fideiuſſ.* Quid ergo ſi reo ex propria perſona competat exceptio aliqua quæ fideiuſſori non competebat? finge ſtipulatorem pactum feciſſe de non petendo à reo duntaxat (quod fideiuſſori non prodeſſe certum eſt. *l. niſi hoc actum. 22. D. de pact.*) an non iniquum ſit periclitari ſtipulatorem, & exceptione ſummoueri quã ipſe fideiuſſor aut quilibet ipſius heres obiicere nullam poſſet? Ita ſanè eſt. Et ideò ſtipulatori ſuccurrendũ eſt, vt ſi reus ex perſona ſua conuentus exceptione fideiuſſori non competente vſus fuerit, in factum vel doli mali replicatio ſtipulatori detur. Dolo namque reus facit, qui cùm fideiuſſor heres extiterit, id tamen recuſat ſoluere quod alius quilibet fideiuſſoris heres ſoluere compelleretur. Quæ ſententia eſt *l. cum reus. 14. de fideiuſſ.* in qua manifeſtum eſt addita negatione legendum eſſe, *exceptione fideiuſſori non competente.* Nam ſi receptam lectionem ſequamur, ſiue exceptionem reo & fideiuſſori communem fuiſſe dicamus, verum non erit quod Iulianus ait ſtipulatori dandam in factum vel doli mali replicationem, cùm in dolo non ſit reus idémque fideiuſſoris heres qui exceptione ſibi & fideiuſſori competente vtitur: ſiue exceptionem hanc ſoli fideiuſſori competere dicamus cum Accurſio & Bartolo, non video quomodo reus ex perſona ſua, id eſt tanquam reus conuentus, exceptionem ſoli fideiuſſori competentem opponere poſſit: quod cùm facit, non tam doloſè profectò quàm ſtultè, hoc eſt iuris imperitia, facere credendus eſt, præſertim cùm tota fideiuſſoria obligatione ſublata fideiuſſoriam quoque exceptionem omnino peremptam eſſe neceſſe ſit.

Defenditur reſponſum Scæuolæ in l. prædia. 27 §. liberto, de inſtruct. legat.

CAPVT VI.

CVm Pamphilo liberto heredi ex parte ſcripto patronus per præceptionem fundum legaſſet, eo adiecto, *cum inſtrumento & his quæ in eodem erunt cùm moriar:* Scæuola reſpondit etiam vinum in eo fundo repertum quod viuus teſtator vendiderat, & cuius pretij partem tertiam acceperat, ad Pamphilum libertum ex cauſa præceptionis pertinere, niſi manifeſtè contrariam defuncti voluntatem cohæredes approbent. Cuius reſponſi rationem Accurſius non intelligens, in propoſita ſpecie contrariam teſtatoris voluntatem liquere ex Rogerij ſententia contendit, maximè, inquit, ſi poſt factum teſtamentum teſtator vinum vendidiſſe proponatur, quòd hæc alienatio argumentum quoddam ſit mutatæ voluntatis. arg. *l. ſi ea re. 8. de leg. 1. l. fideicom. 11. §. ſi rem ſuam. de leg. 3.* atque ita efficit vt quod in propoſito caſu ad libertum pertinere Scæuola reſpondit, prorſus contraria interpretatione ad coheredes pertineat, niſi contrariam voluntatem libertus approbet, cuius tamen probandæ onus incumbere coheredibus Scæuola ſcribit. Quod quemadmodum indiſtinctè ſcribit, ita ego generaliter verum arbitror, ſiue ante, ſiue poſt factum teſtamentum facta venditio ſit. Vtroque enim caſu dici poteſt, nondum videri alienatum vinum quod nondum traditum eſt, atque adeò cuius nomine venditori pretium ſolutum aut alio modo ſatisfactum non eſt. *l. quod vendidi. 19. de contra. empt. §. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* ex quo ad Accurſij obiectionem reſponderi poteſt. Planè pro qua parte ſolutum precium eſt, vix dici poteſt vinum præceptionis legato contineri: & probabilius eſt verba illa, *vinum in doliis remanens*, de vino cuius pretium ſolutum non eſt accipi debere: neque enim videtur in doliis remanſiſſe vinum quod quandocunque volente emptore auferri poteſt. Pretium autem iam acceptum liberto ex cauſa præceptionis reſtituendum eſſe ex propoſiti legati verbis dici nullo modo poteſt. Verùm igitur eſt quod Scæuola reſpondit, vinum à teſtatore venditum, quod tamen in doliis remanſit, ad legatarium, hoc eſt libertum coheredem ex cauſa

Digitized by Google

præceptionis pertinere. Cui malè obiicitur *l. quæſitum.12.§.Celſus. hoc titul.* vbi agitur de legato fundi inſtructi, quod multum differt à legato fundi cum omnibus quæ in eo ſunt: neque enim quæcunque in fundo ſunt inſtructi appellatione continentur, ſed ea duntaxat quæ ideò in fundo ſunt vt eo ſit inſtructior paterfamilias. *d. l. quæſitum. §. idem reſpondit domo inſtructa.23.* cuiuſmodi profectò non ſunt ea quæ venalia ſunt, præſertim vina, quibus licet venalia non ſint, fundus tamen inſtructus intelligi non poteſt. *l. ſi ita.15. §.1. eodem.* Minus verò ad rem pertinet quod idem Scæuola reſpondit *in l. generali 32. §. vxori. de vſufruct. legat.* domuum & omnium rerum quæ in iis eſſent vſufructu legato, non videri teſtatorem de iis legandis, quæ venalia eſſent, ſenſiſſe. Magna enim eſt hac parte inter vſusfructus & proprietatis legatum differentia: ſiquidem qui vſumfructum legat, non poteſt videri cogitare de iis quæ venalia habet, niſi forte quis dicat pecuniæ ex iis redactæ quaſi vſumfructum conſtituere teſtatorem voluiſſe: quod tamen neque teſtatoris verba inducunt, neque heredis fauor patitur vt in dubio ſine coniectura admittatur. At legata proprietate omnium rerum quæ in domibus ſunt, dici non poteſt quid impediat quominus etiã ea quæ venalia ſunt legato contineantur. Niſi aliquid fortè ſit ex quo contraria teſtatoris voluntas appareat, vt ſi dixerit, *cum omnibus rebus ſuis*: hæc enim adiectio efficit vt de iis duntaxat rebus videatur ſenſiſſe teſtator quas in vſus ſuos, non quas venales habuit. *l. argumento.25.§. ſi quis addiderit. l. pediculis. 32. §. item cùm quæreretur. de aur. & arg. legat.* Poſtremò non obſtat quod dici ſolet fundo legato cum omnibus quæ ibi ſunt, ea quæ ad tẽpus ibi ſunt non videri legata. *l. ſi fundus.44. de legat.3.* Nam in propoſita ſpecie, ſiue poſt teſtamentum vinum vẽditum eſſe dicamus, non ideò tamen fit vt teſtamenti tempore venale fuerit, cùm plerumque cõtingat vt quæ prius vẽdere noluimus, poſteà mutato conſilio vendamus: ſiue ante teſtamentum facta venditio ſit, manifeſtum eſt teſtatorem qui vino iam vendito legauit omnia quæ in fundo ſunt, neque vinum ab eo fundo abſtulit, voluiſſe vt ad libertum ex cauſa præceptionis pertineret. Illud etiam dici poteſt, legatis omnibus quæ in fundo ſunt, ea tamẽ legata non intelligi quæ in alium locũ tranſlata teſtator voluit, vt in ſpecie *l. ex facto. 35. §. vlt. de here. inſt. l. ſi ita. 86. de leg. 3. l. pen. §. vlt. de aur. & argent. legat.* At aliud probandum eſſet in iis quæ teſtator tãdiu in fundo remanere voluit, quandiu ſua eſſent: hæc enim verè dici poſſunt ita eſſe in fundo, vt ibi perpetuò ſint. Sequitur apud Scæuolam, *In eo fundo inſtrumenta Calendarij & nummos reliquit. Reſponſum eſt de nummis quoque, vt ſuprà reſpõſum.* Ergo de Calendario non idem reſponſum eſt: neque enim nomina debitorum in aliquo loco eſſe dici poſſunt, *l. ſi fideicommiſſum.50.§.1. de iudic.* & ideò generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco ſunt, nunquam Calendarium continetur. *l. Cains Seius. 86. de leg. 2. l. vxorem. 41. §. legauerat. l. quæſitum. 78. §.1. l. ſi mihi 92. in princ. & §. vlt. l. prædiis. 91. §. pater. de leg. 3.* Atqui ſupradictis locis eadem videtur conſtitui ratio nummorum & Calendarij, *vt in d. §. legauerat. d. l. quæſitum. §.1. & l. ſi mihi. §. vlt.* Sed cùm de nummis quæritur, certum eſt diſtinguendum eſſe, an fœnerandi, an verò præſidij cauſa in fundo ſint, vt hoc caſu legato contineantur, priore verò non contineantur. *d. l. ſi fundus.44. l. ſi chorus. 79. §.1. ſi ita. 86. de legat.* Quod cùm ita ſit, quæri adhuc poteſt, Cur tot locis indiſtinctè ſcriptum ſit pecuniam numeratam legato generali non contineri. An quòd in dubio præſumendum non ſit prudentem & diligẽtem patremfamilias pecuniam otioſam habere voluiſſe? Igitur legatario incumbet onus probãdi pecuniã repertam fœnori deſtinatam nõ fuiſſe. Quid ergo eſt, quod ait Scæuola nummos repertos ad libertum ex cauſa præceptionis pertinere, niſi manifeſtè contrariam defuncti voluntatem coheredes approbent? Puto fauorem heredis efficere vt in dubio probationem à legatario exigamus, arg. *l. fideicommiſſa. 11. §. ſi quis decem. de legat. 3.* inde verò fieri vt cùm idem legatarius & heres eſt, vt in ſpecie *§. liberto. & l. 64. de leg. 3.* probandi onus in coheredes transferatur. Illa namque verba teſtatoris, *cum his quæ in eiſdem erunt*, liberti legatarij & coheredis intentionem iuuant, vt nulla prorſus ratio ſit, cur non aliis coheredibus probationis onus iniungatur potiùs quàm ipſi liberto, cuius tanquam heredis & legatarij cauſa fauorabilior eſt. Neque verò huic noſtræ ſententiæ obſtat *d. l. quæſitum. §.1.* vbi filio herede ſcripto, cui domus legata eſt cũ omnibus quæ ibi ſunt, nummos tamen deberi Paulus ſcribit. Primùm enim verba illa, *quòd iam tibi maiorem partem facultatum dederim*, facilè poſſunt ita accipi vt tamẽ filius heres inſtitutus nõ ſit. Tum illa ſequentia, *contentus eſſe debes*, ſatis indicant teſtatorem quàm minimum facere potuit filio relinquere voluiſſe, vt proinde ex veriſimili ipſius voluntate legatum ſtrictè interpretemur, vt ad nummos non pertineat, niſi de his quoque legandis manifeſtè voluntas teſtantis adprobetur. Quæ etiam ratio eſſe videtur, propter quã ibidẽ Paulus reſpondet verba illa, *argẽtum omne & ſupellectilẽ & quodcunque habeo tibi dono*, quãtumuis generalia ſint, tamen ad argentum & ſupellectilem quæ alibi eſſet non pertinere, niſi id quoque teſtatori placuiſſe legatarius probauerit.

Ex eodem titulo explicatur l. Seia. 20. & alia nonnulla.

CAPVT VII.

Circa reſponſum Scæuolæ in princip. *l. Seia. 20. de inſtruct. & inſtrum. legat.* de duobus quæri poteſt. Primùm cur legatum generale in teſtamento factum ex codicillis perita interpretatione coangultetur: Alterum, cur legatum in codicillis ita relictum, *fundos quos reliqui ita vt ſunt inſtructi, ruſtico inſtrumento, ſupellectile, &c.* generale non ſit, vt etiam ea contineat quæ quotidiani vſus gratia comparata ſunt, quemadmodum contineret ſi ſimpliciter inſtructi fundi legati eſſent. *l. quæſitum 12. §. ſed ſi fundus. eod.* Ad primum Scæuola reſpondet, teſtamento quidem inſtructum fundum legatum (ita enim legendum eſſe vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius fœliciter & eruditè iampridem obſeruauit) verùm nõ amplius deberi quàm inſtructi appellatione contineri velle ſe manifeſtè oſtendiſſet in codicillis, *quos ſanè poſt oblinionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet.* quorum verborũ quis ſenſus ſit *Accurſius* non explicat. Alij ſic interpretãtur, vt teſtator in codicillis oſtẽderit quod in teſtamẽto prætermiſerat, quid inſtructi appellatione vellet contineri. Sed interpretatio hæc, propoſitã dubitationem nõ tollit. Cùm enim in teſtamento inſtructus fundus legatus ſit, & huiuſmodi legato contineantur etiam ea quæ patrisfamilias vſus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt. *d. §. ſed ſi fundus*, neque in codicillis detractum aliquid ſit, ſed additum, *ruſtico inſtrumento, ſupellecti-*

pellectile.&c. quæſtio eſt cur ea duntaxat debeantur, quæ in codicillis inſtructi appellatione contineri velle ſe teſtator oſtendit. Ad quam dubitationem proculdubio Scæuola reſpondet iis verbis, *quos ſanè poſt obliuionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet*. Senſus autem eſt, teſtatorem, qui memor ſe in teſtamento inſtructum fundum legaſſe, poſteà adiecit in codicillis, *ruſtico inſtrumento, ſupellectile*, &c. non videri ita facere, vt legatum in teſtamēto relictum imminuat, ſed potiùs vt augeat. *argu. l. quæſitum. §. pen. hoc tit.* At in propoſito caſu teſtatorē codicillos feciſſe, poſt obliuionem teſtamētariæ ſcripturæ, id eſt cùm amplius memor non eſſet ſe in teſtamento fundum inſtructum legaſſe, putarétque duntaxat fundum ſe legaſſe, vt colligitur ex iis codicillorum verbis, *Poſteà mihi venit in mentem, Seia fundos quos reliqui, ita vt ſunt inſtructi ruſtico inſtrumento dari volo*. Ex quo fit vt Seiæ ea duntaxat debeantur, quæ in codicillis teſtator expreſſit. Ad poſteriorem dubitationem Scæuola non reſpondet. Nos videamus an dici poſſit multum intereſſe an fundus legetur inſtructus cum ruſtico inſtrumēto, & ſupellectile, an verò inſtructus ruſtico inſtrumēto, &c. Priore namque caſu legatum fundi inſtructi generale eſt, adeò vt etiam ea contineat quę patrisfamilias vſus quotidiani gratia in eo fundo fuerūt: adiectio verò illa, *cū ruſtico inſtrumēto*, non tā imminuere quàm ex abundanti legatum augere creditur, vt Papinianus ait *d. l. quæſitum. §. pen.* At cùm fundus legatur inſtructus ruſtico inſtrumento, nullum eſt fundi inſtructi legatum generale, cùm iam inde ab initio teſtator oſtendat quid inſtructi appellatione contineri velit, ſcilicet ruſticum inſtrumentum, ſupellectilem, & cætera quæ ſpecialiter expreſſit. Atq; ita Scæuolam ſenſiſſe vel ex eo apparet, quòd ait in teſtamento in quo legatus erat fundus inſtructus cum ſuis villicis & reliquis colonorū peti potuiſſe omnia quæ fundi inſtructi appellatione veniūt, niſi poſteriore legato in codicillis quos poſt obliuionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet, teſtator quid inſtructi appellatione contineri vellet, manifeſtè oſtendiſſet. At rurſus eidem Papiniani ſententiæ in *d. l. quæſitum. §. penul. de inſtruct. vel inſtru. legat.* obſtare omnino videtur *l. cùm de lanionis. 18. §. pen. eod.* vixque vlla conciliationis ratio reperiri poteſt, niſi differētiam conſtituamus inter legatum hoc, *villam meam inſtructam lego cum ſupellectile*, & illud, *villam meam ita vt ipſe poſſedi cum ſupellectile lego*. Hæc enim verba, *vt ipſe poſſedi*, ſua natura nihil ſignificāt, ſed id duntaxat de quo teſtatorem ſenſiſſe apparet. *d. l. Seia §. vlt.* Vnde fieri videtur, vt ex huiuſmodi legato, *villam meam ita vt ipſe poſſedi, cum ſupellectile lego*, nihil debeatur præter ſupellectilem & cætera quæ nominatim teſtator expreſſit. Quod ſecus eſt cùm villa inſtructa legata eſt: hoc enim legato certū eſt quid contineatur, & obiectio illa, *cū ſupellectile*, pro legati augmēto potiùs quam interpretatione habeatur. Planè ſi teſtator ſimpliciter ita legauerit, *villā vti poſſedi lego*, placet villā intelligi legatā vti inſtructa eſt, *l. prædiis. 9. §. 1. de leg. 3.* nō tam ex vi & proprietate legati vt arbitror, quàm ꝙ in dubio nihil ſit quod melius ſtatui poſſit, ne ſi nihil pręter villā deberi dicamus, verba illa, *vti poſſedi*, fruſtrà adiecta eſſe fateamur. Illud poſtremò obſeruādū eſt, aliud eſſe legato generali certas ſpecies adiici, aliud verò certi numeri ſpeciem demonſtrari. Hoc enim caſu modus generi datus in his ſpeciebus intelligitur, vt eleganter Papinianus ait *in l. leg. 9. de ſupell. leg.* vbi rationē hanc reddere videtur, quòd priore caſu ſpecies per imperitiam enumeratæ intelliguntur: poſteriore verò apparet teſtatorem non intellexiſſe, in gen re contineri eam ſpeciem cui ſpeciali enumeratione certum modum & numerum dedit. *d. l. cum de lanionis. §. cui fundum. de inſtr. vel inſtr. lega.* Hæc autem omnia Accurſius, Bartolus, & cæteri interpretes vulgo malè explicant, & neſcio quid de participij per quod genus ſignificatur determinatione ridiculè, vt pleraque alia, comminiſcuntur.

Noua emendatio l. 7. §. ſi vir. ſol. matr. & explicatio l. vlt. de fund. dotal.

Capvt VIII.

SI vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas inuenerit, & aperuerit, multū intereſt an eæ tales ſint in quibus marmor creſcat, & renaſcatur, quales in Gallia & Aſia multæ ſunt, an verò aliud marmor eſſe nō poſſit, quā quod iis apertis extractū eſt. Illo caſu marmor in fructu eſſe dicitur, poſteriore verò non item: nam, vt eleganter Accurſius ait, fructus appellatione contineri non poteſt id quod ſemel remotum poſtea non renaſcitur. *l. penult. in princip. D. de contrah. empt.* Rurſus ſi apertæ lapidicinæ ſint eiuſmodi, in quibus marmor non renaſcatur, diſtinguendum eſt, an earum apertura fundus dotalis fructuoſior, an deterior factus ſit, facilè namque contingere poteſt vt fructuoſior fiat, puto ſi marmoris reperti maior ſit quàm totius fundi, qui anteà erat, æſtimatio. Fundo autem fructuoſiore facto certiſſimum eſt impenſas marito præſtandas eſſe. *l. voluptaria. 7. de impen. in reb. dotal. fact. l. 7. §. vltim. ſolut matrim.* At ſi vel deterior vel non fructuoſior factus ſit fundus, nulla ratio eſt vt harum impēſarum, quæ nec neceſſariæ nec vtiles dici poſſunt, exactionem maritus habeat. Quæ cùm ita ſint, ſi quæratur cuius ſit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris, intelligimus reſponderi ſine diſtinctione non poſſe. Nam ſi in iis lapidicinis aliud marmor naſci & creſcere poſſit, id quod iam extractum eſt cùm in fructu ſit, vt diximus, ad maritum proculdubio pertinebit, ad quem omnes dotis fructus ſpectant, *l. dotis. 7. de iur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eod.* Quòd ſi aliud marmor naſci non poſſit, id quod extractum eſt, quemadmodum in fructu non eſt, ita neque mariti eſſe poteſt, ſed tanquam dotale mulieris remanet, adeò vt ſine ipſius voluntate alienari nequeat: eo autem mulieris voluntate alienato, nummi ex ea venditione recepti dotis efficiantur. *l. ſi ex lapidicinis 32. D. eodem.* Item ſi quæratur an mulier impenſam in aperiendis lapidicinis factam marito præſtare debeat, apparet diſtinguēdum eſſe an fundus deterior an fructuoſior factus ſit. Nam ſiue marmor in iis lapidicinis renaſcatur, ſiue non, fructuoſiore tamen facto fundo impenſa omnimodo præſtabitur, deteriore facto, non præſtabitur: quinimo maritus iudicio de dote in id quod intererit mulieris, cōdēnabitur. Et hæc omnia, ſi rationibus non legibus diſputandum eſſet, nemo eſt qui non ſtatim veriſſima & iuris rationi apprimè conſentanea eſſe fateretur. Atqui longè aliter ſentire videtur Vlpianus *in l. 7. §. ſi vir. D. ſol. matrim.* vbi ſcribit marmore extracto ex lapidicinis in quibus aliud non renaſcitur, & fundo fructuoſiore facto, marmor eſſe mariti, impenſam verò eidem præſtandam non eſſe. Quod vtrumque qua ratione verum ſit, defendi certè non poteſt. Etenim veriſſimū eſt marmor ex iis lapidicinis tractum, in quibus aliud non renaſcitur, in fructu non eſſe, vt idē Vl-

Digitized by Google

pianus eodem loco ſubiicit, quod ſi ita eſt, neque ad maritū pertinere vllo modo poteſt. *d. l. ſi ex lapidicinis. de iur. dot.* quam ob cauſam Vlpianus tota *d. l.* ita ſemper loquitur, vt quæ ad maritum pertinere vult, ea in fructum cedere dicat: quæ verò in cauſa dotis remanere putat, ea omnia in fructum cedere neget: neque enim in rebus dotalibus quicquam iuris maritus habet niſi ratione fructuum, vt quod in dotis fructu non eſt, ne quidem volente muliere mariti eſſe poſſit. Ridiculi verò ſunt Græci, qui lapides iſtos, quos in fructu non eſſe fatentur, interim tamen tanquam fructus ad maritum pertinere contendunt. neque animaduertunt tam in *dict. §. ſi vir.* quàm in *l. vltim. de fund. dotal.* diſputari cuius ſint facto iam diuortio, & eo tempore quo in iis aut nullum aut totum ſolius mariti ius eſſe neceſſe eſt. Quod autem in *dict. §. ſi vir.* Vlpianus adiicit marito impenſam præſtandam non eſſe, adhuc obſcurius vel potiùs abſurdius eſt. Omnino enim iuris ratio facit, vt impenſa per quam fructuoſior dos facta eſt ſoluto matrimonio reſtituatur: ne ex mariti iactura mulier locupletetur: quod cū etiā in prædonis perſona iniquiſſimū eſſe dicatur, *l. planè. 38. de pet. her.* multò minus in propoſito caſu admittendum eſt, id eſt in marito cuius in cæteris eadē quæ bonæ fidei poſſeſſoris ratio eſt. *l. fructus. 45. de vſur.* Ex quo moti Accurſ. & Bartolus dixerunt mutari caſum in iis verbis, *& impenſa non eſt ei præſtanda*, & incipere Vlpianum loqui de fundo deteriore facto, quod tamen ipſius verbis apertè repugnat: & non eſt exiſtimādum monere eum voluiſſe impenſam quæ fundum deteriorem facit, marito præſtari non debere. Verius igitur eſt corruptū eſſe hunc Vlpiani locum: neque tam de illo dubitandū arbitror, quàm in eo elaborandum quomodo emēdari & reſtitui poſſe videatur. Nam quod ex recentioribus vir doctiſſimus ſcripſit, legendum eſſe, *nec fructuoſiorem fecerit*, poſteriorē ſanè dubitationem tollit, ſed prior illa ſemper manet, quòd marmor extractum ex iis lapidicinis in quibus aliud non renaſcitur, quanquā in fructu non eſt, Vlpianus tamen mariti eſſe ait. Illud etiā me valde mouet quod Vlpianus ſententiæ ſuæ rationem illam reddit, *quia nec in fructu eſt marmor*. quę tamē prorſus aliena eſt, ſiue quæramus cur marmor mariti ſit, ſiue cur impenſa marito præſtari non debeat. Quanquam Accurſius ſuæ illius commentitię interpretationis memor, ita eam explicat vt impenſa marito non pręſtetur, quia in fructu, id eſt vtilis non ſit. Sed nihil proficit, non ſolùm quia fructuoſiorem factum eſſe fundum Vlpianus dicit, ſed etiam quia marmor nō impenſam in fructu eſſe negat. An ergo probabilius dici poteſt Vlpianum ſcripſiſſe, marmor mariti non eſſe, at eidem impenſam pręſtandam eſſe? Id verò facilè aſſequemur, ſi negationē poſitam in illis verbis, *& impenſa non eſt ei præſtanda*, tollamus, & in ſuum locū transferamus, id eſt inter duo illa verba, *mariti eſt*. Ita enim in vulgatis codicibus legitur rectiùs, quā in Florentinis, *marmor quod caſum neque expectatum eſt mariti*. Quo poſito dici non poteſt quàm rectè his omnibus conueniat ratio, quę ſubiicitur, *quia nec in fructu eſt marmor*. Hæc enim recta, vera, & propria ratio eſt propter quam marmor mariti non eſt. Rurſus, ſi vtilis impenſa, marito præſtanda eſt, etiam eo caſu quo marmor in fructu eſt, & ad maritum pertinet, id eſt ſi lapidicina talis ſit in qua marmor creſcat & renaſcatur. *l. vltim. de fund. dotal.* quantò magis in propoſita ſpecie marito præſtanda eſt, in qua ne quidem in fructu eſt marmor? magis enim hoc quàm illo caſu maritus periclitatur. Et ita rationem hanc Vlpiani explicandam arbitror. Huic verò tam craſſo errori cauſſam dediſſe videtur *d. l. vlt. de fund. dot.* in qua Labeonis ſententia proponitur, exiſtimantis in eadem, vt videtur, ſpecie, marmor mariti eſſe. Sed cùm ita Labeo dicebat, de iis lapidicinis proculdubio intelligebat in quibus creſcere lapis poteſt. Et ea nimirū ratio eſt propter quam Iabolenus reprehendit quod idem Labeo dicebat viro impenſam à muliere præſtandā non eſſe, quaſi & neceſſaria non eſſet, & fundus deterior eſſet factus. Reprehendit autē ea ratione, quòd non neceſſarias tantùm, ſed etiam vtiles impenſas à muliere præſtari oporteat: fundus verò deterior nō fit ſi tales ſunt lapidicinæ in quibus creſcere lapis poteſt, de quibus proculdubio ſenſiſſe Labeonem neceſſe eſt cùm marmor viri eſſe dixit. An igitur Iaboleni ſententiam eam fuiſſe dicemus, vt non aliter impenſa marito præſtanda ſit, quàm ſi in lapidicinis renaſcatur marmor? Minimè verò. Cùm enim vtiles impenſas à muliere præſtandas eſſe dicat, manifeſtum eſt fructuoſiore facto fundo mulierem omnimodo teneri, licet lapidicina talis ſit, in qua creſcere marmor non poſſit. Verùm ita Iabolenus dixit, quòd in caſu de quo Labeo reſponderat, id eſt cū marmor in lapidicina renaſcitur, cōtingere non poteſt vt fundus deterior fiat, cùm via ſit vt niſi in ſaxoſis & ſterilibus fundis huiuſmodi lapidicinę reperiātur. At cùm in lapidicina marmor non renaſcitur, vt plurimùm euenit vt deterior fiat fundus, quāquam & fructuoſior fieri pōt, ſi, vt initio dixi, maior ſit marmoris reperti quā totius fundi, qui anteà erat æſtimatio. Ex quo intelligimus quàm parum cautè nonnulli ſcripſerint fundum fructuoſiorem fieri nō poſſe quin marmor in fructu ſit: hoc enim caſu fundus fructuoſior fit qui pluris vendi poteſt quàm anteà, nec tamen marmor in fructu eſt. Sic Labeo dicebat fundum deteriorem factum eſſe in quo lapidicina inuenta eſt in qua marmor renaſcitur, neque tamen ideò marmor ad maritum pertinere, id eſt in fructu eſſe negabat. *d. l. vlt. D. de fund. dotal.* Illud ſanè prætermittendum non arbitror, *in dict. §. ſi vir.* verba illa, *niſi talis ſit*, non continere exceptionem ad omnia præcedentia, ſed ad id duntaxat quod proximè dictum eſt in fructu marmor non eſſe, quod Accurſius & Bartolus non intellexerunt.

Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum 14. D. de in rem verſo.

CAPVT IX.

VLPIANVS *in l. ſi in rem. 13 de in rem verſo.* refert apud Iulianum tractatum fuiſſe ſi vnius ſerui plures domini ſint, & in rem alterius ex iis verſum ſit, quod ſeruo creditū eſt, vtrum is ſolus in cuius rem verſum eſt, an & ſocius actione de in rem verſo conueniri poſſit. Ita enim quæſtionem concipiendam arbitror, non quomodo Accurſius, An de eo quod in rem ſocij verſum eſt poſſit alter ſocius actione de peculio conueniri. Quamuis enim quod in rem domini verſum eſt, in ſerui peculio ſit, vt cùm de peculio agitur, de eo quoque quod in rem verſum eſt, agi videatur, attamen dubitandum non eſt Vlpianum actionem de in rem verſo ab actione de peculio ſeparare, cùm & longè aliud ſit teneri actione de in rem verſo, aliud teneri de peculio: & nemo vnquam dubitauerit pro peculio ſocij, ſociū de peculio conueniri poſſe. *l. ſi duo 15. D. de pecul. l. hinc quæritur. 19. §. vltim. eod. l. etſi non. 8. §. vltim. D.*

commun.

commun. diuidun. Reſpondet verò Vlpianus ex Iuliani ſententia eum ſolùm conueniri in cuius rem verſum eſt, ſicuti cùm ſolus iuſſit: Ex cuius exempli comparatione magis intelligimus loqui Vlpianum de actione de in rem verſo ab actione de peculio ſeparata, vt quemadmodum ex pluribus dominis is ſolus qui iuſſit in ſolidum tenetur. *l.1. quod iuſſu.* ita is ſolus in cuius rem verſum eſt in ſolidum teneatur. hoc eſt actione de in rem verſo, non de peculio, quæ non in ſolidum datur, ſed eatenus duntaxat quatenus peculiũ patitur. *§. præterea. Inſtitut. quod cum eod.* Finge igitur mihi & Titio commune eſſe ſeruum Stichum, qui ab vnoquoque noſtrum habeat centum in peculio, id eſt, peculium ducentorum nobis etiam commune. Si Sempronius ei trecenta crediderit, quæ ipſe in ſolius Titij rem tota verterit, multum ſanè intererit an actione de peculio conueniar, an actione de in rem verſo. Illo namque caſu ducenta tantùm à me Sempronius conſequetur, quoniam in communi peculio ducenta tantùm ſunt: at actione de in rem verſo trecenta conſequeretur, cùm integra trecenta in rem ſocij mei verſa ſint. Iuliani ergo ſententia eſt, quam & Vlpianus probat, ſeparandam hac parte actionem de in rem verſo ab actione de peculio, nec quemadmodum hanc, ita illam propter id quod in rem alterius ſocij verſum eſt, aduerſus alterum ſocium competere. Quod quanquam æquiſſimum eſt, & rationi maxime conſentaneum, vt non teneatur actione de in rem verſo is in cuius rem verſum nihil eſt, Marcellus tamen apud Iulianum libro duodecimo Digeſtorum (ita enim emendanda eſt inſcriptio *l.14.* ex *l.16. pecul.* vel huius ex illa) notat interdum etiam contingere, vt propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt, de in rem verſo cum altero agi poſſit: hæc enim ſunt verba *l.14.* ex quibus adhuc manifeſtius eſt quæſtionem Iuliani de actione de in rem verſo non de peculio intelligi debere, quia poſt verba illa, *propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt*, fruſtrà ſint adiecta illa, *de in rem verſo*, ſi cum Accurſio ſic intelligantur, *De eo quod in rem verſum eſt actione tamen de peculio.* Vt taceam Iuliani quæſtionem ex Marcelli nota intelligendam eſſe, niſi Marcelli notam cauillationem potius eſſe fateri volumus. Marcellus igitur notat Iuliani ſententiam ſemper veram non eſſe. Quid enim, inquit, ſi in propoſita ſpecie, ſeruo meo & Titij peculium quod à me habebat, id eſt centum, ademero? Peculium quod ſupereſt, totum Titij ſocij mei proprium eſt. *l. quis ergo. 16. in fin. de pecul.* vbi ex eiuſdem Marcelli ad Iulianum notis, id ipſum proponitur. Ita igitur fiet, vt ego, qui peculium amplius non habeo, de peculio conueniri non poſſim. Nimirum actionem de peculio à mea perſona incipere neceſſe eſt, vt quamuis manente peculij communione poſſim de peculio conueniri ſuprà quàm ſeruus communis à me in peculio habeat, tamen ſi à me nihil omnino habeat, nec rationis nec æquitatis ſit ex ſocij mei perſona aduerſus me de peculio actionem dari. Ipſa enim peculiorum non ſerui communio efficit vt ex pluribus dominis alter alterius nomine de peculio teneatur, ideóque ſi ſocij ſeparata peculia habeant, ſinguli pro ſuo duntaxat peculio conueniuntur, *d. l. ſi duo*, itemque ſi peculium, quod antea fuit commune, facta ab altero ex dominis ademptione alterius proprium factum ſit. Cum ergo de peculio conueniri non poſſim, quæſtio illa ſupereſt, an tenear actione de in rem verſo. Et Marcellus ait me teneri: Quod licèt indiſtinctè dicat, ego tamen ſic accipiendum non puto, vt ea actione tantum cogar præſtare, quantum ſocius meus in cuius rem verſum eſt præſtare cogeretur, hoc eſt trecenta. Iniquiſſimum enim eſſet me, in cuius commodum nihil verſum eſt, adempto peculio trecenta præſtare, qui, ſi peculium non ademiſſem, actione de peculio non niſi ducenta præſtarem. Sed neque hæc ducenta, quæ actione de peculio, ſi ademptum non eſſet, præſtarem, puto me actione de in rem verſo præſtare debere. Cùm enim bona fide peculium ademerim (alioquin ademptio non faceret quin de peculio tenerer) æquum etiam non eſt eius me peculij poſt ademptionem onus ſentire. Quid ergo eſt? Adempto peculio nihil me ex perſona mea actione de in rem verſo præſtare debere arbitror, ſed ex perſona Titij ſocij mei tantum quantum ex eiuſdem perſona actione de peculio præſtitiſſem, ſi ei peculium non ademiſſem, id eſt centum. Idque non obſcurè Marcellus innuit, cùm ait, poſſe me à ſocio repetere id in quo damnatus fuerit, quod vtiq. falſum eſſet, ſi quid ex perſona mea præſtarem, vt contingit in actione de peculio. *d.l. & ſi non. 8. §. vlt. commun. diuid.* Nec ſanè abſurda aut iniqua eſt hæc Marcelli ſententia, ſi ſubtiliùs intueare. Nam qua ratione & æquitate conuentum me de peculio præſtare neceſſe eſt ex ſocij mei perſona ſuprà quàm in peculio habeam, ſcilicet ne in plures aduerſarios diſtinguatur qui cum vno contraxerit, *l. & ancillarum. 27. §. vlt. de pecul.* eadem prorſus ratione & æquitate adempto peculio, actione de in rem verſo præſtare debeo quantum ſocius in peculio habeat: neque magis conqueri poſſum cur ex perſona ſocij tenear de in rem verſo, quàm cur ex eiuſdem perſona tenear de peculio. Dices fortaſſe, Imò diuerſam harum actionum rationem eſſe: ſocium enim ex ſocij perſona teneri de peculio propter peculiorum communionem, vt diximus: ſublata igitur communione nullam rationem eſſe cur de in rem verſo teneatur. Et hæc vnica fortaſſe ratio eſt, quæ interpretibus inextricabilem quæſtionis huius exitum fecit. Sed facilis reſponſio eſt, ſublata quoque per ademptionem peculiorũ communione, æquum eſſe teneri me de in rem verſo, quòd ipſe peculium ademerim, atque ita effecerim, ne ex perſona ſocij mei de peculio conueniri poſſim: alioqui dicendum erit, creditoris mei conditionem facto meo deteriorem fieri poſſe. Planè quia peculium bona fide ademi, mihi in hoc ademptio proderit, vt qui actione de peculio ducenta præſtitiſſem, nec à ſocio meo niſi centum repetiiſſem (alia namque centum ex perſona mea debuiſſem) poſt ademptionem, centum duntaxat præſtem, eáque integra à ſocio repetam. Præſto autem actione de in rem verſo, quia ex ſocij, in cuius rem verſa ſunt, perſona ea præſto. Vnde fit vt ſi nihil in rem ſocij mei verſum ſit, nulla aduerſus me actio creditori competat, nec de peculio, quoniam ademptum eſt, nec de in rem verſo, quoniã in rẽ verſum nihil ſit. Quid igitur ſi peculium quod à me communis ſeruus habebat ademptum non ſit, ſed mortuum, vt loquitur *l. peculium 40. de pecul.* vel finitum aliquo ex iis modis de quibus agitur in *tit. quãd. act. de pec. eſt annua.* hoc eſt alienatione, vel manumiſſione aut morte ſerui? Et dicendum eſt his omnibus caſibus me, in cuius rem nihil verſum eſt, de in rem verſo conueniri non poſſe: cùm intra annum de peculio agi poſſit, poſt annum verò potiùs per creditorem quàm per me factũ videatur quominus de peculio tenear. Nec fortè quis malè ita colligat ex eo quod Marcellus de adẽptione tãtùm loquitur. Nam ſi aliis quo-

Digitized by Google

que caſibus idem admittendum putaſſet, generaliter dixiſſet, *Quid enim dicemus ſi ſeruus ab altera ex dominis peculium nullum habere cœperit?* neque interdum contingere ſcripſiſſet, quod tot ciuibus contingeret. Ac ſanè vix veriſimila eſt tot caſus à Iuliano & Vlpiano vel omiſſos vel ignoratos fuiſſe. Nec ad rem pertinet, quod ad Marcelli notam Paulus ſubnotat ſententiã Marcelli procedere ſi de peculio agi non poſſit: neque enim id ita accipi debet, vt procedat omni caſu quo de peculio agi nõ poteſt, ſed ſtrictius, vt non procedat ſi de peculio agi poſſit. Quod maximè conſequens eſt et quod diximus, non aliam ob cauſam teneri ſpeciem de in rem verſo, propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt, quàm quia ipſius facto contigerit, ne de peculio agi cum eo poſſet. In Pauli nota illud obſeruandum eſt, quod quæſtionem dixit pro ſententia: quod Accurſium fefellit. Ita autem dixit, quòd Marcelli ſententia per quæſtionem concepta erat iis verbis, *quid enim dicemus?* Alioqui ſi quæſtionem pro dubitatione intelligas, non magis vno quàm alio caſu procedit. Errant igitur meo iudicio, qui Marcelli ſententiam aliter explicantes, putant *in d. l.* 14. legendum eſſe addita negatione, *Si peculium ſeruo ab altera ademptum non fuerit*. Mihi locus hic ſanè difficillimus, ſed interpretatio noſtra accommodatiſſima, & veriſſima videtur: quæ tamen ſi cui minus ſatisfaciet, cogitare is debebit Marcelli caſum valde eſſe nouum, ſingularem atque dubitabilem: cuius ſcilicet rationem nullam habuit Iulianus, aut etiam Vlpianus, qui tamen Marcelli ad Iulianum notas non indiligenter legerat: Ex quo probabiliter ſuſpicari libet, Marcelli notam Vlpiano non placuiſſe: quod & verba illa confirmant, *quam ſententiam puto veram.* Placuit tamen Paulo, placuit etiam Triboniano: neque verò dubitandum eſt quin hodie Iuliani ſententia ex Marcelli nota interpretanda ſit, poſteaquam placuit Iuſtiniano, vt omnia Iureconſultorum reſponſa, quaſi ab vno ore, & à ſolo Iuſtiniano profecta intelligantur.

Conciliatio l. ventre. 84. de acquir. heredit. cum l. ſi filius. 16. D. de liber. & poſthum.

Capvt x.

Ex omnibvs Digeſtorum legibus, quæ cùm inter ſe pugnare videantur, conciliari tamen commodè poſſunt, nullarum mihi vnquam difficilior conciliatio viſa eſt, quàm *l. ventre. de acquir. hered. cum l. ſi filius. 16. de liber. & poſthum.* In cuius ſpecie illud primùm arduam & elegantem dubitationem habet, ab interpretibus magnis contentionibus agitatam, vtrum vacuus fuerit venter, an plenus, & ſi plenus venter fuerit, an natus ſit poſthumus, necne. Sed quoniam ſiue vacuus, ſiue plenus venter fuerit: ſiue natus poſthumus, ſiue non natus, pugnare videtur *d. l. ſi filius. cum l. ventre*, quod pauci interpretes obſeruarunt, non valde in hoc laborabimus vt quid verius ſit inueſtigemus, ſed viri doctiſſimi *Iacobi Cuiacij* ſententiam libenter ſequemur, qui ex Florentina lectione primus, quod ſciam elegantiſſimè & veriſſimè obſeruauit natum fuiſſe poſthumum, vt in iis verbis, *poſthumo non nato*, Iureconſultus non dixerit pro *nondum, vt in l. 1. ſi pars hered. petat. l. ſi duobus. 16. in princip. de legat. 1. l. Papinianus. 8. §. quoniam autem. de inoffic. teſtament.* Certè plenum fuiſſe ventrem illud apertiſſimè conuincit, quod Africanus in poſteriore legis parte ſcribit filium videri fuiſſe heredem ab inteſtato, cùm tamen Papinianus *in l. ventre.* ſcribat ſi vacuo ventre mulier fuit, non ideo minus filium ex teſtamento heredem intelligi quòd incertus de ſtatu ventris, deceſſerit, ſcilicet quia ad acquirendam hereditatẽ nullo eius facto opus eſt, ſoláque legis authoritas ſufficit, quæ cum ſemper certa ſit, patris hereditatem filio tribuit ſi vacuo ventre mulier fuerit, *l. cum quidam. 30. §. ſuum heredem. de acquir. hered.* Addi etiam poteſt quod Africanus ait nepotem ſuum heredem auo eſſe, hoc eſt, vt interpretor, ab inteſtato. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum eſt vſurpatum in ſucceſſione inteſtati, non teſtati: vnde titulus *De ſuis & legitimis.* At ſi vacuus venter, aut poſthumus non natus fuiſſet, ratio facit vt in priore legis parte, hoc eſt dato ſubſtituto vel coherede, filius ex teſtamento heres fuiſſe intelligeretur: datio enim ſubſtituti vel coheredis efficit vt ſuſtineri teſtamentum poſſit in id vſque tempus quo natum vel non natum fuiſſe poſthumum appareat. Cur non enim retro fingatur filius heres fuiſſe ex eo teſtamento, quod ſemper valuit, nec vnquam aut deſtitutum aut ruptum eſt? arg. *l. ſi pater meus. 36. de ſolut.* Idque ſatis apertè poſterior Africani ſpecies & ratio oſtendit. Plenum igitur ventrem fuiſſe neceſſario dicendum eſt. At rurſus obſtare videtur *d. l. ventre.* in qua disertè Papinianus ait, ſi ventre pleno mulier fuit, filium heredem ſcriptum intereà decedentem nihil ad heredem ſuum tranſmittere: poſſe tamen ex æquitate decretum poſtulare, quoniam eo ſuperſtite futurum eſſet vt alterutro caſu patris hereditatem obtineret. Africanus verò *d. l. ſi filius.* filium ait nondum nato poſthumo morientem ab inteſtato heredem intelligi, ideò quòd quo tempore moritur certum eſſe incipiat neminem ex eo teſtamento heredem fore. Cùm enim ſubſtitutus aut coheres nullus datus ſit, apparet filium, cuius morte, teſtamentum deſtituitur, ex teſtamento heredem eſſe non poſſe, & ideò ſublata omnino teſtamentariæ ſucceſſionis ſpe, cauſæ inteſtati locum eſſe. Quæ ratio vſque adeò aperta eſt & vera, vt qui Papinianum contrà putaſſe diceret, planè neſcio quid ad eam pro Papiniano reſpondere poſſet. Accedit quod Africanus ſubiungit hoc caſu idem euenire, quod filio ſub conditione, vt vocant poteſtatiua inſtituto: quo caſu certiſſimum eſt filium ante impletam conditionem morientem, ſi nullum coheredem aut ſubſtitutum habeat, ab inteſtato ſuccedere, quod & Papinianus ſcripſit *in l. vlt. de condict. inſt.* Ergo Papinianus ab Africano diſſentire dici non poteſt. Multóque minus quod ex recentioribus vir doctiſſimus tentat, explicandum eſſe Africanum ex Papiniano, vt quod ille ait filium ab inteſtato hæredem exiſtere: ſic intelligatur vt accepto decreto bonorum poſſeſſionis commodum ad ſuos heredes tranſmittat, vel ita vt ſi filius dum vixit, decretum non acceperit, heredibus eius eodem Prætoris beneficio ſuccurratur. *ex l. 4. & 5. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Nam ſi ex neceſſaria iuris ratione filius ab inteſtato heres fuiſſe intelligitur, quid ei aut eius heredibus decretum prodeſſe poteſt: quod vt idem vir doctiſſimus fatetur, & veriſſimum eſt, nunquam niſi deficiente iure datur, *l. ſcripmus. 12. de Carb. edict. l. 1. §. ſi quis prima. de vent. in poſſeſſ. mitt. l. & mulieri. 15. §. 1. de cura. furioſ.* Rurſus in altero illo exemplo quo Africanus vtitur filio ſub poteſtatiua conditione inſtituto, & priuſquam ei pareret mortuo, decretum neceſſarium eſſe quis dixerit? Certè nec Africanus nec Papinianus ipſe, decretum vllo modo requirit. Dicendum igitur eſt diffe-

rentes

Digitized by Google

rentes eſſe legum ſpecies: & quamuis in vtraq; plenus venter fuerit, tamen in ſpecie Africano propoſita certuoi fuiſſe ventrem eſſe plenum, at in ſpecie Papiniani hoc ipſum fuiſſe incertum: Id enim eſt, quod Papinianus ait, *pleno ventre mulier fuit, & interea filius deceſſit*, id eſt incerto eo an vēter plenus eſſet an vacuus: quomodo in priore ſpecie dixerat, *ſi vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius deceſſit*. Multū verò intereſſe arbitror an incertū ſit ventrē plenū eſſe, necne, quia cùm hoc incertū eſt, dici non poteſt quod Africanus ait, certum eſſe filio moriēte neminem ex eo teſtamento heredem futurum. Cùm enim ventre vacuo filius ſit futurus heres ex teſtamento, neceſſariò fit vt quandiu incertū eſt an vacuus venter ſit, an plenus, tandiu quoq; incertum ſit, an ex eo teſtamento heres filius futurus ſit. Pēdet igitur hoc caſu non tantum cauſa teſtamenti, ſed etiam inteſtati, quia quandiu filius ex teſtamento heres eſſe poteſt, non defertur ei ab inteſtato hereditas: vt proinde ſi filio neque ſubſtitut⁹, neq; coheres datus ſit, tā inteſtati quàm teſtati cauſa filij morte deſtituatur. Nec ad rem pertinet, quod per rerum naturam certū ſit ventrem eſſe plenum: neque enim ideò fit vt per rerum naturam certum ſit filium ex teſtamento heredem eſſe non poſſe: ſcilicet quia etiā ſi vētre pleno mulier fuerit, facilè tamen cōtingere poteſt vt filius ex teſtamento ſit heres, fortè ſi antequam appareat plenum eſſe ventrem, partus in vtero corrumpatur: quo caſu fatendum eſt, perinde ex teſtamento heredem eſſe filium, ac ſi reuera vacuus vēter fuiſſet. Quid enim intereſt an reuera vacuus ſit venter, an ita plenus, vt tamen plenum eum eſſe nemo ſciat? Quod ſi obiicias ex euentu apparere plenum fuiſſe, Reſpondebo euentum hunc expectari non poſſe, quia nemo ſit qui moriente filio teſtati vel inteſtati cauſam ſuſtinere poſſit, indéq; fieri vt quo inſtanti moritur, non ſolùm teſtati, ſed etiam inteſtati ſucceſſio deſtituatur, nec filius ex teſtamento aut ab inteſtato heres fuiſſe intelligatur. Sed hîc rurſus dubitari poteſt, Cur ergo diuerſum admittamus, ſi vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius deceſſerit, cùm hoc etiam caſu incertum ſit an ex teſtamento aut ab inteſtato filius heres futurus ſit. Eleganter tamen reſponderi poteſt quod iā ſuprà diximus, filium ſtatim heredem eſſe ex lege, quæ ventrem vacuum eſſe certa eſt: nec verò quemadmodum ventre re vera pleno poteſt contingere, vt habeatur pro vacuo, ſcilicet ſi plenum eum eſſe nunquam appareat, in ventre re vera vacuo, poteſt vnquam contingere vt habeatur pro pleno. Ex his porrò intelligimus egregiè decipi eos qui vt Papinianum cum Africano concilient, ſubſtitutum vel coheredem in *d.l.ventre.* datum fuiſſe comminiſcūtur: nam ſi aliquis datus proponeretur qui teſtamētum ſuſtineret, & vtiq; ventre pleno filius heres eſſet ex teſtamento, poſthumo nō nato: quod tamen Papinianus apertè negat. Et hinc quoque interpretandum eſt quod Iurec. ſcribit in *l. 4. §. vlt. de contr. tabul.* & intelligendum de filio emancipato, cui neceſſarium eſt decretum omni caſu quo bonorū poſſeſſionem aut ſecundùm tabulas, aut contra tabulas accipere nō poteſt. Quod ſi etiam de filio qui in poteſtate ſit intelligatur, dicendū eſt fuiſſe quidem in ea ſpecie reuera plenum ventrem, ſed incerto eo filium deceſſiſſe, vt *in dict. l. ventre*, atq; ita commodè vterque locus conciliabitur cum *d. l. ſi filius.* Veréque diffiniri poterit tam ſuo quàm emancipato filio neceſſarium eſſe decretum: ſed maximè emancipato, vt ait *d. l. 4. §. vltim.* ſcilicet quia nec interim adire hereditatem poteſt, nec ſine aditione heres eſſe. Suo igitur non aliter neceſſariū eſt, quàm ſi incertum ſit an plenus ſit venter qui reuera plenus eſt, neq; coheres aut ſubſtitutus datus ſit. At quàm ſi reuera vacuus venter ſit, aut ventre pleno coheres vel ſubſtitutus datus, neceſſarium eſt emācipato ne interea decedēs heredi ſuo relinquat nihil. Quanquā, vt ex Iuliano ſubiicitur in *l. 5. de contr. tabul.* ſi ante acceptum decretum filius deceſſerit, æquiſſimum eſt Prætorem decernere vt ipſius heredi ſaluum ſit commodum bonorum poſſeſſionis ſecùdùm tabulas, vel cōtra tabulas: vt in effectu parùm interſit an filius decretum acceperit, an non, & an plenum ventrem ſciuerit, an incerto eo deceſſerit, cum omni caſu hereditatis emolumentum in ipſius heredes tranſmittatur. Et ad hoc fortaſſe reſpicientes interpretes, non putarunt magno labore inquirendam conciliationem *d.l. ſi filius, cum l. ventre.* quæ tamen, niſi eo quo diximus modo exponatur, explicari, meo iudicio, nulla ratione poteſt.

Emendatur Claudij nota in l. generali. 31. §. 1. de vſufr. legat.

CAPVT XI.

MIrum ſane videtur quod Scæuola reſpondit *in l. generali. 32. §. 1. D. de vſufr. legat.* auiæ legatū vſumfructum, ita vt poſt ipſius mortem ad tres nepotes heredes ſcriptos rediret, vel ad eum qui ex iis ſupereſſet, duobus ante auiam mortuis, tum auia ipſa defuncta ad ſolam filiam ſuperſtitem non reuerti, ſed ad eos omnes pertinere ad quos proprietas pertinet, hoc eſt, etiam ad præmortuorum liberorum heredes pro iis portionibus ex quibus ipſi liberi à matre ſcripti heredes eſſent, id eſt pro trientibus. Mirum, inquam, hoc videtur, cùm aut ſubſtitutionis in vſufructu factæ nullam omnino vim & poteſtatem eſſe neceſſe ſit, aut ad ſolam filiam ſuperſtitem bonorum omnium vſusfructus pertinere debeat. Quo modo ratiocinatus *Accurſius*, & eum ſecuti plerique dixerunt apertè falſum eſſe hoc quod Scæuola reſpondit, ob idque Claudio Thryphonino, qui ad Scæuolam notas ſcripſit, non placuiſſe. Cuius ſuæ ſententiæ argumentum præbere putant quod ſtatim ex Claudio ſubiicitur, *Claudius non credidit vſumfructum in vicem portionum hereditariarum poſt mortem auiæ inter ipſos datum eò magis quòd æquis partibus heredes erant ſcripti.* Sed tamen in huius notæ interpretatione non eſt ex interpretibus qui non valdè laboret, præſertim in eo explicando quod Claudium præcipuè mouit, *quòd æquis partibus heredes erant ſcripti.* Neque id explicant, niſi malè, & omnes ad ſolam ſubſtitutionem in vſufructu factam reſpiciūt, cuius tamen nec Scæuola, nec Claudius rationem vllam habendam putauit. Vt vel hoc vnum fortiſſimo argumento ſit Claudium Scæuolæ reſponſum non reprehēdere, cū nō exiſtimauerit obiici ei poſſe quod interpretes omnes obiiciūt. Alij verò ſūt, qui Claudij notam ita interpretantur, vt reſponſi Scæuolæ rationem reddat, quaſi is reſponderit vſumfructum omnium bonorum ſoli filiæ non deberi, quòd non crediderit vſumfructum in vicem portionum hereditariarum poſt mortem auiæ inter liberos datum, quia, inquiūt, quamuis aliquādo contingat vt legato vſufructu ipſa proprietas legata intelligatur, vt in ſpecie *l. ſpecies, 15. de aur. & argent. legat.* id tamen in propoſito caſu dici non poſſit, quo proprietatis formam iam teſtator conſtituit ab initio adſcriptis æquis partibus. Ita verò diuiſa proprietate, vt filia

Digitized by Google

trientem duntaxat haberet, nõ potuiſſe teſtatorem efficere vt mortua vſufructuaria ad eam ſolam vſusfructus rediret, cùm ex iuris ratione finitus vſusfructus proprietari conſolidetur, & ad eos qui proprietetem habent neceſſariò reuertatur. Verùm nec interpretatio hęc vera eſt, neç Scæuolæ aut Claudij verbis conuenire vllo modo poteſt. Primùm quia non de eo quærit Scæuola, an legato vſufructu omnium bonorum ei qui ſolus ex liberis ſupereſſet, ipſa proprietas, id eſt deficiẽs portio legata intelligatur, ſed an ex ſubſtitutione in vſufructu facta filię, quam conſtabat hereditatis trientem duntaxat habere (vt verba illa oſtendunt, *an verò portione hereditatis*) omnium bonorum vſusfructus deberetur. Illud enim profectò admitti non poteſt, aliquando contingere, vt legato vſufructu ipſa proprietas legata videatur. Nam & in ſpecie *l.15. de aur. & arg. leg.* apertiſſimum eſt legatam fuiſſe proprietatem, cùm lex dicat legatas fuiſſe ſpecies auri & argẽti, & Seiam rogatam reſtituere quicquid ſibi in auro & argento legatum eſſet: ſolo enim vſufructu legato, fideicommiſſariis vtique ſolus vſusfructus deberetur. quod apertè Iurec. negat, & fideicommiſſo proprietatem contineri ait. Dubitationem tamen faciebant verba illa, *quarum rerum vſusfructus dum viues tibi ſufficiet.* Sed non reſtringunt præcedentia, quibus proprietas legata eſt non vſusfructus: quomodo neque illa, *Proprietatem autem eorum quæ ſupra ſcripta ſunt, reuerti volo ad filias meas queve tunc ex iis viuent. l. filias 39. hoc tit. de vſufruct. legat.* Deinde ſecundùm hanc interpretationem nihil intereſt an æquis an diſparibus partibus liberi heredes ſcripti ſint, cùm tamẽ Claudius ex eo potiſſimum moueri ſe dicat quòd in inſtitutione partes æquas teſtatrix adſcripſerat. Poſtremò falſum eſt teſtatorem facere non poſſe vt vſusfructus finitus ad proprietatem non reuertatur: cùm certiſſimum ſit vſumfructũ capitis minutione aut quolibet alio modo præterquàm morte finitum poſſe repeti. *l.3. quib. mod. vſusfr. amitt.* morte verò amiſſum vſufructuarij hæredibus poſſe legari. *l. repeti. §. in princip. eod.* deniq; alterum alteri in vſufructu poſſe ſubſtitui, *d.l.3.§.1. ibi, ac ſi alius eſſet Titio in vſufructu ſubſtitutus.* Quæ omnia quamquam ita ſunt, mihi tamen perſuadere non poſſum Claudio diſplicuiſſe opinionem Scæuolæ, cuius reſponſa cętera perpetuò probare ſolet, & eorum rationem reddere, quæ prima viſione, et minus diligenter intuenti aduerſus iuris rationem, aut teſtatoris voluntatem Scæuola reſpondiſſe videtur, quale profectò hoc eſt de quo quærimus, cũ ſuperſtes filia ex manifeſta teſtatricis volũtate propter ſubſtitutionem in vſufructu factam ad omniũ bonorum vſumfructum ſola admittenda videretur. At ſanè, ſi Claudij verba rectè expẽdamus, nihil minus quàm reprehendentis verba eſſe dicimus. Cur enim non credidit vſumfructum in vicem portionum herediteriarum inter liberos datum fuiſſe? An fortè id Scæuola dixerat? An non alia eum ratio mouere potuit? Inepta profectò reprehendendi ratio hæc eſt, ſi rationem quam alius non retulit arbitrio tuo talem qualem velis comminiſcare, tũ reprehendas. Nihil enim feceris, ſi is quem reprehendis alia ſe ratione motum fuiſſe oſtendat. Sed illud difficilius eſt, quò pertineat ratio illa Claudij, *eò magis quòd æquis partibus heredes erant ſcripti.* Tantùm enim abeſt vt ex ea colligi poſſit quod Claudius voluit vſumfructum in vicem portionũ hereditariarũ datum non intelligi, vt potius contrarium probet manifeſte. Liberis enim ex æquis partibus ſcriptis, prudens conſilium teſtantis matris animaduertitur, quæ cùm tres filios heredes ſcriptos cogitaret poſſe hereditatem adire, poſſe repudiare, poſſe viuere, poſſe etiam mori: vt iis in omnem caſum prouideret, eos heredes inſtituit ex trientibus, vt ſi heredes eſſe vellent, ex æquis partibus heredes eſſent. Quòd ſi quis eorum portionem repudiatam vellet (tota enim hæreditate ab omnibus repudiata de legato quæri non poſſet) prouidit vt is in ſolatium repudiatæ portionis vſumfructum haberet, & quidem ſuæ duntaxat portionis, ſi alij quoque liberi ſuperſtites eſſent, ne piorum filiorum matris iudicia cõprobantium cauſam deteriorem facere videretur, quàm eius qui portionem hereditariam repudiaſſet: At aliis liberis poſt aditam hereditatẽ mortuis, voluit mater ei ſoli qui tupereſſet omnium bonorũ vſumfructum deberi, vt qui proprietatis partẽ nullã haberet, ſaltem quamdiu viueret, præmortuorum liberorum heredibus in vſufructu præferretur. Eleganter igitur Scæuola reſpondit omnibus liberis portiones hereditarias agnoſcentibus, tum duobus mortuis ei qui ſupereſſet ſolius portionis ſuę vſumfructum deberi, quia ſubtiliter animaduertit non aliam ob cauſam matrem liberis vſumfructum legaſſe, quàm in vicem & locum portionũ hereditariarũ, ſi aliquos ex iis portiones ſuas hereditarias repudiare contingeret. Quod cùm ita ſit, neceſſariò conſequens eſt edita ab omnibus hereditate vſusfructus legatum euaneſcere, cùm in vicem & locũ portionis hereditariæ quicquam habere non debeat is qui ipſam portionem habeat. Vſumfructum verò in vicem portionum hæreditariarum inter liberos datũ ideo credidit Scæuola, quòd liberi ex æquis partibus: hoc eſt, trientibus heredes ſcripti erant. Nam liberis omnibus inſtitutis ex æquis partibus fruſtrà mater legat vſumfructum omnium bonorum qui ad eos ipſo iure rediturus eſt: niſi in vicem & locũ portionum hereditariarum: nec ſanè alia ratio reddi poteſt. Planè liberis ex diſparibus partibus inſtitutis dici poſſet iis omnibus legatum vſumfructũ, vt qui in proprietate diſpares eſſent, ſaltem quãdiu viuerent ex æquis partibus hereditate fruerẽtur: ſed æquis partibus in proprietate factis, neque hoc, neque aliud quicquam probabile dici poteſt. Fatendũ igitur eſt Claudium Scæuolæ ſententiam probare, vt aliàs ſolet, non improbare, ob idque notam eius ita reſtituendam eſſe vt legamus, *Claudius nam credidit.* Error enim valde probabilis eſt, emendatio verò ex iuris ratione omnino neceſſaria, eóq. magis admittẽda: quòd ſi vulgatam lectionem ſequamur, non Claudium vel Scæuolam, ſed vtrumque ſtolidiſſimum & ineptiſſimum eſſe dicemus: Scæuolam qui ad ſubſtitutionem in vſufructu factam non animaduertens, apertè contra teſtatricis voluntatem reſponderit: Claudium verò qui in reprehendendo Scæuolæ reſponſo hoc ipſũ non animaduertit, quod animaduertere Scæuola debuerat.

Explicatur l.1.C.de hered.tutor.& l.2.C.de magiſtrat.conuen.

CAPVT XII.

IVris ciuilis regula eſt, ex contractibus ſucceſſores ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt, non tantũ in id quod peruenit, ſed in ſolidũ teneri. *l. ad ea, 157. §. vlt. de regul. iur. l. ex depoſiti. 12. l. ex contractibus. 49. de oblig. & action.* licet dici ſoleat, ex dolo defuncti heredem non teneri niſi pro qua parte ad eum peruenit, *l. an heredem. §. de calumniat. l. quod diximus.*

Digitized by Google

ximus.16.§.vlt. quod met.cauſ.l.ſi hominẽ.7 datur.depoſit. Sed & in quaſi contractibus ei regulæ locũ eſſe intelligimus *ex l. 1.C. de hered. tutor.* vbi quod ſcriptũ eſt, heredes tutorum ob negligentiã quæ nõ latæ culpæ comparari poſſit, condemnari non oportere, ſatis oſtendit, ob eam igitur quæ lata culpa ſit, dolóque cõparari poſſit, condemnari debere. Quomodo & *in l.2.C. de magiſt.conuen.* ex eo quod Impe. Alex. reſcribit in heredes magiſtratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non eſt, actionem dari non ſolere, intelligimus heredem magiſtratus, cuius lata culpa, dolove factum eſt vt pupillo idoneus tutor datus non ſit, inſolidum teneri. Atque ita omnino ſentiendũ eſt. Nam quod placet nonnullis *in d.l.1.C. de hered. tutor.* negatione ſublata legẽdum eſſe, *heredes tutorũ ob negligentiam quæ lata culpæ comparari poſſit cõdemnari non oportere*, reiiciendum omnino eſt, aut illud reprehendendum quod *in l.6.D. de magiſtr.conuent.* Vlp. ſcribit magiſtratus heredem teneri, ſi tãta fuerit magiſtratus negligentia vt cautionem omnem omitteret: quod verũ rectùmque exẽplum eſt eius negligẽtiæ, quę latæ culpę comparari poteſt. Nam de leui tutoris culpa heredem non teneri, idem Vlpianus ait *in l. 4. eod.* vbi monet nec magiſtratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri niſi ex ea quæ ſimilis ſit culpæ dolo proximæ. Dixi, *ex defuncti negligentia*, vt eos refellam qui quod eo loco ſcriptũ eſt, de ipſius heredis negligentia intelligendum putant: quod ſi ita eſſet, parum rectè Iureconſultus heredem tutoris ſimilẽ diceret magiſtratus heredi, cuius negligẽtia propria nulla eſſe poteſt. Parum etiam accõmodatè ſubiiceret heredem dolo proximæ culpæ ſuccedaneum eſſe, quod cùm ait, innuit ſatis culpæ dolo non proximæ, id eſt leuis, eum ſuccedaneum non eſſe. Nec ad rem pertinet quod *in l.4. de fideiuſſ. tutor.* ſcriptum eſt negligentiam propriam heredi nõ imputari. Id enim non quomodo ij putant ſic accipi debet, vt ipſius defuncti negligentia heredi imputetur: ſed ita vt ne quidem propria imputetur: quod maiorẽm habere videbatur dubitationem: cùm aduerſus heredem tutoris ex proprio dolo iuretur in litem, contra quem tamen ex ipſius tutoris dolo non iurari eadem illa lex nõ obſcurè ſignificat. Denique generale eſt vt ex proprio magis & faciliùs quàm ex alieno facto quis teneatur. At fuſiùs explicanda nobis eſt ſententia *l.1.C. de hered. tutor.* In ea primùm regula conſtituitur, quam diximus, vt ex negligentia quæ non latæ culpæ comparari poſſit, tutorum heredes non condemnentur. Tum ſubiicitur, condemnari tamen tribus caſibus, Si contra tutorem lis inchoata ſit, Si ex damno pupilli lucrum captatum, Si gratia præſtitum ſit, Quas poſteriores exceptiones ad dolum, latámq; culpã pertinere certũ eſt: Et hoc argumento vtuntur, qui ſublata negatione regulam de lata culpa ſcriptam volunt. Sed non animaduertunt ſecũndum hanc interpretationem futurum vt regulã exceptio deſtruat, cùm dubitandum non ſit iis duobus exemplis quæ ad dolũ, latámque culpam pertinent, generaliter ſignificari ob dolum & latam culpam tutoris aduerſus heredẽ in ſolidum agi poſſe, nec diſſimilitudinis ratio reddi poſſit cur iis caſibus potiùs quàm aliis, lata culpa, dolúſve defuncti in perſona heredis coërceatur. Atqui exceptionẽ de regula eſſe debere, fortaſſe inquies. Verùm reſpondebo iis verbis, *ſi non cõtra tutorem, &c.* non tam exceptionem quàm interpretationem regulę contineri. Regulam illam eſſe, Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non teneri. Interpretationem verò illam, Non aliter igitur teneri, quàm ſi contra tutorem lis inchoata ſit, cùm litis conteſtatione etiam pœnales actiones ab vtraque parte tranſmittuntur, & temporales perpetuentur. *l.vlt. de fideiuſſ. tuto.* At ſi ex damno pupilli lucrum captatum vel etiam gratia præſtitum ſit: quibus duobus caſibus cùm in dolo tutor ſit, vel ſaltẽ eius culpæ conſcius: quæ dolo non malè comparetur, iuris ratio facit vt ex ipſius perſona in ſolidum heres conueniatur. Nec rectè probare poſſis heredem tutoris ex ipſius contractu de leui culpa teneri debere, quia ipſe tutor teneretur: malam enim eſſe ratiocinationem oſtendit Vlpi. *in d.l.4. de magiſt. conuen.* cùm ait non ſimiliter teneri heredes magiſtratuũ, & tutorum, vt ipſi magiſtratus, tutoreſque tenentur. Verùm ſupradictæ iuris regulæ multum obſtare videtur quod Iuſtinianus ſcribit *in titul. de perpet. & tempor. act.* aliquando ex contractu actionem contra heredem non dari, velut cùm teſtator doloſè verſatus eſt, & ex ipſius dolo nihil ad heredem peruenit. Niſi dictionem, *veluti*, quam in veteribus libris deeſſe plerique teſtantur, tollendam exiſtimemus, quæ doctiſſimorum omnium ætatis noſtræ Iureconſultorum ſententia eſt. Quòd ſi ita legamus, aliquando ex cõtractu actionem aduerſus heredem non competere, cùm teſtator doloſè verſatus eſt, & ad heredem nihil peruenit, eo ipſo intelligemus regulam in contrarium eſſe, vt cùm ex contractu actio venit, etiam ex dolo defuncti in ſolidum heres teneatur. Quis verò ſingularis ille caſus ſit, quo ſuperiori regulæ locus non eſt, in difficili videtur. Nã quod poſt Theophilum vulgo creditur, eum ſignificari ſi actione ex contractu depoſiti, ex cauſa incendij, ruinę, naufragij neceſſitatem habente quis experiatur, non videtur ad Iuſtiniani verba ſatis accommodatum, cùm de eo quod tumultus, incendij, ruinæ, naufragij cauſa depoſitum eſt, in heredem de dolo mortui actionem in ſimplum polliceatur Prætor, licet nihil ad eum peruenerit. *l. de eo.18. depoſit.* Et tamen Iuſtinianus eum caſum ſignificare videtur, quo nulla aduerſus heredem ex contractu actio competat, ſi nihil ad eum peruenerit. Niſi fortè quis dicat id intelligi debere de ea actione depoſiti, quatenus ratione delicti, ad pœnæ perſecutionem cõpetit. Nam vſque ad ſimplũ, rei non pœnæ perſecutio eſt. Atque ita omnino exiſtimãdũ eſt.

Interpretatio noua l. fructus.7.§. Papinianus. D. ſol. matr.

CAPVT XIII.

ARduum ſanè eſt, & difficile præſtare quod huius capitis inſcriptio pollicetur. Tot enim ab omnibus, cùm veteribus tum recentioribus interpretibus huius loci interpretationes excogitatæ ſunt, vt non tam noua afferri poſſe videatur, quàm in eo elaborandum eſſe, vt ſciatur quid in tanta opinionum varietate probabilius dici poſſit. Sed quoniam ex omnibus nulla eſt, vt arbitror, ad Papiniani ſententiam & elegantiam accommodata, ego meam non fortaſſe inſubtilem, certè nouam, & à nemine, quod ſciam, hactenus traditam, hoc capite proponendam exiſtimaui. Quæ vt melius intelligatur, facti ſpecies ponenda primùm eſt, tum ſingula Papiniani verba quantum accuratè fieri poterit, explicanda. Speciem ſic pono: Maritus fundum vindemia plenum Calendis Octobribus in dotem traditum accepit, tum collecta vindemia æſtimationis duodecim aureorum Calẽdis Nouembribus fruendum locauit, quòd in eo meſſes quoque eſſent: lo-

Digitized by Google

cauit autem duodecim etiam aureis: atque ita tam ex vindemia, quàm ex penſione totius dotis, fructus quatuor & viginti aureorum fuit. Sic percepta vindemia, locatóque fundo matrimonium vſque ad Calendas Februarias conſtitit, hoc eſt tribus menſibus à die locationis, quatuor verò à die traditi fundi dotalis. Soluto matrimonio quæſitum eſt de omnibus his fructibus inter coniuges diuidendis. In quo primùm dubitatio nulla eſſe poteſt quin 12. aurei ex vindemia percepti ſic diuidendi ſint, vt pro rata temporis quo matrimonium ſterit, quatuor maritus retineat, octo reliquos mulieri reſtituat: neque de eo puto Papinianum, aut Vlpianum dubitare *in d.* §. *Papinianus*. cuius verba illa, *non à die locationis*, apertè oſtendunt loqui eum de fructibus ex conductione perceptis, hoc eſt de mercede, quam duodecim aureorum fuiſſe poſuimus. Quis enim tã ſtupidus ſit, vt in animũ inducere poſſit fructus vindemiæ inter cõiuges diuidi inſpectu locationis tẽpore. Nihil quippe vindemia cũ locatione cõmune habet. Aut certè qui vindemiã dixerit diuidi inſpecto locationis tempore, eum neceſſe eſt fateri nulla facta locatione totam vindemiam vel ad virum vel ad mulierem dũtaxat pertinere debere, quod nimis ſtultum eſt: vt mirum ſit Accurſium in huius loci interpretatione, principium §. generaliter de omnibus fructibus & naturalibus, & ciuilib. vt vocãt, intelligere. Sed eũ proculdubio fefellerunt ſequentia, quorum paulò obſcurior eſſe videtur interpretatio. Nam Papinianus poſtquàm ſic regulam cõcepit, vt fructus non ex die locationis diuidantur, ſed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit, confirmationis gratia ſubiicit, *neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotẽ datus ſit, eúmque vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum locauerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum eſt, quartã partem mercedis æquum eſt*. Quam rationẽ malè idem Accurſius ſic explicat, quod ſi fructus ex die locationis diuiderentur, fieret vt propoſito caſu duodecim aurei ex vindemia ante locationem percepti ad virum dumtaxat pertinerent: Rurſus vt ex mercede, quę etiam duodecim aureorũ eſt, non niſi quarta pars marito deberetur. Nã ſi ita Papinianus intellexit, facilè reſpondebunt qui locationis tempus inſpiciendum eſſe putant (contra hos enim Papin. diſputat) quod dicũt in diuidendis fructibus inſpici tempus locationis de iis intelligi debere qui ex cauſa locationis percipiuntur, alios, hoc eſt, vindemiæ fructus, ex locationis diẽ non diuidi, ſed ex tempore traditæ poſſeſſionis, vt proinde marito, qui tertia tantùm parte anni in matrimonio ſtetit, ex vindemiæ fructibus tertia tantùm pars debeatur, nec abſurdum illud ſequatur quod Papinianus putat integros vindemię fructus ad maritum pertinere. Planè quod idem Papinianus addit diuiſa mercede inſpecto locationis tempore, futurum vt quartam dumtaxat partẽ mercedis maritus retineat, id verò neceſſariò admittunt, & fortiter aſſerũt qui ex die locationis fructus diuidi arbitrantur: ſed quod Papinianus iniquum eſſe ait, illi æquiſſimum eſſe contendunt, nec refelli vlla ratione poſſunt ex iis quæ apud Papinian. ſequuntur. Nam in verſic. *alioqui*, non probat iniquũ eſſe quod illi æquiſſimũ putãt, ſed abſurdũ eſſe quod ij abſurdiſſimũ fatẽtur. Quare Papin. ratio, quę ex elegãti & Papinianea breuitate difficilis eſt, ſic explicari debet, ineptè nõnullos exiſtimare ſoluto matrimonio fructus ex cõductione perceptos ex cõductionis die diuidi: Nã ſi interrogentur, cur maritũ totius menſis Octobris commodo priuent, vix eos aliud quicquam reſpondere poſſe, quàm quòd toto eo menſe nulla dum penſio debita ſit: nec ſanè alius ſententiæ huius color eſſe poteſt. Atqui eadem ratione fiet, vt marito integros vindemiæ fructus deberi dicamus, & octo menſium fructibus mulierem fruſtremur, ſcilicet quia verum ſit illis octo menſibus fructus nullos perceptos eſſe, quæ enim Calendis Octobribus collecta vindemia eſt, eam præteritorum nõ ſequentium mẽſium fructum eſſe certiſſimũ eſt. Ergo quemadmodum iniquiſſimum eſſet mulieri nullam partem vindemiæ reſtitui, quę tamen non niſi tertia parte anni in matrimonio ſteriſſet, ita iniquiſſimũ erat maritum nõ niſi quartam partem mercedis retinere, qui tertia parte anni onera matrimonij ſuſtulit: & quemadmodum ratione vindemiæ plus, ita ratione mercedis minus daretur marito, quàm ex ratione & æquitate dari oporteat. Porrò quartam duntaxat partem mercedis marito dari iniquũ eſſe non probat Papinianus, ſed integros fructus maritũ retinere iniquiſſimum eſſe conuincit euidenti abſurdo; quia hoc admiſſo, idẽ quoque neceſſariò admittendum ſit, ſi altero poſt collectam vindemiam die diuortium factum ſit, quo tamen caſu nemo ſit tam ineptus aut ſtultus, qui marito vindemiam totam deberi dicat, cùm vno tantùm die matrimoniũ ſteterit. Et hoc eſt quod Papinianus ait, *alioqui ſi coactis vindemiis altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit*. Qua in ratiocinatione ſubintelligendũ illud eſt, ſi maritum integros vindemiæ fructus retinere iniquiſſimũ eſt, illud etiã iniquum eſſe quartam duntaxat mercedis partẽ eũ retinere: hoc enim ex eodem fonte, principio, & errore naſcitur. Ergo cum Papiniano concludendum eſt, fructus diuidi non inſpecto locationis, ſed traditi fundi die: quod ſi ita eſt, omnino ſequitur in propoſito caſu diuiſionem ſic fieri oportere vt ex vigintiquatuor aureis qui in fructu ſunt, octo maritus retineat, ſexdecim verò mulier reſtituat. Octo, inquam, hoc eſt quatuor ex vindemia, quatuor etiã ex mercede. Idque ex regula à Papiniano conſtituta ſic neceſſariò ſequitur, vt ex ea nihil aliud inferri verè poſſit. Et tamen ex omnibus quotquot vnquã fuerunt interpretibus nemo fuit qui Papinianũ ita reſpondiſſe crediderit, ſed elegantius quiddã, & à cõmuni hominũ ſenſu remotius. Nec enim ſanè verba Papiniani omnino aperta ſunt, nec tamen meo iudicio ita obſcura, vt non facilè & cõmodè interpretationẽ noſtrã admittant. Sic autẽ Papinianus ſcribit, *Itaque ſi fine menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor mẽſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis confundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Quorum verborũ corticẽ nudámque figuram intuẽtes plerique dixerunt Papiniani ſententiã hanc eſſe, vt duodecim aurei ex vindemia redacti cum quarta parte mercedis cõfundantur, hoc eſt cũ tribus aureis: atq. ita ex quindecim, maritus tertiã partẽ, id eſt quinq; retineat. Alij aliter interpretantes quatuor duntaxat, alij etiam ſex marito relinqui debere commẽti ſunt. Ego, vt propoſui, nec plus nec minus quàm octo apud maritum remanere debere omnino contendo, & ſi quid in Iure affirmari poteſt, conſtanter aſſeuero. Nam præter ea quæ ſupra dixi, illud etiam me valde mouet quod in ſeq. §. ſubiicitur, futuram quoque mercedem quæ debebitur, venire in cõtributionem, quemadmodũ & futuræ vindemiæ ſpem cõputationi cedere ſcriptũ eſt *in* §. *item ſi meſſes*. vt

genera-

Digitized by Google

generaliter diffiniri poſſit, cùm de fructuum tam naturalium quam ciuilium diuiſione quæritur, perinde omnia obſeruari, ac ſi eo ipſo die quo traditus fundus eſt fructus omnes à marito percepti eſſent. Miror verò, nec ſatis mirari poſſum ingenia multorum diſſimilitudinis rationem magno labore inueſtigãtium cur dato in dotem fundo ante collẽctam vindemiam futuræ mercedis ratio nulla habeatur, dato autem poſt collectam vindemiam etiam futura merces contribuatur. Etenim nõ ſolùm diſſimilitudinis rationẽ nullã adferunt quæ ratione prędito homini ſatisfaciat, ſed etiam parum ſubtiliter faciunt, qui diſſimile volunt eſſe quod Vlpianus ex Papiano idem eſſe ait. Vlpiani enim verba ſunt, *ex contrario quoque idem obſeruandum eſſe*, id eſt, vt ſequentia explicant, ſi mulier percepta vindemia fundum viro in dotem dederit. Denique perpetuum illud eſt, vt cùm penſio vice fructus cedat, ita vt frui dicatur qui penſionem percipit, *l. arboribus* 12. §. *vſufructuarius, de vſuf.* eodẽ quo fructus iure cenſeatur. Sic quamuis fructuarius decedens ad heredem non tranſmittat fructus pendentes, ſed perceptos duntaxat. *l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. vſuffr. amit.* penſionẽ tamen fructuum iam à colono perceptorum nomine ſoluendam eum tranſmittere reſponſum eſt, licet mortis tempore, penſionis ſoluendæ dies nondum venerit, *l. defuncta*. 58. *de vſufruct.* ſcilicet quia ſi fundum non locaſſet fructus percepiſſet, eorúmque commodum in heredem ſuum trãſmiſiſſet. Sic in *l. vltim. de iur. fiſc.* emptor qui à colono fiſci ſingulari priuilegio fructus auferre non pot eſt, integram totius anni penſionem conſequitur, licet integræ penſionis dies nondum venerit, nimirum quia vniuerſos fructus auferret, ſi fiſci priuilegio colonus non defenderetur, vt eo loco Iureconſultus ſcribit. Ergò & in propoſito caſu dicendum eſt in contributionem venire totam mercedem etiam quę debebitur, quia ſi poſt collectam vindemiam fundum maritus non locaſſet, & ante factas meſſes diuortium factum fuiſſet, ſpes meſſium in computationem veniſſet. §. *item ſi meſſes*. Cur non ergo pecunia meſſium in computationem veniet? Nec ſuperioribus quicquã aduerſatur *l. Iulianus*. 13. §. *ſi fructibus de act. empt.* vbi inter fructus & mercedem differentia illa cõſtituitur, quòd ſi fructibus iam maturis ager diſtractus ſit, etiam fructus emptori cedunt: ſin locatus ager ſuit, penſiones ad eum pertinent qui locauerat. Senſus enim eſt conſtituendam differentiam inter fructus maturos & penſionem nondum ſolutam, vt quamuis maturi fructus ad emptorem pertineant, penſio tamen, cuius ſoluendæ dies iam venit, aut citò veniet, penes venditorem eundémq; locatorẽ remaneat, ſcilicet ſi ante factam vẽditionem percepti ſint fructus, *d. l. vlt. de iur. fiſc.* ea ratione quòd ſi locatus fundus nõ fuiſſet, venditionis tempore iam perceptis fructibus, nec fructus nec pẽſionẽ petere emptor potuiſſet: vt vel ex eo loco magis appareat verum ſemper eſſe quod diximus, ei penſionem deberi, cui fructus ipſe, ſi locatio non interueniſſet, deberetur: quod Accurſius, cæterique non intelligentes mirũ eſt quãtũ in eius loci interpretatione ſe exèrceant. Iglcur, vt ad inſtitutam diſputationem reuertamur, dubitandum non eſt Papiniani ſententiã illam eſſe, vt dato in dotem fundo ante perceptam vindemiam, tum locato ante meſſes, tota pecunia meſſium in contributionem veniat, vt contingeret ſi poſt collectas per colonũ meſſes, ante perceptam vindemiam matrimoniũ diuortio ſolueretur. Quid enim obſecrò intereſt, an poſt, an ante ſolutum matrimonium colonus meſſes colligat: Et hoc nimirum eſt quod Papinianus dixit, iniquum eſſe maritum quartam duntaxat partem mercedis retinere, cùm tertia parte anni ſteterit matrimoniũ, qui tamen ex communi noſtrorum interpretatione tertiam duntaxat quartæ retineret. Scio eſſe qui Papinianum ſic intelligant, vt iniquũ ſit maritũ mercedis quartã partem retinere, quaſi minus retinere debeat ſcilicet quartæ tertiam. Sed ſi Papiniani ſententia eſt, quartam dũtaxat partem mercedis cõputari, mala erit illa ratio vt non inſpici debeat locationis tempus, quia æquum non ſit maritum quartam partem mercedis retinere: neq; enim hoc ex illo ſequitur, ſed potiùs quartam quartæ. Quòd ſi Papinianũ ſic intelligas, vt iniquum ſit virum & integros vindemiæ fructus, & ſimul quartam mercedis partem retinere, adhuc ineptior erit Papiniani ratio: nam etſi ex portione nihil marito tribuas, tamen ſolos vindemiæ fructus integros penes eũ remanere iniquiſſimũ eſſet: itémq; ſolam quartam mercedis ſi ei nihil des ex fructibus. Ac ſanè ſi Papiniani rationem diligentiùs expendas, totam mercedem, id eſt, meſſium pecuniam in cõtributionem venire ſtatim fatebere. Reſtat igitur, vt quis vltimorũ verborum ſenſus ſit, conſideremus. Meminiſſe autem oportet, quod initio capitis diximus in principio §. nihil proponi de fructibus naturalibus, ſed tantùm quæri de ciuilibus, vt manifeſtè probauimus: cui cõſequẽs eſt, vt in fine §. de alio non reſpondeat Papinianus, quàm de quo propoſita quæſtio eſt: nimirũ an quartam dũtaxat, an verò tertiam mercedis partem maritus retinere debeat. Et cũ veriſſimũ ſit quod probauit, penſionem non ex die locationis diuidi, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, apparet manifeſtè viro, qui per tertiã partẽ anni matrimonij onera ſuſtulit, tertiam quoq; penſionis partem relinqui oportere: neq; hoc à Papiniano dici neceſſe fuiſſet, niſi quia diuortij tempore quarta duntaxat mercedis portio debebatur, vnde eleganter dubitari poterat quomodo tertiam partem conſequi maritus poſſet. Et ad hanc nimirum dubitationẽ reſpondens Papinianus, confundendam ait quartam partem mercedis cum fructibus, vt ſic facta confuſione quæ quarta erat fieri tertia poſſit: idq. ſignificant verba illa, *vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Habebit igitur vir tertiam partẽ mercedis, id eſt, quatuor: habebit igitur vir tertiam partem vindemiæ, hoc eſt quatuor. Habebit igitur octo. Sed de his quatuor nihil dicit Papinianus, quia neq. de iis quiſquam dubitabat, neque in principio §. de iis quæſtionẽ propoſuerat. Ex quo intelligimus quod Papinianus ait confundendã quartam partem mercedis cum fructibus, de fructibus ſuperfluis intelligi deberẽ, iis ſcilicet qui deducta tertia parte ſuperſunt. Ergo in propoſito caſu ſic diuiſio fiet, vt ex fructibus vindemiæ, qui ſunt duodecim aureorum, quatuor maritus retineat (quis verò de hoc dubitet?) tum ſuperfluos octo confundat cum quarta portione mercedis quæ debetur, id eſt tribus aureis, ſícque facta confuſione facile erit viro ex duodecim aureis tertiã partem mercedis, hoc eſt quatuor retinere. Quid igitur ſi fructus ex re dotali percepti nulli ſint, fortè ſi iã percepta vindemia fundus in dotem datus ſit (hoc enim caſu vindemiæ fructũ augere dotem certũ eſt, *l. prox. ſupr. l. dotis*. 7. *de iur. dot.*) an quia nihil eſt cum quo quarta mercedis portio confundi poſſit, quarta portione maritum contentum eſſe oportebit? Minimè vero, ſed ita reſtitui dos debebit vt omnino ex portione

by Google

quę debebitur pro modo temporis, quo dotale prędium fuit, mercedis partem maritus retineat. Quæ eſt ſententia *§. ex contrario*. Poſtremò non tantùm mercedis, ſed etiam vindemiæ ſpem venire in computationem monet Iurec. in *§. item ſi meſſes*. cuius quoque ſententia alioquin obſcura ea iis quæ diximus manifeſtè explicata relinquitur.

Reſtituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis.

Capvt XIIII.

ETſi Pandectarum Florentinorum apud omnes maxima & præcipua merito eſt authoritas, iam tamen maior apud pleroſque eſt, quàm eſſe debeat, qui tātum iis tribuunt, vt veterum librorum lectionem omnino aſpernandam arbitrentur. Multa enim in veteribus libris ſunt longè emendatiora quàm in Florentinis, in quibus etiam multa grauiſſimis erroribus corrupta à doctiſſimis omnibus ætatis noſtræ Iurecōſultis obſeruata ſunt, & in dies plura obſeruantur. Ego ex multis quę notaui duo nunc adſcram, quæ apertiſſimū ſententiæ noſtrę teſtimonium ſuppeditabunt. Primus locus eſt *in l. poſt emancipationem* 40. *§. vl. de lega.* 3. vbi ſpecies huiuſmodi proponitur: Heredibus ſcriptis Seia ex dodrante, Męuia ex quadrante, fideicommiſſum à Seia relictum eſt, vt quicquid ad ſe ex hereditate perueniſſet, filio reſtitueret, hortis duntaxat retentis. Tum generali capite fideicōmiſit teſtator, quiſquis ſibi heres eſſet de omnibus, vt præſtaret quod cuique legaſſet, præſtari fieriſve iuſſiſſet. Facta igitur ex cauſa fideicommiſſi totius dodrātis reſtitutione, dubitatum eſt an hortos in aſſem vindicare Seia poſſit. Dubitādi cauſa illa eſt, quòd cùm Seia ex dodrante inſtituta ſit, nō niſi dodrantē in hortis habere videatur, reliquus verò quadrans ad Mæuiam ex quadrante inſtitutam pertinere. Nec pro Seia quicquam facit, quòd hortos retinere iuſſa eſt. Poteſt enim hoc ex teſtatoris voluntate ſic intelligi, vt dodrātem, quem in hortis habebat, retinere iuſſa ſit, non etiam Mæuię quadrātem vindicare: Nam ſi hoc ſenſiſſet teſtator, non retentionis ſed pręceptionis verbo vſus fuiſſet, hoc enim verè eſt præcipere, ſi in re hereditaria nō ſuam tantùm, ſed etiam coheredis portionem conſequare. Verùm Scæuola reſpondet coheredis fideicommiſſum videri, vt quadrantem, quē in his hortis haberet, Seiæ redderet: quod cur ita reſpōdeat *Accurſius* intellexiſſe non videtur, licet dubitandi rationem rectè perceperit. Videtur autē Scæuola reſpondiſſe ad generale illud fideicommiſſi caput, quo teſtator cauit, vt quiſquis ſibi heres eſſet de omnibus, præſtaret quod cuique legaſſet, præſtari fieriue iuſſiſſet: quaſi non aliam ob cauſam id adiecerit, quàm vt Mæuiam ex quadrante ſcriptam rogaret, de quadrante quem in hortis haberet Seię reſtituendo. Et ob id nimirum non reſpondet Scæuola, poſſe Seiam in aſſem hortos vindicare, quod fuerat quæſitū, ſcilicet vt intelligamus integros hortos Seiæ deberi ex generali fideicommiſſo, non autem ex verbis illis, *retentis hortis*, quæ ſi ita acciperentur, ac ſi hortos præcipere iuſſa eſſet Seia, vtique & vindicare ipſa hortos in aſſem poſſet. Hæc enim fuit legatorum per vindicationem, & per præceptionem natura, vt ſine illo heredis facto atque adeò ante aditam hereditatem vindicari à legatario propria authoritate poſſent, vt Caius in Inſtitutionibus ſcribit. Ex quo intelligimus non adiecto illo generali fideicommiſſi capite aliud reſponſurum fuiſſe Scæuolā, licet contrà ſenſiſſe videatur *Accurſius* qui ſimile quiddam reſponſum putat à Papiniano *in l. cum pater. in princip. de legat.* 2. & ab Africano *in l. ſi ſeruus* 108. *§ penultim. de legat.* 1. quibus tamen locis non proponitur teſtator iuſſiſſe retineri quid, ſed accipi, quod longè diuerſum eſt. Retinemus enim quæ habemus, accipimus quæ non habemus: Nec ſanè vllo iuris loco reperias Iurecōſultos vſque adeò à proprietate verborum recedere, vt quem teſtator retinere voluit, eum accipere, aut præcipere iuſſum interpretentur. Hæc cùm ita ſint, apparet Scæuolæ reſponſum omnino ſic legendum eſſe, *Reſpondit, etiam coheredis fideicommiſſum videri, vt quadrantem, quem in his hortis haberet, Seia redderet*. Quam fuiſſe veterem lectionem, ex veteribus libris apparet. At in Florentinis ſic legitur, *vt quadrantem quem in his hortis haberet Seia redderet*, omnino ridiculè, & falsò. Nec enim quadrantem in his hortis habebat Seia, ſed dodratem: & ſi iam quadrātem habebat, nihil ſupererat de quo reſtituēdo coheres Mæuia rogata intelligi poſſet. Sed hoc apertius eſt quàm vt pluribus demonſtrari ſit neceſſe. Alter locus æquè, imò magis corruptus eſt *in l. vlt. de vſufr. legat.* cuius principium in Pand. Flor. ſic legitur, *nihil intereſt vtrum bonorum quis an rerum tertiæ partis vſumfructū legauerit*. In veteribus ferè omnib. ſcriptū eſt, *multū intereſt*: quod rectius eſſe ſequentia illa oſtendūt, *nam ſi, at ſi*: ex quibus manifeſtum eſt conſtitui ea lege differentiam aliquā, quæ tamen quomodo explicari poſſit, difficile videtur. Neque enim dici poteſt quicquam intereſſe an rerum tertiæ partis, an bonorum vſusfructus legetur: cùm legatū vtrimq; generale ſit, nec ſingulas dūtaxat res, ſed etiam iura cōplectatur. *l. nam quod* 14. *§. vlt. ad S.C. Trebell.* quā ob cauſam *in l. quoties* 34. *§. vlt. de vſufr.* differētiam conſtituit Iurecōſultus inter legatū vſusfructus bonorum, & rerum ſingularum, nō autem rerum vniuerſarū vel certę partis: nihil enim hęc inter ſe differunt. Rurſus quod *Accurſius* tentat in verſic. *at ſi certarum*, mutari caſum, minus probabile eſt: ita enim fit vt quæ præcedunt mutila & imperfecta remaneant. Quorſum enim illa, *nam ſi bonorum*, &c. An quod in legato vſusfructus bonorum maior dubitatio eſſet, quam in legato vſusfructus tertiæ partis? At hoc dici non poteſt. Ipſa enim bonorū appellatio oſtendit id quoque, quod in actionibus eſt, bonorum appellatione cōtineri. *l.* 49. *de verb. ſignif.* Legato autem vſufructu rerum tertię partis, probabilius dubitari poterat an idem dicendum eſſet. Etſi enim generali rei nomine, etiam cauſæ & iura continentur. *l. res.* 23. *eod.* tamen rerum appellatione potius corpora ſingula quàm iura & actiones ſignificari certū eſt. Quam ob cauſam Iureconſultus *in d. l. nam quod. §. vlt.* poſtquam dixit, *ſed & ſi quis bona rogatus ſit reſtituere*, Senatuſconſulto Trebelliano locum fore, ſubiicit idem eſſe etſi familiā, quod maiorem habebat dubitationem, quaſi familiæ appellatione ſerui & filij dūtaxat cōtineri viderētur. *l. pronunciatio.* 195. *§. pen. de verb. ſignifi.* Addit, idem etiam dicendū eſſe ſi pecuniam rogatus quis ſit reſtituere, quod adhuc dubitabilius erat, quia, *vt in l. cogi.* Vlp. ſcribit voluntatis quæſtio eſſe poteſt an de pecunia tātùm, an verò de tota ſucceſſione teſtator ſenſerit. Poſtremò ſubiicit idem etiam eſſe ſi teſtator vniuerſam rem ſuam reſtitui voluerit, quaſi hoc omniū maximā haberet dubitationē, licet minorē habeat quā ſi vniuerſas res ſuas reſtitui voluiſſet, ideóq; ne quid dubitationis ſupereſſet *in l. ſeq.* ex Paulo additur, *vel omnia ſua*. Præterea cur Venuleiū *in d. l. vlt. de vſuf. leg.* dixiſſe volumus *rerū tertiæ partis?*

An.

Digitized by Google

An quia aliud probandum ſit, ſi rerum quartæ aut quintæ partis vſusfructus legatus ſit? Minimè verò. An quòd ita ex facto proponeretur? Atqui nõ ex libris reſponſorum ſumpta eſt ea lex, ſed ex libro decimo Actionum. An deniq; exempli cauſa? Verùm longè conuenientius erat dicere, *rerum certa partis*. Quare, vt tandem quod ſentio aperiam, non dubito quin, pro *rerum tertia partis*, legẽdum ſit *rerum certarum*: quod *Accurſius* ſanè non ignorauit, ſed tamẽ quid ſentiret liberè dicere auſus non eſt. Ita verò ſi legamus, non minus elegans quàm facilis erit totius legis ſententia, rectéque ad hanc differentiam alia adiicietur *ex d.l. quoties. §. vlt. de vſuſr.* Errorem ferè ſimilem ineſſe iamdudum ſuſpicatus ſum *in l. in ratione. 11. §. tametſi ad Falcid.* Sed de tota illius loci quæſtione & emendatione, itémque *l. in quartam.* aliàs, ſi Deus volet commodiore loco ſcribemus.

Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex aſſe. 52. D. ad leg. Falcid.

Capvt xv.

Refert multum an ex aſſe, an ex debita duntaxat portione patronus à liberto heres inſtituatur. Nã ſi ex debita duntaxat portione inſtitutus ſit, ab eo legata relinqui non poſſunt extraneis perſonis, ſed cõiunctis tantùm. *l. 4. D. de cond. & demonſt. l. ſi eius. 64. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* Si verò ex aſſe ſcriptus ſit, eodem iure cẽſetur quo alij heredes, vt pro eo ſaltem ſemiſſe, qui alteri relinqui potuit, legata omnibus præſtet. Qua ex differentia, illa etiam naſcitur, vt ſi ex debita portione inſtitutus, legatis grauatus ſit, ſuę tantùm portionis falcidiam habeat, ſi verò ex aſſe, totius hereditatis. Ex quo petẽda eſt ratio, & ſentẽtia *l. ex aſſe 52. D. ad leg. falcid.* quę meo iudicio malè à veteribus interpretibus explicata, peſſimè verò à recẽtiorib' emẽdata eſt. Placet enim Florentina lectio, ſecundùm quam libertus, qui ducentos aureos in bonis habebat, patronum ex aſſe heredem inſtituiſſe proponitur, & filio legaſſe centum viginti, extraneo reliqua, id eſt octoginta. Quo caſu, cùm de ponendæ falcidiæ ratione quæreretur, Marcellus reſpondit diminutionem legati quod extraneo præſtatur, proficere filio ad conſequenda ſolida quæ ei legata ſunt. Verum igitur eſt vtrumque quod diximus, inſtituto ex aſſe patrono, extraneis quoque legari poſſe, ſed totius hereditatis quadrantem iure falcidiæ apud eum remanere debere. Etſi enim filio integra centum viginti præſtanda eſſe Marcellus ait, non tamen id ita accipi debet, vt eorum duntaxat quæ extraneo relicta ſunt, falcidiam protinus heres habeat, ſed ita vt cùm totius hereditatis quadrantem ſaluum habere debeat, ex legato quod extraneo præſtat integrum eum deducat. In quo turpiter *Accurſ.* labitur, qui cùm ex ducentis quinquaginta patrono deberi ſciret, neque tamen ex integra ex legato quod extraneo relictum eſt deduci poſſe crederet, dixit filium quoque falcidiam pati, vt quod Marcellus ait, filium conſequi ſolida quæ ei legata ſunt, ſic accipiatur, vt plus conſequatur filius quàm ſi de legato extranei nihil diminueretur, quod totũ ineptũ & nugatoriũ eſt. Huius verò iuris, quod prima facie iniuria videtur, ratio illa, quòd in propoſita ſpecie talis libertus proponitur, qui citrà patroni fraudem, filium in cẽtum heredem facere potuit, & patronum in aliis centum, ab eóque viginti legare filio. Quo caſu nemo diceret, falcidiam paſſurum filium, cùm etiam patrono ex debita, hoc eſt dimidia parte inſtituto, certum ſit filio vſque ad rationem legis falcidiæ legari poſſe. Rurſus quamquam patrono ex aſſe inſtituto, legari extraneo poteſt, vt diximus, attamẽ non debet huiuſmodi legatum fraudi eſſe patrono, quominus totius hereditatis integrum quadrantẽ conſequatur. Neque verò nouum eſt, legatis duobus relictis, vtriuſque falcidiam ex vnius tantùm legato deduci. Nã &, ſi ſeruus tibi legatus ſit, eúmque rogatus ſis manumittere, ac præterea ipſi ſeruo legatũ aliquid ſit, Senatus cenſuit in ipſo quidem ſeruo falcidiæ locum non eſſe, ſed in eo quod prætereà ſeruo legatum eſt, ita falcidiam admittendam, vt inde & quod pro ſeruo præſtandum eſt ſumatur. *l. ſi ſeruus 33. cum duab. ſeq. D. ad leg. falcid.* Sic igitur & in propoſito caſu admittendum eſt, in filij quidem legato falcidiã ceſſare, ſed ex eo quod extraneo relictum eſt, patrono conſuli, ne in ipſius odium filij fauor retorqueatur. Idque profectò non tã ſubtili, quàm coacta ratione, *vt in l. ſi fundus. 23. eod.* Scilicet quòd heres ex aſſe inſtitutus quartam habere debeat, nec tamen ex filij legato deducere quicquam poſſit. Nec ad rem pertinet *l. 1. §. interdum. D. ſi cui plus quàm per leg.* vbi Iureconſultus ait etiam patrono ex aſſe inſtituto, ſemiſſem ei integrum ſeruãdum eſſe, in eámque rem interponi cautionem, ſi purè legato quincunce aliquid ſupra partem patrono debitam legetur. Hoc enim tum demum verè dicitur cùm legata, quibus affecta & onerata eſt hereditas, non coniunctis & exceptis perſonis, ſed extraneis relicta ſunt, cùm legatis quę extraneis relinquuntur patroni portio non minuatur, iis verò quæ exceptis perſonis relinquũtur ad falcidiæ rationem reducatur. *d. l. 4. ſupr. de cond. & demonſt. l. ſi eius. 64. §. vlt. D. hoc tit.* Quod cùm ita ſit, apparet malè ex recentioribus Iureconſultum, alioqui acutiſſimũ, & in emendandis legibus fœliciſſimum, Antonium Goueanum ſcripſiſſe addendam in hac lege negationem, & legendum, *quod extraneo non præſtatur.* Primùm quoniam, vt initio poſuimus, inſtituto ex aſſe patrono nulla ratio eſt cur nõ quemadmodum ab alio quolibet, ita ab ipſo legari extraneis poſſit, ſaltem pro ea parte quæ ei tanquam extraneo, non tanquam patrono relicta intelligitur, hoc eſt, ſupra dimidiam. Rurſus cùm à patrono legatum eſt filio vel cui alteri cõiunctæ perſonæ, cõſtat patrono non dimidiam, ſed quartam dũtaxat hereditatis partem deberi. Ex his igitur neceſſariò fit id quod hac lege dicitur, vt filius integra centum & viginti conſequatur: patronus verò legatum quod extraneo relictum eſt hactenus diminuat, vt ſaluam totius hereditatis falcidiã habeat. Et verò vix eſt vt rectè quis diminui legatum dicat, quod nullatenus præſtatur: præſertim ſi vulgatã lectionem ſequamur, hoc eſt, filio centum duntaxat, extraneo autem viginti relicta ponamus. Cur non enim ex ſemiſſe viginti præſtabitur, & quidem integra, cùm adhuc futurum ſit, vt octoginta heres retineat? Quare cùm diminui legatum extraneo relictum Marcellus dicat, omnino recipienda eſt Florentina lectio, vt centum viginti filio, reliqua, id eſt octoginta, extraneo libertus legauerit. Ac fortaſſe vulgata lectio iam olim ab *Accurſio* probata virum doctiſſimũ fefellit, ſiquidem viginti duntaxat extraneo legatis, omnino neceſſe eſt vt vel nulla legati diminutio ſit, vel legatũ nullatenus præſtetur: quod vtrumque Marcellus negat. Neque obſtat quod idem *Goueanus* obiicit ita poſito iure fieri vt deterioris conditionis ſit patronus ex aſſe quàm ex ſemiſſe inſtitutus. Nã cũ à patrono ex ſemiſſe, putà in centum, herede ſcripto poſſint

filio ſeptuagintaquinque legari, ita vt non niſi vigintiquinque patronus retineat, apparet eiuſdem ex aſſe inſtituti ſi legatis filiô relictis oneratus ſit meliorem eſſe conditionem eum quinquaginta retineat. Sanè ſi extraneis tantùm legatum ſit, melior erit cõditio patroni ex dimidia parte inſtituti, quàm in huius legis ſpecie, ex aſſe. Sed captioſa argumentatio eſt à patrono, qui extraneis duntaxat dare dãnatus eſt, ad eum, à quo etiam coniunctis perſonis legatum eſt.

Superſtitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure vetere, aut nouo.

CAPVT XVI.

VEtus fuit quæſtio inter Bulgarum & Martinũ magnis altercationibus agitata, An mortua in matrimonio filia ſuperſtitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur: *Bulgarus* enim, vt plęriſq; locis *Accurſius* refert, reuerti putabat, *Martinus* verò, propter liberos penes maritũ remanere contendebat. Cuius ſententia vſque adeò æqua vulgo viſa eſt, vt eam de cõſuetudine obſeruari omnes reſtentur, ita tamen improbabilis vt ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui *Bulgari* ſententiam ex iuris ratione veriorem eſſe non defendant. Ego verò *Martini* opinionem vt æquiſſimã, ita veriſſimam eſſe auſim dicere, nec vetere tãtùm, ſed etiam nouiſſimo iure, licet ex recentioribus plęrique diſſentiant. Et vetere quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberos lucrifeciſſe, oſtendit manifeſtè *l. vl. §. 1. vt legat. nomin. caueat.* vbi ſic Iureconſultus loquitur, quaſi dubitari non oporteat, quin apud maritum vnius filij ſuperſtitis nomine dos remanere debeat. Nam quod *Accurſius* & Bartolus reſpondent tractari eo loco de filia emancipata, cùm feciſſe teſtamentum proponatur, verũ quidem eſt, ſed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam à filiafamilias differre exiſtimandum eſt, cùm certi iuris ſit profectitiam dotem licet emãcipatæ filiæ datam ad patrem nihilominus reuerti. *l. 5. de diuort. l. filia. 59. ſol. matr.* Quã ob cauſam doctiſſimi viri plęrique mirãtur quod ſcriptum eſt in *l. 4. C. eod.* mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, ſi mulier in matrimonio filiafamilias deceſſerit. Ac ſanè fatendum omnino eſt quod ij volunt, irreptitiam eſſe dictionem, *filiafamilias*, vel dicendum additam eam eſſe, quòd in ea ſpecie filiafamilias eſſet cui dos à patre data fuerat, non quòd eam filiamfamilias fuiſſe neceſſe ſit. Adiuuat etiam Martini opinionem quòd *in l. filiusfamilias. 17. ad Maced.* ſcriptũ eſt, mortua in matrimonio puella patri repetitionẽ dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam, quę liberos numquam habuit, *vt in l. vxorem. 41. §. teſtamento, de leg. 3.* vbi marito defuncto ideo puella alij nubere proponitur, vt intelligamus nullis ex alio matrimonio ſuperſtitibus liberis, potuiſſe patrem & fratrem dotis partem ſtipulari. Idẽ probat *l. illam. C. de collat.* ad quam aliud reſpondere non poſſunt *Bulgari* defenſores, quàm loqui eam de filia emancipata: quod etſi veriſſimũ eſt, tamen minus accommodatè dici iam ſuprà probauimus. Sed etſi legibus, quæ tam multæ & apertæ ſunt, deficeremur, ipſa tamen iuris ratio, quæ patri profectitiæ dotis repetitionem dat, facit vt liberis ſuperſtitibus aliud dicendum videatur. Ratio illa redditur *in l. iure ſuccurſum. 6. de iure dot.* vt ad quem ſummus mœror peruenit, ad eundem quoque ſummus honor pertineat, ne pater & filiæ mortuæ, & dotis amiſſæ damnum ſentiat. Atqui ſuperſtitibus ex præmortua & filię liberis, negari non poteſt quin maior ad liberos ex matris, quàm ad patrẽ ex filiæ morte dolor perueniat. Ergo ad quos ſummus dolor peruenit, ad eoſdẽ dotis cõmodum pertinere rationis & æquitatis eſt. *arg. Authent. in ſucceſſione. C. de ſuis, & legit.* Aut ſi maiorem parentũ erga liberos, quàm liberorũ erga parẽtes adfectionẽ eſſe volumus, (quod dici nõ poteſt) fiet vt ex voluntate filiæ, quæ liberos ſuos plus, quàm patrẽ dilexit, liberis potiùs quàm patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiẽdus eſt pater ſi dicat in filiæ poteſtate nõ fuiſſe dotẽ liberis ſuis dare, & patri auferre, cùm nõ aliã ob cauſam pater ab initio filiæ dotẽ dederit, & verò dare coactus ſit, quàm propter liberos, ſi qui ex eo matrimonio naſcerentur. Hæc enim ſola vt matrimoniorum contrahendorum, ita dotis conſtituendæ cauſa, origo, & finis eſt. *l. 1. ſolut. matr.* Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet. Quò pertinet *l. poſt dotẽ. 40. eod.* vbi Papinianus ſcribit patrem, qui ſine filiæ voluntate (ita enim locum illum rectiſſimè vir doctiſſimus *Iacob. Cuiacius* iampridem emẽdauit) ſtipulatus eſt diuortio facto dotem dari, ſi poſt impletam ſtipulationis conditionem filia moriatur, poſſe quidem ex ſtipulatu agere: ſed non aliter quàm ſi filia ſine liberis deceſſerit. Vbi ridiculus eſt *Accurſius*, qui verba hæc ſuperflua eſſe notat, cùm tamen Iureconſultus non minus requirat vt filia ſine liberis deceſſerit, quàm vt ſtipulationis cõditio impleta ſit. Ex quibus apparet *Martini* ſententiam iure vetere veriſſimam fuiſſe, nec ei vllam Digeſtorum legem aduerſari. Nam quod tot locis generaliter ſcriptum eſt dotẽ profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet reſpõſionem, ſupplendos omnes eos locos ex aliis qui liberorum ſuperſtitum potiorẽ faciunt cauſam quàm patris: quod vel ipſa ratio *l. iure ſuccurſum*, manifeſtè oſtendit. Sed nõ fuiſſe tam curioſos iuris authores ita diſtinguere, quoniam de eo ius certũ eſſet, & ita ſcriberent ad differentiam duntaxat aduentitiæ dotis, cuius nulla repetitio eſt, licet in matrimonio ſine liberis mulier deceſſerit. *l. 5. de bon. damnat. l. annus. 79. de iur. dot.* Vnus tantùm locus eſt qui ad huius quæſtionis explicationem valde pertinet, ac doctiſſimos quoſq; ætatis noſtrę Iurecõſultos meo iudicio fefellit. Is eſt in Vlp. fragmentis *tit. de dotibus.* vbi ille ſcribit mortua in matrimonio filia dotem reuerti ad patrem, ſeruatis tamen penes maritũ in ſingulos liberos quintis. Quod ſi ita eſt, neq; vera fuiſſe videtur iure vetere opinio Bulgari cùm ſuperſtitibus quinque liberis, totam dotem maritus retineret, neque Martini cum vnico tãtùm filio ſuperſtite, nõ niſi quinta dotis pars marito deberetur, reliquũ patri reſtitueretur. Atque ita viri plerique docti ſentiũt, vt ex illo Vlpiani loco tota hæc quæſtio deciſa, & explicata videatur. Sed mihi longè aliud iudiciũ eſt, qui video *in l. vlt. §. 1. vt legat. nomin. caueat.* vnius filij ſuperſtitis nomine totã dotẽ à marito retineri: neque minus fauorabilem eſſe vnius filij cauſam quàm plurium, ſi de matris ſucceſſione quæratur: quod omnium manifeſtiſſimè probat *l. illam. C. de collat.* in iis verbis, *cuiuſcũque ſint numeri.* Quid ergo eſt? Puto, quod Vlpianus eo loco ſcribit, de prædefunctis non ſuperſtitibus liberis intelligi debere: vt propter liberos præmortuos, quintæ dũtaxat: propter ſuperſtites verò tota dos retineretur. Idque meo iudicio innuit *l. inter. 26. §. tùm inter. de pact.*

Google

pact.dotal. vbi pactum conuentum proponitur, vt ſi ex matrimonio liberi ſuperſtites oon eſſent, tota dos reſtitueretur, id eſt, vt ego interpretor, ſine vlla quintarum retentione. Quod pactum fruſtrà interponeretur ſi ita ius eſſet, vt liberis nullis ſuperſtitibus nihil ex dote reſtitueretur. Nec tamen ſimili ratiocinatione poſſis in contrariam ſententiam argumentari ex eo, quod ibidem Papinianus adiicit, huiuſmodi pacto inter cōtrahentes id actum intelligi, vt ſuperſtitibus liberis filia defuncta dos retineatur. Ex quo Bartolus, vt Bulgari ſententiam defendat colligit, defuncta ſuperſtitibus liberis filia dotem noo retineri ſi pactum nō interceſſerit. Longè enim alia illius loci ſententia eſt, nec de eo apud Papinianuio dubitabatur, An defuncta liberis ſuperſtitibus filia dos retineretur, quod certiſſimū erat, præſertim facto de ea re tacito pacto: ſed de illo dūtaxat, An dotis quoq; portio, quę additamenti cauſa data fuerat, apud maritum remaneret. In quo dubitationem illud faciebat, quòd pactum de dote factū eſſet: hæc autem portio non iam dos quàm doti addita eſſe videretur. Sed hanc quoq; eodem iure cenſeri Papinianus ait: idq; eleganter, & ſuo more conciſè, probat eo argumento, quòd cùm conuenit vt mortua ſine ſuperſtitibus liberis filia dos patri redderetur, manifeſtū eſt id actū eſſe, vt ea quoq; portio quæ doti addita eſſet, reſtitueretur: tū quòd ea dotis incrementum potiùs quàm noua dos intelligi debeat. *l. 4. de iur. dot.* tum etiam quòd non ſit exiſtimandum eum, qui dotem reſtitui voluit, non cogitaſſe de illa etiam portiooe reſtituenda, quam dotis cauſa addiderat. Atqui cùm cōuenit vt mortua ſine liberis ſuperſtitibus filia dos patri redderetur, id tacitè actum intelligitur, vt mortua relictis liberis filia dos non reſtituatur. Ergo eadem interpretatione hanc quoque conuentionem ſic accipere debemus, vt nec ea portio reſtituatur quæ doti addita eſt. Sicque locus is enarrandus & intelligendus mihi videtur. Probat igitur manifeſtè quod volumus, mortua nullis relictis liberis filia, non ideo tamen totam dotem patri debuiſſe reſtitui, ſi ex eo matrimonio liberi interueniſſent, niſi pacto conſtitutæ dotis tempore interpoſito cōtrarium actum fuiſſet. Huius porrò iuris veteris rationem ſi quis quærat, hęc fortaſſe afferri poteſt, quòd ſtatim atque marito naſcuntur liberi, quaſi in eorū perſona dotis pignus conſtituatur, quorū ſcilicet cauſa futurum aliquādo ſit, vt dotis retentionē habiturus ſit, vt quamuis eos poſtea mori contingat, iniquum tamen ſit atq; adeò inhumanum patri dotem auferri, ne præter dolorē amiſſi filij, dotis etiam quam ſuperſtite filio lucraturus erat damnum ſentiat *arg. d. l. iure ſuccurſum. de iur. dot.* Verùm quoniam noo minor ad patrem ex filiæ, quàm ad maritum ex pręmortuorum liberorū morte, dolor peruenit, æquum exiſtimauerat vetus legiſlator ita rem temperari, vt in ſingulos liberos vnam duntaxat quintā marit⁹ retineret: vnde fiebat vt aliquando plus retineret quàm pater, aliquando minus, aliquādo etiam totam dotē, niſi pater ſibi in dāda dote proſpexiſſet, *vt in d. §. cùm inter.* Sanè ſextarum alia ratio erat. Hæ namque propter liberos diuortij tempore ſuperſtites retinebātur, vt eodem loco Vlpianus teſtatur, & appatet *ex §. ſileat. l. vnic. C. de rei vx. act.* quem de ſextis non de quintis accipiendū eſſe paulò poſt oſtēdemus. Diſſimilitudinis autem ratio erat, quòd ante diuortium amiſſorum liberorum dolor non minus matrem, quàm patrem afficiat, vt proinde inciuile eſſet aliquid ex dote mulieri eo nomine auferri, & marito applicari. Sanè pro ſuperſtitibus liberis ęquum videbatur mulctari mulierē retentione ſextarū, quaſi eam, cum diuerteret ſuperſtitib. liberis, qui tam ſancti fœderis perpetuū pignus eſſe ſolēt, non ſit exiſtimandū valde liberos ſuos curare, quib. neglectis alios ſperare maluerit. Non tamen in ſingulos liberos quēadmodum quintæ, ita etiam ſextæ in infinitum retinebātur: ſed pro dimidia tantùm dotis parte, quia cùm permiſſa & libera eſſent diuortia, nō debuit mulier indotata cōſtitui: niſi ab initio ita conueniſſet. Liberis namque interuenientib. dotis conditionem pacto deteriorē fieri potuiſſe certum eſt *l. 1. de dot. præleg.* vt cōtingit in ſpecie *l. 2. de pact. dot.* in qua proponitur pactum fuiſſe, vt quoquo modo diſſolutum eſſet matrimoniū, liberis interuenientibus dos apud virum remaneret, hoc eſt, vt etſi diuortio matrimonium ſolueretur, tamen maritus totam dotem retineret. Hæc cùm ita iure vetere obtinerent, Iuſtinianus *in l. vn. §. ſileat. C. de rei vxor. act.* omnem retentionum verboſitatē, vt ipſe loquitur ſuſtulit, & ſpecialiter eam, quæ ob liberos fiebat. Quod nonnulli ſic accipiunt, vt *Martini* opinio, quæ olim aliquo caſu vera eſſe potuit, hodie poſt eam Conſtitutionem vera eſſe nunquā poſſit. Quibus aliud reſpondendum non eſt quàm quod olim *Bulgaro Martinus* reſpōdit, ſuſtuliſſe Iuſtinianum retentiones quę diuortio facto fiebant, nihil verò noui induxiſſe ſi ſuperſtitibus liberis mulier in matrimonio mortua ſit: quod ſane veriſſimum eſſe duplex Iuſtiniani ratio demonſtrat. Prior illa eſt, quod ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum educationem ſatis hortetur. Cuius rationis ſenſus non eſt, patrem ex ſuis bonis non ex dote matris liberos alere debere: ſed ille potius, non eſſe retentionibus cogendam mulierem filios alere ad quorum educationem vel ſola ferente natura ſatis ipſa impellitur. Ex quo intelligimus ea conſtitutione ſextas duntaxat ſublatas eſſe, non etiam quintas, quæ, vt diximus, præmortuorum liberorum nomine retinebātur. Niſi fortè quis Iuſtiniani ſententiam illam eſſe putet, vt ſuperſtitibus liberis mortua muliere dos à marito non retineatur: quod non eſt admittendum. Nam pręter id quod de iis retentionib. loquitur Iuſtinianus, quæ olim in iudicio de dote fiebant, quod non cōtingebat ſuperſtitibus ex mortua in matrimonio muliere liberis (neque enim hoc caſu dotis repetitioni locus erat, vt diximus) illud etiam apertum eſt, auum, pręſertim maternum, qui alios fortè aut liberos, aut ex liberis nepotes habeat, non ita valde ad ſuperſtitis nepotis educationē incitari: vt taceā viuis quidē parentib. non niſi educationem liberis deberi: iis verò præmortuis, etiam hereditatē: quæ ratio facit, vt quod de liberorū educatione viua matre Iuſtinianus ſcribit, non ſimili modo ad auū protrahi poſſit. Altera ratio eſt, *ne varium genus culpæ mariti contra vxores excogitent, vt poſſint eadem retentione contra eas vti*, ex qua manifeſtius eſt loqui Iuſtinianum de matrimonio per diuortiū non morte mulieris ſoluto. Nam iſtis retentionib. ob liberos ita demum locus erat, ſi aut mulieris, aut eius patris culpa diuortium factum eſſet, vt ſupradicto loco Vlpianus refert. Quæ quāquam ita ſunt, aliqua tamen Iuſtiniani conſtitutione ſublatas eſſe quintas dubitandum non eſt, quarum ſcilicet mentionem nullam aut in Digeſtis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis ſublatis quid hodie obtineat dubitari magis poteſt, hoc eſt, An maritus dotem totam reſtituat non retentis quintis quas olim retinebat. An verò dotem totam retineat qui olim nō niſi quintas retinebat. Sed probabilius eſt, Iuſti-

Digitized by Google

nianum in fauorem patris quintas ſuſtuliſſe, tum quia tota ea Conſtitutione dotis repetitioni quantum poteſt, fancitum etiam quia in §. *extraneum*. ait ſe parenti tacitâ ex ſtipulatu actionem concedere. Quod non ita accipiendum eſt, vt quoties pro filia dotē pater dat, eam ſibi ſoluto matrimonio reſtitui ſtipulatus intelligatur (alioqui etiam ſuperſtitib. ex matrimonio liberis dotem repetere poſſet) ſed vt quoties profectitiam dotem repetere pater poteſt, ex ſtipulatu petere poſſit, licet ſtipulatio nulla intercesſerit. Atqui nullis ſuperſtitibus liberis mortua filia dotis exactioni locus erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc caſu actione ex ſtipulatu dotē pater repetet: vt quintarum deductionem non patiatur, cùm actioni ex ſtipulatu nulla obiici retētio poſſit. *d. l. vnic. §. filiat. in fin. C. de rei vxor. act.* Cæterùm, licèt quintas & ſextas Iuſtinianus ſuſtulerit, veriſſimū tamen eſt quod propoſuimus, tam nouo iure quàm vetere mortua in matrimonio filia ſuperſtitibus liberis profectitiam dotem ad patrem non reuerti. Sed de quæſtione iſta nimis fortaſſe multa diximus, quanquam & Vlpiani locus & Iuſtiniani Conſtitutio videntur breuius explicari non potuiſſe.

Addendam eſſe negationem in l. heres. 21. §. quòd ſi hic ſeruus. D. de fideiuſſ.

CAPVT XVII.

SI ſtipulator reū heredem inſtituerit, fideiuſſoris obligationem perimi certiſſimum eſt, ſiue ciuilis, ſiue naturalis tantùm in reū fuiſſet, quoniam nemo apud eundem pro ipſo obligatus eſſe poſſit. *l. ſi quis pro eo. 56. §. 1. l. Grauius. 71. de fideiuſ.* At ſiquidem ſtipulator fideiuſſorem heredem ſcripſerit, placet ſolam fideiuſſoris obligationem perimi. *d. l. heres à debitore. 21. §. quod ſi ſtipulator. de fideiuſſ.* quod quia nouum quodammodo videtur, Africanus eo loco confirmat hoc argumento, quòd ſi poſſeſſio rerum debitoris creditori data ſit, æquè dicendum eſt fideiuſſorem manere obligatum. Cuius tamen ratiocinationis quis ſenſus ſit ego neque intelligo, neque intelligi poſſe puto. Etenim ſi debitorem, cuius bona à creditore poſſidentur, ideo liberatum eſſe dicamus, accommodatum non erit exemplum hoc ad id de quo Africanus quærit. Scilicet an fideiuſſoris obligatio ita perimi poſſit, vt tamen reus maneat obligat⁹. At in exemplo propoſito extincta principali, fideiuſſoria nihilominus remaneret. quod neque iuris ratio patitur, neque quod Africanus ait, *æquè dicendum eſſe*, niſi id prorſus contraria interpretatione intelligimus, *per contrarium*: quod quàm abſurdum & ineptum ſit nemo eſt qui non ſtatim ex Latini ſermonis ratione intelligat. Quòd ſi cùm poſſeſſio rerū debitoris creditori data eſt, adhuc debitor obligatus eſt, ineptior erit Africani argumentatio vt fideiuſſoris obligatio tolli poſſit non ſublata principali, quòd remanente principali fideiuſſoria quoq; non tollatur. Ex hoc enim potiùs inferri poteſt, ſublata ergo vna tolli alterā. Illud certè nullo modo inferas, Poſſe igitur principali manente tolli fideiuſſoriam: de quo tamē Africanus diſputat. Sed neque verum eſt petita poſſeſſione rerum debitoris, fideiuſſorem adhuc manere obligatum. Quanquam enim iure vetere creditori licebat relicto reo fideiuſſorem eligere, *l. 3. l. iure. 5. C. de fideiuſſ.* attamē ita ius erat vt altero electo alter liberaretur. *l. ſi ei cui. 11. D. mandat.* vbi Pomponius ſcribit fideiuſſorem, qui cùm dānatus eſſet ex cauſa fideiuſſionis creditori poſtea heres extitit, habere mandati actionē, quā tamen non haberet ſi accepto per eum iudicio reus liberatus nō eſſet. *d. l. heres §. vlt. de fideiuſſ.* Sic electo reo liberari fideiuſſorem, licet integrum debitū creditor à reo cōſequi non potuerit, intelligimus *ex l. ſi mandatu. 45. §. vlt. mandat.* vbi creditor qui mādatu fideiuſſoris cū reo egit, comparatur ei qui mandato debitoris ab alio ſtipulatur id quod ſibi debetur, periculo tamē debitoris, vt tam hic quàm ille mandati actionem habeat in id quod minus à reo ſeruare potuit: quēadmodū enim priore caſu perempta eſt per delegationē prima debitoris obligatio, ita poſteriore, fideiuſſor electione rei liberatus eſt: quod ſignificant verba illa, *quia ſequenti mandato liberaretur ex priore cauſa.* Ex quo etiam explicare ſoleo *l. egiſti. 86. de ſol.* in qua Proculus ait fideiuſſoribus acceptis pro naturali ſerui obligatione multum intereſſe, an dominum an ſeruum ipſum creditor eligat: electo nāque domino, quod fit ſi cum eo de peculio agatur, non ideo fideiuſſores liberari: accepta verò pecunia à ſeruo, cui peculij adminiſtrationem dominus permiſit, fideiuſſores quoque liberari: quod omnino ita accipiēdum eſt etſi minus ſoluerit ſeruus quàm deberet: integro namq. debito ſoluto, neque dubitatio vlla erit cur nō fideiuſſores liberentur, neq. aliud iuris conſtituetur ſi cū domino de peculio actū ſit, cuius ſolutione in ſolidum facta, etiā fideiuſſores liberari cōſtat. *l. cum quis. 38. §. pen. de ſolut.* Huius porrò diſſimilitudinis ratio illa eſſe videtur, quòd cùm pro domino fideiuſſores accepti nō ſint, nulla ratio eſt vt electione domini liberentur, ſed ſerui dūtaxat ad cuius obligationē acceſſerunt: alia enim domini, alia ſerui obligatio eſt. Sed & pluribus in eandem obligationem fideiuſſoribus datis, vnius electione, cæteris liberatio contingebat, adeò vt dubitatū ſit an adoleſcente curatorem eligēte tutor liberetur. *l. tutores. 39. §. adoleſcens. de adminiſtr. tutor.* Quamquā hoc Iuſtin. correxit, *in l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi generaliter conſtituit vt pluribus ad eandem rem obligatis vnius electio creditori nō præiudicet, quominus quod ab vno ſeruare nō potuit ab aliis conſequatur: ex quo magis apparet, verum eſſe quod dicimus iuris veteris regulā eam fuiſſe, vt electo fideiuſſore reus, & viciſſim electo reo fideiuſſor liberaretur, excepto tantùm caſu *l. vlt. D. de reb. credit. l. ſi decem. 81. D. de ſolut.* qui ſpecialem habet rationem propter verba ſtipulationis. Quod cùm ita ſit, non eſt exiſtimandum Africanum ſcripſiſſe, electo reo ita vt eius bonorū poſſeſſio creditori data ſit, fideiuſſorem adhuc manere obligatum: at potius *nō manere*, quod proculdubio conuenientius eſt ei quod probare vult, nouum non eſſe vt principalis obligatio remaneat extincta fideiuſſoria. Nam & cùm in poſſeſſionem bonorum debitoris creditor miſſus eſt, ipſe debitor adhuc obligatus manet, nō ſolùm quia quamdiu bona diſtracta non ſunt, poteſt ſe defendere, *l. 2. §. vlt. l. 6. §. 1. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* ſed etiā quia bonis diſtractis ſi creditori ex iis in ſolidum ſatisfactum non ſit, ipſo iure obligatio non perimitur, ſed debitori duntaxat exceptio datur, adeò vt ſi quid poſtea quęſiuerit, rurſus exigi ab eo poſſit. *l. 3. C. de reb. author. iud. poſſid.* At fideiuſſor ipſe obligatus non manet, quem rei electione liberatum eſſe certiſſimum eſt. Nec obſtat *§. vlt. Inſt. de replic.* qui non ita accipiendus eſt, quaſi creditor qui aduerſus reum agit, & exceptione ſummotus eſt, contra fideiuſſorem poſtea vtiliter agere poſſit: ſed ita vt creditor qui ſi aduerſus eum ageret repelli poſſet exceptione illa, *ſi non bonis ceſſeris*, contra fideiuſſorem

Digitized by Google

forem agens huiuſmodi exceptione non repellatur.

Diſſenſio Vlpiani à Paulo, in quæſtione §. ſi à furioſo. l. 2. D. pro emptor.

CAPVT XVIII.

QVanquam furioſus rei ſuæ dominium transferre in alium non poteſt, ſicut nec quicquam aliud facere, *l. 5. de reg. iur.* tamen vtilitatis cauſa receptum eſt: vt ſi quis rem furioſi ab ipſo bona fide emerit & ſtatuto tempore poſſederit, vſucapere cã poſſit. *l. pignori. 13. §. eum qui. de vſuc. l. 2. §. ſi à furioſo. D. pro emp.* vbi de eo inter iuris authores conſtitiſſe Paulus ait, hoc eſt nollam dubitationem & controuerſiam habuiſſe. Sed an ei qui furioſi rem émit, Publiciana cõpetat, maximæ dubitationis fuit, vt nec hodie, quid ſentiẽdum ſit, ſciri poſſe videatur, Paulus namque *in d. §. ſi à furioſo.* negat competere, itémque acceſſionem poſſeſſinnis, quemadmodum ex re euicta emptori de euictione actin denegatur. At Vlpianus *in l. ſed etſi. 7. §. 1. D. de Public.* ſic ratiocinatur, vt emptorem qui vſucapere poteſt, Publicianam quoque habere oeceſſe ſit ex manifeſta iuris regula, cùm is, qui Publiciana actione experitur, eo colore ſibi rem reſtitui poſtulet, quaſi à ſe vſucaptam, vt Iuſtinianus ait *in §. namque de action.* Addi etiam pro Vlpiano poteſt, ſine poſſeſſione nullam eſſe poſſe vſucapionem, *l. ſine 25. de vſucap.* nec ſine titulo, & bona fide, *l. nullo 24. C. de rei vindicat. l. vltim. C. pro hered.* hoc ipſum autem ad Publicianam ſatis eſſe, *l. 1. de Publician.* Cur non igitur Publiciana detur ei, cui vſucapiendi ius conceditur? Sed ſi Paulum defendere volumus, cuius opinio longè elegantior videtur, eam rationem afferemus, quæ mouiſſe illum videtur, quòd cum furioſus rem ſuã vendit, licet ignoranti & bonæ fidei emptori, tamen emptio nulla eſt, cùm certi iuris ſit furioſum rei ſuæ vendendæ poteſtatem non habere. Quòd ſi emptio non valet, dici profectò non poteſt dandã ei Publicianam, quam certum eſt ei duntaxat dari, qui ex iuſto titulo rem poſſedit, *d. l. 1. D. de Public.* Vnde etiam fit, quod primo loco Paulus infert, vt ſi res à furioſo vendita euincatur, aduerſus furioſum de euictione agi nõ poſſit, quoniam qui de euictione agit, ex empto agit, *l. ex empto. 11. de act. emp.* Item illud, vt emptori acceſſio quoque poſſeſſionis denegetur, non alia ratione, quàm quòd emptor non ſit, cùm emptio nulla interceſſerit. Eodem igitur modo inferas, neque vſucapere eum poſſe. Ac ſanè ex ſtricta iuris ratione veriſſima, & prorſus oeceſſaria cõſecutio eſt: ſed cùm vtilitatis cauſa receptum ſit, vt vſucapere poſſit, recedimus hac parte à iuris regula, & vſucapionem ſine titulo procedere admittimus. Nam in his quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris, *l. in his. 15. D. de leg.* Ex quo ad Vlpiani ratiocinationem reſponderi poteſt. Neque enim ſi vtilitatis cauſa receptũ eſt, vt qui à furioſo bona fide emit, vſucapere poſſit, illud etiam recipiendum eſt, vt ei Publiciana competat, cùm id quod contra iuris rationem receptum eſt non ſit producendũ ad conſequentias. *l. quod verò. D. eo. l. quæ propter. 162. de R. I.* Cui ſimile quiddam traditur, *in l. qui negotia. 34. D. mandat.* vbi non valde diſſimilem Vlpiani ratiocinationem, *in l. ſingularia. 15. D. ſi cert. petat.* Africanus ex eo refellit, quòd id ex quo argumentum ſumebat Vlpianus, benignè receptũ eſſet. In propoſito autem, ei qui à furioſo bona fide emit vſucapiendi facultas conceditur, vtilitatis tantùm cauſa, id eſt fauore boni publici, quo introducta dicitur vſucapio. *l. 1. de vſucap.* At Publicianam, acceſſionem poſſeſſionis, & actionem de euictione, nullus fauor publicus adiuuat, ſed priuata duntaxat contrahentium vtilitas, *l. bene à Zenone. verſic. eodémque. C. de quadr. præſcr.* propter quam à iuris regula recedere, ſcriptúmque ius inſuper habere noo debemus. Quæ cùm ita ſint, apparet malè à nonnullis reiecta eſſe quaſi ſpuria & ſuppoſititia verba illa *d. §. ſi à furioſo. nec Publiciana competit*, peſſimè alios legere, *ſed Publiciana competit, & acceſſio poſſeſſionis.* Poſtremò diuerſam à Paulo cõſtitui vſucapionis & Publiciauæ rationem, quam tamen eãdem faciunt qui exiſtimant vtilitatis cauſa concedendam emptori nõ ſolùm vſucapionem, ſed etiã Publicianã, & acceſſionẽ poſſeſſ. priuatã ipſius vtilitatem intuentes, non publicam, de qua tamen Paulus, vt diximus, proculdubio intelligi debet. Ridiculus verò eſt *Accurſius*, qui ad horum locorum conciliationem ſcribit concedendam emptori Publicianam aduerſus extraneum, denegandam verò aduerſus ipſum furioſum: Nam præter id quod omnibus generale eſt, vt aduerſus dominum Publiciana nõ detur, *l. pen. & vlt. D. de Publician.* illud etiam manifeſtum eſt, Vlpianum ſic ratiocinari, vt quemadmodũ aduerſus furioſum vſucapio emptori prodeſt, ita & Publicianam aduerſus eundẽ ille habeat. Et ea diuerſo, Pauli rationem facere vt neque aduerſus extraneum Publicianam habere poſſit.

An generalis ſententia ſit l. filio præterito. 17. D. de inoff. rupt. & irrit. teſtam.

CAPVT XIX.

NEmo eſt qui neſciat quod Papinianus ſcripſit filio præterito patris iudicia comprobante ex booo & æquo defendi teſtamẽtum, licet iuris ſcrupuloſitate nimiáque ſubtilitate ruptum eſſe videatur, *l. filio. 17. D. de inoff. rupt.* At nondum inter omnes conſtare videtur, an id generaliter & perpetuò verum ſit, hoc eſt ſiue in eo teſtamento inſtituti ſint fratres, aut alij ab inteſtato venientes, ſiue extraneus quilibet. Sunt enim qui inſtituto extraneo aliud admittendum exiſtimant, vt heredes eſſe non poſſint, licet filius in poteſtate præteritus patris iudicia nõ impugnet. Alij contrà nihil intereſſe putant quis in teſtamento ſcriptus ſit, dummodo patris voluntatem filius agnoſcat. Quorum ſententia mihi longè probabilior videtur. Id enim duntaxat Papinianus intuetur, vt ſi iniuriam remittat is cui ea facta eſt, ſupremam defuncti hominis voluntatem, quæ ampliùs reformari non poteſt, conſeruemus: cùm hac parte non tam heredis ſcripti quàm ipſius teſtamẽti fauor inſpiciendus ſit. Verùm huic ſententiæ opponitur quod *in d. l. filio.* Papinianus ſcribit, *ſi præteritis fratribus partem hereditatis non reuocauit:* ex quibus apparet in Papiniani ſpecie inſtitutos fuiſſe fratres, qui ſuo iure ab inteſtato ſuccedere poſſent. Sed inde non rectè concludas, aliud exiſtimaſſe Papinianum in extraneis inſtitutis, de quibus tamen nõ loquitur, quia in fratribus ex facto acciderat id de quo conſulebatur, cùm ea lex ſumpta ſit ex Papiniani libro quinto Reſponſorum. Opponitur etiam *l. poſthumus. 12. verſic. idem dicendum. D. eodem titulo.* cuius tamen ſpecies longè diuerſa eſt ab ea de qua quærimus, nec tantùs fauor eſt teſtamenti, quod nec approbatum eſt, nec improbatum, quantus eius quod expreſſa filij voluntate approbatum, & confirmatum eſt, vt didici ex Doctore meo D. Ioanne Manutio dum ille perelegantem rationem hanc

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

redderet, à nemine adhuc obſeruatam, cur in ſpecie *l. poſthumus*, ad defendendum teſtamẽtum opus fuerit reſcripto D. Hadriani, quod in caſu *l. filio.* neceſſarium non fuit. Probabilius fortaſſe quis moueatur ex *l. ſi duobus. 12. §. 1. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* vbi Iureconſultus ſcribit, ſi prius teſtamentum extet iure factum, quo filius exheredatus eſt, ſequens imperfectũ in quo præteritus ſit, poſteriore teſtamento prᴂteritum ita demùm rectè bonorum poſſeſſionem petere poſſe, ſi remoto quoque filio potiores ſint in hæreditate poſteriore teſtamento ſcripti heredes: quòd ſi hereditatem obtinere non poſſint, filium quoque excludi. Ex eo enim intelligimus aliquando contingere vt ex teſtamento in quo præteritus eſt filius, etiã remoto eo, hereditas tamen obtineri non poſſit, quod cùm eo caſu verum non ſit quo inſtituti ſunt ab inteſtato veniẽtes, *d. l. filio.* neceſſe eſt vt de extraneis intelligatur. Nec ſanè ad eũ locum accommodatius vllum exẽplum afferri poſſit. Sed reſpondẽdum eſt, in propoſita ſpecie, extraneum heredem poſteriore teſtamento ſcriptum etiam remoto filio, hoc eſt abſtinente, & patris iudicia probante, hereditatem obtinere non poſſe, non quod in caſu *l. filio.* diuerſa agnatorum, & extraneorum ratio conſtituenda ſit, ſed quia cùm priore teſtamẽto ritè facto, in poſteriore imperfecto ſeu iniuſto extraneus heres inſtituitur, prius teſtamẽtum, ꝙ ritè factum eſt, non rumpitur. *l. ſi filius. 7. de teſta.* vnde fit vt filius per bonorum poſſeſſionem contra tabulas hereditatem auferre non poſſit ei à quo eſt exheredatus, *l. non putauit. 8. D. de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* At cùm in poſteriore teſtamento imperfecto heres ſcribitur is qui rem ab inteſtato habiturus eſt, conſtat prius teſtamentum, quanquàm ritè factum, per poſterius rumpi, *l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Credo, quòd hoc caſu perinde ferè ſit, ac ſi coram teſtibus teſtator inteſtatum velle ſe decedere diceret, quod ſufficeret vt ſcriptis heredibus hereditas auocaretur. *l. vlt. in fin. D. de his quæ in teſta. delent. l. 1. §. ſi heres. D. ſi tab. teſtament. null. extab.* Porrò cùm prius teſtamentum non eſt ruptum, poſterius non valet, neque per Prætorem defenditur, licet filius in eo præteritus patris iudicia comprobet, quia perfectum potiùs quàm imperfectum teſtamentum defendere Prætor debet. Cùm verò prius ruptum eſt, poſterius, licet imperfectum ſit, Prætoris tamen iuriſdictione ſuſtinetur, ſi præteritus filius cõſentiat, quia hîc nulla ratio eſt, cur nõ ex bono & æquo Prętor teſtatoris voluntatem tueatur: quam approbat is cuius gratia iure imperfecta & iniuſta cẽſebatur. Ergo, cùm in poſteriore teſtamẽto imperfecto ſcriptus eſt is, qui ab inteſtato ſucceſſurus eſt, teſtamẽtum defendit Prætor, non ex eo quòd ſcriptus ſit agnatus potiùs quàm extraneus, ſed quia prius ruptũ eſt. Quo caſu vtiliter demùm bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere filius poteſt: quæ vt peti poſſit, ſatis eſt vt mortis tempore patris tabulæ ſint eiuſmodi, ex quibus adiri hereditas, vel ſecundùm eas bonorũ poſſeſſio peti poſſit, cuiuſmodi hæ ſunt, quas diximus Prętoris iuriſdictione defendi, ſi filius præteritus iudicia patris adprobet. At cùm iure ſuo vtitur, & bonorum poſſeſſionem contra tabulas petit, incipiunt tabulæ eſſe in eo, vt ex iis bonorũ poſſeſſio ampliùs peti non poſſit. Et hoc eſt quod ait *l. quod vulgo. D. de bon. poſſeſſ. contra tab. quamuis neutrum verum poſteà ſecutum ſit, vel ſequi potuit*, quę verba obſcuriſſimam habent ſententiam, nec ab *Accurſio* aut alio, quod ſciam, explicatam: Quam ſi Bartolus intellexiſſet, non ita curiosè dubitaſſet, Quomodo fieri poſſit vt bonorum poſſeſſio detur contra tabulas, quæ cùm ipſo iure nullæ ſint, tabularum nomen non mereatur. Rurſus non dixiſſet, huiuſmodi tabulas, ſi ſeptem teſtiũ ſignis ſignatæ ſint, iure Prætorio valere, ideóque iure Prætorio reſcindi: nam filio non approbante iudicia patris, certũ eſt nullo iure valere, nec ciuili nec Prætorio, ſed filium præteritum poſſe ſuo iure ab inteſtato hereditatẽ ſcripto herede euincere, vt Paulus apertè ſcribit in *l. is qui. 15. D. de leg. præſt.* & Vlp. in *l. ſi duo. 16. eod.* quod ſi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas heredi ſcripto data ſit, eſſe eam ſine re, vt idem Vlpianus loquitur in *§. vlt. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Dicendùm igitur eſt filio præterito patris iudicia non probante, quamquam omni iure inutile eſt teſtamentum, vtiliter tamen peti poſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quamuis ea petita bonorum poſſeſſio ſecũdùm tabulas peti non poſſit, quia ſufficit mortis tempore tabulas tales fuiſſe ex quibus peti potuerit, quod hîc contigiſſet, ſi patris voluntatem filius adprobaſſet. Quid autem intereſt an petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, an quo alio modo filius oſtendat ſe patris iudicia non probare? Ex his petenda eſt dubitandi ratio *ad l. 1. §. vlt. D. ſi tab. teſta. nullæ extab.* vbi Iurec. ſcribit, ſi emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in poteſtate fuerat, præteritus: emancipatum petentem ab inteſtato bonorum poſſeſſionem, vnde liberi, tuendum eſſe vſque ad dimidiam, perinde atque ſi nullas tabulas pater reliquiſſet. Nam filius qui in poteſtate fuerat, præteritus, totam patris hereditatem ſibi ab inteſtato deberi contendebat eo colore, quòd frater exheredatus fuerat, & extraneus ſcriptus heres, qui exheredatum prorſus excluſiſſet (ponimus enim merenter exheredatum) ſi præteritus patris hereditate abſtinuiſſet, vt quamuis ab inteſtato ſucceſſerit, non tamen debeat ea res prodeſſe exheredato, qui ſuo iure, & ex perſona propria teſtamentum patris impugnare non poterat. Vt in *l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſum. D. ad S.C. Trebell.* prior fideicõmiſſarius poſtulabat vt ſibi falcidiam detrahere liceret, eo colore, quòd niſi ipſe heredem ſcriptum hereditatem adire coegiſſet, fideicommiſſum ſecũdo loco datum intercidiſſet. Sed quemadmodum Papinianus eo loco ſcribit, reſtitutionem ex Trebelliano fieri debere, id eſt falcidiæ locum eſſe non poſſe, quia ſemel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata conſtituatur: ita in propoſito elegãter Vlpianus reſpondet, emancipatum filium ab inteſtato petentem bonorum poſſeſſionem vnde liberi, perinde tuendum vſque ad partem dimidiam, atque ſi nullas tabulas pater reliquiſſet: quia teſtamentum per omnia irritum aut potiùs nullum, & iniuſtum, ad ſolam exheredationis notam proficere non debeat. *l. penult. D. de bon. poſſeſſ. cont. tab. l. ſi patronus. 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libert.* & ſemel iniuſto dicto teſtamento tota defuncti voluntas irrita & iniuſta conſtituatur. Quòd ſi herede ſcripto extraneo, & præterito filio in poteſtate, teſtamentũ ita eſſet nullum, vt ne filij adprobatione defenderetur, vix dubitari poſſet, cur nõ ab inteſtato filius exheredatus dimidiam hereditatis partem conſequi deberet. Quod cùm ita ſit, reprehendendi profectò ſunt, qui ex eo loco putant probari regulam *l. filio.* in extraneo herede ſcripto locum non habere, quo filius exheredatus citra inofficioſi querelam admitti non poſſet, quã & nos vtique neceſſariã eſſe fatemur ſi præteritus patris iudicia probet, nec hereditatẽ petat, quod in ea ſpecie Vlp. nõ ponit, nec ne-

ponendus

ponendum exiſtimamus, alioqui exheredatus ab inteſtato vniuerſam hereditatem, non dimidiam duntaxat conſequeretur.

Emendatur l. 2. D. de ſeruit. ruſtic. præd.

CAPVT XX.

OBſcura quæſtio eſt, An in ſeruitute actus iter quoque contineatur. Nam Vlp. quidẽ *in l. loci.* 4. § 1. *ſi ſeru. vin.* poſſe actum eſſe ſine itinere diſertè ſcribit, & *in l. ſi mater.* 11. §. *ſi quis iter. de excep. rei iudic.* eum qui iter petiit, ſi deinde actum petat, exceptione rei iudicatæ non ſubmoueri ait: quod vtique falſum eſſet, ſi in actu iter quoque contineretur, arg. *l. egi tecum.* 26. *eo.* At Paulus *in l. 1. de adim. legat.* eum qui actu legato iter adimit, nihil adimere reſpõdit, ratione illa quod ſine itinere actus eſſe nunquã poſſit. Cui ſimile videtur quod Iulian' ait *in l. qui vſumfructum.* 58. *de verb. oblig.* eum qui ſtipulatus actum, poſtea iter ſtipulatur, non magis vtiliter ſtipulari quàm ſi decem ſtipulatus poſtea quinq; ſtipuletur: quod tamen minus verè diceretur, ſi actu promiſſo iter quoque nõ deberetur: quò etiam pertinet *l. ſi pupillus.* 9. §. *vlt. de nouat.* vbi iiſdem ferè verbis ex Vlpiano idem proponitur. Mihi non videtur alia horum locorum conciliatio afferri poſſe, quàm quę ab *Accurſio* iam olim allata eſt, omniumque interpretum cõſenſu adprobata, vt ſeruitus actus ſine ſeruitute itineris eſſe poſſit, at ſine itinere eſſe nõ poſſit. Eũ namq; qui agat, ire quoq; neceſſe eſt: ſed cùm non aget, ire eum non eſt neceſſe: nec ſine promiſſoris magna iniuria conſtitui aliter poſſet, qui cùm vna duntaxat ſeruitute obligatũ ſe voluerit, duplicis tamen incommodo afficeretur. Sicq; proculdubio accipiendũ eſt quod *in l. 1. de ſeru. ruſt. præd.* ſcriptum eſt, eum qui actum habeat, etiam iter habere: ſcilicet vt is cui ſeruitus actus conſtituta eſt, eo ipſo eundi poteſtatem acquiſiuiſſe intelligatur. At ſeruitutem actus ſimpliciter conſtitutam itineris ſeruitutem non continere probatur manifeſtè ex *d. l. 1. de adim. leg.* Cùm enim certiſſimum ſit poſſe quem ita vti ſeruitute actus, vt tamen ſine iumento ire non poſſit, apparet eum qui actu legato iter adimit, hanc ſaltem ſine iumento eundi facultatem adimere, ſi actu legato, ea facultas legata intelligatur. At nihil eum adimere Paulus ait, quia actum adimere noluit, ſed iter. Iter verò quod dederat, eſt eiuſmodi ſine quo actus eſſe nullo modo poſſit. Idem etiam minus quidem apertè, ſed tamen nõ minus elegãter confirmat *l. & per iuſiurandum.* 13. § 4. *de acceptil.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi quis viã ſtipulatus accepto iter vel actum fecerit, nullius momenti eſſe acceptilationem, idémque probandum ſi actus tantùm accepto fuerit latus: ſed ſi præter actum, iter quoque accepto latum fuerit, conſequẽs eſſe dicere liberatum eum qui viam promiſerit. Quod ſi ſeruitus itineris in actus ſeruitute contineretur, vix dici poſſet quid intereſſet inter actus & itineris ſimul & actus duntaxat acceptilationem: quemadmodum nec intereſt vtrum viam duntaxat quis accepto ferat, an iter & actum ſimul: vt eo loco Iurecon. ait, quia viæ ſeruitus ſine actu & itinere nulla eſt, vt omnium elegantiſſimè is locus probat, quem mihi commodiſſimè indicauit *Ludouicus Peliſſo* Viennenſis, vir acutiſſimus mihique amiciſſimus, cum aliquando de quæſtione iſta inuicem conferremus, & in vtramque partem contrariis opinionibus diſputaremus. Hæc ſi ita ſunt, vt proculdubio ſunt, manifeſtiſſimè falſum relinquitur, quod *in l. 1. ruſtic. præd.* Vlpiano tribuitur, eum qui actum habeat, iter quoque habere etiam ſine iumento. Qui enim it ſine iumento, is ſeruitute itineris vtitur, non autem itinere ſine quo actus eſſe nullo modo poteſt. Qui verò & actus & itineris ſeruitute vtitur, eum non actum duntaxat, ſed etiam viam habere neceſſe eſt. Nam vt in *dict. l. 1.* Vlpianus diffinit, nihil aliud via eſt, quàm ius eundi, agendi, & ambulandi, ex quo intelligimus in via hoc vnũ plus eſſe quàm in actu, quòd qui actum duntaxat habet, tantùm ire agere poteſt (hęc enim duo pro coniunctis accipio, itémque illa in diffinitione itineris eundi ambulandi, vt de illis, *dare facere*, ſcribit Iureconſultus in *l. ſæpe* 53. *D. de verb. ſignifi.*) qui viam, etiam ambulare poteſt. Hoc verò nihil aliud eſt, quàm ire ſine iumento, vt ex itineris diffinitione apparet, quam ibidem Vlpianus hanc adfert, vt iter ſit ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi. Veriſſimum igitur puto, quod adhuc à nemine animaduerſum miror, ex imperiti alicuius interpretis gloſſa in textum irrepſiſſe verba illa, *etiam ſine iumento*, quod vt ſentiam pręter certiſſimam illam iuris rationem quam attuli, ea quoq; coniectura mouet me quòd in quibuſdam libris ſic ſcriptum vidi, *eóque vti poteſt etiam ſine iumento*: quæ lectio etiam nunc in Inſtitutionibus cernitur, *tit. de ſeruit.* ſed librario Florentino elegantius viſum eſt ſcribere *etiã ſine iumento*, reiectis prioribus illis verbis quaſi ſuperfluis. Illud etiam mihi ſuſpicionem auget, quòd eiuſdem interpretis (vt probabile eſt) temeritate & imperitia factum eſt, vt in quibuſdam Inſtitutionũ exemplaribus addita ſint verba illa in diffinitione actus, *ambulandi hominis*, quæ tamẽ in emendatioribus omnibus Codicibus deſunt. His erroribus decepti plerique (ita malè iacto principio tota ſeries inuoluitur erroribus) putarunt corruptam eſſe viæ diffinitionẽ ab Vlpiano traditam *in d. l. 1. ruſt. præd.* quaſi eadem quoque ſit actus diffinitio: & auſi ſunt dicere pro *ambulandi*, legendum eſſe *trahendi*, aut quid aliud ſimile, quod actus diffinitione non cõtineatur. Sed qui ſententiã noſtram probabunt, facile intelligent quàm eleganter Vlp. dicat viam eſſe ius eundi, agendi & ambulandi: quàm etiam accommodatè rationem reddat; *nam & iter & actum via in ſe cõtinet.* Scilicet, quia ſi non eſſet ius ambulandi actũ duntaxat contineret: ius ambulandi, hoc eſt eundi ſine iumento, quod ſeruitutis itineris proprium eſt, facit vt itineris quoque ſeruitutem contineat. Deniq; actus ſine ſeruitute itineris eſſe poteſt, via ſine ſeruitute actus & itineris eſſe non poteſt. Quod tamen non ſic accipiendum puto, vt quicunq; actus & itineris ſeruitutem habet, viæ quoq; ſeruitutem habeat: eſt enim aliquid amplius in via quàm in aliis duabus ſimul, puta ius lapidem aut tignum trahẽdi, & rectam haſtam ferendi. *l. qui ſella.* 7. §. 1. & 2. *ruſtic. præd.* Vnde ſi mihi poteſtatem feceris ambulandi ac prætérea iumentum agendi, non etiam vehiculum, nemo dubitat quin & iter & actum habeam. *d. l. qui ſella. in pri.* me tamẽ viam non habere ſcribit Iurec. *in l. ſi tam* 13. *D. de ſeruit.* nimirum quia actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculũ, via verò ius agendi ſimpliciter, hoc eſt agendi omnia, iumentũ, armentum, vehiculum, & cætera: vt verè dici poſſit ſublatis quidẽ ſeruitutib. actus, & itineris, ſublatam quoque vię ſeruitutem: *d. l. & per iuſiurandum.* §. 1. *de accepti.* at illis conſtitutis hanc non ideo conſtitutam neceſſariò intelligi. Ex quibus omnibus concludere licet, eum qui actum habeat, habere quidem iter, ſed tamen ita vt ſine iumento ire non poſſit. Quæ

videtur fuiſſe *Accurſii* ſententia & interpellatio *ad d. l. 1.* ad quam notat eum qui habet actum, habere iter eo ipſo, & hoc quantum ad commoditatem non quantum ad ſeruitutem, ſeu occaſione potius quàm iure, vt loquitur *l. 2. de riuis.* An non autem habet iter iure ſeruitutis ille, qui ſine momento eũdi, hoc eſt ambulandi ius habet? vt non vana ſit cõiectura in libro Accurſij, veteribuſque omnibus ea verba quæ tollenda putauius iam olim defuiſſe. Verùm huic noſtrę ſententiæ illud valde obſtare videtur, quod ſupra ex Iuliano & Vlpiano retulimus, eũ qui actum ſtipulatus eſt, ſi iter quoque ſtipuletur nihil agere, *l. qui vſumfructum. 58. de verb. oblig. l. 9. §. vlt. de nouat.* Cur non enim itineris ſeruitutem acquirit, ſi acquiſito actu hęc nondum acquiſita intelligitur. Reſponderi tamen commodè poteſt in ſtipulationibus cùm quæritur quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe. *l. ſtipulatio iſta. 38. § in ſtipulationibus, de V. O.* inde verò fieri vt qui actũ ſtipulat' poſtea iter ſtipulatur, illud ipſum ſtipulari intelligatur quod iam ſtipulatus fuerat, id eſt iter id quod in actu continetur, & ſine quo eſſe actus non poteſt. Nam & eum qui decem ſtipulatus poſtea quinque ſtipulatur, nihil agere Iulianus ſupradicto loco ſcribit, licet præter decem, alia quinque habere quia poſſit, ſcilicet quia quinque ex decem ſtipulatua intelligitur, *arg. l. ſtipulatio iſta, 38. §. cum qui dicat. D. de verb. obl.* Idem igitur & in propoſito dicendum eſt, vt interpoſita actus ſtipulatione, non alias vtilis ſit itineris ſtipulatio, quàm ſi de itineris ſeruitute actum eſſe manifeſtè appareat. Iam verò quod Vlpianus ſcribit *in l. 9 §. vlt. de non.* præter ſuperiorem interpretationem, poteſt etiam ex Rubrica ſic accipi, vt qui actum ſtipulatur, deinde iter, nihil nouet, ratione illa quòd non intelligatur facta nouatio niſi cùm poſteriore ſtipulatione aliquid amplius quàm priore continetur, *l. ſcire 29. de verb. oblig.* At iter minus quidpiam eſt quàm actus, cum actum continere nõ poſſit. Quòd ſi quis iter ſtipulatus actum poſtea ſtipuletũr, dicemus factam nouationẽ vt ſola poſterior ſtipulatio maneat priore perempta, quòd plus ſit in actu quàm in itinere, cùm dubitandum non ſit poſſe ſeruitutem actus ſic conſtitui, vt etiam itineris ſeruitutem contineat. *l. ſi tam. 13. de ſeruit.* Sed omnium difficillima obiectio eſt *l. 2. quemad ſeruit. amit.* vbi cum qui iter & actum habet, ſi ſtatuto tempore tantùm ierit, actum nihilominus retinere ait Paulus ex Sabini, Caſſij, & Octaueni ſententia, & rationem ſubiicit quod ire quoque per ſe poſſit is qui actum habeat, *Per ſe*, inquam, id eſt ſine iumento. Verùm obſeruandum eſt loqui Paulum de eo qui iter & actum habeat, id eſt actum ita conſtitutum, vt etiam ſeruitutem itineris contineat: quod conuentione fieri poſſe proximè diximus: alioqui ſtatuto tempore, tantùm ire non potuiſſet, qui actũ duntaxat habuiſſet. Ita verò conſtituta ſeruitute actus, dubitandum non eſt quin per ſe quoque ire poſſit is qui actum habeat, eóq; ipſo ſeruitute actus vti dicatur. Ratio igitur dubitãdi, ex qua magis ſententia noſtra confirmatur, illa eſt, quòd qui tantũ iuit, ſeruitute actus vſus non videatur, at potius ſeruitute itineris. Quod certè verũ eſt, ſi de actu ſimpliciter conſtituto quæratur. Sed deciſionis ratio illa eſt quòd ſeruitus actus cum ſeruitute itineris conſtituta proponatur, quo caſu ex conuẽtione fit vt ire per ſe poſſit is qui actum habeat. Sic dicimus eum qui vſumfructum habet, ſi ſciens tantùm vtatur, fructum nihilominus retinere. *l. arboribus. 12 §. Sed & ſi alij, de vſufruct. l. ſi is qui. 20. quib. mod. vſufru. amitt.* quia qui fructum habet cum vſu coniũctum, per ſe vti poſſit, qui tamen vti non poſſet ſi fructum duntaxat haberet. *l. 5. §. 1. vſufruct. quemad. caueat.* Recta enim actus & fructus comparatio eſt, vt quemadmodum ſine itinere actus eſſe nunquam poteſt, poteſt tamen ſine ſeruitute itineris, ita fructus ſine vſu nunquam eſſe poſſit, tamen eſſe ſine ſeruitute vſus. Qua diſtinctione rectiſſimè *Ioannes & Accurſius* conciliant *d. l. 5. cum l. per ſeruum. 14. §. 1. de vſu & habit.* & longè rectiùs quàm qui regulam illam *l. per ſeruum*, vt ſine vſu fructus eſſe nunquam poſſit, perpetuam non eſſe ſcripſerunt.

ANTONII FABRI I. C. CONIECTVRARVM LIBER II.

De differentia bonæ fidei poſſeſſoris, & malæ fidei poſſeſſoris, cùm de ſumptuum in alienam rem factorum repetitione quæritur.

CAPVT I.

ELEGANS atque vtilis quæſtio eſt, De impenſarum in rem alienam factarum repetitione: quæ duobus præcipuè capitibus continetur: Primum eſt, An in rei vindicatione aliud obſeruetur, quàm in petitione hereditatis: Alterum, An bonæ fidei poſſeſſoris melior conditio ſit, quàm prædonis. Ac quod ad primum pertinet, vulgo probata eſt *Accurſii* ſententia, diſtinguentis petitionẽ hereditatis à rei vindicatione in vtilium, & voluptuariarũ impenſarũ deductione: vt vtiles in petitione hereditatis etiam malę fidei poſſeſſori imputẽtur, *l. planè. 38. de pet. her.* voluptuariæ a, non quidem imputentur, ſed tollantur, ſi modò id fieri poſſit ſine detrimẽto eius rei in quã factæ ſunt. *l. vtiles. 39. eo. in fi.* At in rei vindicatione vtiles non imputentur, ſed tollantur duntaxat. *d. l. domum.* voluptuariæ verò à malæ fidei poſſeſſore nec imputari nec tolli poſſint. Ex quo etiã apparet quid de ſecundo quæſtionis huius capite Accurſius ſenſerit, Separandum ſcilicet bonæ fidei poſſeſſorem à prædone. Illius enim meliorem eſſe conditionem, vt neceſſarias & vtiles impenſas, ſiue ſpeciali ſiue vniuerſali in rem actione conueniatur, imputare poſſit, voluptuarias autem oppoſita doli mali exceptione retinere, *d. l. planè. & ſeq. de pet. her.* Malę verò fidei poſſeſſorem in petitione hereditatis voluptuarias impenſas imputare non poſſe, ſed tantùm tollere, & in rei

rei vindicatione vtiles imputare nõ poſſe, voluptuarias verò omnino perdere. Sed ex recentioribus Iacobus Cuiacius vir doctiſſimus nouam opinionem induxit, vt cùm de ſumptibus neceſſariis & vtilibus agitur, ſeparanda nõ ſit petitio hereditatis ab actione in rem ſpeciali, nec bonæ fidei poſſeſſor à prædone. Omnes enim imputari actori, ſiue generali, ſiue ſpeciali actione experiatur, & ſiue bonæ ſiue malę fidei poſſeſſor ſit is cum quo agitur: ſi modò res extet in quam ſumptus facti ſunt, fructúſque percepti ſunt. *l. quòd ſi ſumptum.* 37. *D. de petit. hered.* Mihi neque Accurſij neque viri doctiſſimi opinio probari poteſt. Nam quod vterque putat, ſumptus vtiles in petitione hereditatis malæ fidei poſſeſſori non minus præſtari quàm bonæ fidei poſſeſſori, probabile non videtur, cùm perpetuò verum ſit poſſe culpam ei obiici, quod temere & ſciens in alieno ſolo ædificauerit. *§. certè. Inſtitut. de rer. diuiſ. d. l. domum. C. de rei vind.* qui loci quamquam de ſpeciali in rem actione ſint, non de vniuerſali, nulla tamen ratio eſt vt hac parte ſpecialem ab vniuerſali ſeparemus: nec ſanè diſſimilitudinis ratio vlla reddi poteſt: in eóque viri doctiſſimi ſententiam aduerſus Accurſium probo, & ſequor. In eo autẽ prorſus improbo, quòd in ſpeciali quoque actione in rem nullã inter bonæ fidei, & malæ fidei poſſeſſorem differentiam conſtituit: quæ tamen apertè ponitur *in d. §. certè, & d. l. domum.* Et magis improbo, quod idem reſpondet iis locis de ſtricto iure reſponderi, non de æquitate & rei effectu. Nã & Papinianus *in l. ſumptus.* 48. *de rei vindic.* ſcribit ſumptus in prædiũ alienum factos peti quidem non poſſe, ſed exceptione doli oppoſita per officium iudicis ęquitatis ratione ſeruari ſi à bonæ fidei poſſeſſore facti ſint: vt intelligamus in malæ fidei poſſeſſore ne quidem æquitatis ratione ſeruari debere. Et *in l. ſin autem.* 27 *§. vlt. eod.* Paulus ſcribit, *Si poſſeſſor ante litem conteſtatam ſumptus fecit,* nempe quoniã quia poſt litem conteſtatam facti ſunt, tanquam à malæ fidei poſſeſſore facti reputari non poſſunt. Quam verò rationem vir doctiſſimus adducit, quòd iniquũ ſit dãnum ſentire malæ fidei poſſeſſorẽ, Vlpianus refellit *in l. Iulianus.* 37. *eod.* quòd non debuerit in aliena area certus ædificiũ ponere. Hoc igitur duntaxat ei concedendũ eſſe, vt ſine diſpendio domini areæ tollat ædificiũ quod poſuit. Rurſus quod Accurſius putat in ſpeciali actione in rem voluptuarias impenſas à malæ fidei poſſeſſore ſeruari non poſſe, pugnat apertè cum *l. in fundo.* 38. *§. conſtituimus. eo. tit.* in illis verbis, *picturáſque corradere.* Picturarum enim impẽſæ voluptuariæ ſunt *l. vtiles* 39. *verſ. videamus. de petit. hered.* ex cuius loci cõiunctione cum *d. §. conſtituimus*, apparet nihil hac parte inter ſpecialem, & vniuerſalem in rem actionem intereſſe. At inter bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſorem diſtinguendum puto, quòd voluptuarias quoq; impenſas bonæ fidei poſſeſſor per doli exceptionem ſeruat, malę fidei poſſeſſor duntaxat tollit ſi ſine rei diſpẽdio facere id poſſit. *d. verſ. videamus.* De neceſſariis autẽ & vtilibus impenſis ita ſtatuendum arbitror, vt neceſſariæ quidẽ tam malę quàm bonæ fidei poſſeſſori prę ſtentur *d. l. domum.* 5. *C. de rei vindicat.* vtiles autem bonę fidei poſſeſſor deducat, prędo non deducat, ſi modò paratus ſit dominus vt ſine rei, in quam factę ſunt detrimento tollãtur, *d. l. domum. & l.* 48. *de rei vindi.* Ratione illa, quod imputandum ſit ei, qui ſciens alienam rem impendit. Dices, Cur non ergo in neceſſariis idem obtinet, vt reputare eas prędo non poſſit? Reſpondebo, quia fieri non poteſt vt ſine rei in quam factę ſunt, detrimento tollantur: ſi quidem neceſſarię impenſę eæ dicuntur, quæ ſi factæ non ſint, res aut peritura aut deterior futura ſit. *l. impenſæ.* 79 *de verbor. ſignifi.* Quò pertinet ratio illa *l. planè.* 38. *de petit. hered. ne petitor ex aliena iactura locupletetur.* Eo namque loco de neceſſariis quoque impenſis Paulus tractat, de quibus verè illud dici poteſt, ſi in prædonis perſona earum ratio non haberetur, futurum vt ex aliena iactura petitor locupletaretur. At de vtilibus idẽ dici non poteſt, quas pati petitor poteſt vt ſine rei detrimento tollantur: quo caſu ex aliena iactura proculdubio non locupletabitur, neque tamen impenſas prædo deducat, ſed tollet, quę longè differẽtia ſunt. Deductionis enim poteſtas illa eſt, vt non niſi prius oblatis impenſis peti res poſſit. At qui deducere non poteſt, prætextu impenſarum rei reſtitutionem recuſare non poteſt: ſed tantũ quas fecit tollere, ſi modo ſine rei detrimento facere id poſſit. Quare nec Paulus in *d. l. planè,* ſimpliciter ait, prędonem quoq; neceſſarias & vtiles impenſas deducere, quod falſum eſt, ſed, in huius quoque perſona haberi rationem impenſarum, ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quod omnino ſic accipi debet, vt neceſſarias quidem impenſas deducat, vtiles verò tollat. Nam & ſecundum hanc interpretationem in prędonis quoq; perſona vtilium impenſarum ratio habetur, quarum tollendarum poteſtas ſtricto iure nulla ei ſupereſſe deberet. Quid ergo ſi nolit petitor pati vt vtiles impenſas tollat? Poteſt ſanè id pro ſuo iure facere. *d. l. in fundo. §. conſtituimus. de rei vindi.* ſed hoc caſu vtiles quoque impenſę deducentur, ne, vt Paulus ait, ex aliena iactura petitor locupletetur: quę ratio hoc demum caſu in vtilibus impenſis locum habet, non autẽ ſi paratus ſit petitor pati vt tollantur. Quę cùm ita ſint, dubitari probabiliter poteſt, quid de vtilibus impenſis ſtatuendum ſit, quę ſine detrimento rei in quam factę ſunt, tolli non poſſunt. Et putarem hoc caſu bonum iudicem ex perſonis, cauſiſque variè conſtituere debere: Finge enim dominũ eaſdem impenſas facturum fuiſſe, ęquum ſanè eſt vt impenſas reſarciat, vſque eò ſaltem quò pretioſior res facta eſt, & ſi plus pretio fundo acceſſit, ſaltẽ id quod impẽſum eſt. Finge pauperem, qui ſi id reddere cogatur, laribus & ſepulchris auitis carendum habeat. *d. l. in fundo.* Puto potius ei ſuccurrendum, cui nihil imputari poteſt, quàm prædoni, cui ſaltem hoc ipſum obiici poteſt quòd temere in rem quam alienã ſciuit impenſas fecerit. Videtur enim quodãmodo ſua voluntate impenſas amiſiſſe, vt ait Caius *in l. 7. §. ex diuerſo. de acquir. rer. domin.* Cæterùm his quæ diximus impenſas neceſſarias deduci, vtiles verò duntaxat tolli, obſtare videntur *l. 1. C. de infant. expoſ. & l. ex argento.* 13. *D. de condict. furt.* in quibus ne quidẽ neceſſariæ impenſæ deducũtur. Prior Accurſij reſponſio non placet, vt aliud ſit in fure, quàm in alio malæ fidei poſſeſſore. Cur enim melior ſit conditio eius qui rem immobilem iniuria occupauit, *vt in l. domum. C. de rei vindic.* ac cuius furtum feciſſe decerneretur, ſi rei immobilis furtũ fieri poſſet? Poſterior vera eſt, vt impenſæ neceſſariæ ita demum deducantur, ſi abradi, vt ipſe loquitur, hoc eſt tolli poſſunt: quo caſu quia ſine rei detrimento tolli non poſſunt, ęquum eſt petitorẽ pro eò commodo quod ſentit, vt nullum rei ſuę detrimentum fiat, impenſas ante omnia reſarcire: At cùm tolli impenſæ non poſſunt, nulla ratio eſt vt quicquam prę ſtet pro ea re quam inuito poſſeſſore conſequitur. Scilicet ſi malę fidei poſſeſſor proponitur. Nam in eo qui bonam fidem habeat aliud probandum eſſe

Digitized by Google

ipſa lex ait, ex qua apertius intelligitur quod volumus meliorẽ bonæ fidei poſſeſſoris quàm prædonis conditionem eſſe debere. Obſtat etiam *l. vtiles* 39. *de pet. hered.* vbi quod pertinet ad voluptuarias impenſas diuerſa ratio conſtituitur, prædonis, & bonæ fidei poſſeſſoris, vt huic proſit doli exceptio, illi verò obiiciatur probè non debuiſſe eum in alienam rem ſuperuacuas impenſas facere, vt tamen poteſtas ei ſit tollendorum eorum quæ ſine ipſius rei detrimento tolli poſſunt. At reſpondeo rationem illam Iurec. non ſic accipi debere, vt prædoni imputari non poſſit ſi in alienam rem vtiles impenſas fecerit, ſed vt multò magis imputari poſſit, ſi ſuperuacuas fecerit. Neque tamen ideò prohibendũ eum impenſas voluptuarias tollere, ſi ſine rei detrimento facere id poſſit, eadem æquitatis ratione quam in vtilibus vſurpauimus, ne ex aliena iactura petitor locupletetur. Atque ita in voluptuariis & vtilibus impenſis in prędonis perſona eandem prorſus rationem conſtituimus, itémque in ſpeciali & vniuerſali in rem actione, ſed in omnibus bonæ fidei poſſeſſorem à prædone ſeparamus.

Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. author. iudic. poſſid. alias l. 13. de priuil. credit.

CAPVT II.

IN tractatu de ſubſtitutionibus, magna, & difficilis quæſtio eſt, An nuda ſui heredis exiſtentia pupillares tabulæ confirmentur. hoc eſt an pupillo datus ſubſtitutus, etiam eo abſtinente ex ſubſtitutione admittatur. In qua placet ſententia exiſtimantium non confirmari, vt manifeſtè probat *l. apud Iulianum.* 11. *§. idem Iulianus. D. ad S.C. Trebell.* & quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt non adita patris hereditate pupillares tabulas corruere, *l. 2. l. ſed ſi plures.* 10. *§. ſi ex aſſe. D. de vulga. & pupil. ſubſtit.* Certiſſimum autem eſt ſuum heredem quamuis per abſtentionem non deſinat ſuus heres eſſe, *l. cùm quaſi.* 30. *§. ſed etſi ſuus. de fideic. libert.* tamen à Prætore heredis loco non haberi. *l. ſi filius.* 12. *de interrog. action.* quam ob cauſam nudum ſui heredis nomen gerere dicitur *in l. 2 §. adoptiuus. ad S.C. Tertull.* quod nõ ſufficit vt ex voluntate teſtatoris pupillares tabulas cõfirmatas eſſe dici poſſit: cùm veriſimile non ſit teſtatorem de nudo ſui heredis nomine cogitaſſe: alioqui filio in poteſtate cõſtituto ſubſtitui vulgariter non poſſet, qui quantumuis abſtineat, efficere tamẽ non poteſt vt ſui heredis nomen amittat. *d. §. ſed etſi ſuus.* Abſtentionis namque beneficium eſt ex iuriſdictione Pretoris. *l. neceſſarius.* 57. *de acquir. hered.* qui heredis nomen ſicut dare non potuit. *§. quos autem. Inſtit. de bon. poſſ.* ita neque adimere. Verùm huic ſententiæ valde obſtare videtur *l. paterfamilias.* 28. *de reb. author. iud. poſſ.* aliàs *l. 13. de priuileg. credit.* in cuius ſpecie, quamuis pupillus hereditate patris abſtinuiſſe proponeretur, Iauolenus tamen non dubitat quin mortuo eo intra pubertatem ſubſtitutus admittatur, ſed de illo duntaxat quærit, An patris quoque creditoribus reſpondere compellatur, quod magis eſſe ait. Non igitur dici poteſt quod Ioannes tentauit, in ea ſpecie datum fuiſſe pupillo coheredem: hoc enim ſi ita eſſet, & coheres portionem ſuam agnouiſſet, vtiq. ſubſtitutus pupillo, patris onera ſubire non compelleretur. *l. Iulianus.* 42. *de acquir. her.* Ergo pupillum ex toto aſſe inſtitutum fuiſſe fatendum eſt, vt manifeſtius appareat ex eo quod lex ait, propter abſtentionem filij bona patris vendita fuiſſe. Nam ſi pupillo coheres datus fuiſſet, ipſius non patris bona veniiſſent. At videamus ne ex ea lege magis probetur, nuda ſui heredis exiſtentis pupillares tabulas non confirmari. Si enim confirmarentur, nulla ratio eſſet vt ſubſtituto hereditatem pupilli adeunte, vtramque, patris ſcilicet & filij, hereditatem coniungi diceremus. Siquidem pupilli (cuius intereſt teſtamentarium ſucceſſorem habere potius, quàm legitimum) fauor poſtulat, vt ſi patris hereditas ære alieno grauata & oppreſſa ſit, ſubſtitutus pupilli tantùm ſucceſſionem amplecti poſſit, ne metu onerum patris, timidius impuberis adeat hereditatem, *dict. l. Iulianus.* Atqui Iauolenus in *d. l. paterfamilias*: quæſtionem propoſitam apertè ſic diſſoluit, vt patris & filij hereditas coniungatur, & in omni ære alieno quod patris, aut filij fuit, ſubſtitutus obligetur: Pupillares igitur tabulas nuda ſui heredis exiſtentia confirmatas non eſſe dicendum eſt. Mortuo tamen impubere ſubſtitutum admitti, lex ait, non ex pupillari ſubſtitutione, vt quidam putant, (filij enim abſtentione extincta eſt) ſed ex vulgari, quæ poſt Diui Marci Conſtitutionem in pupillari tacitè continetur, *l. 4. de vulgar.* Ex quo maximum argumentum ſumi poteſt, aduerſus eorum ſententiam qui vulgarem ſubintellectam in pupillari expreſſa ad patris bona non pertinere exiſtimant. Nam in *d. l. paterfamilias.* apertiſſimum eſt ex pupillari ſubſtitutione non ſuccedi, ſed ex vulgari tacita, aut potius ſubintellecta, & tamen patri potiſſimum ſuccedi, tum pupilli quoque hereditatem quaſi accreſcendi iure ſubſtituto acquiri, arg. *l. qui patri* 59. *de acquir. hered.* Neque ad rem pertinet quod in *d. l. paterfamilias.* ſubſtitutus viuo pupillo non admittitur. Ita enim Iureconſultus in ea ſpecie reſpondiſſe videtur, quòd ſubſtitutus ſimpliciter datus fuerat, *ſi filius impubes decederet*, nullo caſu expreſſo aut vulgari, aut pupillari, quod cùm ſit, manifeſtum eſt teſtatoris voluntatem illam eſſe, vt niſi mortuo pupillo ſubſtitutus nõ admittatur, nec ſi pupillus abſtinuerit. At cùm teſtator ita loquitur, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, caſus pupillaris qui illis verbis cõtinetur, *ſi heres erit*, ad illum trahitur, ſi heres nõ erit. Illa verò ſequẽtis, *& impubes deceſſerit*, quæ in pupillarem caſum adiecta erant, vulgari contingente reiiciuntur, nec repetita intelliguntur, quia non eadem vtriuſque caſus ratio eſt. Cæterùm, egregiè, meo iudicio, errat *Accurſius*, & qui Accurſium ſecuti ſunt diſtinguentes pupillum, qui ab initio abſtinuit, hoc eſt nunquam ſe immiſcuit, ab eo, qui poſt immixtionem abſtinuit, vt priore caſu tabulæ pupillares infirmentur, poſteriore confirmentur. Etenim tam is qui ab initio abſtinuit, quàm qui poſt immixtionem, ipſo iure heres eſt, & tamen neuter à Prætore heredis loco habetur. *d. l. neceſſarius.* 57. *de acq. hered. & l. ſi filius.* 12. *de interrog. action.* neque inter hunc, & illum diſſimilitudo, aut diſſimilitudinis ratio aliqua reddi poteſt. Scio eſſe qui reſpondeant, pupillo poſt paternæ hereditatis immixtionem abſtinente hereditatem patris & filij, quæ reuera coniuncta eſt, haberi pro non coniuncta, quod ad ipſum duntaxat pupillũ, non quod ad alios pertinet. Sed ſi ita eſſet, fieri vt excluſo ſubſtituto, legitimi heredes pupilli patri quoque heredes eſſent: quod Iauolenus negat in *d. l. paterfamilias.* cùm ſit nihil interfuiſſe creditorum adiretur, nécne, pupilli hereditas, cùm ea bona omiſſa à ſubſtituto hereditate ad creditores non pertinerant. Niſi fortè deteriorem faciemus conditionem ſubſtituti quàm legitimi heredis: quod abſurdum eſt: cùm fauor ſubſtituti, ad fauorem pupilli ſpectet, cuius intereſt, vt iam diximus, teſtamentarium

potius

potius quàm legitimum ſucceſſorem habere. Igitur dicendũ eſt in *d. l. paterfamilias. ver. at cum ſubſtitutus* ab imperito interprete addita eſſe verba illa, *poſtquã pupillus ſe paterna miſcuerit hereditati.* Hauſta omnino eſt ea lex ex Iauoleni libro primo Epiſtolarũ: & in epiſtola qui Iauolenum conſuluerat, illud tantùm expoſuerat, pupillum heredem inſtitutum, paterna hereditate ſe abſtinuiſſe, nec dixerat poſt immixtionem abſtinuiſſe, quod Iauolenus diuinare non potuit, nec etiam ſupplere debuit, ſi ex eo tota quæſtionis illius diffinitio pendebat. Rurſus in ver. at cùm ſubſtitutus, illud dũtaxat proponitur ſubſtitutũ filio, ipſius hereditatem adiiſſe poſtquam pupillus ſe paternæ miſcuerat hereditati: nec ſubiecutam eſſe abſtentionẽ Iureconſultus ait. Verùm interpretem hunc illud fortaſſe fefellit, quod in pleriſq. veteribus libris deeſt negatio in *d. l. paterfamilias*, in illis verbis, *idem in ſubſtituto filio herede ſeruandum non eſt*, vt Accurſius quoque notauit. Quam lectionem ſecutus malus interpres, cùm videret in verſ. *at cùm ſubſtitutus*: concludi ſubſtitutum pupillo etiam in omni ære alieno, quod patris fuit, obligari: exiſtimauit de alio caſu Iauolenũ tractare, quàm de priore, in quo pupillus abſtinuiſſe proponebatur, vt vbiq. idem in ſubſtituto quod in filio ſeruetur. Nam quemadmodum in filium qui patria hereditate abſtinuit actio creditoribus non datur, ita neque in ſubſtitutum dari. At quemadmodum in filium datur poſtquam is paternæ ſe miſcuit hereditati, ita quoque in ſubſtitutum dari, quoniam hoc caſu patris & filij hereditas vna ſit. His verò difficultatibus, & erroribus, cauſam dedit *d. l. Iulianus. 24. de acq. hered.* in qua Vlpianus Marcelli ſententiam refert, & probat, vt pupillo ſubſtitutus paternę hereditatis onera ſubire non compellatur. Cui contraria viſa eſt *d. l. paterfam.* ſi cum negatione ſic legatur, vt quod in filio ſeruatur, idem in ſubſtituto ſeruandum non ſit. Sed animaduertendum eſt relatam ab Vlpiano Marcelli ſententiam ita procedere, ſi coheres aliquis adſit qui filio abſtinente patris teſtamentum ſuſtineat in eiuſdem Marcelli diſtinctione in *l. quæſitum 40. de acq. here.* Quæ diſtinctio licet tanquam à Iuliano prætermiſſa, ad eum ex Marcelli notis addatur, tamen Iuliano quoque placuiſſe videtur, vt conijci poteſt ex *l. ita tamen. 27. §. qui ſuſpe ctam. ad Trebell.* in fine, iis verbis, *ſi vero coheredem habuerit retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamuis ipſe patris omiſiſſet hereditatem ex ſubſtitutione adire.* Itémque in *§. à patre*, ibi, *ſatis erit vel vnum cogi adire: hoc enim facto etiam is qui patris hereditatem non adijt, filij adire, & reſtituere compelletur.* Denique conſtat pupillo ſubſtitutum ita demùm hereditate patris repudiata, pupillarem amplecti poſſe, ſi adſit coheres, cuius aditione patris teſtamentum ſuſtineatur. At in *l. paterfamil.* pupillus ſolus ex aſſe inſtitutus erat, vt ex ipſius legis verbis ſuprà probauimus. Non igitur ad eas leges conciliandas negationem tollere oportet, quæ ſi ſublata eſſet, nulla conciliationis ratio iniri poſſet. Alia namque proculdubio iuris ratio eſt in filio, alia in ſubſtituto. Filij pudori parcitur, vt patris potiùs quàm ipſius bona væneant, quia quod bona ipſius cum paternis coniuncta ſunt fit ex iure non ex ipſius filij facto, vt proinde æquiſſimum ſit eum ab oneribus non ſponte ſuſceptis liberare, vt ait *l. ſi filius. 12. de vulgar.* At cùm ſubſtitutus filij hereditatem adit, tunc, id eſt, cùm adit, patris & filij hereditas vna eſt, & ipſius ſubſtituti facto vtraque hereditas coniungitur. Cùm enim ſubſtitutus intelligeret, aut intelligere deberet, filij hereditatem adiri non poſſe, niſi prius adita patris hereditate (hoc enim eſt quod lex ait, *vnum eſſe teſtamentum*,) fit vt adeundo filij hereditatem, paternam ſibi quoque acquiſitam voluiſſe videatur: atque ita cùm ipſius facto vtraque hereditas coniuncta ſit, improbè profectò ſeparationem poſtulat. Et hæc eſt diſſimilitudo, diſſimilitudiniſq; ratio quã Iauolenus ponit in *d. l. paterfamilias*, cuius ſententiam nec ab Accurſio, nec ab alio perceptam eſſe qui intelligent facilè noſtram hanc emendationem recipiendam exiſtimabunt.

Recta ſententia, & vetus lectio l. ſi dictum. 56. D. de euict.

CAPVT III.

IN *l. ſi dictũ 56. D. de euict.* Paul. ſcribit ſi dictũ fuerit vendendo vt ſimpla promittatur, vel triplum, aut quadruplum, ex empto perpetua actione agi poſſe. Quod, quam ſententiam habeat Accurſ. non intellexit, qui eam eſſe putat vt huiuſmodi pacta nõ valeant quod tam certum eſt vt de eo ſenſiſſe Paulum veriſimile non ſit. Cur non enim valeant, quæ nec bonis moribus, nec legibus contraria dici poſſunt? Sanè ſupra quadruplum vix eſt vt pœnam promittere quis poſſit, quemadmodum nec vltra quadruplum vlla actio extenditur, vt Iuſtinianus ait in *§. omnes autem. Inſt. de act.* Credo, quod nimis immodica ſit adfectio eius, qui ſupra quadruplum conſequi aliquid velit: adfectionibus autem præſertim tam immodicis indulgendũ non eſt, quas ciuilis legiſlator quantum facere poteſt reprimere ſemper ſolet. *l. pen. D. ad exhib. l. ex damni. 40. de damn. infect.* Alij autem non probãtes quod in *d. l. ſi dictum.* Paulus ait de ſimpla, ita legendum exiſtimãt, *ſi dictum fuerit vendendo vt dupla promittatur*: moti ex illis verbis quæ ſequuntur, *vel triplum aut quadruplum*, item ex eo quod licet dictum non ſit in venditione, vt ſimpla promittatur, ex empto tamen actio eſt in ſimplam, & in id quod intereſt, *l. ſi in venditione. 60. D. de euict.* Ego quamquam Florentinam lectionem mancam eſſe arbitror, puto tamen rectè legi *vt ſimpla promittatur*: ſequentia ſic legenda arbitror, *vt duplum vel triplum aut quadruplum promitteretur*: quomodo in quibuſdam libris ſcriptum vidi, quæ rectiſſima lectio eſt. Quamquam enim ſi in venditione dictum non ſit quantum venditorem pro euictione præſtare oporteat, ſimplam venditor præſtat. *d. l. ſi in venditione.* multum tamen intereſt an in vendendo promiſſa ſit ſimpla, an promiſſa non ſit. Quoniam ſi promiſſa non ſit, poteſt emptor antequam res euincatur iure poſtulare vt ſibi dupla repromittatur. *l. 2. eo. tit.* adeò vt idem quoque obtineat, ſi ſimplam per errorem ſtipulatus ſit. *l. emptori. 37. §. vl. eo.* Quod ex ædilitio edicto deſcendiſſe videtur, *l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. D. de ædilit. edict.* vbi Iurec. ait, ſi duplam vẽditor non cauerit, ex empto agi poſſe vt caueatur, ea ratione quod aſſidua ſit duplę ſtipulatio: ea autem quę moris, & conſuetudinis ſunt in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Hæc autem actio quam ex ædilium edicto in id cõpetere dicimus, vt dupla promittatur, cùm honoraria ſit (ædilium namq. edictum iuris honorarij pars & portio quædam eſt, *§. prætorum. Inſtit. de iur. natur.*) perpetua non eſt. At ſi in vendẽdo hoc ipſum exprimatur, vt dupla promittatur, actio ex empto ad duplam perpetua erit, quæ ſcilicet ciuilis eſt cũ ex cõuentione deſcendat. Et hæc eſt ſententia *d. l. ſi dictũ.* in qua non illud tãtùm vult Paulus quod omnes ſciunt, ſi in vendendo dictum ſit vt dupla promit-

tatur, ex empto agi in id poſſe, ſed hoc caſu perpetuam eſſe actionem ex empto, quæ perpetua non eſt, ſi citrà conuentionem, & ſola ædilitij edicti poteſtate competat, quod ipſa quoque legis inſcriptio cõfirmat. Ergo quod Iauolenus ſcribit, euictionis nomine nihil venditorem præſtare præter ſimplam, ſi aliud non conuenerit, omnino ſic intelligi debet, ſi euicta res ſit, antequam in id actum eſſet vt dupla promittatur. Alioqui, priuſquam res euicta ſit, ſimpla emptori pręſtanda non eſt, quamuis eam rem alienam, aut obligatam eſſe appareat, ſed tantum quantum emptoris intereſt eam rem alienare aut obligatam ſciuiſſe. *l. 4. D. de actio. empt.* Rurſus obſeruãdum eſt quod ſcriptũ eſt in *d. l. ſi in venditione, quantum venditorem pro euictione præſtare oporteat.* Aliud enim eſt quærere, quantum venditor præſtare, aliud quantum promittere debeat. Si dictum non ſit quantum præſtare debeat, nihil præſtabit præter ſimplam, & ſi quid præterea interſit, vt eo loco Iureconſultus ſcribit. At ſi priuſquam præſtari quicquam oporteat, quæratur quid promittere debeat, dicemus promittere duplam debere, *d. l. 2. eod. & l. quod ſi nolit. 31. §. qui aſſidua. de ædilit. edict.* ita tamen ſi aut pretioſa res, aut mancipium: non ſi alia res væneat, vt Vlpianus interpretatur in *dict. l. emptori. 37. de euict.* Hæc verò *Accurſius* quoque nõ intellexit, qui quod ſcriptum eſt in *l. ſi in venditione.* ſic accipit, ſi expreſſè dictum ſit vt euictionis nomine ſimpla duntaxat præſtetur: aut ſi ex certa ſcientia id omiſſum fuerit, ne dupla præſtetur. Malè etiam alij eam legem de vilioribus rebus interpretantur: nam & euicta re pretioſiſſima ſi in vendendo nihil dictum ſit ſimpla tantùm præſtatur: planè antequam euicta ſit, ex empto agi poteſt vt dupla promittatur, & ſi eo nomine agetur, nec tamen dupla promittetur, dupli reus condemnabitur. *d. l. 2. de euiction.*

An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat.

CAPVT IIII.

EMptionem, & locationem nudo conſenſu perfici certiſſimum eſt, neque rei traditionem requirere, *l. 1. D. loca.* Tamen in emptione multum intereſt an nudus conſenſus interuenerit, an rei quoque traditio ſubſecuta ſit. Nam ſubſecuta traditione cùm in emptorem dominium transferatur, *§. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* dubitare nemo poteſt, quin ad eum omnimodo periculum pertineat, quomodo ab omnibus rectè accipitur *l. Lucius. 11. D. de euict.* In locatione, quoniam dominium non transfertur, huic diſtinctioni locus non eſt, ac longè probabilius dubitari poteſt, an ad conductionem rei locatæ periculum ſpectet. Africanus autem in *l. ſi fundus. 33. D. locat.* eandem conſtituere videtur rationem conductionis tradita poſſeſſione, quam emptionis non tradita poſſeſſione: vt in vtraque rei periculum ad venditorem vel locatorem ſpectet, hactenus tamen vt vel pretium vel merces remittatur, non vt, ſi quid præterea intereſt, præſtetur. Cui ſententiæ ex diametro obſtat *§. cum autem. Inſtitut. de empt. & vendit.* vbi Iuſtinianus ſcribit, perfecta emptione, quod fit nudo conſenſu, licet tradita res non ſit, periculum omne ad emptorem pertinere, ita vt re perempta, quam nunquam nactus fuit, pretium nihilominus ab eo peti poſſit. Qui Africani ſententiam tuentur, aliud reſpondere non poſſunt, quàm in Inſtitutionibus proponi ea, quæ ſunt ex ſummo Iure, & rudimenta: In Digeſtis verò incrementa iuris, & diligentius exactas res ad æquitatem. Quaſi verò quod ſcriptum eſt *in d. §. cum autem.* pleriſque etiam Digeſtorum locis ſcriptum non ſit. Vt in *l. cum emptor. 5. §. 1. de reſcind. vendit.* vbi dicitur mortuo homine vendito perinde habendam eſſe venditionem ac ſi traditus fuiſſet: venditorem namque liberari, & emptori hominem perire. Et in *l. vlt. de condict. ob cauſ. dat.* vbi Celſus inter emptionem, & contractum Do vt des, triplicem differentiam conſtituit, quarum vna & præcipua illa eſt, quod mortuo homine promiſſo, pecunia eo nomine data repeti poteſt. At in contractu emptionis mortuo homine vendito pretium ſolutum repeti non poteſt, quin non ſolutum peti poteſt. Sic in *l. venditor. 21. de hered. vel action. vendit.* Paulus ait venditorem, qui nullius culpæ argui poteſt, eo mortuo ne pretium quidem debere. Et generaliter rei venditæ periculum ad emptorem omnimodo pertinere ſcriptum eſt in *l. 7. 8. & 11. D. de peric. & commod. rei vendit. l. 4. 5. & 6. Cod. eod. l. ſi in emptione. 34. § pen. de contrah. empt. l. quod ſi vs. de iur. dot.* aliiſque infinitis Codicis, & Digeſtorum locis. Nam quod ait *l. quòd ſi neque. 14. D. de peric. & commod. rei vend.* lectis venditis ſi ante traditionem eos ædilis plebis, cùm in via publica poſiti eſſent, conciderit, venditoris periculum eſſe, optimam rationem habet, quia non fortuito caſu ſed hominis facto & per venditoris incuriam, aut ſtultitiam lecti in via ponuntur: quod tamen *Accurſius* non intellexit. Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui huic certiſſimæ ſententiæ repugnet, præter *d. l. ſi fundus,* cuius tamen verba ſic aperta ſunt, vt vix rectè quiſquam adhuc reſpondere potuerit. *Accurſius*, in fundo publicato id ſpeciale eſſe ſcribit, nec tamen ſpecialiter rationem vllam affert. Ego non dubito, quin illius loci ſpecies proprium aliquid habeat, ex quo à iuris regula eo caſu recedendum Africanus putauerit. Nam & idem Africanus in *l. ſi ſoluturus 39. de ſolut.* mercem periculo emptoris eſſe ait, ea ratione quòd perfecta emptio ſit, quam nos ſine traditione ſolo conſenſu perfici diximus. At cur in ſpecie *l. ſi fundus.* aliud reſponderit, vt rei venditæ pretium venditoris periculo ſit, ratio valde in obſcuro poſita eſſe videtur. Probabiliter tamen diſtingui poteſt, an ex cauſa aliqua extrinſeca, an verò per ipſam rem venditam fiat, quominus tradi poſſit. Hoc enim caſu cùm per ipſam rẽ fit quominus pręſtari poſſit, hoc eſt cùm omnino perempta eſt, ita vt in rerum natura eſſe deſierit, vt in exemplis *d. l. cum autem.* pretium venditori omnimodo præſtandum eſt, ea ratione, quod quamuis ante traditionem rei venditæ dominium penes venditorem remaneat, tamen perfecta emptione in emptoris poteſtate ſit pretij ſolutione rei venditæ poſſeſſionem ac dominium, quandocunque voluerit, nanciſci, vt imputandum ei ſit quòd ſtatim nactus non ſit: nec probè poſtulare poteſt vt ſibi res præſtetur, quæ per rerum naturam præſtari nequit. At ſi res vendita, ex cauſa aliqua extrinſeca præſtari non poſſit, fortè quòd fundus publicatus, vel ſeruus furto ſubtractus ſit, rectè emptor intendere poteſt vt ſibi res præſtetur, quæ per rerum naturam præſtari poteſt: ſed venditor liberabitur, ſi actiones ſuas cedere paratus ſit: quas ſi nullas habeat, quod contingit ſi aut aliena res ſit quæ furto ſubtracta eſt, aut fundus venditus publicatus, æquiſſimum eſt ſaltem ad pretij reſtitutionem eum teneri, quod non præſtet eam rem quam per rerum naturam præſtare poteſt, ſi fortè aut eam quæ aliena eſt emere, aut fundi publicati pretium iis quibus aſſignatus eſt præſtare velit. Háncque diſtinctionem apertè meo

indicio

Digitized by Google

iudicio illud confirmat quod Iuſtinianus in *d.§.cùm autem.* exempla ponit rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta eſt, ita vt per rerum naturam talia qualis vendita eſt, præſtari non poſſit. Tum ſubiicit, ſi homo venditus fugerit aut ſubrectus ſit (quibus caſibus per rerum naturam præſtari nihilominus poteſt) non ſimpliciter liberari venditorem, ſed actiones ſuas emptori cedere compellendum: ex quo intelligimus quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius perſecutionem emptori actionem ex empto ſupereſſe. At rurſus, quid ſi nullam actionem venditor habeat quam in emptorem transferre poſſit. Is caſus à Iuſtiniano prætermiſſus eſt, ſed ſupplendus eſt ille Inſtitutionum locus ex *l.quod ſæpe* 35. *§.ſi res vendita. D.de contrahen.empt.* vbi Caius ſcribit venditorem ob hoc ipſum damnandum eſſe, quòd in emptorem nullas actiones transferre poteſt. Quod omnino ſic accipiendum videtur, vt pretij duntaxat naturam ſentiat, non etiam vt ad præſtationem eius quod emptori intereſt teneatur, arg. *d.l.ſi fundus* 33. *D.locat.* Nam qui alienam rem vendidit, non ideo ſtatim tenetur ad id quod emptoris intereſt quia rem alienam vendiderit, ſed ita demùm ſi euicta ea res ſit, *l.3.Codic.de euict. l.ſi plus.74.§.mota.D eod.* quod cùm ante traditionem fieri non poſſit, conſequens eſt vt ob hoc ſolum quod furto ſubtracta re quæ vendita erat, nullam actionem emptori cedere venditor poteſt, ad pretij duntaxat remiſſionem aut reſtitutionem condemnetur. Ergo malè *Accurſius* Africani ſententiam in eo duntaxat fundo qui publicatus ſit procedere putat, cùm aliud obſeruandum non ſit, ſi maiore vi, aut iniuria potentioris, vel latrocinio factum ſit quominus rem venditam emptori præſtare venditor poſſit. Sed longè grauior eorum error eſt, qui quod his tantùm caſibus conſtitutum eſt, generaliter accipiendum putant, licet res vendita ſic perempta aut deterior facta ſit, vt per rerum naturam præſtari non poſſit. Sanè locationis alia ratio eſſe videtur. Licet enim iiſdem ferè iuris regulis venditio, & locatio conſiſtant, tamen ſi fundus locatus chaſmate perierit, aut terræ motu ita corruerit vt nuſquam ſit, conſtitutum eſt domini damnum eſſe, hactenus vt mercedem nondum ſolutam remittere, vel ſolutam reſtituere compellatur, *l.ex conducto. 15.§.1 in fin.locat.* Credo, quia conductori nil imputari poſſit quod rei conductæ poſſeſſionem citiùs nactus non ſit, quam licet nactus eſſet, locatori tamen eidémque domino res ſua periiſſet. Planè in eo fortaſſe conductor emptori non malè comparabitur, vt fructuum nomine, qui ante rem peremptam percipi potuerunt, mercedem præſtare teneatur, ac ſi eos percepiſſet, quos vtique ſi ſtatim perfecta locatione fundi poſſeſſionem nactus eſſet, percipere potuiſſet. Verùm huic noſtræ ſententiæ illud fortè quis obiiciat, quod Africanus in *d.l.ſi fundus.* hac etiam parte locationem emptioni comparat. Sed eleganter erit Africani ratiocinatio, ſi ſecundum diſtinctionem noſtram ita accipiatur, vt quod in fundo publicato locato reſpondit, emptionis exemplo ſic confirmetur, vt cùm idem in emptione quoque recipiatur, in qua regulare eſt ad emptorem rei venditæ periculum omnino ſpectare, idem multò magis in locatione recipiendum ſit. Quare publicato fundo eandem locationis & venditionis rationem eſſe non negamus, at eodem perempto fortè chaſmate aut terræ motu ſic vt nuſquam appareat, longè diſſimilem horum contractuum cauſam eſſe contendimus.

Emendatur l.& hæc diſtinctio.35. D.locat.

CAPVT V.

SVperiore capite diximus de emptionis & locationis differentia, ab omnibus ferè prætermiſſa: nunc de ſimilitudine dicemus quam vix vllus adhuc animaduertiſſe videtur. Scilicet quemadmodum ab ignorãte vendito fundo alieno, ita ab ignorante locato fundo alieno tam conducturi ex conducto, quàm emptori actionem ex empto competere, non tantùm ad pretij aut mercedis reſtitutionem, ſed etiam ad præſtationem eius quod intereſt. Ac in emptione quidem dubitari de eo non oportet quod apertè ſcriptum eſt innumeris iuris locis. Sed in locatione aliud vulgo probatum eſt, vt ſi quis ignorans alienam rem locauerit, eáque euicta fiat vt conductori non liceat, quod ei præſtare locator debet, eo nomine aduerſus locatorem ex conducto quidem actio detur, ſed hactenus tantùm, vt mercedem remittere vel reddere debeat. Cuius ſententiæ autorem interpretes Africanum citant in *l.& hæc diſtinctio.35.D.locat.* vbi, quod prius dixerat certis caſibus locatorem non teneri ad id quod conducturis intereſt, cui frui non licet: ſubiicit in eo demum verè dici qui & ſuum prædium fruendum locauerit, & bona fide negotium contraxerit, non in eo qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec reſiſtere domino poſſit quominus is colonum frui prohibeat. Ex quo ſic ratiocinantur, vt in eo qui alienum prædium ignorans locauerit, aliud recipiendum ſit, nec niſi ad mercedis remiſſionem, aut reſtitutionem teneatur. Quod ipſum tamen vel ex illo Africani loco manifeſtè refellitur. Duo enim requirit ille, vt locator in id quod conductionis intereſt non teneatur. Primum vt ſuum prædium fruendum locauerit: Alterum, vt præterea negotium bona fide contraxerit. Primum eò pertinet vt intelligamus eum, qui alienam rem locauit, indiſtinctè teneri, ſiue ignorans, ſiue per fraudem rem alienam locauerit. Alterum verò Africanus ideo adiicit, quòd non ſufficiat locatorem prædium ſuum locaſſe, ſi præterea dolo malo fecerit quominus eo frui conductor poſſit: Quid enim ſi quis prædium ſuum pignori iam datum, & antichreſim, alij fruendum locauerit? Hic, ſi nihil aliud requireretur, quàm vti ne alienum prædium locatum ſit, dicendum eſſet ſecurum eſſe locatorem qui prædium ſuum locauerit. At quoniam creditori pignus perſequenti reſiſtere non poteſt, quominus conductorem frui prohibeat, magis probandum eſt, vt quicquid conductoris intereſt, ex conducto præſtet. Rurſus ex eo quod Africanus hæc duo coniunctim requirit, vt quis prædium ſuum locet, ac præterea bona fide, magis intelligimus non ſufficere vt quis alienum prædium bona fide locet: alioqui illud vnum Africanus requirere debuerat, vt bona fide negotium contrahatur, non etiam vt præter bonam fidem proprium quis prædium locet. Quibus conſequenter fatendum neceſſariò eſt, reiicienda eſſe verba illa, *per fraudem*, quæ huic interpretum errori cauſam procuidubio dederunt, ac imperito interpreti potiùs quàm Africano tribuenda. Interpretem verò illud monuiſſe videtur, quòd in ſequentibus apud Africanum legebatur in veteribus pleriſque libris *ne reſiſtere domino poſſit*, quaſi Africanus de eo loquatur qui alienum prædium locauit, ne reſiſtere domino poſſit, quominus is colonum frui prohibeat, ac proinde de eo qui alienum prædium per fraudem locauit. Sed cùm ex Pandectis Florentinis, aliiſque emendatioribus Codicibus didicerimus legen-

dum eſſe, *nec reſiſtere domino poſſit*, intelligimus Africani ſententiam illam eſſe, vt omnimodo in id quod intereſt teneatur, quicunque alienum prædium locauit, nec reſiſtere domino poteſt quominus is colonum frui prohibeat. Nec ſanè diuerſitatis ratio eſſe poteſt, cur ignorans venditor teneatur in id quod emptoris intereſt, ignorans locator non teneatur. Atque ita Vlpian. apertè diffinit in *l. ſi quis domum. 9. D. locat.* ad quã *Accurſius* aliud reſpondere non poteſt, quàm loqui eã de locat. alienæ rei locatore ſciente, cùm tamen domum bona fide emptam Vlpianus dicat, nec locationis tempore locatorem eam ſciuiſſe alienam exprimat. Defendi etiam non poteſt, quod alij reſpondent, Vlpianum ex Pomponij ſententia illud tantùm dicere, locatorem ignorantem ex conducto teneri. Id verò ſic accipi debere, vt non ad id quod intereſt, ſed ad mercedis remiſſionem vel reſtitutionem teneatur, vt in *l. ſi fundus 33. eod.* de cuius ſententia præcedente capite diximus. Etenim Vlpianus docet ſatis, nihil hac parte intereſſe an ſciens, an ignorans quis alienam domum locauerit, & an dolo malo culpáve eius aliquid factum ſit, an nullo ipſius dolo, aut culpa euicta res ſit, vt apparet ex illis verbis, *iſque euictus ſine dolo malo, culpáve eius, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit.* Dolo autem vel culpa locatoris interueniente, nemo dixerit eum in id quod conductoris intereſt non teneri. Idem igitur admittendum Vlpianus putat, licet nullus locatoris dolus, aut culpa interueniſſe proponatur. In eámque rem Pomponij authoritate nititur, quæ ferè ſuperuacua eſſet in id vt mercedem remittere vel reddere locator debeat. Hoc enim nullam prorſus dubitationẽ habet. Præterea cùm locatorem ex conducto teneri ſimpliciter Iureconſulti dicunt, ita ferè ſemper intelligunt, vt in id quod conductoris intereſt teneatur: quæ actionis ex conducto natura eſt. *l. a. l. Præſes. 17. C. de locat.* Ob idque nimirum in *d. l. ſi fundus. 33. D. locat.* Africanus poſteaquàm dixit conductorem fundi publicati poſſe agere ex conducto vt ſibi frui liceat, quoniam ex eo ſequi videbatur, poſſe eum agere in id quod ſua intereſt, eleganter ſubiicit abſolutè id verum non eſſe, ſed hactenus vt merces ei remittatur. Quæ eadem adiectio ponitur aliis omnibus locis in quibus ex conducto non agitur in id quod intereſt: vt *in l. ex cõducto. 15. §. pen. eod.* vbi illud etiam Iureconſultus addit, quod ſententiam noſtram manifeſtè confirmat, ſi fortè dominus conductorem frui non patiatur, vel cùm ipſe locaſſet, vel cùm alius alienam rem, vel quaſi procurator vel quaſi ſuam, id quod intereſt præſtari. Neque tamen adhuc ſe *Accurſius* temperare poteſt quin cauilletur, & verba illa, *quaſi procurator*, de eo procuratore intelligit qui ſciebat ſe procuratorem non eſſe. Sed quid ad illa reſpondebit, *vel quaſi ſuam?* Idem fortaſſe, de eo intelligi debere, qui ſciebat alienum. At hoc nimis diuinare eſt, & perelegantem illius loci ſententiam deſtruit, facitque ineptum Vlpianum, qui in re tam aperta Proculi authoritatem afferat.

Ad l. fructus. 33. & l. pen. D. de rei vindicat.

CAPVT VI.

MOrtuo homine petito poſt inchoatum vindicationis iudiciũ, ſi de fructuum ratione habẽda quæratur, diſtinguendum arbitror an dolo aut culpa poſſeſſoris, an ſuo fato perierit. Etenim nullo poſſeſſoris dolo aut culpa interueniente, ſic fructuum ratio habebitur, vt quoad ſeruus vixerit duntaxat æſtimentur ex Labeonis ſententia *l. pen. D. eod.* At ſi dolo aut culpa poſſeſſoris perierit, Trebatij ſententia vtemur, vt eò vſque fructuum ratio habeatur, quouſque haberetur, ſi non periiſſet. *l. fructus. 3 . eod.* Habet autem hæc diſtinctio rationem manifeſtam. Dolo enim aut culpa poſſeſſoris mortuo homine vindicationis iudicium ideò non tollitur, quòd videatur adhuc extare is, qui dolo poſſeſſoris extare deſiit. *l. ſi ſeruum. 91. D. de verbor. obligat.* At cùm nulla poſſeſſoris culpa arguitur, vindicationis iudicium non ſupereſt niſi pro fructibus, & quemadmodum hominis pretium amplius non debetur, ita fructuum, niſi quoad ſeruus vixerit, ratio haberi non poteſt. Quæ ſententia eſt *l. vſque. 16. de rei vindic.* in qua idem Paulus ſcribit etiam mortuo homine vtique neceſſariam eſſe ſententiam propter fructus & partus, & ſtipulationem de euictione: ſed non vtique poſt litem conteſtatam fatum à poſſeſſore præſtandum eſſe, id eſt, vt interpretor, aliam rationẽ eſſe æſtimationis, aliam fructuum perempti hominis. Fructus vtique hoc eſt indiſtinctè tam à bonæ fidei poſſeſſore quàm à prædone præſtandos eſſe: at fatum non vtique à poſſeſſore præſtandum eſſe, ſed ab eo duntaxat, qui malæ fidei poſſeſſor ſit. Vera igitur eſt Labeonis ſententia à Paulo relata *in dict. l. pen. de rei vindic.* vt homine petito poſt litem conteſtatam mortuo fructus quoad is vixerit æſtimentur. Nec *Accurſii* diſtinctio recipi poteſt bonæ fidei poſſeſſorem a prædone ſeparantis: cùm, vt diximus, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ratione fructuum prædones conſtituantur. *l. ſumptus. 48. D. eod. l. ſed etſi. 25. §. ſi ante. D. de petit. her.* Sicque intelligo quod Papinianus ſcribit *in l. ſi nauis 62. §. fin. de rei vindic.* generaliter, cùm de fructibus æſtimandis quæritur, animaduerti debere non an malæ fidei poſſeſſor fruitus ſit (ita enim legendum eſt, non *fruiturus*) ſed an petitor frui potuerit ſi ei tradita res fuiſſet. Non quod in eo qui ab initio bonæ fidei poſſeſſor fuit, aliud admittendum ſit, ſed vt quemlibet poſſeſſorem poſt litem conteſtatam malæ fidei poſſeſſorem effici intelligamus. Nam de fructibus poſt litem conteſtatam perceptis loqui Papinianum ex eo apparet, quod ait eos fructus æſtimari debere quos petitor percipere potuiſſet ſi ei tradita res fuiſſet, ſcilicet petitionis tempore, hoc eſt litis conteſtatæ. *l. amplius. 15. D. rem rat. haber.* Siue igitur bonæ fidei poſſeſſor, ſiue prædo fuerit ab initio is à quo petita res eſt, id ſemper obſeruabimus, vt eos fructus æſtimemus qui ad mortem vſque ſerui percipi potuerunt. *dict. l. pen.* Et quod Paulus notat ita veram eſſe Labeonis ſententiam, ſi non priùs is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operæ eius inutiles factæ ſint, eò potius pertinet vt ne quidem in mortis vſque tempus fructuum rationem ſemper habendam exiſtimemus, quàm vt vllo caſu perempta re ſuo fato in æſtimandis fructibus rei iudicatæ tempus ſpectemus. Hoc enim ita demùm verè dicitur, ſi dolo aut culpa poſſeſſoris homo perierit, vt idem Paulus ex Trebatio & Pomponio refert *in d. l. fructus, 33. eo.* Et valde mirandi ſunt, qui Labeonis ſententię Trebatij & Pomponij authoritatem obiiciant, ſed illi magis qui vt non ſolùm Labeonem cum Trebatio, ſed etiam Paulum cum ſeipſo pugnantem faciant, contra librorum omnium authoritatem, & manifeſtam iuris rationem ſcripſerunt legendum eſſe *in d. l. fructus. ſi ſine dolo.* Etenim ſi cùm ſine dolo aut culpa poſſeſſoris petitus homo periit fructuum ratio habeatur vſque ad rei iudicandæ tempus, quid obſeruabimus ſi dolus aut culpa poſſeſſoris interueniſſe proponatur? Iniquiſſimum ſane fuerit dete-

rit deterioris conditionis non eſſe eum cuius culpa, adeóque dolus arguatur. Cùm verò hanc Pomponij & Trebatij ſententiam Iuliano quoque placuiſſe Paulus teſtetur: conſequens eſt vt quod ex eodem Iuliano Vlpianus refert *in l. Iulianus* 17. §. 1. *de rei vindicat.* poſſeſſorem poſt moram factam in reddendo homine qui mortuus eſt fructuum nomine vſq. ad rei iudicatæ tempus condemnari debere, ſic accipiatur, ſi dolo aut culpa poſſeſſoris mortuus ſit ex Pauli interpretatione, ne alioqui Iulianum aut ſibi contrarium fuiſſe, aut doloſum ab eo cui nihil imputari poſſit non diſtinxiſſe fateamur, quorum alterum abſurdum, alterum à Iuliani ſubtilitate alienum eſſe videtur. Ad rem verò non pertinet *l. ſi à bonæ fidei* 21. *D. eod.* quæ non de fructibus loquitur, ſed de homine petito, & cùm adiicit præſtandos eſſe à poſſeſſore fructus eius temporis, quo poſſedit, oſtendit eius temporis quo ipſe non poſſedit fructum eum præſtare non debere. Nec ſane aliter ſine maxima poſſeſſoris iniuria conſtitui poſſet, qui nullius doli aut culpæ arguitur, quique ab initio bonæ fidei poſſeſſor fuit. De illo enim lex loquitur, non de malæ fidei poſſeſſore. Quamquam hac parte, vt diximus, hoc eſt cùm de fructibus reſtituendis quæritur, non bonæ fidei poſſeſſor à prædone ſeparandus eſt, ſed is cuius dolo aut culpa homo periit vel fugit, ab eo cuius culpa dolúſve argui non poteſt.

Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l. cùm quis. 38. §. qui hominem. D. de ſolut.

Capvt vii.

Qvi hominem promiſit, ſi ſtatuliberum ſoluat, quæſitum eſt an liberetur. Africanus *in l. cùm quis.* 38. §. *qui hominem. D. de ſolution.* magis putat expectandam non eſſe conditionem, ſed confeſtim creditorem agere poſſe, & debitori condictionem competere. Quod ait creditorem agere poſſe, oſtendit debitorem liberatum non eſſe, & conſequenter ſolutum hominem condicere poſſe. Iuris enim regula eſt, ex quibus cauſis liberatio contingit, ex iiſdem ceſſare condictionem: & ex contrario ceſſante liberatione condictionem competere. *l. qui hominem* 34. §. *vltim. eod. l. ſi non ſortem.* 26. §. *qui filiofamilias.* & §. *ſi decem. D. de condict. indeb.* At Vlpianus *in l. ſtatuliberum.* 9. §. *pen. de ſtatulib.* Octauenum exiſtimaſſe refert in propoſita ſpecie debitori liberationem contingere, ratione illa, quòd etſi ante ſolutionem ſtatuliber ad libertatem perueniſſet, proculdubio tota obligatio extingueretur. Ea namque ſola in obligatione conſiſtere, quæ pecunia lui, præſtarique poſſunt: in quorum numero libertas cenſeri non poteſt. Quam ſententiam veram ſibi videri Vlpianus eo loco ſcribit, itémque Pomponius *in l. ſi mihi.* 92. *D. de ſolut.* De condictione quid ſentiant non exprimunt, hoc eſt, an debitori ea competat, quam Africanus competere putat. Sed in dubio ſequemur iuris regulam, vt quem liberari exiſtimarunt, eundem condicere non poſſe crediderint. Verùm *in l. Neratius.* 65. *de condict. indeb.* Caius ex Neratio mediam quandam ſententiam refert, ac ſequitur, nouam prorſus, & ſingularem, vt in propoſita ſpecie debitor nec liberetur, nec condicere poſſit. Non liberari probat ex eo, quòd in plenum ſtipulatoris hominem non fecerit, quæ etiam Africani ratio eſt in *d. l. cùm quis.* 38. § *qui hominem.* Statulibero quippe libertatis caſus implicitus eſſe dicitur *in l. vltim. D. ſi ex nox. cauſ. agat.* Poſſe autem condicere ideo negat, quòd hominem debitum dederit. Qua ex ratione manifeſtè *Accurſii* ſententia conuincitur, qui in horum locorum cõciliationem, diſtinguendum putat, certuſne an incertus homo ſit promiſſus. Etſi enim Neratius de certo homine loquitur, tamen verba captãda non ſunt, cùm ſiue certus ſiue incertus promiſſus ſit, illa ſemper ratio liberationem impediat, quòd in plenum ſtipulatoris homo factus non ſit. Condictionem verò, ex Neratij ſententia illud vtroque caſu remoratur, quòd qui ſtatuliberum ſoluit, promiſſum hominem ſoluerit. Nam cùm homine generaliter promiſſo, debitoris electio ſit, *l. plerũque.* 11. §. *vlt. de iur. dot.* apparet eum qui Stichum ſtatuliberũ ſoluit, non minus ſoluere quod debet, quàm qui Stichum ab initio promiſit: Ne aliter interpretantibus obiici poſſit, eum qui in genere hominem promiſit vt ſibi conſuleret, & liberiorem præſtandi, quẽ vellet, poteſtatem haberet, deterioris conditionis eſſe nõ debere, quam qui ab initio certo homini præſtando ſe adſtrinxit. Et quod Africanus indiſtinctè promiſſum hominẽ ponit, nõ eo pertinet vt de homine generaliter promiſſo ſenſerit, ſed vt intelligamus nihil hac parte intereſſe an certum, an incertũ hominẽ quis promiſerit. Rurſus apud Vlpianũ & Põponiũ de homine certo tractari manifeſtum eſt, & tamen debitorem, ſi ſtatuliberum ſoluat, liberari dicitur. Niſi fortè hîc diuinare volumus, Neratiũ de eo promiſſore loqui, per quẽ ſtatuliber factus eſt is qui ab initio promiſſus fuerat, quod tamen recipiendum non eſſe ipſa Neratij ratio demõſtrat. Etenim ſi per promiſſorem factum proponeretur, vt ſtatuliber fieret is qui promiſſionis tempore ſtatuliber nõ erat, quo caſu in dolo promiſſor eſſet, accõmodatius & probabilius nõ liberari eum Neratius defendiſſet, ea ratione quòd ipſius dolo factum eſſet ne in plenum ſtipulatoris homo fieret. At cum aliam rationem non adferat, quàm quòd homo ſtipulatoris in plenum factus non ſit, idémq. dici poſſit ſiue per promiſſorem ſiue per alium ſtatuliber factus ſit, apparet ex ſententia Neratij diſtinctioni huic locum eſſe non poſſe. Quare, niſi me valde fallo, fatendũ neceſſario eſt quod propoſui, Iurecõſultos in quæſtione iſta diſſenſiſſe, Octauenũ, Vlpianũ, & Pomponium ab Africano, Caiũ verò, & Neratium ab omnibus. Atque huius diſſenſionis argumentũ præbere videtur quod in *d. l.* 9. §. *pen. de ſtatulib.* Vlpianus ait, *tractatum eſt.* Id enim omnino ſic accipi debet vt de quæſtione iſta inter iuris autores dubitatũ, & diſputatum ſit: quod magis ac magis confirmant ſequentia illa, *quæ ſententia mihi videtur vera.* Præſertim cùm in vtramque partem rationes valde probabiles adduci poſſint. Nã quod Africano placet debitorem, qui ſtatuliberum ſoluit, non liberari, optimam rationem habet, quia perfectè hominem ſtipulatoris non fecerit. Quod etiam addit, dandam ei condictionem, eſt ex iuris regula quam huius capitis initio retulimus. Neque tamen minus probabilis eſt illa Neratij ratio, vt condicere non poſſit, quòd hominem debitum dederit: Debitum enim datũ eſſe certiſſimum eſt. Ergo indebiti condici non poteſt. Poſtremo Octaueni, Vlpiani, & Pomponij ſententiã rationem perelegãtem habet, quam ſupradicto loco Vlpianus refert, vt hominis debitor licet ſtatuliberũ ſoluerit, nihilominus liberetur. Nam & ſi ante ſolutionem ad libertatem perueniſſet, tota obligatio extingueretur, cùm ea cantùm in obligatione conſiſtant quæ pecunia lui præſtaríque poſſunt. Cur non ergo liberabitur, ſi eum ſoluat qui nondum liber eſt, ac nec fortaſſe

Digitized by Google

vnquam libertatem conſequetur? Et ſanè ſi quis rationem hanc paulò accuratius perpendat, horum ſententiam longè probabiliorem eſſe fatebitur: Africani quippe, & Neratij rationem conuincit. Verum enim eſt, quod & Neratius ait, eum qui ſtatuliberum ſoluit, hominem debitum ſoluere, cùm ſeruum deberet, ſtatuliber autem ſeruus eſſe non deſinat, vt in princip. *d. l.* 9. Vlpianus ait. Cur igitur debiti ſolutione non liberabitur? Dices cum Africano, & Neratio, quia ſtatulibero implicitus eſt caſus libertatis. Id verò Vlpianus non negat, ſed non ideò liberationem impediri debere contendit, quandoquidem, & ſi ante ſolutionem ad libertatem perueniſſet, tota obligatio extingueretur.

Emendatio l. Papinianus. 23. D. de donat. int. vir. & vxo.

Capvt VIII.

DONATIONES inter virum & vxorem, quas iure ciuili non valere certum eſt, donatoris morte confirmari poſt Diui Seueri, & Antonini conſtitutionem, nemo eſt qui neſciat. Dubitari tamen poteſt, An generaliter id verum ſit, ſiue traditione, ſiue ſtipulatione interueniente donatio facta eſſe proponatur. Extat enim Papiniani ſententia ab Vlpiano relata & probata in *l. Papinianus* 23. *D. de donat. inter vir. & vxo.* orationem Diui Seueri ad rerum duntaxat donationes pertinere: Proinde ſi maritus vxori ſuæ ſtipulanti ſpoponderit ipſam heredes conueniri non poſſe, licet durante voluntate maritus deceſſerit. Cui ſententiæ ex contrario obſtat *l. ſi ſtipulata.* 33. *eod. titul.* in qua idem Vlpianus ſcribit, ſi mulier annuum ſtipulata ſit, id quidem ex ſtipulatu conſtante matrimonio petere non poſſe: ſed ſi manente matrimonio, eadémque voluntate maritus deceſſerit ſtipulationem ex Senatuſconſulto confirmari. Et apertius *in l. cùm hic ſtatus.* 32. §. *ſiue autem.* 18. *eod. tit.* idem Vlpianus ait, ſiue res ſuit, quæ donata eſt, ſiue obligatio remiſſa, donationem effectum habituram, & generaliter vniuerſas donationes, quæ anteà impediebantur, ex oratione valere, hactenus vt præmorientia donatoris morte confirmentur. Ex quibus manifeſtè apparet Vlpiani ſententiam illam eſſe vt oratio Diui Seueri, non ad rerum duntaxat, ſed etiam ad verborum donationes pertineat. Nam quod vulgo reſpondetur, ſpeciale eſſe in annuo, quod Vlpianus ait in *d. l. ſi ſtipulata.* nihil minus quàm verum eſt, cùm verba illa, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, oſtendant ſatis Vlpianum ita reſpondiſſe in annuo, non quòd in aliis rebus aliter reſponſurus eſſet, ſed quia annui hac parte eadem ratio ſit quæ aliarum rerum, cum in annuo quoque donatio vertatur. Ridicula eſt etiam *Accurſii* reſponſio, & interpretatio, qui ſtipulationem annui de pecuniæ annuæ ſtipulatione intelligit, cùm tamen annui appellatione cibaria, & veſtiaria ſignificentur, *l. annua.* 20. *D. de annuis legat.* de quibus accipiendam puto *l. ſi cui* 14. *eod.* propter illa verba, *ex dignitate perſona*, quæ proculdubio ad legatarij non legantis perſonam referri debent. Relictis enim cibariis & veſtiariis ſine adiectione ſummæ, dignitas, & qualitas legatarij inſpicienda eſt, vt ſciatur quæ cibaria, & veſtiaria debeantur. Et ea nimirum dubitandi ratio eſt propter quam in ſpecie *d. l. ſi ſtipulata.* promiſſio annui donationem continere non videbatur, quòd maritus vxori ex officio cibaria & veſtiaria præſtare teneatur. Sed quanquam vxorem alere maritus debet, nihil tamen ei alimentorum nomine donare poteſt, *l. quidam* 22. *D. de pact. dota.* vbi dicitur etiam quod annui nomine datur, ſpeciem donationis eſſe. Hoc ita, niſi ab initio inter virum & vxorem conuenerit vt mulier ſe ſuóſque aleret, quo caſu videri poteſt maritus non annuum donaſſe, quàm cum alimentis debitis compenſaſſe, *argum. l. ſi quis.* 21. §. *vlt. de dona. int. vir. & vxor.* Cæterum in *d. l. quidam.* obiter notandum eſt malè vulgò legi, *ac ſi inter virũ*, &c. ne adiectio illa prorſus inanis, & inepta ſit, at potiùs tollendam particulam, *ac*, tum maiuſculis literis legendum *ſi inter ſe, & virum non conueniſſet vt ha mercedes ſibi alimentorum nomine darentur.* Hæc enim verba continent formulam exceptionis, quam mulieri dari non debere Iulianus ait. vt *in l. ſi quis.* 17. §. 4. *de inſtit. action.* Rurſus, vt ad propoſitam diſputationem redeamus, quod idem Accurſius reſpondet *ad d.* §. *ſiue autem.* loqui eo loco Vlpianum, non de promiſſione, ſed de liberatione ad quam procliuiores eſſe debemus, verum etiam non eſt. Generaliter enim ſcribit omnes donationes quas prius non valere dixerat, ex oratione confirmari. Prius autem, hoc eſt in *l. 3. ſciendum eod. titul.* quæ ſumpta eſt ex libro præcedente, dixerat improbatas eſſe omnes inter virum & vxorem donationes, ſiue donati corporis traditio facta ſit, ſiue ſtipulandi promiſſum, vel debitori accepto latum ſit, quibus etiam verbis oſtendit nihil hac parte promiſſionem ab acceptilatione differre. Atque huic ſententiæ rectè conuenit *l. 2. Cod. de dot. caut. non numer.* in qua Imp. Alexan. reſcribit generaliter & indiſtinctè id quod à marito vxori conſtante matrimonio donatum eſt, poſſe ab ipſius heredibus peti, ſi modò legitimè confecta donatio ſit. Legitimè verò conficitur duobus modis, traditione, & ſtipulatione, vt rectè eo loco *Accurſius* interpretatur. Sed vt Papiniani ſententiam defendat, malè reſpondet *in d. l.* 2. ſecutã fuiſſe traditionẽ, quod repugnat poſtremis illis verbis, *ab heredibus mariti quatenus liberalitas interpoſita eſt, peti poteſt.* Subſecuta enim traditione, donatario non petitione, ſed retentione conſuli oporteret, porro peti quod donatum eſt niſi ex ſtipulatione non poteſt. Ex quo apparet Papiniani ſententiam non tantum Vlpiano, ſed etiam Imperatoribus non placuiſſe, proinde ſequendam non eſſe: vt valde mirum ſit hodie vulgo ab omnibus interpretibus eam probari. Habet tamẽ rationem non inelegantem, ſi orationis verba ſpectes. Ait enim oratio, *heredẽ verò eripere*, &c. *d. l. cùm hic ſtatus.* §. *ait oratio.* Eripi verò niſi quod penes alium ſit nõ poteſt. At Vlpianus, & cæteri ad orationis ſententiam potiùs quàm ad verba reſpexerunt, quæ cùm de confirmandis inter virum & vxorem donationibus facta ſit, idque ex æquitate contra nimium iuris rigorem, nulla ratio eſt cur ad rerum potiùs quàm verborum donationes coanguſtetur. Quæ cùm ita ſint, quærenda reſponſio eſt ad *d. l. Papinianus.* quæ ſola interpretes in hunc errorem inuexit. Ac facilis reſponſio eſſet, ſi ea lex alterius quàm Vlpiani eſſet: dici enim poſſet, diſſenſiſſe Papinianum à cæteris, neque tam de conciliatione quæreretur, quàm de illo, quæ ſentẽtia probabilior videretur. Sed cũ Vlpianus *in d. l. Papinianus.* Papiniani ſententiam probet, vix aliud dici poteſt quàm Vlpianum variaſſe, & Papiniani ſententiam, quam prius probauerat, poſtea improbaſſe. Neque enim probabile eſt, quod doctiſſimus *Duarenus ad tit. de donat. int. vir. & vx.* comminiſcitur, duplicem de donationibus inter virum & vxorem confirmandis orationem habitam fuiſſe: priorem à Seuero, poſteriorem ab Antonino Seueri filio. Illam ad eas duntaxat res pertinuiſſe quæ vxoris cauſa comparatæ

eſſent

Digitized by Google

eſſent: Hanc verò pleniorem fuiſſe, & de omnibus quæ inter coniuges donationis cauſa geruntur, locutam eſſe. Priorem Papiniani temporibus factam fuiſſe, Poſteriorẽ verò poſt occiſum Antonini iuſſu Papinianum, quòd parricidij publicus defenſor eſſe recuſaſſet. Etenim præter id quod nullo iuris loco duplicis huius orationis mentio fit, pugnat etiam hæc ſententia cum *d. l. cum hic ſtatus.* in cuius principio Vlpianus ait Antoninum Auguſtum ante exceſſum patris ſui oratione in Senatu habita autorem fuiſſe Senatui cenſendi vt donationes inter virum & vxorem, quæ antea nec ab initio valebant, nec donatoris morte confirmabantur, in vim donationum cauſa mortis defenderentur: ex quo apparet viuo Papiniano huiuſmodi orationem in Senatu habitam fuiſſe. Niſi fortè duplicem quoque Antonini orationem comminiſcamur: quamquam ne hoc quidem ad id de quo quærimus quicquam proficiet. Illius enim, quæ ante exceſſum Diui Seueri habita eſt, interpretationem Vlpianus facit, cùm ait, generaliter vniuerſas donationes, quæ antea non valebant, ex oratione confirmari. Nec Duareni commentum adiuuat quod ibidem Vlpianus addit, orationem Antonini non ad ea tantùm quæ vxoris cauſa comparata ſunt, ſed ad omnes donationes inter virum & vxorem factas pertinere: ex quo infert ille priorem orationem, quam Diui Seueri fuiſſe ait, de iis tantùm quæ vxoris cauſa comparata eſſent, caviſſe. Quod ſi verè colligeretur, (falſum verò eſſe apparet *ex l. 3. & l. ſi maritus. 10. C. de donat. inter vir. & vxo.* nõ ſatis rectè Papinianus putaſſet orationẽ Diui Seueri ad retũ donationes pertinere. Sed nec ad ea quæ à marito vxoris cauſa comparata ſunt, pertinere Papinianus putabat, ſi ea ſtipulatione duntaxat promiſſa necdum tradita eſſent. Rerum namque donationes intelligebat, non quibus res aliqua donatur (omnem enim donationem alicuius rei eſſe neceſſe eſt) ſed quæ ex rei traditione non ex ſtipulatione effectum ſumunt. Denique eandem Diui Seueri, & Antonini orationem fuiſſe certum eſt, quæ nunc à Seuero, nunc ab Antonino, nunc ab vtroque habita dicitur, quòd vtroque ſuperſtite & imperante habita ſit. Igitur probabilius eſt in *d. l. Papinianus*, ab interprete additam eſſe dictionem *rectè*, quæ ſola inextricabilem quæſtionis huius exitum facit. Ea verò ſublata dici poterit Vlpianum eo loco Papiniani ſententiam referre duntaxat, non etiam probare: at in aliis locis manifeſtè improbare: quod in libris noſtris non eſt nouum. Nam & in *l. ſi aliena. 10. §. vlt. D. de vſucap.* idem Vlpianus Scæuolæ ſententiã refert, quam tamen improbat *in l. qui vas. 48 §. ancilla. de furt.* & Papinianus *in l. ſi fideiuſſor. 19. de dolo.* refert Neratium Priſcum, & Iulianum reſpondiſſe fideiuſſorem qui promiſſum animal ante moram occidit, de dolo teneri, quoniam à ſtipulatione liberatus ſit. Idem tamen in *l. Stichum aut Pamphilum. 95 §. 1. de ſolut.* vbi ſententiam ſuam exponit, fideiuſſorem ex ſtipulatu non de dolo teneri defendit. Veriſſimum autem eſſe quod dicimus, ab imperito interprete additam eſſe dictionem illam, *rectè*, manifeſtè apparet ex gloſſa *Accurſii*, qui ad verba illa, *Papinianus putabat*, ſic notat, *& malè ſecundum quoſdam*, quę interpretatio nimium impudentis, & temerarij interpretis eſſet, ſi Vlpianus Papinianum rectè putaſſe ſcripſiſſet. Sed & interpretes ita notaſſet, *imò malè*, non *& malè*. quod euidens argumentum eſt in *Accurſii*, & veterum libris dictionem illam in textu defuiſſe. Deeſſe autem debere, ex iis quæ toto hoc capite diximus, iam dubitare non oportet.

An ſocius ſocio de damno infecto cauere compellatur.

Capvt ix.

SI propriis meis ædibus vicinas communes ego & tu habeamus, & communes meis propriis ruinam minentur, ius eſt mihi inuito te per actionem Communi diuidundo conſequi, vt communes noſtras mihi reficere liceat, & impenſas in refectionem factas pro qua parte dominus exiſtes eodem iudicio Communi diuidundo, aut Pro ſocio reſtituas. *l. ſi ædes. 12. D. commun. diuid. l. ſi ædibus. 32. D. de damn. infect.* Neque hoc caſu cogeris mihi cauere de damno infecto, quia magis obtinuit ſententia exiſtimantium toties damni infecti ſtipulationem interponi non debere, quoties alia actione ſarciri damnum poteſt, vt in propoſita ſpecie contingit. *d. l. ſi ædibus. l. damni. 18. §. et cuius. cum §§. ſeqq. l. qui bona. 13. §. de illo. D. de damn. infect.* Vnde generaliter traditum eſt inter quos paries communis eſt ædificiorum nomine quæ quiſque propria habet, ſtipulationem damni infecti duobus duntaxat caſibus neceſſariam eſſe, nimirum cùm aut alter ſolus ædificat, & vitium ex opere futurum eſt: Aut alter pretioſiora ædificia habet, & plus damni ſenſurus eſt decidente pariete, *l. inter quos. 39. eod.* Aliis caſibus neceſſaria non eſt damni infecti ſtipulatio, ſed tamen aliquando interponi ſolet, *d. l. ſi ædibus.* quod ſummopere animaduertendum eſt, vt intelligamus inutilem non eſſe iis caſibus ſtipulationem, vt committi non poſſit (quod *Accurſius* ſenſit ad *l. damni. 43. §. 1. eod.*) & Caium in *d. l. ſi ædibus*, *inutilem*, dixiſſe pro *non neceſſariam*. quod vel ex ipſa illius legis quæſtione apparet, quæ non de illo eſt, An ſocius ſocio de damno infecto cauere poſſit, ſed, An cauere debeat. Reſpondet verò Iurec. inutilem eſſe ſtipulationem, id eſt, caueri non debere quia ſocio alia actione, & remedio ciuili poſſit eſſe conſultum: fruſtra autem is qui ciuilem actionem habeat honorariam deſideret. *l. 1. D. de Publician.* Idque apertius Pompon. declarat, cùm ait duobus caſibus neceſſariam eſſe inter ſocios hanc de damno infecto ſtipulationem. *d. l. inter quos.* innuens aliis caſibus neceſſariam non eſſe, vtiliter tamen interponi poſſe, quod apertius expreſſum eſt in *d. l. damni. 43. §. cùm parietem. eo.* Obſeruandi verò ſunt, & enartandi duo illi caſus, quibus ſtipulatio de damno infecto inter ſocios neceſſaria eſſe dicitur. *d. l. inter quos.* Primus eſt, vt diximus, cùm ex ſociis vnus ſolus ædificat, & ex ipſius opere damnum timetur. Nam ſi vterque ædificet, conſtat neceſſariam non eſſe ſtipulationem, *dict. l. 43. §. 1.* quia cùm par vtriuſque ſocij culpa, & periculũ eſt, neutri aduerſus alterũ actio competit. *l. ex damni 40. §. 1. in fin. eod.* Vno autem duntaxat ædificante ideò ſtipulatio neceſſaria eſt, quia iudicio Communi diuidundo, aut pro ſocio damnum factũ ſarciri non poteſt, cùm vtrunque iudicium non aliter locum habeat, quàm ſi de re communi agatur, quod hîc non euenit. Ponimus enim ſocij proprias ędes ex communi ruina damnum paſſas fuiſſe. Et hic caſus rectiſſimè cõuenit illi regulæ quam ſuprà ex Caio poſuimus, vt damni infecti ſtipulatio tũc demũ neceſſaria ſit, cùm illius qui ſibi timet, indemnitati alia occaſione conſultũ eſſe non poteſt. Secundus caſus, qui à Pomponio proponitur, maiorem dubitationẽ habet ac ſubtiliori indiget inquiſitione. Eſt autẽ eiuſmodi, Si vnus ex ſociis, qui cõmunem habẽt parietẽ pretioſiora ædificia habeat, vt decidẽte pariete maius dãnũ paſſurus eſſe videatur. In quo primùm adnotandus eſt omniũ ferè iuris interpretũ error mani-

teſtiſſimus, exiſtimantium intelligi id debere, ſi aut alter ex ſociis, aut vterque in communi pariete ædificet, quorum neutrum dici poteſt. Si enim vnus duntaxat ex ſociis ædificet, non differet hic caſus à ſuperiore, quod (etſi Ioannem ita ſenſiſſe *Accurſius* referi, *in d.l.inter quos.*) tamen Pomponij verbis non conuenit, quibus apertiſſimè duo caſus ex ſuperiore regula excipiuntur. Neque verò vt aduerſus ſocium ædificantem ſocius actionem habeat, requiritur vt is qui non ædificat pretioſiora ædificia habeat, ſed illud ſufficit vt ex opere eius qui ædificat, damnum ſuis ædibus timeat is qui non ædificat: quo caſu cùm ciuilem actionem non habeat, ſtipulatio ei neceſſaria eſt, vt diximus. Quòd ſi vterque ædificet, diſtinguendum etiam non eſt an vnus ex iis maius damnum paſſurus ſit, fortè quòd pretioſiora ædificia habeat, aut ædes meliùs inſtructas. Cùm enim hoc caſu vtriuſque facto & opere paries decidat, Sabini, & Vlpiani ſententia ſequenda eſt, vt in pari vtriuſque cauſa nihil alter alteri præſtare debeat *d.l.ex damni.* 40. §. 1. *eod.* Eſt igitur Pomponius de illo caſu intelligendus, cùm neuter ex ſociis ædificat, alter tamen altero pretioſiora ædificia habet. At videtur hoc aduerſari ſuperiori regulæ, quæ damni infecti ſtipulationem iis caſibus neceſſariam eſſe negat quibus alia actione damnum ſarciri poteſt. Diximus enim eum qui pretioſiora ædificia habeat poſſe parietem, cuius ruinam veretur, reficere, tum impenſas in refectionem factas iudicio communi diuidundo aut pro ſocio à ſocio pro qua parte parietis dominus eſt recuperare. *dict. l.ſi ædibus.* Et hoc eſſe videtur, quod interpretibus omnibus tenebras offudit, vt Pomponij elegantiam percipere non potuerint. Animaduertere verò debuerunt poſſe hoc quoque caſu contingere vt damni infecti ſtipulatio prorſus neceſſaria ſit, fortè ſi is qui pretioſiora ædificia habet parietem communem reficere nolit. Quid enim ſi aut pecuniam in promptu non habeat, aut ſi quam habet fœnori potius collocare, quàm in refectionem impendere velit? Iniquum ſanè eſſet periclitari eum, nec à ſocio de damno infecto pro ipſius parte ſtipulari poſſe. Quamquam enim dici quodammodo poteſt imputare eum ſibi debere quod communem parietem non refecerit, præſertim ſi reficiendi poteſtatem habuerit, tamen ſatis in eo punitur, quòd parietis communis decidentis iacturam pro ſua parte patitur, & damni quod propriis ædibus datum eſt à communi pariete pro ſua tantùm parte repetitionē habet. Neque enim ſocius ſupra ſuam partem ſocio de damno infecto cauere compellitur, *d. l.damni.* 43. §. 1. *verſicu. ſed ſi maximè. eod.* Sed & pro ea parte damni dati repetitionem ſocius non haberet, ſi interpoſita ſtipulatio non eſſet, quia, vt iam diximus, quoties communis parietis vitio nulla alterius ex ſociis culpa damnum aliquod accidit, nihil ſocius ſocio præſtat, niſi damni infecti ſtipulatio interuenerit: quæ ſanè dici neceſſaria non poteſt, ſi eum qui pretioſiora ædificia habet ruinoſum parietem reficere ponamus, cùm iudicio Pro ſocio, aut Communi diuidundo ipſius indemnitati conſultum eſſe poſſit. Neque huic noſtræ interpretationi poteſt obiici, Pomponium in *d.l.inter quos.* nihil de hoc caſu exprimere. Nam cùm dicat duobus duntaxat caſibus neceſſariam eſſe inter ſocios de damno infecto ſtipulationem, ſufficit duos caſus proponi in quibus neceſſariam eam eſſe appareat. Quid ergo ſi iuxta parietem nobis communem ædificia habeamus vtraque eiuſdem pretij & æſtimationis? Et Pomponius in *d. l. inter quos.* ſcribit hoc caſu quia vtriuſque periculum æquale eſt, quantum quis vicino præſtat, tantùm ab eo conſequi. De quorum etiam verborum ſenſu omnes, quotquot vnquam fuere, interpretes dubitauerunt. Quibuſdam placuit, quos *Accurſius* refert, decidente pariete communi, & damno dato, alterū ex ſociis alteri viciſſim damnum reſarcire iudicio Communi diuidundo, vel Pro ſocio. Quam interpretationem apertè conuincit regula *dict. l.ex damni.* 40. §. 1. Malè tamen *Accurſius* vt eam refellat, ſcribit in re communi damnum contingere non poſſe. Alioqui dicendum eſſet nunquam inter ſocios pro re communi ſtipulationem damni infecti interponi poſſe, quod falſiſſimum eſſe nec ipſe *Accurſius* in quibuſdam caſibus diffitetur. Neque ad rem quicquam facit *l. arbor.* 19. §. *ſi per eundem. D. commu. diuid.* vbi Paulus ait impenſam factam in viam duobus communiter per eundem locum debitam negotiorum geſtorum actione repeti, non Communi diuidundo, aut Pro ſocio. Primum enim obſeruandum eſt reprehendi eo loco Pomponium, qui in illa ſpecie ei ex ſociis, qui impenſam feciſſet, actionem Pro ſocio, aut Communi diuidundo dandam eſſe contendebat. Multo igitur magis in propoſito caſu dediſſet, hoc eſt cùm communis paries vtriuſque ædibus ruinam fecit. Deinde Paulus eo loco de via communi loquitur, non de pariete cuius longè diſpar & diſſimilis ratio eſt. Etenim ſi per eundem locum via nobis debeatur, & in eam impenſa facta ſit, rectiſſima eſt Pauli ratio, vt Communi diuidundo, agi non poſſit, quia iuris communio ſeparatim intelligi nequeat: Quoniam ſi viæ ius, quod incorporale eſt, ab ipſo corpore ſepares, id eſt à loco per quem via debetur, nihil reperias commune in quod impenſa facta ſit: eſt enim facta in ipſum locum quem communem non eſſe certum eſt *l. 4. in princ. D. ſi ſeruit. vindi. l. qui duo.* 30. *D. de ſeruit. ruſti. præd.* In qua ratiocinatione illud ſubintelligendum eſt, non niſi pro ea re quæ ſit communis iudicio Communi diuidundo locum eſſe poſſe. *l. 1. commun. diuid.* Quod de communi pariete ſimiliter dici non poteſt, quem, cùm & corporalis ſit, & communis, in iudicium communi diuidundo venire nequaquam ambigendum eſt, *d. l. ſi ædibus.* 32. *de damn. infect.* Idem *Accurſius in d. l. inter quos.* Pomponium ſic intelligit, vt quantum ſocius ſocio præſtat, tantum ab eo conſequi poſſit interpoſita ſtipulatione, quod tamen, inquit, fieri non debet. Sed interpretatio hæc Pomponij verbis non conuenit, in quibus nihil eſt ex quo poſſit colligi interpoſitam fuiſſe ſtipulationem, vt illud taceam, quod iam ſæpius repetij de damno, quod rei communis vitio contigit, nihil ſocium ſocio præſtare debere. Mihi videtur, omnium iuris interpretum in horum verborum interpretatione errorem illum eſſe, quòd putant Pomponium de damno facto ſarciendo diſputare, cuius tamen verba de damno infecto loqui eum demonſtrant. Ait enim quia periculum æquale eſt quantum ſocius ſocio præſtat, tantum à ſocio eum conſequi. At damno dato periculum amplius nullum eſt, ſed damnum datum. Ad quod ſi interpretes animaduertiſſent, nunquam dubitaſſent qua actione damnum factum ſarciri oporteat, an Communi diuidundo, an Pro ſocio, an ex interpoſita damni infecti ſtipulatione, quorum omnium nihil dici poteſt. Omnino igitur ita Pomponius intelligi debet, vt non aliter ſocius ſocio de damno infecto caueat, quàm ſi viciſſim ſibi à ſocio caueatur, ſecundum quam interpretationem tantum ſocius à ſocio conſequitur quantum præſtat, ſcilicet damni infecti cautionem. Nam cùm æquale periculum eſt, iniquum fuerit vnum ex ſociis ſolum alteri

Digitized by Google

cauere, nec dici poteſt vter cauere debeat: & qui ſibi caueri vult, debet prius alteri cauere, vt in ſpecie *l. 43. §. cum parietem. de damn. infect.* At cũ æquale periculum non eſt, vt cùm alter ex ſociis pretioſiora ædificia habet, non eſt neceſſe tantum eum præſtare quantum cõſequitur. Cogitur enim ſocio, qui pretioſiora ædificia habet cauere de damno infecto, neque tamen ipſe viciſſim à ſocio eam cautionem cõſequi poteſt.

Conciliatio l. 28. D. de iur. fiſc. cum l. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant.

Capvt X.

Si is, qui mihi obligauerat quæ habebat habiturúſque eſſet, cum fiſco contraxerit, Vlpianus & Papinianus reſponderunt in re poſteà acquiſita fiſcum potiorẽ eſſe, quia pignoris cauſam præuenerit in *l. 28. D. de iur. fiſc.* cui ab omnibus opponitur *l. vl. in prin. D. qui potior. in pign. habeant.* vbi Scæuola in eadẽ vt videtur ſpecie, reſpondet eum qui prius cõtraxit, fiſco præferri debere. Ac ſanè iuris regula ſic ſe habet, vt qui prior eſt tempore, iure quoque potior ſit, & in pignoris perſecutione præferatur. Sed non ſemper tempore prior intelligitur ille qui prius contraxit, at is demum qui prius rem obligatam habuit, cùm poſſit contingere, vt qui diuerſis temporibus contraxerunt, eodẽ tamen tempore pignoris obligationẽ acquirant, vt euenit cùm duobus futuræ res diuerſis temporibus obligatæ ſunt, quo caſu traditum eſt vtrunque in pignore concurrere, *l. idémque 7. §. vlt. D. eod.* Hoc ita, ſi eadẽ vtriuſq. crediturís cauſa, idémque fauor ſit: nam ſi alter tacitæ hypothecæ beneficium habeat, non ſolùm alteri concurrit, ſed etiam tempore prior eſſe intelligitur, quia eo ipſo quod contrahit, hypothecam habet, alter verò non aliàs, quàm ſi eam ſibi acquirat, finito perfectóque cõtractu cuius ea acceſſoria eſt. Quę ſententia & ratio eſſe videtur *d. l. 28. de iur. fiſc.* in qua is qui prius cũ priuato expreſſam hypothecam habẽte contraxerat, poſteà cum fiſco contraxiſſe proponitur, cui legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hypotheca conſtituitur *l. auferetur. 46. §. fiſcus. D. eod.* vt mirum non ſit ſi in bonis poſt vtramque obligationem quęſitis præferatur: non ex priuilegio, quod *Accurſius* tentat, ſed ex iure cõmuni, quo qui tempore prior eſt in pignoris conſtitutione, idem, vt diximus, in pignoris perſecutione potior quoque eſt. Quid ergo ſi vtriuſque creditoris eadẽ cauſa, idémque fauor ſit, ac vterq. ex lege in debitoris bonis tacitam hypothecã habeat? Et dicẽdum eſt hîc aliud ſeruari nõ debere, quàm ſi neuter tacitæ hypothecæ priuilegiũ haberet: quo caſu diximus vtrunque in pignore concurrere, nec eum qui prius cõtraxit, poſteriori præferri. *d. l. idémque. §. vlt. qui potior. in pignor. habeant.* propter quam cauſam ſi à duobus pupillis mutuam pecuniam diuerſis temporibus quis acceperit, & ex eorum pecunia rem aliquam comparauerit, placet alterum alteri in pignore non præferri, quia licet diuerſis temporibus contraxerint, vtriuſque tamẽ priuilegium eodem tempore incipit, hoc eſt cùm ex eorum pecunia res emitur, *d. l. idémque. in prin.* Quod cùm ita ſit, malè *Bartolus, in d. l. vlt. qui potior. in pig. hab.* Seiam fiſco ob eam cauſam præferri putat, quod duplex priuilegium haberet, temporis ſcilicet, & tutelæ: cùm in rebus poſt obligationem quæſitis temporis priuilegium nullum ſit: tacita autem hypotheca, quę ratione tutelæ per legẽ conceditur, *l. pro officio. 20. C. de adminiſtr. tut. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. action.* fauorabilior, & potentior non ſit, quàm quæ fiſco tribuitur. Imò hanc fauorabiliorem eſſe apparet ex *lege 1. §. ex illa, D. ad leg. Cornel. de falſ.* vbi Marcianus refert ex Diui Seueri, & Antonini Conſtitutione falſi pœnam irrogari tutoribus, & curatoribus qui ante redditam rationem adminiſtrationis cum fiſco contrahunt. Cuius conſtitutionis ratio alia non fuit, quàm ſingularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiſcus tamen ex ſua tacita præferretur, ſi eorum tutoribus & curatoribus ante reſtitutam tutelam vel curam cum fiſco contrahere permitteretur. Nam ſi fauore fiſci ita conſtitutum eſſe diceremus, debuerant prohiberi cum fiſco contrahere, non tantùm tutores & curatores, ſed generaliter ij omnes quorum bona tacitè obligata ſunt, quod nequaquam conſtitutum eſt. Quare, cùm quæritur cur in *d. l. vltim. qui potior. in pignor. hab.* Seia fiſco præferatur, ratio ex tacita hypotheca quam in tutoris bonis Seia habebat, peti non poteſt, cùm ſi mutuis priuilegiis inter ſe certarent, fiſcus ei præferretur. Sed &, ſi quæratur cur ei fiſcus non præferatur, commodè reſponderi non poterit, quoniam omnia tutoris bona expreſſè obligata habebat. Quanquam enim ratio hæc facit vt in bonis iam obligationis tempore quæſitis fiſco præferatur, *dict. l. vltim. § 3. & l. 8. eod.* tamen in iis quæ poſt obligationem acquiſita ſunt idem dici non poteſt, vt oſtendit *d. l. 28. de iur. fiſc.* quam, cùm generaliter loquatur, coangustandam non puto ad eum caſum quo is qui priùs contraxit tacitæ hypothecæ beneficium non habuit, cùm etſi habuit, tacita fiſci hypotheca ſemper efficiat vt cauſam pignoris fiſcus præueniſſe intelligatur. *d. l. 1. § ex illa. de falſis. l. quod quis. 34. D. de reb. auth. iudic. poſſid.* Alia igitur ratio quærenda eſt, cur in *d. l. vlt.* Seiam fiſco præferri Scęuola reſponderit, non tantùm in bonis iam obligationis tempore quæſitis, quod minorem dubitationem habet, ſed etiam in aliis omnibus quæ poſt priorem obligationem tutor acquiſiuit. *Accurſius*, cuius ſententiam plærique probarunt, ſic Scæuolam interpretatus eſt, vt Seia fiſco præferatur, in iis omnibus quæ poſt priorem obligationem acquiſita ſunt, prius tamen quàm cum fiſco contraheretur. Qua interpretatione ſi Scæuolę verbis, & elegantiæ conueniens eſſet, alia profectò facilior, & accommodatior excogitari non poſſet. Sed ſi rectè inſpicias, non dubitabis aliud quiddam reſpondiſſe Scæuolam, quod & probabilius ſit, & elegantius. Alioqui de illis tantùm rebus reſpondiſſet quas tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam de iis quas poſt priorem obligationem acquiſiit, cùm exiſtimandum non ſit aliam rationem eſſe rerum iam obligationis tempore acquiſitarum, & earum quæ poſteà acquiſitæ ſunt, priùs tamen quàm cum fiſco contraheretur. Probabilius igitur dici poteſt, Scæuolæ ſententiam illam eſſe, vt in iis quoque bonis, quæ poſt fiſci obligationem acquiſita ſunt, Seia fiſco præferatur; hactenus tamen vt in iis quæ poſt factam nouationem, & ſecundam obligationem acquiſita ſunt, non præferatur: quod vtrunque maximam rationem habet. Nam in iis quæ poſt priorem obligationem, & ante nouationem acquiſita ſunt, ideo præfertur, quòd nouationis poteſtate factum eſt, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta ſint præſentia, quæ ſcilicet eo tempore iam acquiſita ſunt. Proinde eo iure cenſeri debent quo ea quæ prioris obligationis tempore iam quæſita erant, vt in omnibus Seia fiſco præferatur. Nec enim dicen-

Digitized by Google

dum eſt nouationem ei nocere debere, vt quæ anteà fiſco prior erat, eadem poſterior fiſcu facta ſit, argu. *l.1. de noaat.* cùm certi iuris ſit priorem creditorem qui poſtea nouatione facta eadem pignora accepit, ſibiipſi in ſuum locum ſuccedere, & ſuperioris temporis ordinem retinere *l.3. in princip. l. creditor 12. §. Papinianus. D. eo.* At in iis quæ poſt nouationẽ factam acquiſita ſunt, Papiniani, & Vlpiani ſententiæ locus erit, vt fiſcus iure tacitæ hypothecę cauſam pignoris præueniſſe cenſeatur. Idque eſt, opinor, quod Scæuola ait, Seiam fiſco præferri in iis etiam rebus quæ poſt priorẽ obligationem acquiſitæ ſunt, vt intelligamus non præferri in iis quæ poſt ſecundam obligationem, id eſt poſt nouationem acquiſitæ ſunt. Secundã enim obligationem interpretari debemus, non eam quæ cum fiſco contracta eſt, ſed eam quæ cum Seia, cum qua etiam prior contracta fuerat. Quòd ſi quis huic noſtræ ſententiæ obiiciat nouationem in propoſito caſu in fraudem fiſci factam videri, qui ſi ea facta nõ eſſet, in omnibus poſt ſuam obligationem quæſitis Seiæ præferretur. Reſpondebo in fraudem non facere eum qui ſibi proſpicit ne ſuum perdat, neve pignorum quibus ſibi cautum erat perſecutionẽ amittat propter obligationẽ poſteriorem cum fiſco cõtractam, arg. *l. latanas. 42. D. de acq. here. l. mater. 27. §. 1. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. l. ſumma. 21. D. de pecul.* Planè ratione pecuniæ poſt fiſci obligationem creditæ non præferretur, quoniam hoc ſine fiſci & priorum cerditorum fraude fieri non poſſet *d. l. 12. §. Papinianus. qui pot. in pignore habeant.*

Emendatur l. ſi quis. 17. §. ſi impubes. D. de inſtit. act.

Capvt XI.

PVpillus inſtitoria actione tenetur, ſi tutoris authoritate inſtitorem præpoſuerit, & locupletior factus ſit. *l. veram. 9. cũ l. ſequen. D. de inſtit. action.* itémque ſi ei qui præpoſuerat heres extiterit, & inſtitorẽ remouere tutores potuerint, nec tamẽ voluerint. *l. 11. eod.* quod cùm vix aliam rationem habeat, quàm quòd ab ipſo pupillo tutorum authoritate propoſitus videatur is, qui à tutoribus remoueri potuit, nec remotus eſt, ego ſic accipiendum puto, vt hoc etiam caſu pupillus non niſi in quantum locupletior factus eſt teneatur, arg. *d. l. 10. eod.* Quòd ſi nec locupletior factus ſit, nec inſtitorem remouere tutores potuerint, ſeparãdus erit inſtitor qui mercẽ exercet, ab aliis, vt qui cũ illo contrahit pupillũ ſibi obliget in ſolidum: qui cum aliis, aduerſus pupillũ ex eorũ cõtractibus agere niſi in quãtũ locupletior factus eſt, non poſſit, *l. ſi quis manciptes. 17. §. ſi impubes. D. eod.* vbi diſſimilitudinis ratio redditur *propter vtilitatem promiſcui vſus*, ex qua intelligitur loqui eo loco Iureconſultũ de pupillo qui locupletior factus non eſt, & cuius tutores inſtitorem remouere non potuerunt. Alioqui non vtilitas promiſcui vſus pupillum obligaret, ſed naturalis ratio, quæ nec pupillum ex aliena iactura locupletiorem fieri patitur. *l. naturaliter. 14. §. vltim. cum l. ſeq. de cond. indeb.* licet ei qui cum inſtitore contraxit imputari poſſet, arg. *l. planè. 38 de petit. hered.* Item illa, quòd remouẽdus fuit a tutoribus inſtitor ſi eius opera vti nollẽt. Idemq; multò magis probandũ eſſe Paulus ait, ſi ex contractu qui ante aditam hereditatem interceſſerit, agatur: tum horum omnium rationem illam ſubiicit, *non enim imputandum eſt ei, qui ſciens dominum deceſſiſſe cũ inſtitore exercẽte mercem contrahat.* Hic ergo erratũ eſſe puto, & pro *ſciens* legendũ *neſciens*. Etenim æquum non videtur aduerſus pupillũ inſtitoriam actionẽ in ſolidum dari ei, qui ſciens eũ qui inſtitorem prępoſuerat deceſſiſſe pupillo herede relicto cuius tutores inſtitorem nondum remouere potuerunt, aut ante aditam à pupillo hereditatem cum inſtitore contraxit. Huic namq. imputari proculdubio poteſt quòd ita fecerit, aut planè non video cui magis imputari poſſit. Sed etſi nihil ei imputari poſſet, ſatis erat Paulo, dicere non eſſe imputandum ei qui cum inſtitore mercem exercente contrahat, nec debuerat addere verba illa *ſciens dominum deceſſiſſe.* Quorſum enim addidit? An quòd ei imputari poſſit ſi neſciuerit? Multò minus. An quod prius de eo locutus fuiſſet, qui ſciẽs dominum deceſſiſſe cum inſtitore mercem exercente contraxiſſet? Minimè verò. Ergo cùm de eo loquatur cui nihil imputari poteſt, probabilius eſt loqui eum de neſciente, oon de ſciente. Senſus autem eſt, ei qui ignorans dominum deceſſiſſe cum inſtitore mercem exercente contraxit, nihil imputari poſſe, & ideò propter vtilitatem promiſcui vſus aduerſus pupillũ licet non factum locupletiorem in ſolidum actionem ei dari, cùm tamen is regulariter non niſi quatenus locupletior factus eſt ex ſuo aut alterius facto obligetur. Dices fortaſſe nec ei quicquam imputari poſſe qui neſciens dominum deceſſiſſe contraxit cum inſtitore mercem non exercente. arg. *§. rectè. Inſt. de mand. l. ſi ater. 26. §. 1. D. eod.* neque tamen dubitandum eſſe, quin Paulus eo loco inter mercis inſtitorem, & alios manifeſtam differentiam conſtituat. Et haud ſcio an res hæc errori cauſam dederit. Sed qui Pauli rationem rectè intelligat, facilè reſpõdebit nihil quidem imputari poſſe ei qui ignorans dominum deceſſiſſe cũ inſtitore cõtraxit, ſiue mercem exercente, ſiue non: at id nõ ſufficere vt ei aduerſus pupillum locupletiorem non factum actio ex contractu inſtitoris detur. Quamquam enim iniquum videtur nocere ei probabilem ipſius ignorantiam, *d. §. rectè.* tamen iniquius eſſet pupillum, cui nihil etiam imputari poſſet ſupra quàm locupletior factus ſit, teneri, cùm nec ipſe pupillus qui contraxit, ſi conditionem ſuam meliorem non fecerit, iure naturali teneatur. *l. pupillus. 59. de oblig. & act. l. quod pupillas. 41. de cond. indeb.* Sicq; æquitas, contraria & maiore æquitate tollitur, *vt in l. ſi ſeruus communis. 61. §. quod verò. D. de fur.* Nã in pari æquitatis cauſa lõgè fauorabilior eſt pupillus, quem quoniam propter ætatis lubricum ſibi conſulere non poteſt, & natura ipſa, cuius, vt ita dixerim, culpa fit ne ſibi conſulere poſſit, & ciuilis legiſlator quibus facere poteſt modis tueatur, vt nullum damnum ſentiat. Sanè non vſque adeò fauendum ei eſt, vt ipſius vtilitati, publica cauſa, & vtilitas poſtponatur: & ideò in mercis inſtitore illud ſingulariter receptum eſt, vt ſi quis ignorans dominum deceſſiſſe cum eo contraxerit, etiam pupillum ſibi obliget, quamuis ex eo contractu locupletior factus non ſit, quia vtilitas promiſcui vſus publica eſt. Hácque differẽtię rationẽ pereleganter & conciſè ſuo more Paulus docet cùm ait imputãdum non eſſe ei qui neſciẽs dominũ deceſſiſſe cũ inſtitore mercẽ exercente cõtrahat, ac ſi diceret, vt is qui cũ inſtitore mercẽ exercente contraxit pupillum obligatũ habeat, ſufficere vt nihil ei imputari poſſit, quod contingit ſi neſciens dominum vita deceſſiſſe cum inſtitore contraxerit. At vt is qui cum alio inſtitore mercem non exercente contraxit aduerſus pupillum locupletiorem nõ factum actionem paratam habeat, non ſufficere vt nihil ei

imputari

Digitized by Google

imputari poſſit, ſi illius cauſa publicæ vtilitatis fauorem non contineat. Quæ etiam ratio eſt propter quam idem Paulus ſimpliciter non dixit, nihil poſſe imputari ei qui neſciens dominum deceſſiſſe cum inſtitore contraxit, ſed adiecit, *mercem exercente*, ne quis fortè exiſtimaret de iis qui cum aliis inſtitoribus contrahunt, idem dici poſſe, quibus quidem nihil imputari poteſt ſi neſcientes dominum deceſſiſſe contraxerint, ſed nõ ideo pupillum ſi locupletior factus non ſit obligare ſibi poſſunt. Præterea quãuis in inſtitore mercem exercente ſingulari iure receptũ eſſet, vt qui cum eo cõtraherent ſcientes dominum deceſſiſſe nihilominus pupillum obligatũ haberent, quod verum non eſt, attamen non verè diceretur nihil iis imputari poſſe, *l. pen. D. de reb. credit.* Quin potius dicendum eſſet imputari quidem iis poſſe cur contraxerint, ſed eam rem nõ facere quominus pupillum ſibi obligauerint propter vtilitatem promiſcui vſus. Quod tamen abſurdiſſimum eſſet. Nulla enim iuris parte ſuccurritur ei cui propria culpa imputari poteſt, ex regula *l. quod quis. 203. de regul. iur.* Cùm igitur Paulus de eo loquatur cui nihil imputari poteſt, itémque de pupillo locupletiore nõ facto, vt ſuprà probauimus, neceſſariò admittendum eſt quod volumus pro, *ſciens*, legẽdum eſſe, *neſciens*, quæ lectio Pauli ſententiam nõ ſolùm veram, ſed etiam longè elegantiorem facit, quàm vulgo ab interpretibus accipiatur.

Quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem qui promiſſum hominem ante promiſſoris moram occidit.

CAPVT XII.

CVm dici ſoleat hominis promiſſi interitu ante moram contingente promiſſorem liberari, *l. ſi ex legati. 23. de verb. oblig.* elegans dubitatio eſt quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem, qui promiſſum hominem ante promiſſoris morã occidit. Quàquam enim promiſſoris mora fideiuſſoris obligationem perpetuat, tamen nõ idem in fideiuſſore receptum eſt, vt ipſius facto principalis quoq; obligatio perpetuetur. Vnde fit vt homine promiſſo à fideiuſſore occiſo nulla promiſſoris mora præcedẽte promiſſor liberetur, ac per cõſequentias fideiuſſoris quoque obligatio, quæ acceſſoria eſt, extincta videatur. At quoniam iniquum eſſet fideiuſſorem ſibi facto ſuo liberationem acquirere, dubitandum non eſt quin obligatus maneat, ſed quænam aduerſus eum actio competat, nondum conſtat, & ego inter ipſos iuris authores cõtrouerſum fuiſſe arbitror. Nam Papinianus in *l. ſi fideiuſſor. 19. D. de dolo.* Neratij & Iuliani ſententiam refert, vt fideiuſſor actione de dolo conueniendus ſit, neque ex ſtipulatione cõueniri poſſit, quoniam liberato reo ipſe quoque per conſequentias liberatus eſſe intelligatur. At idẽ Papinianus in *l. Stichũ. 95. §. 1. de ſolut.* ſcribit fideiuſſorem in eadẽ prorſus ſpecie, ex ſtipulatione nihilominus teneri, quemadmodũ, inquit, teneretur ſi debitor ſine herede decederet. Cui Paulus ſubſcribit in *l. mora. 88. D. de verb. obligat.* & in *l. cum filiusfamilias 49. eod.* itémq; Marcianus in *l. mora. 32. §. vlt. D. de uſur.* quibus locis actionem ex ſtipulatu quam aduerſus fideiuſſorem dandam putant, vtilem non directam eſſe interpretantur. Sed & quod magis mirum eſt, Africanus in *l. cùm quis. 38. §. pen. de ſolu.* refert Iulianum exiſtimaſſe in fideiuſſorem qui promiſſum hominem ante moram occidit, actionem ex edicto reſtitui: quod ſi ita eſt, non videtur verum, quod in *d. l. ſi fideiuſſor.* Papinianus ait Iulianum in ea fuiſſe ſententia, vt fideiuſſorem de dolo teneri exiſtimaret. Hæc enim prorſus cõtraria ſunt, Fideiuſſorem actione De dolo teneri, &, in eum actionem ex edicto reſtitui: quandoquidem certi iuris eſt toties actionem De dolo ceſſare quoties actio ex edicto reſtitui poteſt: nunquam enim De dolo actio niſi in ſubſidium, & quauis alia deficiente cõceditur, *l. Diuus. 7. D. de in integr. reſtitu. l. 1. §. ſidem Pomponius. D. de dolo.* Ex quo eorum ſententia refellitur, qui vt Iulianum cum ſeipſo, & cæteris cõcilient, putant actionem ex ſtipulatu, quæ ipſo iure perempta eſt, ex edicto De dolo reſtitui aduerſus fideiuſſorem, ob idque vtilem dici in *d. l. 49 de verb. oblig. & l. 32. §. vlt. de vſufr.* Quod Iuliani, & Neratij ſententiæ perſpicue aduerſatur in *d. l. ſi fideiuſſor. 19. de dolo.* vbi manifeſtum eſt tractari de actione De dolo, non de actione ex ſtipulatu, quæ ex edicto De dolo reſtitui poſſit, quæ ſi poſſet, actio De dolo neceſſaria non eſſet: porrò cùm neceſſaria non eſt, vtilis eſſe non poteſt. Sed & quibus locis ſcriptum eſt fideiuſſorem vtili actione ex ſtipulatu teneri, edicti De dolo mentio nulla fit, vt non ſit exiſtimandum vtilem actionem à Iureconſultis dici, quòd reſtituta ſit, ſed quod directa non ſit, cùm ſublata principali obligatione, fideiuſſoria directa remanere non poſſit. Minus placet Græcorum ſubtilitas, qui diſtinguendum exiſtimant an fideiuſſor dolo promiſſum hominem occiderit, an ſine dolo, vt priore caſu in eum actio De dolo detur, poſteriore verò vtilis quam in factum appellant. Etſi enim nullo fideiuſſoris dolo interueniente, De dolo teneri non poteſt, tamen Papinianus in *d. l. Stichum. 95. §. 1.* oſtendit manifeſtè, ne ſi fideiuſſoris dolus interuenerit, teneri eũ de dolo, ſed actionem ex ſtipulatu ſupereſſe, perinde ac ſi promiſſor, ſine herede decederet. Nam debitorem Stichi aut Pamphili, qui Stichũ interfecit, ſi poſteà Pamphilus ſuo fato peremptus ſit, competat fideiuſſori, qui promiſſum hominem de quo fideiuſſerat, occidit. Et aduerſus debitorem de dolo actionem dandam eſſe ait, quia delicta non debeant eſſe impunita: qua ex ratione apparet loqui eum de debitore qui dolo Stichum occiderat, alioqui nec de dolo teneretur, ſed potius in factum, nec delictum commiſiſſe videretur qui imprudens occidiſſet. *l. ſi quis abſentie. 5. in verſicul. longè. D. de obligat. & action.* Ergo quod ſequitur, fideiuſſoris aliam rationem eſſe vt ex ſtipulatu non de Dolo cõueniatur, de eo intelligi debet qui doloſè promiſſũ hominem interfecit, vt horum recta cõparatio ſit, & ridiculus non ſit Papinianus, qui moneat nullo dolo interueniente fideiuſſorem de dolo non teneri. Rurſus quod ſcriptum eſt in *d. l. 49. §. vlt. de verb. oblig. & l. 32. §. vltim. de vſur.* fideiuſſorem vtili actione ex ſtipulatu teneri, non de actione in factum accipi poteſt, ſed de actione ex ſtipulatu neceſſariò intelligendum eſt, ſecundum Pauli ſententiam in *l. mora. 88. de verb. oblig.* idque ex ſuperioribus omnino ſequitur. Nam qua ratione fideiuſſoris dolo interueniente actio de dolo aduerſus eum non datur, eadem prorſus admittendum eſt, fideiuſſorem qui dolo careat in factum non teneri, cùm vtroque caſu verum ſit ex Papiniani ſententia actionem ex ſtipulatu ſupereſſe: & actio in factum iis caſibus locũ non habeat, quibus dolo interueniente de dolo agi nõ poſſet. Poſtremò cõmunis Latinorum interpretum diſtinctio probabilis non eſt, vt ita demùm fideiuſſor de dolo teneatur, ſi nulla prius contracta mora promiſſum hominem occiderit. Nã Iuliani & Neratij ratio, *quoniam debitore liberato per conſe-*

quentias fideiuſſor queque dimittitur, docet fideiuſſorē, qui poſt contractā moram promiſſum hominē occidit, nihilominus de dolo teneri, quia cum fideiuſſoris mors promiſſori nō noceat, vt initio capitis diximus, cōſequens eſt vt hoc quoq; caſu, quemadmodum debitor hominis interitu liberatur, ita fideiuſſor per conſequentias liberatus eſſe intelligatur. Neq; verò aut in *d.l.ſi fideiuſſor.* aut in *l.Stichū.* aliiſque legibus diſtinguitur an fideiuſſor poſt morā ſuam promiſſum hominem occiderit, nécne: ſed tantùm in *d.l.49.de verb.oblig.* Paulus ponit factam fuiſſe moram, quia non de homine occiſo loquitur, ſed fato ſuo perempto, quo caſu mora nulla præcedente tam fideiuſſor quàm debitor liberaretur: Mora per debitorem contracta, vterque obligatus maneret. Propter quam cauſam additum eſt in *d.l.ſi fideiuſſor.ante moram*, ſcilicet debitoris non fideiuſſoris, vt ex ratione ſubiecta intelligitur. At ſi fideiuſſor ſolus in mora fuiſſet, ſolus quoq; hominis morte non liberaretur, debitor liberaretur. Idémque eſt ſi citra moram promiſſum hominem fideiuſſor occiderit. Nam Papiniani ratio in *d.l.Stichum.* iis verbis, *quemadmodum tenebatur ſi debitor ſine herede deceſſiſſet*, oſtendit nouū nō eſſe vt ſublata principali obligatione, fideiuſſoria remaneat: quod ſi ita eſt, cur non ex ſtipulatu fideiuſſor tenebitur, licet nulla præcedente mora promiſſum hominem occiderit? Quare verius eſt, Iureconſultos in quæſtione iſta, vt aliis infinitis, diſſenſiſſe, nec fortè de eo quiſquam dubitaret, ſi Paulus cum Neratio, aut Papinianus cum Iuliano conciliandus eſſet. At quoniam Papinianus & Iulianus, non inter ſe, ſed ſibiipſi cōtrarij viſi ſunt, hinc factum puto vt in conciliatione quęrenda interpretes omnes cùm veteres, tum recentiores tantopere laborauerint. Mihi verò Papinianus ſibi contrarius fuiſſe non videtur. Nam in *l.ſi fideiuſſor.de dolo.* Iuliani & Neratij ſententiam, & rationē refert duntaxat, quam tamen nec probat, nec improbat. Sed in *l.Stichū*, quid ſentiat apertè exprimit, ſcilicet ſublata principali obligatione fideiuſſorem nihilominus obligatione retineri, idque probat exēplo debitoris qui ſine herede deceſſit, à quo datus fideiuſſor non ideò liberatur, quominus ex ſtipulatu conueniri poſſit: ex quo ad Iuliani, & Neratij rationem facile reſponderi poteſt. Sed difficilius eſt Iulianum cum ſeipſo conciliare, quem Papinianus in *d.l.ſi fideiuſſor*, refert exiſtimaſſe fideiuſſorem de dolo teneri, cùm tamen Africanus in *d.l.cùm quis.38.§.pe.de ſolut.* teſtetur ipſius ſententiam illam fuiſſe vt in fideiuſſorem actio ex edicto reſtituatur: quæ media quædam ſententia eſt. Etenim ſi aduerſus fideiuſſorem, actio ex ſtipulatu reſtituatur, ex edicto fiet vt de dolo nō teneatur. Itémq. vt liberato debitore fideiuſſor ipſo iure deſinat teneri ex ſtipulatu: quod Papinianus, Paulus, & Marcianus non admitterent. Ego Iuliani ſententiā iſtam fuiſſe arbitror, vt actio ex ſtipulatu, quę aduerſus fideiuſſorem competebat, ipſo iure per debitoris liberationē extinguatur: ſed tamen reſtituatur ex edicto ex quibus cauſ. maior. (de illo enim Iulianum loqui in *d.§.pe.* manifeſtiſſimum eſt) ſi dolus non interuenerit, quo caſu nemo vnquam dixit de dolo agi poſſe. Quod ſi fideiuſſoris dolus adſit, neceſſariò agēdum de dolo, quia hoc caſu reſtitui non poſſit actio aduerſus fideiuſſorē ex edicto illo generali, cui dolo interueniēte nunquam locus eſſe poteſt. Alioqui ſuperuacuum eſſet edictum De dolo, ex quo ſcilicet actio non datur, ſi alia competat vel ipſo iure vel ope reſtitutionis, *d.l.1.§. idem Pomponius, de dolo.* Semper autem reſtitutioni locus eſſet ex illa generali clauſula, *ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*: cùm dolus iuſta cauſa ſit reſtitutionis. Vnde Paulus in *l.cùm miles.30.§.vlt.ex quib.cauſ.maior.* monet aduerſus eum qui Reipublicæ cauſa abfuit, & alienam rem vſucepit, reſtitutionem dari (ſcilicet ex edicto illo) licet, inquit, ſine dolo malo abfuerit, vt intelligamus dolo accidente ceſſare reſtitutionem ex eo edicto, & de dolo agēdum eſſe. Sic *in l.quidam.38.de dolo.* Vlpianus ſcribit eū qui deceptus debitorem acceptilatione liberauit, ſi minor ſit, in integrum reſtitui poſſe, nempe ex edicto de minoribus: ſi maior, non poſſe, (nimirum ex edicto ex quib. cauſ. maior. quo maioribus ſuccurritur) ſed de dolo agere debere: quod & ſcriptum eſt *in l.1.§.pe.eod.* Huic porrò Iureconſultorum diſſenſioni & controuerſiæ cauſam dediſſe videtur vetus illa quæſtio, An fideiuſſor ex mora ſua, propriā obligationem perpetuet, de qua iam olim dubitatū fuiſſe Paulus refert in *l. ſi ſeruū. 91.§.nunc videamus.de verb.oblig.* vbi Pomponij ſententiā magis probat exiſtimantis perpetuare, eáque ratione cōfirmat, quod fideiuſſor obligationem ſuā facto ſuo tollere non debeat. Quod fortiſſimū argumentū eſt pro Papiniani, Pauli, & Marciani aduerſus Iulianum, Neratium, & Africanum ſententia. Si enim fideiuſſor ex facto ſuo ſibi liberationē acquirere non poteſt, illud in propoſito quæſtionis neceſſariò relinquitur, fideiuſſorem, qui promiſſum hominem ante debitoris morā occidit, ex ſtipulatione nihilominus teneri, vt aduerſus eū neque ex edicto actionem reſtitui, neque de dolo agi neceſſe ſit. Ea verò ſentētia vt fideiuſſor ex propria perſona obligationem ſuam perpetuare poſſit, Scæuolæ quoque placuit *in l. ſi libertus.44.de oper. libert.* & quemadmodum æquior eſt, ita magis communiter à cæteris probata fuiſſe videtur.

Explicatio l.ſi extraneus.33.de iur.dot.& l.Neſennius.42.de re iudicat.

CAPVT XIII.

CVm quæritur, an aduerſus eum qui marito dotem promiſit, actio in ſolidum detur, vt ei non proſit ſi facere non poſſit, certum eſt diſtinguendū eſſe an mulieris debitor fuerit is qui dotē promiſit, an cùm debitor non eſſet donandi animo dotē promiſerit. Nā ſi debitor fuit, nulla ratio eſt cur nō cōueniatur in ſolidū, quęadmodū ſi marito delegatus non eſſet, ab ipſa muliere cōueniretur. At ſi debitor non fuit, donandiq. animo dotē promiſit, ſubdiſtinguendum puto an vxori tantū an & marito donare voluerit, vt priore caſu in ſolidū à marito cōueniri poſſit, qui non ei donauit. *l.Neſennius.41.D.de re iudicat.* quemadmodum ſi is qui donare mihi volebat delegatus à me creditori meo ſtipulanti ſpoponderit, *l.pen.D.de nouat.* vel ſi cùm Primus tibi donare vellet, & tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex volūtate tua ſtipulāti promiſerit. *l.qui id quod.33.§.vlt.D.de don.* vbi rationē Hermogenianus reddit quòd his caſibus negotiū ſuum gerat is cui promittitur, qui ſcilicet ab eo qui promittit nihil accipit. Quòd ſi marito quoq. promiſſor donare voluit, dicendū eſt ſecundū Diui Pij Conſtitutionem eū qui ex liberalitate conuenitur non niſi in quantū facere poteſt conueniri debere. *l. Diuus.28. de reg.iur.l.ſi extraneus. 33. de iur. dot.* quæ accipienda eſt de donatore qui nō ſolùm mulieri, ſed etiā marito donare voluit. De illo.n.loquitur qui promiſit nō ex neceſſitate, ſed ex volūtate, hoc eſt donādi ani-

di animo, ac proinde qui erga eũ ipſum cui promiſit, eã voluntatẽ habuit. Nã & ſententiã ſuã Vlpianus confirmat ea Diui Pij conſtitutione, quã tamen certũ eſt donatori non prodeſſe, niſi aduerſus eum ipſum cui donatũ eſt. *d.l. Neſennius. l.pen. de donat. l.33. §. vleim. de donat.* Nec probanda eorũ ſententia eſt, qui verba illa, *quémq. in id quod praeſtare poſſet, ſi conueniſſet, condemnauerat*, de muliere intelligunt, cùm præcedentia omnia ſint de marito, de muliere verò ne verbum quidem. Neque tamen id ita accipi volo, vt ſoli marito donauerit, (alioqui ſoluto matrimonio dotis exactionem mulier non haberet) ſed vtrique coniugi donatum voluerit, marito conſtante matrimonio, vxori poſt ſolutum matrimonium, neutri verò in totum, vt Vlp. loquitur *in l. licet. 43. §. quoties. de iur. dot.* quæ dotis natura & conditio eſt. Quod cũ ita ſit, nil neceſſe eſt nos cum *Accurſio* comminiſci, *in d.l. Neſennius*, donatorem factum fuiſſe debitorem prius quàm cũ eo ageretur. Nec rurſus quod alij reſpõdent, *in l. ſi extraneus*, nõ maritũ cũ promiſſore, ſed vxorem aduerſus maritũ ſoluto matrimonio agere: quod quanquam verum eſt, ad rem tamen non pertinet. Vlpianus enim marito imputari non poſſe ait quòd donatorem ad ſolutionem non præcipitauerit, quem ſi conueniſſet in id duntaxat quod facere poſſet, condemnare feciſſet. quæ poſtrema verba palàm eſt de marito aduerſus promiſſorem, non de vxore aduerſus maritũ agente intelligi debere. Huic verò noſtræ interpretationi non obſtat quod in fine *d.l. ſi extraneus*, Vlpianus ait, in propoſito caſu id quod promiſſum eſt mulieri acquiri ad quam rei commodum reſpicit. Neque enim id ſic accipi debet, vt ſoli mulieri donatum ſit, ſed ita, vt cum vtriq; coniugi donatũ ſit, magis tamẽ mulieri quàm marito acquiri dicamus. Ad illam enim ipſius rei, ad hunc fructuum duntaxat commodum reſpicit. Quòd ſi mulieri ſoli donatum eſſet, dubitatio nulla eſſe poſſet, quin mulieri acquireretur, neque Sabini ſententia interpretatione egeret, quæ tamen neceſſaria fuit, quoniam marito primùm donatio facta eſſe proponebatur. Fieri enim poteſt vt propter mariti perſonam donandi animo dotem promittat is, qui ſi alius maritus eſſet, promittere dotem nollet. arg. *l. ficus 8. §. ſed ſi promiſerit. D. quib. mod. pignor. vel hypothe. ſoluit.* Et ob eã cauſam Paulus in *d.l. Neſennius*. de illo disertè loquitur, qui *pro muliere, cui donare volebat dotem marito promiſit*, quoniã in eo qui marito quoq; donare voluit, dubitatio nulla eſſe poterat. Denique ſi mulieri duntaxat donatũ ſit, non puto verum eſſe quod Vlpianus ait, marito imputari non poſſe cur promiſſorem ad ſolutionem non præcipitauerit, & ab eo dotem in ſolidum exegerit. Alioqui dicendũ eſſet, ſi Titius donare mihi volens delegatus à me creditori meo ſtipulanti ſpoponderit, iſque priuſquã cũ eo ageretur, cùm tamen agi poſſet, facultatibus defectus ſit vt amplius ſolidum ab eo conſequi creditor non poſſit qui anteà potuit, meum periculum eſſe vt quod à Titio ſeruare creditor non poterit à me conſequatur, eadẽ æquitatis ratione, quia ei pepercerit cui ego etiã pepercisſem, quiq; erga me liberalis & munificus extiterat. Quod tamen vix eſt vt admittẽdum ſit, ne qui ſemel liberatus eſt, creditoris facto, & culpa rurſus obligetur. Videndum autẽ eſt, cur in *d.l. Neſennius*. Paulus adiecerit, *maximè, ſi conſtante matrimonio petat*. Si enim verba hæc ſic accipiantur, vt ſoluto matrimonio agens maritus exceptione repellatur, iniqua erit Pauli ſentẽtia, cum ſoluto quidem mulieris morte matrimonio dos aduentitia mariti lucro cedat. *l.5. de bon. damna.* & apud Vlpianum *tit. De duobus. §. aduentitia.* diuortio autem facto vel nullam dotis partem maritus petere poſſit, vel cùm petere poteſt, nulla ei exceptio obiici debeat. *l. ſi donaturus. 9 §. vlt. de condi. cauſ. dat.* vbi elegans ratio redditur, quia maritus ſuum negotium gerit: quam certum eſt, longè magis ſoluto, quàm conſtante matrimonio locum habere: cum hoc caſu non niſi ratione fructuum: priore verò ratione proprietatis negotium ſuum maritus gerat. Ex quo etiam apparet Paulum ſic intelligi non poſſe, vt cùm tam ſoluto, quàm conſtãte matrimonio in ſolidum dotem petere maritus poſſit, multò magis tamen conſtante quàm ſoluto: Illud igitur ſupereſt, Pauli ſententiam eam eſſe, vt tã hoc quàm illo caſu maritus, cui donatum non eſt, in ſolidum exigere dotem poſſit: ſed maximè ſi conſtante matrimonio petat, quia tunc ſuum negotium gerat ratione fructuum qui pro oneribus matrimonij ad eum omnimodo pertinent: Quod ſoluto matrimonio indiſtinctè dici non poteſt, cum ſi diuortio ſolutum ſit, & liberi nulli interuenerint, nullam dotis partem retinere debeat, ſed integram exigere, & mulieri reſtituere, vt ſuperiore libro diximus cap. 16. quo caſu cùm non tam ſuum, quàm mulieris negotium gerat, æquum eſt exceptionem quæ aduerſus mulierem opponi poſſet, marito quoque obiici. *d.l. ſi donaturus. §. vlt.* quod *Accurſius* non intellexit. Iam verò ad rem non pertinet, quod ex Labeone proponitur *in l. penult. D. de iur. dot.* quoties de dote promiſſa agitur, non oportere in quantum facere poteſt cõdemnari eum qui promiſit. Nã quod Paulus notat id ſemper in extraneo verum eſſe, de illo intelligi debet, qui ea neceſſitate promiſit, non qui ea voluntate, & donandi animo: hic enim ferè eſt vt extraneus non ſit, qui parentis officio fungitur. Neque verò eum qui donandi animo dotẽ promiſit Iureconſulti vnquam promiſſorem ſimpliciter appellant, ſed vel donatorem, vel promiſſorem donãdi animo, vt in *d.l. ſi extraneus. & l. Neſennius*. Dici etiam poteſt Labeonis temporibus, hoc eſt ante Diui Pij conſtitutionem, nondum obtinuiſſe vt donator vltra facultates non conueniretur: atq; ideo Pauli notam ſic intelligi debere, vt rectè Labeo ſenſerit in extraneo, non vt hodie Labeonis ſententia in quolibet extraneo vera ſit, ſi donator extraneus dici poteſt. Nec obſtat quod Paulus ait, in extraneo ſemper veram eſſe. Aliud enim eſt, in quolibet extraneo verã eſſe, quod falſum eſt, aliud verò in extraneo debitore veram eſſe ſemper, hoc eſt, tam conſtante, quàm ſoluto matrimonio: ad differentiam ſoceri, in quo diſtinguit an conſtante an ſoluto matrimonio dos ab eo petatur: quanquam re vera concludit aduerſus Labeonis ſententiam, neutro caſu ſocerum condemnari in ſolidum niſi ex magna cauſa, puta ſi quid dolo fecerit, quod pugnarẽ videtur cum *l. ſicut. 21. & l. ſed hoc ita. 22. de re iudicat.* De quibus in ſequenti capite videamus.

Emendatio l. ſicut. 21. D. de re iudicat.

CAPVT XIIII.

QVi honor marito habetur, vt iudicio de dote non niſi in id quod facere poteſt, condẽnetur, *l. maritum. 12. D. ſolut. matrim.* eundem ſocero quoque, hoc eſt patri mariti, cùm de dote nurus agit, haberi certum eſt, *l. rei iudicatæ. 15. §. vlt. D. eod.* quia vt in *l. ſeq.* Pomponius ait, parentis locum ſocer obtinet. Sed ſi ex diuerſo mulieris pater ex promiſſione dotis à marito conueniatur, quæri ſolet, neque inter omnes conſtare videtur, an ei honor idem

Digitized by Google

habendus ſit. Dubitationem verò illud feciſſe videtur, quod licet hic quoque ſocer parentis locum obtineat, tamen ex officio & neceſſitate dotem promiſit, vt proinde illius conditio durior eſſe debeat, *arg. l. ſi extraneus. 33. de iur. dot.* de cuius ſententia ſuperiore capite diximus. Paulus tamen in *l. ex diuerſo. 17. ſolut. matr.* Proculum & Neratium ſcripſiſſe refert iuſtum eſſe, vt ei idem honor habeatur, vt non niſi in quantum facere poteſt condemnetur. Quod conſtante quidem matrimonio veriſſimum eſt, adfinitatis ſcilicet veneratione, vt idem Paulus ait *in l. penult. de iur. dot.* Sed ſoluto matrimonio quemadmodum adfinitas tollitur, ita ſoceri priuilegium finiri videtur, vt in ſolidum conueniatur: quomodo apertè Pomponius diffinit *in l. ſed hoc ita. 22. D. de re iudicat.* vbi quod in l. præcedente Paulus indiſtinctè dixerat, ſocerum ex promiſſione dotis in ſolidum conueniri poſſe, Pomponius ſic accipiendum ait, ſi ſoluto matrimonio conueniatur. Qua diſtinctione *Accurſius* vtitur, vt duos Pauli locos, qui inuicem pugnare videntur, conciliet. At videndum eſt, ne & quod ſcriptum eſt *in l. ex diuerſo.* ſocerum ex dotis promiſſione, non niſi in quantum facere poteſt teneri, ſic accipiendum ſit, ſi ſoluto matrimonio conueniatur: quod magis eſt, cùm vtriuſque loci eadem ferè verba ſint, nec de illo vnquam dubitatum ſit; an ſocer conſtante matrimonio in ſolidum conueniri potuerit, quem certiſſimũ fuit non potuiſſe, ſed de illo dũtaxat, An ſoluto matrimonio idem honor ei habendus ſit: de quo quæri ſolere Paulus ait *in d. l. ex diuerſo.* Quare ſubtilius eſt, quod nonnulli tradiderunt, vtrumque Pauli locum ſic coniungendum eſſe, vt quod vni deeſt, ex altero ſuppleatur. Æquum enim eſſe, quod & Neratius putabat, ſoluto matrimonio ſocerum ex dotis promiſſione in quantum duntaxat facere poſſet, condemnari, ſed alio iure nos vti, vt in ſolidum condemnetur, ex eiuſdem Neratij ſententia. Habet tamen hæc quoque interpretatio illud incommodi, quòd verum nõ videtur ex Pauli ſententia eo iure nos vti, vt ſocero non proſit exceptio ſi facere nõ poſſit, cùm idem Paulus *in l. pen. de iure dot.* ſcribat eam exceptionem ſocero ex cauſa & perſona concedendam eſſe. Quid enim, inquit, ſi ſpecie futuræ dotis induxerit generum, & cùm ſciret ſe dotem præſtare nõ poſſe, id egerit vt genero inſidiaretur? Quibus verbis non obſcurè oſtendit ſocerum ſi nullius doli & fraudis cõſcius ſit, etiam ſoluto matrimonio in ſolidum non teneri, & eo iure nos vti, vt non niſi ex magna cauſa in ſolidum condemnetur. Nec admittendum eſt, quod *Accurſius* putat, ſententiam Pauli in *l. ſient. 21. de re iudicat.* ita procedere, ſi ſocer dolo quid fecerit. Etenim præter id quod ex iis verbis, *ſed alio iure vtimur*, apparet regulam illam conſtitui, vt in ſolidum teneatur, dici etiam non poteſt æquum eſſe honorem ſocero haberi qui generum doloſè induxit ſpecie futuræ dotis quam ſciebat ſe præſtare non poſſe: Ergo recepta lectio emendanda eſt, & ea potius ſequenda, quæ in quibuſdam codicibus reperitur, in quib. ſic legitur, *ſed alio & alio iure vtimur.* Cuius lectionis ſenſus eſt, æquũ quidem eſſe ſocerum ex promiſſione dotis ſoluto matrimonio in ſolidum non condemnari, ſed alio & alio iure nos vti, id eſt, cum nunc in ſolidum condemnari, nunc non condemnari. Regulariter non condemnari, ex cauſa tamen & perſona condemnati, hoc eſt ſi dolo dotem promiſerit, vel ſi talis perſona ſit quæ vix aliquo honore digna eſſe videatur, ſecundum diſtinctionem *dict. l. pen. de iur. dot.*

Atque ideò rectè *in l. ſeq.* ex Pomponio ſubiicitur hoc ita accipiendum eſſe, ſi ſoluto matrimonio dos à ſocero petatur. Nam ſi conſtante matrimonio, certo iure vtimur ſocerum ſuprà quàm facere poſſit non teneri, nec ſi doloſè dotem promiſerit, aut eo honore indignus ſit, adfinitatis ſcilicet ratione, vt *in d. l. pen.* Paulus ait. Itaque interpretor verba illa Pomponij, *ſuccurrẽdum vtique eſt*, id eſt indiſtinctè, nec inſpecto eo, an cauſa aliqua ſit propter quã ſocer in ſolidum condemnari debeat. Quomodo *in l. frater à fratre. 38. de condict. indeb.* Africanus ait, *vtique quidem pro ea parte qua ipſe patri heres extitiſſet, repeturum*, id eſt, non admiſſa ea diſtinctione, An ex peculio fratris creditoris ad fratrem debitorem aliquid peruenerit: quæ diſtinctio poſteà ponitur, cùm quæritur, An pro qua parte frater creditor heres extitit, repetitioni locus ſit. Notandum autem eſt, quod emendationem noſtram, aut potius veterem lectionem valde confirmat, ſecundum hanc interpretationem fieri vt Neratij ſententia, quam Paulus refert *in d. l. ex diuerſo.* veriſſima ſit, & planè eadem illa, quæ refertur *in d. l. ſicut.* illo duntaxat addito, perpetuam eam non eſſe, ſi fortè magna aliqua cauſa aut ſoceri perſona aliud ſuadeat, nec æquitas repugnet. Nam alio iure nos vti, quàm quod æquum ſit, abſurdiſſimum eſſet, nec Paulum vel Neratium aliter exiſtimaſſe credendum eſt. Denique ſi regulariter aduerſus ſocerum maritus in ſolidum agere poſſet, eóque iure vteremur, non puto Paulum id prætermiſſurum fuiſſe *in d. l. ex diuerſo.* in qua Proculi, & Neratij ſententiam ſic refert, vt ab ea non recedat, nec alio iure nos vti exprimat.

De quæſtione, & ſententia l. ſi Stichum. 16. de verb. oblig. & l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de ſolut. & liberat.

CAPVT XV.

TRitum eſt in iure ciuili duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & perſonam concurrere nõ poſſe. Proinde ſi rem aliquam ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſim, quam poſtea ex cauſa quoque lucratiua nãciſcar, ſtipulationem euaneſcere. *l. inter ſtipulantem. 83. §. ſi rem. D. de verb. oblig. l. in perpetuum. 61. de ſolut.* quomodo & legatum extinguitur, ſi rei legatæ dominium ex lucratiua cauſa ad legatarium perueniat. *l. planè. 34. §. quòd ſi rem. l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum. de legat. 1.* Vnde quæritur, ſi qui Stichum aut Pamphilum alternatiuè ſtipulatus ſit, & alterum ex cauſa lucratiua nactus ſit, an alterum ex ſtipulatu petere poſſit. Cùm enim in alternatiuis ſtipulationibus electio ſit promiſſoris, *l. plerumque. n. §. vlt. de iur. dot.* dicendum videretur ſtipulationem euaneſcere, cùm eum, qui ſtipulatoris factus eſt, promiſſor præſtare non poſſit: eum verò quem præſtare poteſt, præſtare cogi non debeat vt ſalua ei electio ſit. Verius tamen eſt in eius perſona qui præſtari poteſt ſtipulationem conſiſtere, *l. ſi Stichum. 16. D. de verb. oblig.* Credo, quòd qui Stichum aut Pamphilum promittit, vtrumque ſeparatim promittere intelligitur ſub ea conditione, Si alterum non dederit, *arg. l. cum ita. 9. de optio n. legat.* quæ conditio exiſtit cùm alterum ex aliqua cauſa ſtipulator conſecutus eſt: ille enim dari amplius non poteſt. Abſolutè igitur, quaſi ſtipulationis conditione exiſtente petetur is qui præſtari poterit. *l. Stichum aut Pamphilum. 55.* ibi, *quem neceſſe habeo dare. D. ad leg. Aquil.* Quod ego aduerſus *Accurſij* ſententiam ſic accipiendum puto, vt promiſſor ſi illius qui ad ſtipulatorem

peruenit

Digitized by Google

peruenit æſtimationem præſtare velit nõ audiatur. Alioqui fiet vt duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrant, cùm is qui rem habet ipſius quoque pretium & æſtimationem habere intelligatur, indéq; fiat vt qui ex duplici teſtamento eiuſdem rei legatarius eſt, ſi prius rem ipſam ex altero conſecutus fuerit, eiuſdem æſtimationem ex altero petere nõ poſſit. §. *ſi res aliena. Inſtitut. de legat.* Quare ad rem non pertinet ſi quis Vlpianum obiiciat in *l. cum res. 47. §. ſed Stichus. de legat. 1.* vbi, ſi Stichus aut Pamphilus legetur, & alter ex iis in fuga ſit vel apud hoſtes, præſentem deberi ait, vel abſentis æſtimationem. Multum enim intereſt an ex ſeruis legatis aut promiſſis alter ideò præſtari nõ poſſit, quod in fuga vel apud hoſtes ſit, an quòd in ſtipulatoris dominium peruenerit. Nec enim illis caſibus duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrunt: quæ poſteriore caſu concurrerent. Denique ſi eius qui ſtipulatoris aut legatarij factus eſt æſtimatio præſtari poſſet, abſolutè verum non eſſet quod Pomponius ait in *d. l. ſi Stichum.* reliquum deberi à ſtipulatore, nec quod Iulianus in *d. l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio Stichus. & in l. non quocunque. 82. §. vlt. de legat. 1.* alterum peti poſſe. Malè enim ageretur, & cauſa plus peteretur, ſi non relicta debitori electione, alter duntaxat, qui præſtari poteſt, peteretur. §. *plus autem. Inſtit. de action.* At ſi Stichum aut Pamphilum ſtipulatus ſim, cùm iam meus eſſet Pamphilus, dubitatio maior eſt an ſi poſtea meus eſſe deſierit inuito mihi ſolui poſſit. Neque enim cõmode obiici poteſt, quod *Accurſius* obiicit, duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & perſonã concurrere non poſſe, cùm hic ſimul non concurrant, & ſolutionis tempore res amplius mea non ſit. Marcellus tamen in propoſito caſu ſcripſit nec obligationem, nec ſolutionem in Pamphilo conſiſtere, *in l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de ſolut.* quia inutiliter quis rem ſuam ſtipulatur. *l. nemo. 82. & 87. de verb. oblig.* quæ autem ab initio inutilis fuit ſtipulatio, ex poſt facto conualeſcere non poteſt. Sed ſi hominem in genere ſtipulatus ſim, aliud ibidem Marcellus probat, vt etiam vnum ex iis qui ſtipulationis tempore mihi ſeruiebant dando promiſſor liberetur. Tum ſubiicit, *vt quidem ipſe & hic ex iis dari ſtipulatus eſt, qui eius non erant*: quorum verborum ſententia illa eſſe videtur, effectu quidem ipſo hoc quoq; caſu ſtipulatorem de iis ſenſiſſe videri qui ſui non erant, quoniã ex ſuis neminem ſtipulari potuit. At quia generalibus verbis ſtipulatio cõcepta eſt, vt eam ab initio inutilem fuiſſe dici non poſſit, fieri vt promiſſor omnes ſoluere poſſit qui ſolutionis tempore ſtipulatoris nõ ſint, licet ſtipulationis tempore eiuſdem fuerint. vt quamuis in obligatione eſſe non potuerint, tamẽ in ſolutione eſſe poſſint. Quod cùm Marcellus apertè ſcribat, eorũ ſententia probandã nõ eſt, qui putant legendum eſſe *nũ* per interrogationem, non *vnum*, exiſtimãtes Marcellũ cõcludere hoc quoq; caſu hominem qui ſtipulationis tempore ſtipulatoris fuit, quemadmodũ in obligatione, ita in ſolutione eſſe nõ poſſe. Nã & idẽ Marcellus ſcripſit, ſi quis duos homines promiſerit, & Stichũ ſoluerit, poſſe eũ eiuſdẽ Stichi dominiũ poſteà conſecutum dando liberari, *in l. ſi quis duos 67. eod. tit.* & tamen negari non poteſt quin is qui duos homines ſtipulatus eſt, de iis vi ipſa ſenſerit qui ſtipulationis tẽpore ſui non erant, quemadmodum & is qui hominem in genere ſtipulatus eſt. Nec rurſus dici poteſt quicquam intereſſe an ſtipulationis tempore Stichus ſtipulatoris fuerit, an ante ſolutionem eiuſdẽ factus ſit, cùm ſtipulatore rei promiſſæ dominiũ nacto, peræquè inutilis ſtipulatio fiat, ac ſi ſtipulationis tempore ea res ſtipulatoris fuiſſet. *l. nemo. 87. d. l. ſi Stichum. 16. dict. l. inter. 83. §. ſi rem. de verb. oblig.* Sed &, ſi ita ſtipulatus ſim, *hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare ſpondes?* cùm tres Sempronius reliquiſſet, eorúmque aliquis iam meus eſſet, idem Marcellus ſcripſit mortuis quidem duobus, qui alterius erant, nullam obligationem ſupereſſe: ſed ſi ante eorũ mortem is qui meus fuit meus eſſe deſierit, hactenus confirmari, & valere ſtipulationem, vt hic qui ſupereſt peti poſſit. *d. §. Stichum in fi.* Ex quo apparet Marcelli ſententiam illam fuiſſe, vt hominis ſtipulatione generaliter cõcepta, is quoque ſeruus ſolui poſſit qui ab initio aut ante ſolutionẽ ſtipulatoris fuit, ſi ſolutionis tempore alienus fuerit. Neque enim diſtinguendum arbitror, quod quidam diſtinguũt, an ſtipulationi modum aliquem, an nullum ſtipulator adiiciat, cùm id efficere nõ poſſit, vt in eo homine qui ſtipulatoris fuit ſtipulatio conſiſtat, ac proinde vtroque caſu ſtipulator vi ipſa de iis ſenſiſſe videatur qui ſtipulationis tempore ipſius non erant. Ita enim ſemper in dubio interpretari debemus, vt ſtipulatio valeat potiùs quàm pereat. *l. quoties. 80. de verb. oblig.* Hæc quamquam ita ſunt, & ex Marcelli ſententia veriſſimè dicuntur, Papinianus tamen *in l. Mauiue. 66. § duorum. de leg. 2.* aliud exiſtimaſſe videtur, vt in eo homine qui legatarij aut ſtipulatoris aliquãdo fuit, licet poſteà alienatus ſit, nec legatum nec ſtipulatio conſiſtat. Cuius ſententiæ rationem illam reddit, quòd hominis legatum orationis compendio ſingulos homines cõtineat, vt quemadmodũ ab initio nõ cõſiſtit in his, qui legatarij fuerunt, ita fruſtrà ſoluatur is cuius dominiũ poſteà legatarius adeptus eſt, tametſi dominus eſſe deſierit. *Eadémque* inquit, *ratio ſtipulationis eſt.* Certè eadẽ ſtipulationi ratio cõuenit. Nã, vt initio diximus, quemadmodũ legatũ, ita ſtipulatio eius rei non valet quæ ad legatarium, aut ſtipulatorẽ pertinet: & quemadmodum legatum, ſic ſtipulatio hominis orationis compendio ſingulos homines continet. Rurſus, quæ ratio Marcellum mouiſſe videtur vt exiſtimaret ex hominis ſtipulatione etiam eum ſolui poſſe qui anteà ſtipulatoris fuit, ſi modò ſolutionis tempore alienus fuerit, in legato quoque locum habet: quoniam cùm ſtipulationis, aut legati verba generalia ſunt, ſtipulator aut legatarius agẽs, probè recuſare non poteſt, quominus eum accipiat, qui appellatione hominis continetur, & cuius præſtationem ſolutionis tempore nihil impedit. Quòd ſi obiiciat, ſtipulationis tempore obligationem in eo conſtitui non potuiſſe, in promptu contradictio erit, ſtipulationem generaliter de homine non de hoc aut illo conceptam eſſe, nouum autem non eſſe vt non expreſſum non noceat, quod expreſſum noceret: *l. nonnunquam. 56. de cond. & demonſt. l. ſi rata 65. §. illi ſi volet. de leg. 3.* Atq; ita ego, ſi ſolius Papiniani authoritas ſolius Marcelli authoritatẽ non vinceret, pro Marcello aduerſus Papinianum diſputarem. Eos. n. in quæſtione iſta diſſenſiſſe negari nõ poteſt, quicquid *Accurſius*, & cæteri cauſentur, neque diſſenſionis tollendæ gratia admittendum eſt quod ex recentioribus quidam vir clariſſimus, & Iureconſultus elegantiſſimus tentauit, interpretis eſſe non Papiniani verba illa, *eadémque ſtipulationis ratio eſt*, quæ nos probauimus, etiamſi à Papiniano prætermiſſa eſſent, tamen ex eiuſdem ratione prorſus intelligi debere: nec ſanè hac parte inter ſtipulationem, & legatum diſſimilitudinis rationem ali-

quam probabilem excogitari poſſe arbitror.

Ad §. vltim. l. 4. D. de condit. inſtit. de ratione introducenda cautionis Mucianæ.

CAPVT XVI.

VIx quiſquam adhuc rationem reperire potuit eius quòd ex Iuliano Vlpianus ſcribit *in l. 4. §. vlt. de condition. inſtit.* eum qui ita heres inſtitutus eſt, Si ſeruum hereditarium non alienauerit cauentem coheredi implere conditionem: at ſi ſolus heres ſcriptus ſit, ſub impoſſibili conditione inſtitutũ videri. Cùm enim is cui ſub conditione non faciendi aliquid hereditas relicta eſt, ei cauere debeat Muciana cautione, ad quem iure ciuili deficiente conditione hereditas pertinere poteſt. *l. is cui. 18. D. de cõd. & demonſt.* eáque cautio pro cõditionis implemento habeatur. *l. Muciana. 7. in princip. D. eod.* videbatur in propoſito caſu cõditionem ſic commodè impleri poſſe, ſi legitimis heredibus ab inteſtato venientibus huiuſmodi cautio præſtaretur. Nam ſi quis dicat cautioni locum non eſſe, quòd hæc conditio viuo herede, ſcilicet ſerui morte impleri poſſit, *l. cùm tale. 72. §. Titius. l. hoc genus. 106. eod.* facilè refelletur ex eo quòd coherede dato cautioni locũ eſſe Iulianus putabat, quo tamẽ caſu obiici etiã poteſt cautionis Mucianæ vtilitatẽ nullã eſſe in iis cõditionibus, quæ alterius, quàm cui iniunctæ ſunt, morte impleri poſſunt. Sed hoc ad rẽ non pertinet, niſi conditiones ad mortem alterius reſpiciãt: quod hîc non cõtingit, vt ex recentioribus nõnulli eruditè, & ſubtiliter obſeruarunt. Minus etiã dici poteſt, quod *Accurſius* tentat, cautioni locum eſſe non poſſe, quia nemo ſit cui caueatur. Nam legitimis heredibus caueri poteſt, &, ſi vera eſt regula *d. l. is cui.* multò magis iis cauendum eſt, quorum ratione totius hereditatis intereſt, quàm coheredi, ad quem deficiente conditione pars dũtaxat hereditatis pertinebit. Nec ſimile eſt exemplum quo *Accurſius* vtitur ex *d. l. Muciana. §. vlt.* vbi maritus heres ſcriptus ſub ea conditione, Si dotem nec petierit nec exegerit, ſub impoſſibili conditione ſcriptus dicitur, quia nemo ſit cui caueat. Ibidem enim ratio ſubiũgitur, quòd ipſo iure impleta videatur conditio, cum nemo ſit quem maritus de dote conuenire poſſit adeũdo hereditatem. Quæ ratio ſic explicari debet, cautionem Mucianam ideò interponi, vt aditam hereditatem vel acquiſitum legatum reſtituat is qui accepit, ſi poſtquam acceperit conditio defecerit, *d. l. is cui. & l. cùm ſub hac 67. de condition. & demonſtr.* At poſt aditam hereditatem à marito ex aſſe ſcripto, conditionem illam, Si dotem neque petierit, neque exegerit, deficere non poſſe, cùm eo tempore nemo futurus ſit, à quo peti, aut exigi dos poſſit. Quod in caſu propoſito ſimiliter dici non poteſt. Nam licet ſolus heres ſcriptus ſit is cui conditio illa adſcripta eſt, Si ſeruum hereditarium non manumiſerit, aut alienauerit, manifeſtũ eſt hereditatis aditionem non efficere vt conditio impleatur, nec ſeruus alienari poſſit, qui potius niſi adita hereditate alienari verè non poteſt. Illa igitur dubitatio ſemper manet, Cur legitimis heredibus quorum intereſt non caueatur, coheredi verò cuius longè minus intereſt caueatur. Neque rurſus verum eſt quod *Bartolus* vult, huiuſmodi conditionem, De non alienando facilè reſpui & inſuper haberi, cùm in fauorem ſerui adiiciatur, ne alterius quàm heredis ſeruitutem experiatur, vel eius qui heredis heres ſit. Aut ſi conditio hæc reſpuenda eſt, quærenda ratio erit, cur fauore coheredis non reiiciatur, cui omnimodo præſtanda cautio eſt vt conditio impleatur. Poſtremò, nec eorum opinio probanda eſt, qui Iuliani ſententiæ rationem illam afferunt, quòd poſt aditionem ſeruus hereditarius alienari prohibitus, hereditarius nõ ſit: fruſtrà verò eius ſolius temporis ratione quo iacet hereditas, mox aditurus heres legitimo heredi caueret ſe hereditarium ſeruum nõ alienaturum. Etenim ſecundùm hanc interpretationem dicendum eſſet, inutilem duntaxat fore cautionem, quam tamen Iulianus ait locum habere non poſſe, ob idque impoſſibilem eſſe conditionem, quæ, ſi aliqua ratione cautio præſtari poſſet, impoſſibilis non eſſet, nec ideò minus impleri deberet, quòd vtilitatis nihil haberet, quemadmodum contingit, ſi heres inſtitutus ſit ſub ea conditione, Si hereditarium ſeruum manumiſerit: quo caſu traditum eſt de facto implendam eſſe conditionem, licet ante aditam hereditatem facta manumiſſio prorſus vana & inutilis ſit, *l. mulier. 20. §. 1. de condition. inſtitu.* Sed & coherede dato eadem ratio faceret, vt cautioni locus eſſe non poſſet, quæ tamen ex Iuliani & Vlpiani ſententia omnino neceſſaria eſt. Denique ſi heres ex aſſe ita ſcriptus ſit, Si Stichum non alienauerit, nec teſtator hereditarium dixerit, idem probandum puto vt ſub impoſſibili conditione ſcriptus videatur: quod vtique falſum eſſet, ſi cautionem ea ſola ratio impediret, quod ſeruus hereditarius iacente duntaxat, non etiam adita hereditate dicatur. Hic enim hereditarium ſeruum interpretari debemus, non propriè eum, qui ſit iacentis hereditatis, ſed impropriè eum qui teſtatoris fuit, & ſucceſſionis iure heredi acquiſitus, ad differentiam eius qui nomquam teſtatoris fuit, vt inferius dicemus. Ego verò, ſi quid mei iudicij eſt, puto non ineleganter dici poſſe, Heredem ex aſſe ſcriptum, Si ſeruum hereditariũ non alienauerit, ideò ſub impoſſibili conditione inſtitutum videri, quòd cùm ante aditam hereditatem conditionem implere debeat, eam tamen non niſi adita hereditate implere poteſt. Ac quidem ante aditam hereditatem implere debere, ipſa conditionis natura demonſtrat, quæ inſtitutioni fruſtrà adiiceretur, ſi ea non impleta ex inſtitutione adiri hereditas poſſet: quò etiam pertinet *d. l. mulier. 20. §. 1. de condit. inſtit.* Porrò, ante aditam hereditatem implere eam nõ poſſe ex eo intelligimus quòd ſi, vt ante introductum Mucianæ cautionis remedium contingebat, heres ita inſtitutus deceſſerit non alienato ſeruo hereditario, non ideò tamen cõditionem impleuiſſe videri poſſit, quia quòd non alienauerit magis imputandum ſit quòd non potuerit, quam quòd noluerit: cùm ante aditam hereditatem alienare non potuerit. Et hæc differentia eſt inter eas conditiones quæ in faciendo, & eas quæ in non faciendo conſiſtunt, quòd illæ etiam ante aditam hereditatem de facto impleri poſſunt, *d. l. mulier. §. 1.* hę nõ poſſũt: quæ ſi poſſent, Muciana cautione nil opus eſſet. Poſt quam inductam rectè eas omnes non faciendi cõditiones impoſſibiles eſſe dicimus, quæ nec ipſius remedio, nec alterius, quàm eius cui adſcriptæ ſunt, morte impleri poſſunt. Quãquam autem hæc de qua quærimus, eiuſmodi eſt, vt ſerui morte viuo herede impleri poſſit, quoniam tamẽ, vt initio capitis diximus, de ſerui morte teſtator non cogitauit, fit vt quia Mucianam cautionem non admittit, impoſſibilis rectè dicatur, id eſt talis quæ ſtatim impleri non poſſit. Nam expectata ſerui morte impleri eã poſſe apertiſſimum eſt. Cur ve-

rò Muciana cautio hic locum non habeat, ratio ex teſtatoris voluntate petenda eſt: quæ in propoſito caſu talis fuit, vt heres poſt aditam hereditatem cõditioni ſatisfaceret, cui ſcilicet ante ſatisfacere nequear, hæc verò præpoſtera conditionis natura eſt. Vtrumq; enim teſtator volu.t, & heredem prius heredem non eſſe quàm conditionem impleuiſſet, & conditionẽ prius non impleri quàm adita hereditas eſſet: quæ cùm prorſus contraria & pugnantia ſint, in dubio melius eſt vt hereditas adeatur, & cõditio tanquam impoſſibilis reiiciatur: impoſſibilis enim eſt quæ ante aditam hereditatẽ impleri non poteſt. Quod ſi heres ita inſtitutus coheredem habeat, cõditio hæc impoſſibilis non eſt, quoniam vtrique teſtatoris voluntati rectè ſatisfieri poteſt, vt nimirum hereditas ab eo qui purè ſcriptus eſt adeatur, tum conditio ab altero impleatur. Neque enim, quod ad teſtatoris voluntatem pertinet, quicquam intereſt vter priùs heres ſit, vt conditio impleatur, ſi modò aliquis teſtamẽtarius heres ſit. At quia teſtamentarium heredem habere omnimodo voluit, ob idque talem conditionẽ adſcripſit, quæ non niſi poſt aditã hereditatem impleri poſſit, dicimus voluntatem ipſius non fuiſſe vt deficiente cõditione legitimi heredes admitterentur, atque ideò, vel ex ratione *d.l.ſecus*. nulla ratio eſt cur iis cautio præſtetur. Coheredis alia ratio eſt, ad quem ex volũtate teſtatoris deficiente conditione hereditas pertinet: vt poſtquàm in eo teſtatori ſatisfactum eſt, quòd ex teſtamento heredem habet, in eo etiam ſatisfiat vt ſeruus hereditarius nõ alienetur. Diuerſum verò eſt ſi de ipſius heredis ſeruo teſtator cõditionem adſcripſerit hoc modo, *Titius heres eſto ſi Stichum ſeruum ſuum non alienauerit*. Licet enim ex aſſe Titius heres ſit, non ideò tamen ſub impoſſibili conditione ſcriptus eſſe dicetur, cùm huiuſmodi conditio talis non ſit quæ poſt aditionem hereditatis impleri debeat: eámque ob cauſam legitimis heredibus cauendum erit. Quę ratio eſt propter quam Iulianus ſupradicto loco de ſeruo hereditario loquitur, non quòd aliud probandum ſit, Si teſtator ſeruum ſuũ alienari prohibuit, vt ſuprà diximus. Illud etiã difficile eſt, needum ſatis fortaſſe explicatum, Cur in vltimis voluntatibus duntaxat, non etiam in cõtractibus Muciana cautio introducta ſit. Nam ſi centum ſtipulatus ſim ſub ea conditione, Si in Capitolium non aſcendero, conſtat quandiu certũ non eſt me aſcendere non poſſe, hoc eſt me viuo, ſtipulationem committi non poſſe, ſed moriente me, quaſi tum demùm ſtipulationis conditione exiſtente heredi meo actionem ex ſtipulatu dari, perinde ac ſi, cùm morerer ſtipulatus eſſem, *l ita ſtipulatus. 115. de verb. oblig. §. at ſi ita. Inſt. eod.* Et diſſimilitudinis huius ratio illa eſſe videtur, quòd ſi in vltimis voluntatibus conditionis euentus expectaretur, fieret vt quamuis exiſtente conditione ſuprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hereditas aut legatum heredi aut legatario acquireretur. Cùm enim ipſo mortis inſtanti duntaxat conditio exiſtat, cõditionis autem exiſtentia nõ faciat vt quod ſub conditione relictum erat eo ipſo acquiſitum intelligatur, ſed tantùm vt perinde ſit, ac ſi relictum eſſet purè. *l. ea quæ. 13. de cond. inſtit.* apparet hereditatem non agnitam, aut legatum non acquiſitum (neque enim pendente conditione acquiri potuit) in heredis aut legatarij heredem trãſmitti non poſſe. Atq; ita, contrà voluntatem teſtatoris, legatũ intercideret, cuius conditio viuo legatario extitiſſet. Quod in ſtipulationibus & contractibus dici non poteſt, in quibus iam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in euẽtum vſque conditionis ſuſpendatur. *l. vſusfructus. 26. de ſtipul. ſeruor.* & ideo exiſtente cõditione eo tempore quo ſtipulator moritur, nihil prohibet in ipſius heredes ſtipulationem tranſire, vt ex ea agere poſſint. Hæc autem ratio facit vt in iis conditionibus quæ viuo herede aut legatario impleri poſſunt, Mucianæ cautioni locus non ſit, quoniam omiſſa ea fieri poſſit vt teſtatoris voluntas exitum ſortiatur. Hinc etiam colligo in donationibus cauſa mortis eidem cautioni locum non eſſe. *argum. d. l. 7. de condit. & demonſtr.* quæ de legatis duntaxat, & hereditatibus loquitur, nõ etiã de donationib. cauſa mortis, ex quibus obligatio & acquiſitio præſens naſcitur, ſi modò per ſtipulationem contrahantur. Et quod Iuſtinianus ſcribit *in Nouell. 22. de nuptiis*. extra illius Nouellæ tractatũ verũ nõ videtur, vt in donationibus cauſa mortis Mucianę cautioni locus ſit inter coniuges duntaxat, ne quod in honorẽ bene tranſacti matrimonij relictum eſt, ei non acquiratur cui honor habitus eſt, at ipſius heredi cui ratione matrimonij nihil relinqui oportuit. Sed & Iuſtinianus de iis duntaxat donationibus loquitur, quæ à morientibus relinquuntur: quarum diuerſa ratio eſſe videtur ab iis quæ mortis tãtùm cogitatione fiunt. Nã quæ huius generis ſunt ad contractuum propius quàm ad vltimarum voluntatum naturam accedũt: illæ verò legatis potius in omnibus ferè comparantur, *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* quæ eo ipſo quòd diſtinctionẽ hanc tollit, oſtendit iure vetere ita Iureconſultos diſtinxiſſe, & etiam hodie diſtinguẽdum eſſe, præterquàm in caſu *d. l. vlt.* hoc eſt cùm de donationis inſinuatione quæritur. Illæ enim, quę in teſtamento relinquuntur, non poſſunt ante conditionis euentum accipi: quod ſecus eſt in aliis quæ ſtipulatione perficiũtur. Sanè diſſimilitudinis ratio, quæ à nonnullis affertur, vt in vltimis voluntatibus Muciana cautio inducta ſit, nõ etiã in cõtractibus, quòd teſtatorẽ veriſimile ſit modũ potius, quàm cõditionem facere voluiſſe, in contractibus autẽ hæc interpretatio admitti non poſſit, ad rẽ nõ pertinet. Alioqui dicendum eſſet in iis quoque cõditionibus quæ viuo herede aut legatario impleri poſſunt, huic cautioni locum fore, aut alia ratio quærenda erit cur in illis potius quàm in his modum facere teſtator voluerit: quod rationem nullam habet.

Emendatur l. quid de credit ere. 11. in fine. D. de damn. infect.

CAPVT XVII.

EDicto Prætoris De damno infecto cõſtitutum eſt, vt is à quo cautio poſtulatur, ſic caueat vt ſatiſdet ſe ſi quid damni fiat præſtaturum, & quicquid ſtipulatoris intererit reſtituturum ſi dominus nõ ſit ædium quarũ nomine cautio poſtulatur: cam ſoli domino ſatiſdationem Prætor remittit. *l. Prætor. 7. D. de damn. infect.* Sed & ſi quis dominus non ſit, ſuo tamen nomine promittat, domini iure cenſebitur, vt repromittere duntaxat, non etiã ſatiſdare debeat, *l. qui bona. 13. in princ. & §. 1. D. eo.* vbi eũ qui bona fide à non domino emit ſatiſdare non debere Vlpianus ait, ratione illa quòd ſuo nomine id faciat. Hinc ſuperficiarius, vſufructuarius, & creditor ſatiſdant, *l. hoc amplius. 9. §. quæſitum. l. quamuis. 10. l. ſi finita. 25. §. ſi quæ ſint. & §. ſeq. D. eod.* ſcilicet alieno nomine id faciunt non ſuo. Nam idem reſpondendum eſt cùm quæritur, cui cauere debeat is cuius ædes proximam ruinam & damnum minantur. Nam

Digitized by Google

& ei qui dominus non ſit cauendum eſt. *d.l.13.§.ſuperficiarii*. vbi ſuperficiario, & vſufructuario cauendum eſſe ſcribitur. Puto, quòd quamuis ſuo nomine non promittant, ad quos nimirum ædes non pertinent, ſuo tamen nomine ſtipulantur, ad quos ędium vſus, & fructus ſpectat: propter quam cauſam domini appellatione contineri dicuntur. *l.1.D.ſi ager vectig. l.in venditionem.8.D.de reb. auther. iudic. poſſid.* ſcilicet cùm pro re in qua ſuperficiem, vel vſumfructum habent, aliquid ſibi dari vel fieri poſtulant, non etiam ſi quid ab ipſis petatur quod ad proprietatis potiùs, quàm ſuperficiei vel vſusfructus cauſam pertineat. Prioris generis eſt cautio iis præſtanda: poſterioris illa, quæ ab ipſis præſtari debet. De pignoratitio creditore & eo qui bona fide à nõ domino rem emit, dubitatio maior eſt, an iurę ſibi de damno infecto caueri poſtulent. Quanquam enim Vlpianus in *d. §.ſuperficiarium*. apertè ſcribit, ei qui à non domino bona fide emit ex Marcelli ſententia cauendum non eſſe, iniquum tamen videtur nullo remedio ſubueniri ei cui nihil imputari poſſit. arg. *d.l.ſi finita.§.Iulianus ſcribit. eod.* & cuius in omni ferè iuris parte eadem quæ domini ratio eſt, in eo præſertim quod iam diximus, vt quemadmodum dominus, ita hic ſatiſdare non debeat, ſed tantùm repromittere, *d.l.7.& 13.eo.tit.* Auget etiam dubitationem, quòd in *l.quid de creditore.11.eo.* Vlpianus aduerſus Marcelli ſententiam ſcribit æquiſſimũ ſe putare vt creditori pignoratitio caueatur, & per ſtipulationem ſuccurratur: quem tamen conſtat ex cõtrario deterioris conditionis eſſe quã bonæ fidei emptorem, in eo vt cùm hic repromittere duntaxat, ille tamen ſatiſdare debeat. Quibus rationibus motus *Accurſius* dixit, Marcelli ſententiam in *d. §. ſuperficiarium*. de iuris rigore defendi poſſe, ſed de ęquitate, vt ipſe loquitur, aliud probandũ eſſe, vt ei quoq; qui à non domino bona fide emit, quemadmodum pignoratitio creditori caueatur. Eam tamẽ inter hos differentiam eſſe, quòd creditori cauendum eſt, licet pignoris poſſeſſionem nactus non ſit, quia ex nudo pacto actionẽ hypothecariã habeat: emptori verò non aliter quã ſi rei bona fide emptæ poſſeſſionem nactus ſit: atq; ita intelligendum eſſe Vlpianum in *d.l.qui de creditore*. vbi inter pignoratitium creditorem & bonæ fidei emptorem differentiam manifeſtam conſtituit. Sed cùm de eo creditore loquatur, qui pignus iam accepit, nec minus emptio conſenſu ſolo cõtrahatur quàm hypotheca, apparet diſtinctionem hanc *Accurſii*, nec Vlpiani verbis, nec iuris rationi cõuenire. Generaliter enim de bonæ fidei emptore Vlpianus loquitur, nec diſtinguit an ei tradita poſſeſſio ſit, nécne. At neque vllo iuris loco ſcriptum eſt bonæ fidei emptori cauendum eſſe, vt proinde temerarium fortaſſe videri poſſit quod *Accurſius* Marcelli ſententiam de ęquitate falſam eſſe ait: & id ſupplet, quod Vlpianus ſupplendũ non putauit. Ego verò mihi perſuadere non poſſum, creditori pignoratitio vtiliter caueri, & bonę fidei emptori non caueri: at potius huic cauẽdum, illi non cauendum eſſe exiſtimo. Alio namque remedio creditori ſuccurri poteſt, vt ſcilicet debitori denunciet vicinas ædes ruinã minari: quo facto ſi poſt interpoſitam cautionem damnum datum ſit, quod eo nomine præſtabitur, creditori in pignus cedet: ſi verò debitor admonitus cautionem nõ poſtulabit, æquum erit creditori actionem de dolo accommodari ſi damno dato pignus in eam cauſam peruenerit vt ex eo debitũ amplius ſeruari non poſſit. At bonæ fidei emptori neque hoc neq; alio vllo modo conſuli poteſt, quem tamen iniquiſſimum ſit periclitari & eam rem amittere cuius dominium longo vſu capere poſſet. Sed & Vlpianus *in d. l.quid de creditore*. iis verbis, *nam nec in huius perſona committi ſtipulationem*, oſtendit manifeſtè quod volumus, maiorem eſſe rationem vt bonæ fidei emptori, quàm creditori caueatur, in eóque duram fuiſſe Marcelli ſententiam, quòd in vtroque ius idem cõſtituebat, & ſtipulationem, nec in huius (id eſt bonæ fidei emptoris) perſona committi exiſtimabat. Cui conſequenter dicendum eſt, quod apud Vlpianum ſequitur, æquiſſimum eſſe vt huic ſuccurratur, ſic accipi debere vt Marcelli ſententia in altero dũtaxat vera ſit, & in altero iniqua. Vera in pignoratitio creditore, iniqua in bonæ fidei emptore, quem proculdubio Vlpianus intelligit, cùm ait, *huic ſuccurrendum eſſe*. De illo enim proximè locutus fuerat, vt dubitandum non ſit ea quæ ſequuntur, *id eſt creditori, per ſtipulationem*, interpretis eſſe, non Vlpiani. Quod enim Vlpian. dixerat, *huic*, ſubtilis interpres interpretatus eſt, *id eſt creditori*, tũ illud, *proſpiciendum*, ita, *per ſtipulationem*: ex quo poſteà factum eſt vt in textum illa omnia irrepſerint, *id eſt creditori per ſtipulationem*, quæ manifeſtum eſt ſuperioribus parum aptè coniungi, ac potius ita in textum inferri debuiſſe, *huic, id eſt creditori proſpiciendum per ſtipulationem*. Interpretem fefellit quod *in d.l.13.§.ſuperficiarium*. Vlpianus ait bonę fidei emptorẽ inutiliter de dãno infecto ſtipulari. Nec animaduertit Vlpianũ eo loco Marcelli ſententiã referre duntaxat, nõ etiã probare, quã & refert & improbat *in d. l.quid de creditore*. Id verò non eſſe nouum, ſuprà oſtendimus cap.8. Similem errorem obſeruaui *in l. Ariſto.28.D.de acquir. hered.* in cuius fine verba illa, *deliberanti de adeunda hereditate*, puto addita eſſe textui ex gloſſa interpretis explicantis dictionem *heredi*, in textu poſitam: vt facile eſt ex totius legis contextu & lectione animaduertere. Niſi quis malit dicere trãſpoſita eſſe, & in textu poſt dictionem *heredi* reponenda. Vtrumque enim probabile: alterutrum verò prorſus neceſſarium eſſe videtur. Sed poſterior hæc interpretis additio recta eſt, vt ipſe titulus oſtendit, & *l. Ariſto.5.D.de iur. deliber.* Prior verò, de qua hoc capite diximus, tam falſa eſt meo iudicio, quàm magni momenti.

Interdicta quædam eſſe duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis.

CAPVT XVIII.

INter multas interdictorũ diuiſiones, & differentias, vna illa eſt, vt quędã ſimplicia ſint, quædam duplicia. *l.2.in prin.D.de interd.* Simplicia ſunt, in quibus actor à reo diſtinguitur, nec vterq; eorũ inter quos interdictum redditur actoris & rei munere fungitur. Duplicia verò, in quibus ex contrario quis actor reúſve ſit diſcerni non poteſt, & par vtriuſque litigatoris conditio eſt. *§.tertia.Inſtit.eo.* vbi additur ſimplicia eſſe omnia quæ aut reſtitutoria, aut exhibitoria ſunt: Duplicia autem prohibitoria duntaxat: nec ea quidem omnia, ſed quædam duntaxat, vt interdictum *vti poſſidetis*, & *vtrubi*, quæ retinendæ poſſeſſionis interdicta ſunt, *d.l.2.in princ.§.retinendæ.Inſtit.eod.* Nã, vt Vlp. ait *in l.1.§.1.D.vti poſſid.* interdictũ *vti poſſidetis*, prohibitorium eſt ad retinendam poſſeſſionem. Hinc porrò intelligimus duplicia interdicta pauciſſima eſſe, ſimplicia verò lõgè plura, ac ferè omnia. Cùm enim interdictorũ quædam ſint reſtitutoria, quædam exhibitoria, alia

prohi-

prohib:toria, Iuſtinianus ſupradicto loco innuere videtur, reſtitutoria, & exhibitoria omnia ſimplicia eſſe, itémque prohibitoria, niſi quæ ſunt retinēdæ poſſeſſionis, vt illa *vti poſſidetis*, & *vtrubi*. Sed nō ita intelligi Iuſtinianus debet. Paulus namque *in d. l. 2. de interd.* ex qua is Inſtitutionum locus ſumptus eſt, quanquam initio ait ſimplicia eſſe interdicta exhibitoria, & reſtitutoria, itémque prohibitoria, pręterquam retinendæ poſſeſſionis, tamen in fine legis ſubiicit eſſe etiam interdicta quædam duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis: Quorum verborum ſenſus ille eſt, Duplicia eſſe interdicta, non tantùm quæ ad retinendam poſſeſſionem pertinent, ſed etiam quæ ad recuperandam aut adipiſcendam, ſcilicet quæ ſunt huiuſmodi vt in iis par vtriuſque litigatoris conditio ſit. Exemplum autem interdicti duplicis quod adipiſcendæ poſſeſſionis gratia proponatur, ſumi poteſt ex Saluiano interdicto. Etenim ſi colonus res ſuas in fundū duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtriq; domino in ſolidum obligatæ eſſent, conſtat non tantùm ipſis duobus dominis aduerſus extraneum, ſed etiā inter ipſos Saluianum interdictum reddi poſſe, *l. 1. §. 1. D. de Saluian. interd.* quo poſteriore caſu vtrumque actorem & reum eſſe neceſſe eſt, priuſquam ſciatur vtrius conditio melior eſſe debeat, cùm ſibi vterque idem ius adſerat, & vindicet. Idémque de interdicto *Quorum bonorum* dici poteſt ſi duobus eiuſdem hereditatis bonorúmve poſſeſſio data eſſe proponatur: quo etiam caſu cùm ab initio dici non poſſit quis actor aut reus eſſe debeat, duplex interdictum reddi neceſſe eſt. Rurſus recuperādæ poſſeſſionis interdicta *Vnde vi*, & *De vi armata*, duplicia eſſe poſſunt, licet reſtitutoria ſint. Fortè ſi me ædiū aut fundi poſſeſſorem tu vi deieceris, ego autem ex continenti te quoque vi deiecero, vt in *l. 3. §. eum igitur. de vi & vi arma.* Nam ſi tu aduerſus me interdictum impetraueris, & ego aduerſus te, quòd vterque noſtrum ſe vi deiectum eſſe dicat, non poteſt apparere quis actor, aut quis reus ſit, prius quàm cōſtet quomodo, & cui vis facta ſit. Verum igitur eſt quod Paulus ſcripſit in *d. l. 2. §. vlt. de interd. Sunt etiā* (ita enim & rectius in pleriſq; editionibus legitur) *interdicta vt diximus, duplicia tam recuperandæ quā adipiſcendæ poſſeſſionis*. Nec ratio vlla eſt cur poſtrema hæc verba vel reiiciantur in legem proximè ſequentem, vel tanquam ſpuria tollantur, vt ex recentioribus vir doctiſſim⁹ *Iacobus Cuiacius* author eſt. Quem illud ſanè feſellit, quòd Pauli ſententiam illā eſſe putat, vt interdicta quædam ſint quæ ideò duplicia dicantur, quòd ſint adipiſcendę, & recuperandę ſimul poſſeſſionis. Hoc verò nimis euidenter abſurdum, & ridiculum eſt. Neque defendi poteſt exemplo quod adſert *Accurſius* eadē interpretatione deceptus. Nam interdictum *Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt*, licet prohibitorium, & reſtitutorium ſit, tamen ad recuperandam & adipiſcendam ſimul poſſeſſionem nō pertinet. Ergo illorum verborum ex noſtra interpretatione ſenſus ille magis probandus eſt, vt interdicta duplicia nō tantùm ſint retinendę poſſeſſionis, de quibus initio legis Paulus dixerat, ſed etiam adipiſcendæ, & recuperandæ. Duplicia, inquam, non quòd ſint adipiſcendæ, & recuperandæ ſimul poſſeſſionis (quod fieri nullo modo poteſt) ſed quia ſiue ſint adipiſcendę tantùm, ſiue recuperandæ tantùm, non appareat quis actor in iis, aut quis reus dici poſſit. Ac ſanè ſublatis illis verbis, *tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis*, manca & inutiliter adiecta videbuntur quæ remanebunt, *ſunt etiam interdicta vt diximus duplicia*, nec commodè explicari poterunt. Elegans tamen dubitatio eſt, Cur tam in *d. l. 2. in pr.* quàm apud Iuſtinianum, cùm de interdictis duplicibus agitur, exempla ſumantur ex interdictis retinendę poſſeſſionis ſcilicet, *vti poſſidetis*, & *vtrubi*, non etiam ex aliis quæ adipiſcendæ aut recuperandæ poſſeſſionis gratia dictantur. Ac rurſus, Cur Iuſtinianus ſupradicto loco exhibitoria & reſtitutoria interdicta duplicia eſſe neget, quæ tamen nos duplicia eſſe poſſe oſtendimus. Nam interdicta Vnde vi, & De vi armata, quæ ſola ſunt recuperandæ poſſeſſionis, reſtitutoria non prohibitoria ſunt. Et puto commodè reſponderi poſſe, Interdicta retinendæ poſſeſſionis, quæ prohibitoria ſunt, magis propriè duplicia dici, quòd ſimplicia eſſe nequeant: & ipſis edicti verbis ita proponantur, vt non appareat pro quo aduerſus quem proponantur, ſed vtriq; ex litigatoribus pari conditione promittantur. Quod in aliis omnibus tam reſtitutoriis quā exhibitoriis, & prohibitoriis, itemque tam adipiſcendæ quàm recuperandæ poſſeſſionis diuerſum eſt, vt longiore ſingulorū commemoratione intelligi facile poteſt. Cætera igitur ex ſui natura, & origine omnia ſimplicia ſunt: Poſſunt tamen etiam duplicia eſſe, ſi quando talis caſus contingat, vt in reddendo interdicto reus ab actore diſcerni non poſſit. At quæ retinendæ poſſeſſionis interdicta ſunt, ſui natura, & origine ſunt duplicia, adeò vt vix ſimplicia eſſe poſſint.

Emendatur l. Lucius. 32. D. de donat.

CAPVT XIX.

NON poſſum probare, aut intelligere, quam rationem habeat, quod Scæuola reſpondit in *l. Lucius. 32. ff. de don.* ita facta donatione, *Hoſpitio illo, quamdiu volueris vtaris ſuperioribus diætis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epiſtola notum tibi facio*, donatoris heredes voluntatem mutare poſſe. Cùm enim donatum ſit quandiu donatione vti donatarius voluerit, nō quandiu donatori placuerit, apparet manifeſtè id actum eſſe vt viuēte & volente donatario ne quidē à donatoris heredib. donatio reuocari poſſit. Nec eſt quòd quis obiiciat legis Cinciæ poteſtate coanguſtatas quantum fieri potuit donationes vt ſtrictiſſimè accipiantur, & in dubio ſic, vt contrà donatarium interpretatio fiat. Quantumuis enim ſtrictè donationē hanc accipias, tamen efficere non poteris vt quod diſertè actum & donatum eſt non præſtetur, niſi dicas lege Cincia prohibitam eam fuiſſe, quod tamen verum non eſſe ex eo intelligimus quod Scæuola non obſcurè innuit ab ipſo donatore reuocari illam non poſſe. Planè ſi ſimpliciter facta eſſe proponatur non adiectis illis verbis, *quandiu volueris*, fatebor ex legis Cincię poteſtate ſi voles ſic eam accipi debere vt donatoris morte reuocetur, ſi ipſius heredes voluntatem mutent. Non tamen hanc dubitandi rationem fuiſſe arbitror ad *l. Aquilius. 27. D. eod.* in cuius ſpecie ſi donatio mera eſſet, dubitari non oporteret quin non ſolùm ab Aquilij Reguli heredibus reuocari poſſet: ſed etiam ab ipſo Regulo, quòd facta eſſet ab eo iuuene, id eſt, vt interpretor, minore, licèt aliàs iuuenis appellatio alium ſenſum & ſignificationem habeat. *l. non aliter. 59. §. vltim. D. de legat. 3.* At donatione ſic concepta, *Dono tibi quamdiu volueris*, nulla ratio eſt vt durante donatarij voluntate donatio reuocetur. Quare probabilius eſt apud Scæuolam de alio quæri, & aliam ſpeciem tractari, de illo ſcilicet, qui donationis finem non in donatarij voluntatem contulerat, ſed in poteſtate ſua

retinuerat, vt pro eo quod vulgo legitur, *quandiu volueras*, legamus *quandiu voluerim*: quo caſu quamuis me quandocunque volente reuocari donatio poſſit, tamen mortuo me in eadem voluntate videbatur heredes meos voluntatẽ mutare non poſſe, quaſi mea morte irreuocabilis facta ſit donatio cuius reuocãdę poteſtas ex arbitrio meo & voluntate pẽdebat. Quo enim inſtanti morior, certum eſſe incipit me amplius voluntatem mutare non poſſe. Sed Scæuola ad donatoris mentem reſpiciens, ipſius heredes voluntatem mutare poſſe reſpondit, quòd ex modo illo donationi adiecto *quandiu voluerim*, appareat manifeſtè id actum eſſe donationis tempore, vt ex donatarij voluntate donationis reuocatio non penderet. Secundùm quod eam ſic interpretamur, vt quod ſibi donator excepit, ſuis quoque heredibus excepiſſe intelligatur, arg. *l. ſi pactũ. 9. D. de probat.* Atque hanc quam reſtituimus veterum lectionem fuiſſe, conijci facile poteſt ex gloſſa *Accurſij*, qui in propoſita ſpecie reſponſum Scæuolæ eam rationem habere putat quòd ab ipſo quoque donatore ſi viueret donatio reuocari poſſet: quod nec verum eſſet, nec veriſimile ab *Accurſio* dictum, ſi donatio in donatarij volũtatem collata eſſe proponeretur. Nam & illi ipſi qui legis Cinciæ poteſtatem tantam fuiſſe aiunt, quanta profectò non fuit, fatentur donationem ſic factam, *Dono tibi quãdiu volueris*, ab ipſo donatore reuocari non poſſe. Cùm verò donationis reuocandæ facultatem ſibi teſtator reſeruauit, verum eſt quod *Accurſius* ait eum donationem reuocare poſſe: & rectiſſima ratio eſt vt donatoris heredibus permittatur id quod ipſi donatario permitteretur. Sed & idem *Accurſius* ad *d. l. Aquilius*, ſcripſit donationem, de qua agitur in *l. Lucius.* eſſe precariam. At precaria non eſt ſi donem tibi *quandiu volueris*, ſed ſi donem *quandiu voluerim. l. 1. D. de precar.* Erroris autem cauſa illa proculdubio fuit, quòd in pleriſque veteribus libris litera *m* ſcribitur hac nota ʒ, quæ non multum diſtat à litera *s*. Vnde & in *l. Titia. 62. in fin. D. de iur. dot.* manifeſto errore ſcriptum eſt, *datus* pro *datum*. Denique vnius literæ in alteram mutatio facillima fuit, & in libris omnibus frequentiſſimè occurrit.

In l. transfigere. 18. C. de tranſact. verba illa, Excepto adulterio; *addita eſſe ab imperito interprete.*

CAPVT XX.

NVlla in Codice lex, quæ obſcuriorem tractatũ habeat quàm *l. transfigere. 18. C. de tranſaction.* in cuius interpretatione de duobus præcipuè quæri ſolet. Primùm, Cur ex priore regula, qua continetur, De criminibus capitalibus ſanguinis pœnam ingerentibus transfigere & paciſci licere, adulterij crimen excipiatur, & hac parte à cæteris diſtinguatur. Deinde, An ex poſteriore regula, quæ habet De criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus tranſigere non licere, falſi crimen excipiatur iis verbis, *citra falſi accuſationem*. Ac quidem, quod ad priorem dubitationem pertinet, nulla videtur ratio reddi poſſe, cur adulterij crimen à cæteris ſeparetur, aut iure vetere, aut nouo. Etſi enim iure vetere de crimine adulterij transfigere & paciſci non licebat, quin actor in Senatuſconſulti Turpilliani pœnam incideret, *l. de crimine. 10. C. ad leg. Iul. de adulter.* non tamen in eo à reliquis differebat, quoniam iuris veteris regula illa erat, de criminibus capitalibus, ſanguinis pœnã non ingerentibus transfigere & paciſci non licere citra falſi accuſationem, vt apparet ex poſteriore parte *l. transfigere.* Iure autem vetere, hoc eſt ante Conſtãtis, & Conſtantij tempora, obtinebat vt adulterij crimen ſanguinis pœnam non irrogaret, at ne quidem deportationis, ſed tantùm relegationis, vt recentiores omnes communitèr ſentiunt, & rectiſſimè probant, tum ex *l. ſi quis viduam. 5. D. de quæſt.* in qua adulterium cum inceſtu coniunctum deportatione dũtaxat coercetur: tum ex infinitis aliis Iuris locis, adeóq. ipſis verbis legis Iuliæ, quibus adulterij damnata mulier teſtis eſſe prohibetur, & qui adulterij damnatam vxorem duxit, coercetur. Neq. dubitant, quin Triboniani ſint verba illa, *ſi quocunque modo capitalem pœnam euaſerit. in l. caſtitati. 9. C. ad leg. Iul. de adult.* quemadmodum & quod in *Inſtit.* ſcriptum eſt *tit. de public. iudic.* lege Iulia de adulteriis temeratores alienarum nuptiarũ gladio puniri: neque ego de illo amplius dubitari poſſe arbitror. Nouo autem iure poſtquam adulterij crimen capitale factum eſt, vt ſanguinis pœnã ingerat, nihil etiam dici poteſt cur non de adulterio, vt de aliis omnibus criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus, transfigere, & paciſci concedatur, ex perpetua & eleganti ratione *l. 1. de bon. eor. qui ſibi mortem conſciuer.* quòd honeſta ſit quælibet ratio redimendi ſanguinis. Quamquam enim ratio hæc reorum magis propria eſt, tamẽ ad accuſatores quoque accommodatur, quos ſubſcriptionis neceſſitas adſtrinxit, *d. l. quamuis. in fin.* cuius vis illa eſt, vt pœnę talionis ſubijciantur: & fruſtra reis permitteretur, ſanguinem ſuum redimere, ſi accuſatores de iiſdem criminibus transfigere vel paciſci prohiberentur. Idque manifeſtè probat *l. transfigere*, quæ etſi de accuſatore loquitur, nõ de reo (vt apparet ex eo quod in falſi, id eſt S.C. Turpilliani accuſationem actores incidunt non rei, & is propriè transfigere & paciſci dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit, nõ is cui remittitur, *l. 1. D. de tranſact.*) in priore tamen parte ait, De criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus transfigere & paciſci licere, quod proculdubio ſic accipiendum eſt, vt accuſatores de iis transfigentes, aut paciſcentes in S.C. Turpillianum non incidant, ne ſi iis metu Senatuſconſulti libera transfigendi & paciſcendi poteſtas auferatur, nulla reis miſeris redimẽdi ſanguinis ſpes aut ratio ſuperſit. Et quemadmodũ par delictũ eſt accuſatoris præuaricatoris, & rei fugientis veritatis inquiſitionẽ, vt ait *d. l. de crimine.* ita par vtriq; dãda eſt licẽtia, & quod vni cõceditur, alteri quoq; cõcedẽdum. Hæc cùm ita ſint, apparet manifeſtè *in l. transfigere*, verba illa, *excepto adulterio*, nõ eſſe Impp. Dioclet. & Maximiani, quorũ tẽporibus crimẽ adulterij pœnã ſanguinis nõ irrogabat, vt diximus, cùm tamẽ priore regula *l. transfigere*, ſit de criminib. ſanguinis pœnam ingerentibus, vt ex poſteriore apparet, in illis verbis, *de aliis verò criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt*. Exceptio autem, vt dici ſolet, de regula eſſe debet: in quo deceptus vir quidã doctiſſimus, & magni inter temporum noſtrorum Iurecõſultos nominis, legem *transfigere*, ſic emendauit, tranſpoſitis detractiſque negationibus, vt perelegãtem ipſius ſententiã omnino perturbauerit. Alij, vt nihil immutarent, ſcripſerunt verba illa, *excepto adulterio*, Triboniani eſſe reſpicientis ad poſteriorum Imp. Conſtitutiones, quibus crimen adulterij capitale factum eſt, ex eorum numero quæ ſanguinis pœnam irrogant. Eo tamen ex iure vetere retento, vt de illo transfigere, & paciſci non liceat, quemadmodum olim non licebat, quoniã hac

parte

parte iuri veteri expreſsè derogatum non ſit, ſed in illo duntaxat vt ſanguinis pœnā ingerat, quod olim non ingerebat. At ex iis quæ ſuprà diximus borum quoque ſententia apertiſſimè refellitur. Nam cùm ex iuris ratione ſic comparatum ſit, vt de criminib. ſanguinis pœnam ingerentibus trāſigere liceat, dubitandum non eſt, quin permiſſa intelligatur tranſactio, pactúmque de crimine adulterij, ea ipſa conſtitutione qua id crimen capitale factum eſt. Ob idque Conſtantius *in d. l. quamuis. C. de adult.* cuius temporibus ex Conſtantis, & Conſtantij conſtitutione crimen adulterij pœnam ſanguinis iam irrogabat, iis perſonis quibus adulterij accuſatio permittitur, legem imponit vt crimen abolitione, ſi voluerint, compeſcant, quaſi ei iuri, quod anteà obtinuerat, *l. abolitionem. 16. C. eo.* derogatū eſſet priorū Impp. Conſtitutionibus, quibus aliud conſtitutum non fuerat, quàm vt capitale eſſet crimen adulterij, quod prius capitale non erat. Neque tamen ex ea Conſtantini lege rectè, meo iudicio, quis inferat, Tribonianū *in l. transfigere.* verba illa *excepto adulterio*, addidiſſe, qui ſi aliquid addere voluiſſet, raptus potiùs quàm adulterij crimen excepiſſet. Nam & Diocletiani temporibus crimē raptus pœnam ſanguinis ingerebat, vt conſtat *ex l. qui cœtu. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* & extat Iuſtiniani Conſtitutio *in l. vnic. C. de rap. virg.* qua expreſſe ſancitum eſt, vt de eo crimine oon ſolum tranſigere & paciſci non liceat, ſed etiam criminis vindictam per diſſimulationem negligere non poſſit is ad quem criminis delatio & perſecutio pertinet. Ergo veriſimilius eſt addita eſſe verba illa, *excepto adulterio*, ab imperito interprete, ad id reſpiciente quod crimen adulterij ſanguinis pœnam ingerit, neque tamen de eo tranſigere aut paciſci licet: nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus quorum ea lex eſt, exceptionem hanc adiici non potuiſſe: hodie verò non tantùm adulterij, ſed etiam raptus crimen excipiendum eſſe: idque ex poſteriorum Impp. Conſtitutionibus potius, quàm quòd in his criminib. propriū aliquid ſit, propter quod in iis ius diuerſum ab aliis cōſtitui debuerit. Quod qui intelliget, nunquā in quærenda diſſimilitudinis ratione laborabit, quę licet ab omnibus quæſita, nondum tamen, ꝙ ſciam, ab aliquo inuēta eſt. Quis enim illam probet, quòd tranſactio & pactio de crimine adulterij ſine lenocinij ſuſpicione fieri non poſſit? cùm certum ſit lege Iulia de adulteriis non teneri maritum qui gratis iniuriam ſuam remiſit, *l. mariti. 29. §. plectitur. D. de adult.* qui vtique teneretur ſi in lenocinij ſuſpicionem incurreret, quemadmodum tenetur is qui pro comperto ſtupro pecuniam accepit. *d. §. plectitur.* De quo Iureconſultus loquitur *in l. 2. §. 2. eo.* quē veriſimile eſt ab initio ſtuprū aut adulteriū paſſum fuiſſe, vt poſteà pecuniam acciperet. Et qui dotis commodum vindictæ domus ſuæ præponere non erubeſcit, vt Papinianus ait *in l. miles. 11. §. ſocer. eod.* Manifeſta quoq; eſt lenocinij ſuſpicio, cùm alicuius ope, conſilio, dolo malo factum eſt, vt vir fœminá-ve in adulterio deprehenſi pecunia, aliáve qua pactione ſe redimerent. *l. is cuius. 14. eod.* Sed ſi dolus nullus adſit, nec pecunia, lenocinij ſuſpicio ceſſat, neque ideò minus de adulterio paciſci prohibitum eſt. *d. l. de crimine.* Quæ ab aliis ratio affertur, vt de crimine adulterij tranſigere, & paciſci non liceat, quia de adulterio accuſare poſſint coniunctæ duntaxat perſonæ, quibus concedendum non eſt vt priuata commoda honori ſuo præferant, recta etiam, & propria non eſt. Nam & ante Conſtantini conſtitutionem *in l. quamuis*, adulterij accuſatio publica erat, & cuiuis de populo competebat, neque tamen de ea tranſactio, aut pactum fieri poterat. Et marito, patríque, licet coniunctis perſonis, ſemper conceſſum fuit propriam iniuriam gratis remittere. *d. §. plectitur. in fin.* Vera igitur ratio, Cur olim de crimine adulterij tranſigere & paciſci non licuerit, alia quærenda non eſt, quàm quæ *ex d. l. de crimine.* ſatis apertè colligitur, quod præuaricator ſit is qui de crimine non capitali paciſcitur, vel tranſigit. Quòd ſi quis quærat, Cur ergo capitali facto crimine adulterij de illo tranſigere & paciſci non liceat, cùm præuaricator non ſit qui de crimine ſanguinis pœnam ingerente tranſigit, aut paciſcitur, Reſpondebo fruſtra rationem quæri eius quod contra certiſſimam iuris veteris rationem à poſterioribus Imperatoribus conſtitutum eſt, apud quos eſt pro ratione volūtas. Quamquam quod in crimine raptus à Cōſtantino primum inductum, deinde à Iuſtiniano auctum, & confirmatum eſt, rationem aliquam habere videtur propter atrocitatem delicti, quod, vt Iuſtinianus ait, præter homicidiū grauius quiddā adnexum habet. Sed in adulterio nec delicti atrocitas tanta eſt, nec reddi ratio alia poteſt, propter quam reo permittendum non ſit ſanguinem ſuum quibus facere poteſt modis redimere. Sequitur iam vt de poſteriore regula *l. tranſigere*, videamus. Eſt autem huiuſmodi, De criminibus capitalibus ſanguinis pœnam non ingerentibus tranſigere non licere, *citra falſi accuſationem*, in quibus poſterioribus verbis maxima quoque dubitatio incurrit, an falſi crimen ex regula excipiatur, quaſi de eo tranſigere liceat, an potius is eorum verborum ſenſus ſit, vt qui de crimine non capitali, id eſt, ſanguinis pœnam non ingerente trāſigit, in Senatuſconſulti Turpilliani accuſatiooem incidat. Quæ poſterior interpretatio recentioribus pleriſque magis probata, mihi prorſus neceſſaria eſſe videtur. Nam præter id quod Latini ſermonis ratio vix patitur vt *citra falſi accuſationem* dicamus, pro *excepta falſi accuſatione*, illud etiā verum non eſt, de crimine falſi trāſigere licere: cùm neque diſſimulationis ratio reddi poſſit, neque dubitandum ſit Senatuſconſultū Turpillianū incidere eum qui de crimine falſi tranſigit: ſicut in cæteris criminibus ſanguinis pœnam nō ingerentibus contingit. Idque euidenter meo iudicio probat *l. quæſitum. 5. D. ad S. C. Turpill.* in qua quod dicitur eū qui libello Principi dato falſum ſe obiecturū minatus eſt, ſi nō obiecerit Turpilliano Senatuſcōſulto nō teneri, innuit ſatis aliud probādū eſſe in eo, qui crimē falſi obieciſſet, & denūciaſſet. Quod apertius intelligitur *ex l. 1. §. accuſationē. verſ. atquin Papinianus. eod.* vbi Vlpianus ex Papioiani ſentētia ſcribit mulierē quæ idcirco ad falſi accuſationē nō admittitur, quòd ſuam ſuorúmve iniuriā nō perſequatur, Senatuſcōſulto Turpilliano nō plecti, vt intelligamus mulierem quæ ad falſi accuſationē ideò admittitur, ꝙ ſuā, ſuorúmve iniuriam perſequatur, ſi deſiſtat Senatuſconſulto teneri, *l. ſi fœmina. 5. C. eo.* Ex qua, iuncto *§. accuſationem.* apparet, vt hoc quoque notemus, corruptam eſſe Papiniani ſententiam in *l. mulier. 4. D. eod.* in qua proponitur mulierem, quæ falſi crimen iniuriæ propriæ poſt interpoſitam denuociationem deſiſtens omiſit, Senatuſconſulto non teneri, at potius legeodum eſſe, *non iniuria propria*, ſi Vlpiano credimus Papiniani ſententiam referenti *in d. verſicul. atquin Papinianus.* & ſi verū putamus, quod certi iuris eſſe ait *d. l. ſi fœmina.* quam *Accurſius* cum *dicta l. mulier.* conciliare non

Digitized by Google

poteſt: Abſurda enim eſt Ioannis diſtinctio, quam probat, an mulier pacto an citra pactum ab accuſatione deſtiterit, cum in Senatuſconſulti interpretatione Paulus moneat nihil intereſſe an ita quis ab accuſatione deſiſtat, vt cum aduerſario de compoſitione criminis loquatur, an ita vt affectum & animũ accuſandi deponat, ſed ſufficiat eum non peragere reum quem accuſauerat, *l. ab accuſatione. 6. eod.* Cæteri verò conciliationis modi ab *Accurſio* relati nec ipſi *Accurſio* probantur, nec niſi malo interpreti probari poſſunt. Ergo de crimine falſi tranſigere non licet citra Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem: quod ſi ita eſt, falſi crimen ex generali regula excipi non debet. Neque iis locis quibus ſuper falſo tranſactũ eſſe legimus, de falſi crimine tranſactum eſſe intelligere debemus, ſed de cauſa falſi, quę iam ciuiliter intentari, & exerceri poteſt, *l. de fide. 16. cũ ſeq. C. ad leg. Cor. de falſ.* in quo reprehendendi ſunt qui ſcribunt ſe non intelligere quid ſit de crimine falſi trãſigere, ſi aliud ſit quàm de falſo inſtrumento trãſigere. Longè enim differentia ſunt trãſigere de falſo inſtrumento, & de crimine falſi tranſigere: Aut ſi hæc differentia non ſunt, ego planè non intelligo quid illud ſit quod ſcriptum eſt *in d. l. de fide.* ei qui de fide inſtrumenti quærat duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem & per priuatam diſceptationem. Ex eo porrò quod volumus *in l. trãſigero.* verba illa, *citra falſi accuſationem*, de Senatuſconſulti Turpilliani accuſatione intelligi debere, (nam Senatuſconſultum ad eos pertinet qui aut falſa crimina intendunt, aut falſas reorum excuſationes admittunt. *l. 1. D. ad S. C. Turp.*) intelligimus poſteriorem regulam *l. tranſigere.* vt de criminibus ſanguinis pœnam nõ ingerentibus tranſigere non liceat, ſic accipiẽdam eſſe, vt de his ne paciſci quidem permiſſum ſit: vt omnino differãt crimina ſanguinis pœnam non ingerentia ab aliis de quibus & tranſigere & paciſci licere lex ait. Nempe in Senatuſconſultum Turpillianum incidit nõ tantùm qui tranſigit, ſed etiam qui paciſcitur, aut quo alio modo ab accuſatione deſiſtit. *l. in Senatuſconſultum. 15. eod.* Idq; manifeſtius probat *l. de crimine*, quæ de adulterij crimine nec paciſci licere ait, quod tamen non aliam ob cauſam iure vetere obtinebat, quàm quòd de criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus & tranſigere & paciſci non liceret, vt apparet ex eo quod in *d. l. de crimine.* præuaricator dicitur is qui de adulterij crimine paciſcitur. Facit etiã quod Paulus primo Sẽtentiarũ ſcribit, de quib. tranſigere non licet, nec paciſci licere. Sanè priuſquàm accuſatio inſtituta ſit multùm intereſt an pecunia accipiatur, an liberaliter accuſatio remittatur, Illud fieri non poteſt, hoc verò poteſt. *l. 6. §. pactũ ſue. D. de his qui notant infam. l. mariti. 29. §. plectitur. de adult. l. qui cœtu. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi public.* In quorum locorum interpretatione cæcutientes vulgares interpretes pactum à tranſactione diſtinxerunt, ac pleraque alia, vt error ex errore ſequitur, contra iuris rationem & principia commenti ſunt.

ANTONII FABRI I·C· CONIECTVRARVM LIBER III.

De natura Prætoriarum cautionalium ſtipulationum.

CAPVT I.

PRAETORIAE ſtipulationes, aut iudiciales ſunt, aut cautionales, aut cõmunes. *l. 1. D. de Prætor. ſtipulat.* Iudiciales Vlpianus diffinit, quæ propter iudicium vt ratum fiat interponuntur, cuiuſmodi eſſe ait ſtipulationes Iudicatũ ſolui, & De noui operis nunciatione. Cautionales eas, quæ inſtar actionis obtinent, & vt ſit noua actio intercedunt, vt ſtipulationes De legatis, De tutela, Ratam rem haberi, & Damni infecti. Cõmunes denique illas, quæ fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Ac de iudicialibus quidem ſtipulationibus dubitatio nulla eſſe poteſt, cur iudiciales dicantur: ſcilicet quia propter iudicium interponuntur. Nam & tres clauſulæ quæ continentur ſtipulatione Iudicatum ſolui, De iudicato ſoluendo, De re defendenda, & Dolum malum abſuturum eſſe, omnes ad iudicij ſecuritatem, & confirmationem pertinent. *l. 6. l. et clauſula. 17. D. iud. ſolu.* Et ſtipulatio quoque de noui operis nunciatione eam conditionem habere dicitur, Si iudicatum fuerit, ſiue cauſa aliqua acciderit, neque res defendetur. *l. ſtipulatio. 21. §. habet. de oper. noui nunc.* Sed de ſtipulationibus cautionalibus, dubitatio eſt non inelegans, cur proprio nomine cautionales appellantur, cùm ea omnium ſtipulationum communis natura ſit, vt ideò interponantur, quò quis tutior, & ſecurior ſit, vt idem Vlpian. ſcribit *in d. l. 1. de Prætor. ſtipulat.* Ego ex earum diffinitione, puto rectè colligi & explicari poſſe cur cautionales dicantur. Nempe quoniam intercedunt vt ſit noua actio, vt eſt in Florent. vel ſi vulgatam lectionem ſequi volumus, vt fiat nouatio. Vtriuſq; enim lectionis idem ſenſus eſt, huiuſmodi ſtipulationes ideò interponi, vt priſtina actio, quæ ſtipulatori competebat, in ſtipulationem iure nouationis transfundatur, proinde tota ſtipulatoris cautio in ſtipulatione cautionali conſiſtat. Id verò ſingularum cautionalium ſtipulationum exemplis facilè oſtendi poteſt. Stipulatio quæ legatorum, vel fideicommiſſorum nomine interponitur, nouat actionem ex teſtamento, vt qui legatum ſibi relictum ſtipulatus eſt, amplius ex teſtamento agere non poſſit. *l. ſi ſub conditione. 21. D. de accept. l. ſi Stichum. 8. §. 1. D. de nouat.* vbi quod dicitur ita demùm nouari actionem ex teſtamento ſi id actum ſit, non eò pertinet, vt ſpecialiter id agi neceſſe ſit (hoc enim noua primùm Iuſtiniani Conſtitutione inductum eſt in *l. vlt. C. de nouat.*) ſed vt nouationem ſemper fieri intelligamus, niſi ſpecialiter in contrarium actum ſit, Quomodo *in ſeq. §.* ſcriptum eſt nouationem fieri ſi

id

id actum ſit, vt nouetur, id eſt, inquit lex, vt Seius debeat, quod Titius promiſit. Et apertius *in l. dotem. 30. de iur. dot.* Iureconſultus, quod dixerat dotem priore matrimonio datam facto poſtea diuortio non aliter conuerti in poſterius matrimonium, quàm cùm hoc agitur, ſubinde ſic explicat, dummodo hoc agi ſemper interpretemur, niſi probetur aliud conueniſſe. Et de hac fortaſſe nouatione Papinianus intelligendus eſt *in l. cùm filius. 76. § heres meus. D. de legat. 2.* Sic ſtipulatio Rem pupilli ſaluam fore, tutelæ actionem nouat, & perimit, vt ex ſtipulatu agi neceſſe ſit. *l. ſi pupillus 9. D. de nouat.* Sic ſtipulatio duplæ, quæ in rerum pretioſarum venditione interponi ſolet, actionem ex empto nouat, *l. ex empto. 11. § qui autem. D. de action. empt.* in illis verbis, *ſiue ſtipulatio interpoſita eſt, ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex empto non tenebitur*, ex quibus explicandum eſt quod ſcriptum eſt in *l. ſed etſi. 18. de euict. ex dupla quoque ſtipulatione vel ex empto poteſt conueniri.* Nimirum ex ſtipulatione, ſi ſtipulatio interuenerit, Ex empto, ſi ſtipulatio non interuenerit (quod non intelligẽs Baro, verba illa, *ex empto*, expugnenda eſſe putauit) Neque enim aliter ex empto agi poteſt, quàm ſi ex ſtipulatione agi non poſſit. *l. ſi ſeruum. 4. D. de action. empt.* in cuius ſpecie dubitandi ratio illa erat, cur ex empto agi non poſſe videretur, quòd dupla promiſſa eſſet. At non ideò minus ex empto agi poſſe Paulus reſpondit, quia ex ſtipulatione prius agi non poſſit, quàm emptori aliquid abſit: hæc enim illius ſtipulationis forma, & conditio eſt. Quòd ſi ex ſtipulatione agi poſſet, ex empto proculdubio agi non poſſet, atque ipſa Pauli ratio demonſtrat. Et quòd ait *l. ſi venditione. 60. de euict.* venditorem euictionis nomine teneri ad ſimplam, & ex natura actionis ex empto in id quod intereſt ſi in venditione dictum non ſit, quantum pro euictione præſtare eum oporteat, oſtendit manifeſtè interpoſita duplæ ſtipulatione ex empto in id quod intereſt agi non poſſe, licet ſupra duplam interſit. Planè aliarum rerum nomine de quibus in venditionibus caueri ſolet, an ex empto agi poſſet, dubitatum fuit. Caſſius negabat, illa, vt veriſimile eſt, ratione, quòd interpoſita duplæ ſtipulatione, nouata, & perempta ſit ex empto actio. At Iulianus, cuius ſententiam Vlpianus probat, deficiente dupla ex empto agendum putabat. *d. l. ex empto. §. Caſſi. ..de act. empt.* Credo, quod in duplæ ſtipulatione contrahentium animus ille eſſe videatur, vt litis duntaxat æſtimationem taxent, non etiam ſi quid prætereà interſit. Sic ſtipulatio qua heres ſub conditione ſcriptus ſubſtituto cauet nihil ſe ex ea hereditate diminuturum, de qua Paulus tractat *in l. inter omnes. 15. D. qui ſatiſd. cogant.* & in *l. Paulus. 8. de Præt. ſtipul.* actionem ex teſtamento nouat, vt ſi quid promiſſor ex hereditate diminuerit, iam ex ſtipulatu, non ex teſtamento teneatur. *d. l. inter omnes*, in illa verbis, *& ſi obtinuerit, committi ſtipulationem.* De damni infecti ſtipulatione dubitari eſſe poteſt, quam actionem nouet, cùm nulla ſtipulatione interpoſita de damno facto nulla actio competitura eſſet, vt eleganter Vlpianus docet *in l. Prætor ait. 7. §. 1. & Caius in l. 6. D. de damn. infect.* Sed non idem minus cautionalis dici debet: imò eò magis, quòd ea non interpoſita nullo remedio ei qui damnum paſſus eſſet, cautum eſſe poſſet, vt ſemper verum ſit in huiuſmodi ſtipulatione totam ſtipulatoria cautionem conſiſtere. Quòd ſi talis caſus contingat, in quo citra damni infecti ſtipulationem de damno facto agi poſſit (vt euenit ſi facto hominis damnum detur, vt in ſpecie *l. ſi fiſtula. 18. D. de ſeruit. vrban. præd.* aut ſi is qui damnum timet, in poſſeſſionem miſſus non ſit admiſſus, quibus caſibus ſi damnum fiat in factum tenetur is qui cauere noluit, *l. ſi finita. 15. §. vlt. D. de damn. infect.*) interpoſita ſtipulatio actionem in factum nouabit, quomodo intelligi debet, quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi fiſtula. ſed & damni infecti ſtipulari à te potero.* Scilicet vt ſi ſtipulatus ſim, poſteà in factum agere non poſſim. Eò magis, quod ſubſidiaria eſt in factum actio, neque cum alis concurrere poteſt. Stipulatio, quæ vſusfructus nomine inter proprietarium & vſufructuarium interponitur, nouat actionem in rem, quæ finito vſufructu proprietario competeret. Denique ſtipulatio de rato, quam Vlpian. inter cautionales enumerat, nouat condictionem, in cuius locum interponi dicitur. *l. vlt. §. vlt. D. ratam rem haber.* Videtur enim id tacitè inter contrahentes agi, vt condictio perimatur, & ſola actio ex ſtipulatu ei qui indebitum ſoluit aduerſus procuratorem competat. *l. ſi ſine. 22. §. quoties. D. eo.* Quod ſi ita eſt, quis propitiis auribus eos audiat, qui Vlpianum reprehendunt, aut eos qui verba illa, *& ratam rem haberi*, ex Vlpiani textu euellunt? Atqui, inquiunt, ſtipulatio De ratu maxima ex parte ad iudicij ſecuritatem & confirmationem pertinet. Ergo iudicialis eſt. Imò iudicialis dici non poteſt, cùm non ideò interponatur vt iudicium ratum fiat, quin potius vt ſibi ſtipulator conſulat in eum caſum quo iudicium irritum conſtituetur. Adeò vt in eius quoque vtilitatem committi poſſit, cuius intereſt iudicium irritum fieri: fortè ſi condemnatus, falſo procuratori litis æſtimationem ſoluerit, neque dominus rem ratam habeat. Neque enim ſemper ſtipulatio hæc committitur in id quod ſtipulatoris intereſt ratam rem haberi: ſed in id quoque quod ipſius intereſt à falſo procuratore deceptum eum non eſſe, *l. ſi procurator. 18. ibi, quòd damnatus ſoluit. D. eod.* Ex his apparet omnium cautionalium ſtipulationum naturam illam eſſe, vt præcedentem actionem nouent & perimant. Reſtat nunc, vt de illo videamus, cur inſtar actionum habere dicantur, *d. l. 1. de Prætor. ſtipula. l. non ſolum. 20. rem rat. haber. l. ſi ambo. 10. §. vlt. de compenſat. l. actionis. 37. de oblig. & action.* An quòd ad inſtar actionum à Prætore petantur, & dentur ex edicto? Ita nonnulli putant, quorum ſententia probabilis non videtur. Etſi enim de ſtipulatione damni infecti verè dicitur, vt non aliter committi poſſit quàm ſi à Prætore pro tribunali poſtulata ſit. *l. 4. §. hoc autem iudicium. D. de damn. infect.* tamen de duplæ ſtipulatione idem dici nõ poteſt, quam certum eſt ſine Prætoris iuſſu interponi, vt vel ex eo intelligitur quod licet dupla promiſſa non ſit, tamen ex empto ad duplam agi poteſt. *l. quòd ſi nolit. 31. §. qui aſſidua. D. de ædilit. edict.* Ac rurſus ſtipulationem Ratam rem haberi, nemo dixerit ex ſpeciali Prætoris imperio interponi, quam tamen Vlpianus cautionalem eſſe ait. Igitur verius fortaſſe fuerit, cautionales ſtipulationes ob eam cauſam dici habere inſtar actionum, quòd actionum quas nouant & perimunt naturam induunt, & vicem repræſentant, vt ex omnium enumeratione intelligi poteſt. Nam legatorum nomine interpoſita ſtipulatio in omnibus eodem iure cenſetur, quo, ex teſtamento actio, ſi ſupereſſet, cenſeretur, adeò vt nec in ſtipulatoris heredem pendente conditione tranſmittatur; quoniam nec legatum tranſmittitur licet conditionalis ſtipulatio tranſmittatur, *l. 1. §. ſi quis ſub conditione. D. vt legat. vel fideic. nomin. caueat.* vbi additur huic ſtipulationi eaſdem cauſas & conditiones ineſſe, quæ actioni ex teſtamento: proinde ſi qua

ſit exceptio, quæ petenti legatum opponi ſoleat, eandem quoq. ex ſtipulatu agenti opponi poſſe. Vnde fit vt ſi ſerui legati nomine legatarius ſtipuletur fugitiuũ eũ non eſſe præſtari, nihil veniat in ſtipulationem, quia qualis ſit, talis ex teſtamento præſtari debeat. *l. ſi legati. 56. de legat.* 1. Sic ſtipulatio Rem pupilli ſaluam fore, quemadmodum tutelæ actionem nouat, ita ipſius naturã induit, vt prius ex ea agi non poſſit, quã tutelæ agi poſſet ſi interpoſita ſtipulatio non eſſet: & ex quibus cauſis tutelæ agi nõ poſſet, ex iiſdẽ neq; ex hac ſtipulatione agi poteſt, *l. 1. l. 4. generaliter. D. rem pupill. ſalu. for.* Quo etiam pertinet *l. cùm pupillus. 9. D. eod.* in qua ſic Pomponius argumentatur, vt oſtendat ea omnia quæ in tutelæ iudicium veniunt, in hanc quoque ſtipulationem venire. Proinde tutorem qui in reſtituenda tutela aliquandiu moram fecit, fructuum nomine & vſurarum medij temporis teneri, vt in *l. ſeq.* Africanus ait: non alia ratione quàm quòd hæc actionis tutelæ, quæ bonæ fidei eſt, natura ſit: licet in actionem ex ſtipulatu nec fructus nec vſuræ veniant niſi poſt litem conteſtatam. *l. videamus. 38. §. ſi actionem de vſur.* Et hoc eſt quod iureconſult. ait in *l. aliam. 29. D. de nouat.* perire priuilegium tutelæ, ſi poſt pubertatem tutelæ actio nouetur: vt intelligamus facta nouatione per ſtipulationem Rem pupilli ſaluam fore, quæ ante pubertatem interponitur, *l. 2. l. ſeruum. 6. D. rem pupill. ſalu. for.* non ideò tamen tutelæ priuilegium perire. Idémque de duplæ ſtipulatione, & aliis cautionalibus omnibus dicendum eſt, vt inſtar eius actionis habeant in cuius locum interponuntur: propter quam cauſam in *l. non ſolum. 20. D. rem rat. hab.* dicuntur repræſentare vicem actionum. Et in eam rem textus eſt perelegans in *l. vlt. ff. eod.* vbi Africanus ait ſtipulationem Ratam rem haberi, interponi in locum condictionis, & ideò ſtipulatione teneri eum, qui, ſi ſtipulatio interpoſita non eſſet, condictione teneretur. Iudicialium ſtipulationum alia natura eſt, quæ non aliam ob cauſam interponuntur, quàm vt iudicium ratum fiat, non etiam vt noua actio ſit, & vetus perimatur. *l. ſi Stichum. 8. §. idem Celſus. ff. de nouat.* Ex quo apparet quænam communes ſtipulationes dicantur: Eæ ſcilicet, quæ non ſolùm ad iudicij ſecuritatem, & confirmationem pertinent, ſed etiam priorem actionem nouant, & perimunt. Cuiuſmodi eſſe Vlpianus ait ſtipulationem Iudicio ſiſti. *d. l. 1. de Prætor. ſtipu.* Efficit enim vt quod priſtina actione petebatur, ex ipſa ſtipulatione præſtandum ſit, ſiue in duplum eſſet actio, ſiue tripli, aut quadrupli, *l. 2. §. vltim. cum l. ſeq. ff. qui ſatiſd. cogant. l. vlt. ſi quis in ius vocat. non ier. l. quoties. 91. de verb. obligat.* Ac præterea propter iudicium interponitur, vt ipſa ſtipulationis verba demonſtrant. Malè tamen id nonnulli probant ex *l. ſi cum. 10. §. qui iniuriarum. ff. ſi quis caution.* vbi quod dicitur, hanc ſtipulationem dari propter ipſam rem non ſic accipi debet vt propter iudicium detur: ſed propter iniuriam: ſequitur enim, *iniuriarum autem actio heredi non competit.* Senſus verò eſt, non poſſe heredem agere ex ſtipulatione interpoſita propter actionem iniuriarum, quoniam nec iniuriarum agere poteſt, nec ipſi ſtipulatori, ſi vellet, omiſſa iniuriarum actione ex ſtipulatu agere permitteretur. Scilicet quoniam hæc ſtipulatio communis eſt, nec tantùm iudicialis ſed etiam cautionalis, & ideò actionem iniuriarum propter quam interponitur, ſic repræſentat, vt quemadmodum illã, ita hæc neque heredi, neque aduerſus heredem competat.

Valde corruptam eſſe l. in hoc. 14. D. commun. diuid.

Capvt 13.

NOn ſemper impenſæ in rem communem factæ iudicio Communi diuidundo repetuntur, ſed ita demùm ſi communi nomine factæ ſint, hoc eſt, ab eo, qui ſciuit ſe ſocium habere. *l. in hoc iudicium. 14. D. commun. diuid.* Impenſæ igitur factæ à ſocio, qui fundum ſuum proprium eſſe exiſtimabat, iudicio Communi diuidundo repeti non poſſunt: At quoniam ſi vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli mali retineri poſſent, *l. ſumptus 48. de rei vindicat.* & doli mali exceptio bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur, *leg. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum. de legat. 1. l. ſed & ſi 21. D. ſolut. matrimon.* magis eſt vt ſi cum ſocio qui impenſas fecit agatur Communi diuidundo, æquitate ipſius iudicij eas retinere poſſit, quia bonæ fidei iudicium eſt Communi diuidundo. Hinc fit, vt ſi partem ſuam alienauerit ſocius, qui impenſas fecerat, quoniam cum eo Communi diuidundo agi non poteſt, nihil habeat vnde impenſas retinere poſſit: Emptor tamen quemadmodum ſi rei vindicatione conueniretur, impenſas à venditore factas per doli exceptionem retinere poſſet, ita ſi Communi diuiduodo iudicio conueniatur, ipſius iudicij æquitate eas retinere poterit. *dict. l. in hoc iudicium.* In qua ſequitur, *Quæ cùm ita ſint, rectiſſimè dicitur etiam impendiorum nomine vtile iudicium dari debere mihi in ſocium etiam manente rei communione.* Hic illud primùm explicari non poteſt, qua ratione Paulus ex præcedentibus inferat impendiorum nomine actionem dari ſocio qui impenſas fecit in fundum communem, quem ſuum proprium eſſe exiſtimabat, cùm potius ex iis quæ prius dixit, & quæ mox ſubiicit, appareat, nec directum, nec vtile iudicium dandum eſſe ei qui in fundum communem quaſi in proprium impenſas fecit, (de quo Paulum loqui ex principio legis apparet) quoniam eo animo non fecit vt ſibi aliquem obligaret, *l. ſi quis cum. 29. D. eod.* Deinde abſurdum videtur iudicium Communi diuidundo ei dari qui rei communis partem alienauit, cùm neque directum competere poſſit ſublata communione, neque vtile ex æquitate dandum ſit ei cuius facto res communis eſſe deſiit, licet aduerſus eum dari poſſit. *l. ſi quis putans. 6. in princip. D. eod.* in cuius ſpecie obſeruandum eſt ſumptus in rem communem factos eſſe ab eo, qui communem eſſe ſciebat, ſed in ſocij perſona labebatur, quo caſu vtile eſt iudicium Communi diuidondo ei, qui ſumptus eo animo fecit, vt ſibi aliquem obligaret, *dict. l. in hoc iudicium. & l. ſi quis cum. D. eod.* Ergo quod Paulus ait in *dict. verſic. quæ cùm ita ſint*, neque ex ſuperioribus inferri poteſt, neque ex iuris ratione verum eſt. At nec *Accurſii* interpretatio placet, exiſtimantis Paulum in *d. verſic. quæ cùm ita ſint*, caſum, vt ipſe loquitur, mutare, & incipere de illo dicere, qui in fundum communem impenſas fecit quem ſibi cum alio communem eſſe ſciebat, ſed cum quo communia eſſet, ignorabat. Nam in præcedentibus nihil eſt ex quo id colligere poſſimus, & ridiculum videtur mutationem caſus comminiſci in iis verbis, *quæ cùm ita ſint*, in quibus ex contrario manifeſtum eſt Paulum aliquid ex præcedentibus inferre: Ac prætereà interpretatione *Accurſii* admiſſa defendi non poterit quod Paulus ait vtile iudicium ſocio dandum eſſe qui fundi, quem communem eſſe ſciebat, partem alienauit. Licet enim eo animo impenſas fecerit vt ſibi alium obligaret, non ideò tamen vtile iudicium Communi diuidundo habere poteſt, cùm ipſe fe-

ipſe fecerit vt res communis eſſe deſierit, ſed tantum negotiorum geſtorum. *d. l. in hoc iudicium. verſic. diuerſum. in fi. d. l. ſi quis cum.* vbi quod dicitur iudicium cõmuni diuidundo mihi ſufficere, quia non negotium ſocij gero, ſed propriam rem tueor, oſtẽdit negotiorũ geſtorum agere non poſſe cũ iudicium Communi diuidundo ſufficit. *l. ſi quis putans. §. cæterum 20. l. ſi communes. 40. D. de nego. geſt. l. Prætor. 9. §. generaliter. D. de reb. autho. iudic. poſsid.* At rurſus manente rei communione ſocius qui impenſas fecit negotiorum geſtorum agere non poteſt, ſed Communi diuidundo. *d. verſic. diuerſum.* in illis verbis, *quia in ea cauſa fuit. vt mihi actio dari deberet* Nullo igitur caſu verum eſſe poteſt quod Paulus ait ſocium aduerſus ſocium vtile iudicium habere, etiam manente rei communione. Quare non dubito quin totus hic Pauli locus valde corruptus ſit, ac primũ ita reſtituẽdus, vt in illis verbis, *vtile iudiciũ dari debere*, addita negatione ſic legamus, *dari nõ debere.* Moueor quod ei qui dum propriũ fundũ exiſtimat impendia fecit, neque directũ, neque vtile, neque negotiorum geſtorum, neque Cõmuni diuidundo iudicium dari poteſt, cum ſibi neminẽ obligare voluerit, *d. l. in hoc iudicium, & d. l. ſi quis cum.* quæ eiuſdem Pauli eſt. Deinde quia ſecundum receptam lectionem verba illa *etiam manente rei communione*, oſtendunt multo magis dandum eſſe vtile iudicium ſublata communione, quod falſum eſt, & ex iis ipſis quę prius Paulus dixit, omnino refellitur. Cùm enim ratione impenſarum, quas venditor fecit in fundo, quem ſuum proprium eſſe exiſtimabat, competat emptori retentio, vt proximè Paulus dixit, rationis eſt vt eas venditor petere nõ poſſit, neque directo iudicio Cõmuni diuidundo, quia ſublata communio eſt, neque vtili, quod ex æquitate datur, non ſolùm quoniam ipſius facto ſublata eſt communio, ſed etiam quia iniquum ſit ſocium eaſdem impẽſas duobus præſtare: vẽditori ſcilicet, & emptori cui retentione cautũ eſt. Quę ratio facit vt venditori non tantum Communi diuidundo, ſed etiam negotiorum geſtorum actio denegetur. Nam quod in eadẽ lege Paulus ait ei dandam actionem negotiorum geſtorum, illo caſu verum eſt quo impenſæ factæ ſunt ab eo, qui fundum communem eſſe ſciebat. Rurſus illo caſu, quo emptori impenſarum nomine retentio non competit, cui ſcilicet fundi tãtùm pars vendita eſt. Vix enim eſt vt totum fundum vẽdat is, qui ſe fundi partem duntaxat habere intelligat, quomodo *Accurſius* rectiſſimè interpretatur. Cui non obſtant verba illa, *etſi abalienauera prædium*, cùm prædij pars quælibet rectè prædium dicatur, *l. planè vbi 24. §. vlt. de legat. 1. l. dotale. 13. §. 1. D. de fund. dotal.* Quemadmodũ ex diuerſo illa, *ſi alienauera partem meam, in verſic. cæterum.* ſic neceſſariò accipienda ſunt, ſi totum fundum, quem meum proprium eſſe exiſtimabam, alienauero, cuius tamen pars duntaxat mea erat. Alioqui fundi tantùm parte alienata, ſiue is pro indiuiſo communis erat, ſiue pro diuiſo, nullam emptor pro impenſis in meam partem factis retentionem habere poteſt, quemadmodum nec eam partem ſocius meus vindicare. Sequitur apud Paulum, *etiam maneat res communiae.* Quibus verbis ſecũdum noſtrã emendationem proponit caſum magis dubitabilẽ de ſocio qui rem cõmunem, quam propriã eſſe putabat, non vẽdidit, vt nihilominus nulla ei actio competat. Cuius ſententiæ rationem ſtatim non aperit, ſed tacitè obiectionem quandam diluit, ex qua ſententię huius ratio facile intelligi poteſt. Ait autem, *Diuerſum eſt enim cùm quaſi in rem meam impẽdo quæ ſit aliena aut communis.* Hic verò manifeſtiſſimus error eſt cùm in ſuperioribus de illo tantùm Paulus locutus ſit, qui quaſi in rem ſuam impendit quæ communis erat. Nec planè video, quomodo corrigi poſſit, niſi integram lineam addamus, & ſic legamus:

Diuerſum eſt enim cùm quaſi
in rem alienam aut communem, & cùm quaſi
in rem meam impendo, quæ ſit aliena aut communis.

Vt ſenſus ſit, multum intereſſe vtrum quis impendat, quaſi in rem alienam, aut communem, an verò quaſi in rem ſuam, quæ ſit aliena aut communis. Hoc enim caſu, id eſt, inquit Paulus, vbi quaſi in rem meam impendo (quod adiici neceſſe non fuiſſet, ſi ita Paulus ſcripſiſſet, *diuerſum eſt enim cùm quaſi in rem meam impendo*) me retentionem duntaxat habere, quia mihi neminem obligare volui. At cùm puto rem Titij eſſe quæ ſit Mæuij, aut eſſe mihi communem cum alio quàm eſt, quoniam id ago vt alium mihi obligem, me actionem quoque habere, ſcilicet Communi diuidundo manente communione, vel negotiorum geſtorum ſublata communione. Ita namque explico quod ſequitur, *& ſicut negotiorum geſtorum actio datur mihi aduerſus eum cuius negotia curaui, cùm putarem alterius ea eſſe: ita & in propoſito igitur*, (ſic enim & rectius vnico contextu in quibuſdam libris legitur) *etſi abalienauera prædium danda mihi erit vt Iulianus quoque ſcribit negotiorum geſtorum actio*, quia tempore alienationis in ea cauſa fuit prædium vt mihi actio dari deberet, ſcilicet communi diuidundo. *d. l. ſi quis cum eod.* Non ſufficiente actione Communi diuidundo, quod contingit, ſublata communione facto illius qui impenſas fecit, neceſſariò ad actionem negotiorum geſtorum recurrimus. Etſi autem plæriſque minus probabile videbitur integram lineam, in Florentinis potiſſimùm, Pandectis deeſſe, error tamen probabiliſſimus eſt propter duplicis lineæ ſimile principium & ſimilem finem. Neque id iis nouum erit qui infinitis Pandectarum Florentinarum locis ſimiles errores obſeruarunt. Nam & in *l. muto. 6. §. 1. D. de tutel.* ſimili errore quo in *d. l. in hoc iudicium.* cùm ſcriptum eſſet,

quàm
ſi ſatis dederit, h. e. nõ aliter ei gerere permittẽdũ quàm
ſi rem ſaluam fore cauerit.

media linea à Florentino librario prætermiſſa eſt. Sic denique, ne videamur in ſimilibus erroribus conquirendis, qui paſſim occurrunt, diligentes videri, in *l. quid ergo. 9. de legat. 1.* nemo non videt malè in Florentinis integram lineam deeſſe, & ex aliis codicibus ſic legendum eſſe, *Planè ſi pluribus filiis inſtitutis in eos verbis legatorum bona diuiſerit, voluntatis ratione, legatarum actio, &c.*

Nouationem iure Digeſtorum quibuſdam caſibus non aliter fieri, quàm ſi id ſpecialiter expreſſum ſit.

CAPVT III.

IVRIS veteris regula fuit, non aliter nouationem fieri, quàm ſi inter contrahentes id actum ſit. *l. 2. D. de nouat.* Ad quam Iuſtinianus addidit in *l. vlt. C. eod.* vt numquam id videatur agi, niſi cùm expreſſè dictum eſt. Plærumque enim iure vetere facti quæſtio relinquebatur an id inter contrahentes actum eſſet vt nouatio fieret, néc ne, quas iuris veteris ambiguitates Iuſtinianus appellat. Erãt verò coniecturę quædam, ex quibus veteres iuris autores nouationem ex veriſimili ſtipulantium voluntate introducebant vt ſi poſte-

Digitized by Google

riore ſtipulatione amplius quàm priore contineretur, vel ſi mutata debitoris perſona creditor quod ſibi à Titio debebatur, à Sempronio ſtipularetur. *§. præterea. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Vnde Vlpianus in *l. ſcire debemus. 29. de verbor. oblig.* ait nouationem non fieri ſi ab eo qui decem debebat, poſtea decem & quinque ſtipuler, quoniam tot ſint ſtipulationes quot ſummæ ſunt, indéque fiat vt poſterior ſtipulatio priore vberior & plenior non ſit: Ergo ſi ab eo qui decem debebat, quindecim ſtipuler, dicendum eſt ex Vlpiani ſententia nouari præcedentem obligationem, & in ſequentem transfundi. Sic Iulianus in *l. qui vſumfructum. 58. eod.* nouationem fieri ait, ſi is qui vſum vel iter ſtipulatus erat, poſteà fructum vel actum ſtipuletur: quia poſteriore ſtipulatione amplius quàm priore contineatur. Rurſus cùm quod mihi Titius debet, à Sempronio ſtipulor, id tacitè agi videtur vt nouatio fiat, hoc eſt vt Titius liberetur, & ipſius obligatio in Sempronij perſonam transferatur. *l. vlt. §. vlt. D. de nouat.* Quam ob cauſam eleganter Celſus dicebat in propoſita ſpecie nouationem ita demum fieri, ſi id actum ſit, vt nouetur, id eſt, inquiebat ille, vt Sempronius debeat quod Titius promiſit, *l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. D. eod.* quaſi differentia non ſint id agi, vt Sempronius debeat quod Titius promiſit, & id agi vt nouatio fiat. Quod igitur plæriſque Digeſtorum locis ſcriptum eſt, ita demùm nouationem fieri ſi id actum ſit, non ſic accipiendum eſt vt expreſſe id agi neceſſe ſit (hoc enim ad Iuſtiniani Conſtitutioné pertinet) ſed vt tacitè id agi videatur niſi contrarium expreſſe actum ſit. *dict. l. ſi Stichum. 8. §. 1.* *iuncta l. 1. de Prætor. ſtipul.* (de qua primo huius libri capite diximus) *l. dotem. 30. D. de iur. dot. l. te hominem. 32. de nouat.* in qua Paulus rationē reddēs, cur ſi cùm tu hominem, & Seius decem mihi debeas, ego ab alio ſtipuler nouandi cauſa, quod te & Seium mihi dare oporteat, vtraque tua ſcilicet, & Seij obligatio nouetur: Reſpondet quoniam vtraque in poſteriorem ſtipulationem deducta ſit. Qua ex ratione, vt hoc quoque adnotemus, apparet in illis verbis, *quod te, aut Seium*, legendum eſſe *&* pro *aut*: cùm manifeſtum ſit, in alternatiua ſtipulatione vtramque rem non contineri niſi hactenus, vt alterutra præſtetur, non etiam ex vtraque peti poſſit. Et ideò Marcellus, cuius ſententiam Vlpianus refert, & probat in *d. l. ſi Stichum. 8. §. ſi decem. eod.* rectè putabat in propoſito caſu, neque te, neque Seium liberari: ſed in poteſtate promiſſoris eſſe vtrum liberare malit. Idque *Accurſius* non negat, neque tamen *&* pro *aut* legere audet, ſed inepta interpretatione, *aut* pro *&* ſcriptum eſſe ait: quam in rem abutitur *l. ſæpe. 53. de verb. ſignific.* in qua, quod dicitur coniunctionem pro disiunctione, & viciſſim disiunctionem pro coniunctione ſæpe accipi, ad legis aut edicti interpretationem pertinet, non ad hominum conuentiones, in quibus, quoniam duorum conſenſu perficiuntur, coniuncta pro disiunctis, aut disiuncta pro coniunctis accipi non poſſunt, niſi manifeſta illa ſit contrahentium voluntas. *l. pen. in fin. C. de verbor. & rer. ſignific.* Alioqui dicendum erit nihil intereſſe an in ſtipulatione alióve contractu dictũ ſit, *aut*, vel *&*, quod abſurdũ eſt, pugnátque cum *l. inter ſtipulantem. 83. §. ſi ſtipulante. D. de ver. oblig.* ac aliis innumeris iuris locis. Sic & in *l. ſi is cui. 26. D. de nouat.* eundem errorem ineſſe ſuſpicór in illis verbis, *quod ille, aut quod ille debeat*, in quibus etiam *&* pro *aut* legendum eſſe arbitror, licet *Accurſius* diſſentiat. Etſi enim idem in ea ſpecie Celſus reſpondere videtur, quod Marcellus in *d. l. 8. §. ſi decem. eod.* nimirum vt neutra ex prioribus obligationibus perempta ſit, ſed in ſecundi promiſſoris poteſtate ſit, vtram peremptam velit (& hoc eſſe videtur quod *Accurſium* feſellit, errorique cauſam dedit) tamen ſi ſequentia inſpicias non idem à Celſo quod à Marcello reſponſum eſſe fateberis. Nam apud Celſũ ſequitur, ita demùm in poteſtate Attij eſſe pro quo velit ſoluere, ſi fingamus ita actum fuiſſe vt alterutrum daret. Alioquin, inquit, vtrumque ſtipulatus videtur, & vtrumque nouatum ſi nouandi animo hoc fiat. Quis vero dixerit, ea ſtipulatione *quod ille aut quod ille debet*, vtrumque quod ille, & ille debet contineri? Atqui, inquies, illud quoque dici non poteſt ita concepta ſtipulatione *quod ille, & quod ille debet*, neutrum nouari, & in poteſtate promiſſoris eſſe vtrum ex debitoribus liberare malit. Nam apertè Caius repugnat in *l. vlt. §. vlt. eod.* Fateor: ſi nihil præterea proponatur. Sed ſi fingamus ita actum, vt promiſſor alterutrum duntaxat daret, abſurdum non erit ſcripturam ad contrahentium voluntatem accommodari. Quemadmodum ex contrario, ita concepta ſtipulatione *quod ille, aut quod ille debet*, ſi fingamus ita inter contrahentes actũ vt vtrumque detur, dubitandum non eſt vtramque ſtipulationem nouari, licet ſtipulationis verba repugnare videantur. Semper enim in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequimur id quod actum eſt, *l. ſemper 34. de reg. iur.* At cùm iſta ſtipulatus ſum, *quod ille, aut ille debet*, fingendum non eſt ita actum vt alterutrum detur, cùm ex ipſis ſtipulationis verbis id actum eſſe manifeſte appareat. Et ridiculè *Accurſius*, quod lex ait, *alioquin*, ſic interpretatur, *ſi hoc fingamus actum vt vtrumque det.* Inaptè enim ſubiicerentur verba illa, *vtrumque ſtipulatus videtur.* Sic igitur Caius intelligendus eſt, vt in propoſita ſtipulatione niſi fingamus ita actum vt promiſſor alterutrum daret, ſtipulator vtrumque ſtipulatus videatur, quòd tum demùm verè dicitur cùm ſtipulatus eſt, *quod ille, & quod ille debet. d. l. te hominem, & l. vlt. §. vlt. de nouat.* (Eodem errore in *l. cùm in fundo. §. vl. de iur. dot.* puto ſcriptum *aut* pro *&* in illis verbis, *promiſit, aut ſoluit.*) Porrò quo caſu ſtipulator vtrumque ſtipulatus fuiſſe videtur, vtrumque etiam nouaſſe intelligitur. *d. l. ſi is qui.* in qua quod additur, *ſi nouandi animo hoc fiat*, ita interpretandum eſt, ſicut diximus, vt nouandi animo fieri videatur niſi contrarium expreſſe actũ ſit, *d. l. vlt. §. vlt.* Ex his verò quę toto hoc capite ſcripſimus, apparet plęriſque caſibus iure Digeſtorum contingere potuiſſe vt non aliter nouatio fieret quàm ſi id ſpecialiter actum eſſet: his ſcilicet, quibus nihil erat ex quo colligi poſſet, eam contrahentium voluntaté fuiſſe, vt nouatio fieret. Fortè, ſi poſteriore ſtipulatione minus quàm priore cõtineretur: vt in ſpecie *l. qui vſumfructũ. 58. de verb. oblig.* vbi Iulianus ſcribit eum qui ſtipulatur actum, deinde iter: vel fructum, deinde, vſum, nihil agere niſi ſe nouandi animo ita facere ſpecialiter expreſſerit. Nimirum quia minus eſt in vſu, quàm in fructu: minus in itinere, quàm in actu. Adeò autem verum eſt poſteriore ſtipulatione qua minus continetur, priorem non nouari, vt etſi delegatus ſit is qui minus promiſit ab eo qui anteà plus promiſerat, nouatio tamen non fiat, *l. cum qui. 56. ſi à te. D. de verb. oblig.* vbi tamen eadem exceptio addi poteſt, quæ in *d. l. qui vſumfructum.* additur, niſi ſtipulator nouandi animo ſe ab alio ſtipulari ſpecialiter expreſſerit. Quòd ſi in poſteriore ſtipulatione tantundem ſit, quantum in priore, multum intereſſe dicendum eſt an idem in vtraque ſtipulatione promiſſor ſit, an verò delegatus ſit is qui ſecunda ſtipulatione promiſit. Priore caſu nouatio

non

Digitized by Google

non fit niſi id ſpecialiter expreſſum ſit. *d. l. ſcire. 29. eod.* Poſteriore verò nouatio fit. *dict. l. 8. §. ſi quis ita de nouat.* Sic in *l. aliam. 29. eod.* Paulus ait poſt pubertatem tutelæ actionem nouari, itémque poſt diuortium actionem de dote, ſi id ſpecialiter actum ſit. Quoniam veriſimile non eſt mulieris quæ poſt diuortium à marito dotem ſtipulatur, vel pupilli qui poſt pubertatem à tutore, voluntatem illam eſſe vt actio de dote, vel tutelæ nouetur, & in ſtipulationem transfundatur: cùm iis longè conſultius ſit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones ſunt, quàm ex ſtipulatu quæ ſtricti iuris eſt. Multa namque priuilegia habet actio de dote, itémque tutelæ, quæ actio ex ſtipulatu non habet. Hinc verò petenda ratio eſt eius quod ex Proculi ſententia Pomponius ſcribit in *l. ſi diuortio. 2. de verbor. obligat.* mulierem quæ centum duntaxat in dote habebat, ſi diuortio facto ducenta dotis nomine ſtipuletur, centum duntaxat ex ſtipulatu petere, alia centum actione de dote deberi. Duplex enim fuit iure Digeſtorum ad repetitionem dotis comparata actio, vna quæ rei vxoriæ, ſeu De dote dicebatur, & bonæ fidei erat, *§. fuerat. Inſtit. de action. l. in bonæ. 36. D. de pecul. l. ſed & ſi 21. D. ſolut. matrim.* altera ex ſtipulatu ſtricti iuris ante nouam Iuſtiniani Conſtitutionem *l. vnic. Cod. de rei vxor. action.* Nemo autem dixerit mulierem quæ bonæ fidei actione De dote tuta eſt, ex ſtipulatu id agere vt bonæ fidei actio in ſtrictam transfundatur. Quæ ratio facit, vt ſi dos ex ſtipulatu debita fuerit marito, fortè promiſſa ab extraneo (nam promittendo dotem omnes obligantur. *l. promittendo. 41. de iur. dot.*) eámque maritus ab vxore ſtipuletur, nouatio fiat, neque dos dupletur, vt Vlpianus ait in *d. l. ſi Stichum. 8. §. vlt. D. de nouat.* Nimirum quoniam actio ex ſtipulatu, ex qua primùm dos debebatur, vberior non erat ea quæ ex poſteriore ſtipulatione competit: perſonæ autem mutatio efficit vt interpretemur ſtipulatorem nouandi animum habuiſſe, & à priore obligatione recedere voluiſſe. Idem de tutelæ actione dicendum eſt, vt poſt pubertatem non nouetur, niſi id ſpecialiter exprimatur, quia non ſit veriſimile priuilegium actionis tutelæ amittere voluiſſe eum, qui à tutore ſtipulatus eſt. Quod ſi ante pubertatem ſtipulatus ſit, quoniam ex ſtipulatu actio, tutelæ actionis naturam induit, & repræſentat, iiſdemque priuilegiis, & præſtationibus gaudet, fit vt tutelæ actionem nouet etiamſi id ſpecialiter non exprimitur, quemadmodum primo huius libri capite explicauimus. Simile etiam eſt quod ait *l. ſi rem. 31. §. ſi duo. de nouation.* correum ſtipulandi, poſt contractam obligationem ſtipulantem à reo promittendi poſſe eum nouatione liberare ab altero correo ſtipulandi cùm id ſpecialiter agit. Quia niſi ſpecialiter id agat vt nouatio fiat, non poteſt videri eo animo ſtipulari vt nouet: at potius dicendum eſt inutilem eſſe poſteriorem ſtipulationem, qua illud ipſum promittitur, quod iam debebatur. *l. quibus. 18. de verbor. obligat.* Planè ſi correus ſtipulandi creditori ſuo delegauerit reum promittendi, apparet id actum eſſe vt nouatione debitor liberaretur. *d. §. ſi duo. in fin.* vt non ſit neceſſe id ſpecialiter agi quia id actum eſſe ex ipſa delegatione intelligitur. At cùm nihil eſt ex quo nouandi animus colligi poſſit, vt cùm correus ſtipulandi id ipſum ſtipulatur quod iam ſtipulatus erat, rectiſſimè dicitur nouationem ita demùm fieri, ſi id ſpecialiter actum, hoc eſt dictum ſit. Quæ cùm ita ſint, eorum obſeruatio reiicienda eſt, qui tribus illis Digeſtorum locis, hoc eſt in *l. qui vſumfructum. 58. de verb. oblig. l. aliam. 29. l. ſi rem. 31. §. ſi duo. de nou.* à Triboniano addita putant verba illa, *ſi id ſpecialiter actum eſt*: quæ nos oſtendimus ab ipſis Iureconſultus prætermitti non potuiſſe: & quibus locis prætermiſſa ſunt, ex iuris ratione omnino ſubintelligi debere.

Herede poſt aditam hereditatem reſtitute in integrum, ſubſtitutioni locum fieri.

CAPVT IIII.

ANceps dubitatio eſt de qua in vtramque partē diſputari probabiliter poteſt, An ſi heres inſtitutus, cui ſubſtitutus datus eſt, hereditatem adierit, túmque ætatis beneficio reſtitutus ſit, ſubſtitutio, quæ hereditatis aditione euanuerat, in integrum reſtitutione conualeſcat. *Bartolus* conualeſcere credidit, cuius ſententiam veteres ferè omnes interpretes ſequuntur. At recentiores improbant, & fiſcum tanquam ad bona vacantia admitti contendunt. Mihi opinio Bartoli longè probabilior videtur. Etſi enim dici ſolet, quod illi obiiciunt, poſt aditam hereditatem, vulgares ſubſtitutiones expirare. *l. poſt adit. im. 5. Cedic. de impub. & aliis ſubſtitut.* abſurdum tamen videtur, & contra teſtatoris voluntatem aditam hereditatem interpretari, eam quæ poſt impetratam reſtitutionem in integrum eſt pro non adita, cùm reſtitutio faciat, vt qui heres fuit, numquam fuiſſe videatur, & perinde habeatur, ac ſi hereditatem non adiiſſet. Quòd ſi obiicias eum qui ſemel heres fuit ſemper heredem manere. *l. et qui ſoluendo. 88. de hered. inſtit.* Reſpondebo non tam heredem eſſe quàm nudum heredis nomen gerere, vt Iureconſultus loquitur in *l. 2. §. adoptiu. D. ad S. C. Tertull.* cùm à Prætore heredis loco non habeatur. *l. neceſſarius. 57. de acquir. hered.* Nec veriſimile eſſe teſtatorem de tali herede cogitaſſe, qui non niſi nomine heres ſit: at potius de illo qui defuncti perſonam effectu repræſentet, ac in omnia ipſius iura vniuerſúmque rem ſuccedat. Alioqui filio in poteſtate conſtituto vulgariter ſubſtitui non poſſet, cùm is quantumuis abſtineat, facere tamen non poſſit quin nomine patris heres ſit. *d. §. adoptiuus.* propter quam cauſam dici ſolet non eſſe ſine herede eum, qui ſuum heredem habeat, quamuis ſe abſtinentem, *l. tum quaſi. 30. § ſed etſi ſuus. de fideic. libert.* licet à Prætore heredis loco non habeatur. *l. ſi filius. 12. de interrog. act.* Igitur ex veriſimili teſtantis voluntate dicēdum eſt, fiſco adeóque legitimis heredibus præferendum eſſe ſubſtitutum poſtquàm heres qui prius adierat in integrum reſtitutus eſt. Quomodo Scæuola reſpondit in *l. ex contractu. 44. D. de re iudicat.* in cuius ſpecie apparet ſubſtitutum ſiue vulgariter, ſiue pupillariter datus eſſet, vulgarem caſum ſuccedere, ex eo quod viuo pupillo, & in bona defuncti eum admitti lex ait, neque tamen vulgarem ſubſtitutionē immixtione pupillę ſic expirare, vt non eiuſdē abſtentione reuiuiſcat. Abſtentionis enim eadē quę reſtitutionia poteſtas, & vis eſt, vt hereditas adita, pro nō adita habeatur. Vnde fit vt ſi pupillæ, quę poſt immixtionem abſtinuit, ſubſtitutus nullus datus ſit, ſed coheres, ea portio quæ ad pupillam peruenerat, coheredi accreſcat. *d. l. ex contractu.* quamuis verum ſit iura accreſcendi in portionibus agnatis locum non habere. *l. vnic. §. his ita. Cod. de caduc. toll.* Nimirum quoniam fere eſt vt agnita non ſit ea portio quę poſt aditionem repudiata eſt. Nec eorum ſubtilitas probanda eſt, qui abſtentionem à reſtitutione ſeparant: cùm tam abſtentionis quàm reſtitutionis beneficium ex Prætoris iuriſdictione ſit. *dict. l. neceſſa-*

Digitized by Google

riis. indeque fiat vt tam is qui abſtinuit, quàm qui reſtiturus eſt, heres nomine maneat: neuter verò à Prætore heredis loco habeatur. *dict. l. cum quaſi. §. ſed etſi ſuus. de fideic. libert. & l. 2. §. adopt. ad S.C. Tertull. l. & ſi ex modica. 6. §. ſi filius. D. de bon. libert.* vbi Vlpianus ſcribit nihil intereſſe an heres à liberto ſcriptus abſtinuerit, an in integrum reſtitutus ſit: vtroque enim caſu patronum ad inteſtati liberti ſucceſſionem admitti. At cùm is demùm inteſtatus dicatur cuius hereditas adita non eſt, *l. inteſtatus. 94. de verbor. ſignificat.* apparet aditam dici non poſſe eam, quæ poſt aditionem abſtentione, aut in integrum reſtitutione repudiata eſt. Idque Vlpianus innuere videtur iis verbis, *quamuis nomine heres ſit*, quibus eleganter & conciſè dubitandi decidendique ratio continetur. Videbatur enim excluſum patronum à ſucceſſione liberti, cuius hereditatem filius ex teſtamento adierat. Sed quoniam filius poſt abſtentionem aut reſtitutionem nomine duntaxat heres eſt, eleganter Vlpianus reſpondet admittendum eſſe patronum: Neque alia huius ſententiæ ratio eſt: ex qua intelligitur nihil hac parte contra iuris ciuilis regulas propter ius & reuerentiam patronatus conſtitutum eſſe, vt quidam autumãt: cui ſcilicet nulla iuris parte vſque adeò indulgetur vt in patroni fauorem à iuris ratione recedatur. Et exemplum quo vtuntur ex *l. qui duos. 9. §. ſi cum filio. D. de reb. dub.* magis diſſimile eſt: quia quod in dubio pater ante filium mortuus eſſe præſumitur, *d. l. qui duos. § cum in bello.* non fit ex certa aliqua iuris aut naturæ regula, ſed ex communi parentum voto, & naturæ ordine, qui tamen ſæpiſſimè turbatur. *l. nam etſi. 15. D. de inoffic. l. ſcripto. 7. D. vnd. libert.* vt mirum non ſit ſi in dubio patronatus reuerentia incertam iuris præſumptionem elidat. At quod ſumma iuris ratione conſtitutum eſt, ex ſola patronatus reuerentia immutari non poteſt, cuiuſmodi illud eſt quod dicimus, Reſtituto herede ſubſtitutum admitti, vel non admitti. Denique Iureconſultus in *l ſi minor. 61. de acquir. hered.* Diui Seueri Conſtitutionem refert, vt ſi minor annis poſtquam ex parte heres extitit in integrum reſtitutus ſit, eius partis onus coheres ſuſcipere non cogatur, ſed bonorum poſſeſſio creditoribus detur. Quo reſcripto opus non fuiſſet, ſi ex iuris ratione agnita portio poſt reſtitutionem in integrum coheredi non accreſceret. At quia iniquum videbatur ei inuito accreſcere, qui aditionis tempore partem duntaxat hereditatis acquiſiuiſſet, ne alioqui Prætoris beneficium in concedenda reſtitutione in integrum ei captioſum ſit, cui nihil imputari poſſit. *l. Paulus. 8. de Prætor. ſtipulat.* optimam rationem habet Seueri reſcriptum, vt totius hereditatis onera inuitus ſubire non compellatur. Atque hoc quidem fauore coheredis conſtitutum eſt: ſed vt ei volenti accreſcat, fit proculdubio ex ſũma iuris ratione, quæ inter coheredes iuri accreſcendi locũ facit. Nec dici poteſt cur hac parte fauorabilior coheredis quã ſubſtituti cauſa eſſe debeat, cũ vix alio colore coheres ad coheredis portionẽ deficientẽ vocetur quàm quòd rei quodámodo ſubſtitutus videatur, *l. ſi Titio. 61. §. vl. de leg. 2.* nec inter ſe ferè in alio differant, quàm quòd coheres tacita, ſubſtitutus verò expreſſa teſtatoris voluntate nitatur: vt proinde ad conſeruandam defuncti voluntatem fauorabilior ſubſtituti, quàm coheredis cauſa eſſe debeat. Certè huius fauorabilior, quàm illius eſſe non poteſt. Verùm huic noſtræ ſententiæ obiiciuntur duo iuris loci, quibus nec *Bartolus*, nec qui *Bartoli* ſententiam ſecuti ſunt, reſpondere potuerunt. Primus eſt in *leg. aut Prætor. 7. §. ſed quod Papinianus, de minor.* vbi Vlpianus Papiniani ſententiam refert, vt minore poſt aditionem reſtituto ſubſtitutus ſeruus neceſſarius nec liber nec heres eſſe poſſit, Niſi hereditas non ſit ſoluendo: ex Diui Pij, & Seueri conſtitutione. Qua exceptione *Bartolus* in ſuæ ſententiæ confirmationem abutitur, nec animaduertit aliis caſibus regulam conſtitui, vt ſubſtitutio hereditatis aditione perempta reſtitutione in integrum non conualeſcat. Niſi reſponderimus quod verum eſt, aliam rationem eſſe heredis ſerui neceſſarij, aliam alterius ſubſtituti. Cùm enim neceſſarius heres ille ſit, qui omnino, & protinus poſt teſtatoris mortem heres eſt, vt Iuſtinianus diffinit in *§. 1. Inſtit. de hered. qualit. & differ.* apparet ſeruum, qui non niſi neceſſarius heres eſſe poteſt, poſtquàm alter heres extitit, ex ſubſtitutione heredem eſſe non poſſe: cùm is qui prius heres fuit, per reſtitutionem heres eſſe non deſinat. Vnde Papinianus rectè dicebat ſemper ſubſtitutum ſeruum excludi, nec eum caſum excipiebat, Si hereditas ſoluendo non ſit. Sed quoniam quæ ratio facit vt contra iuris regulam inſtitui poſſint ſerui neceſſarij, licet cum iis teſtamenti factio non ſit, vt ſcilicet ipſorum potiùs quàm dominorum bona væneant, eadem locum habet cùm heres ſcriptus poſt aditionem reſtituitur, quia cum eo creditores agere non poſſunt: Diui Impp. Pius, & Seuerus reſcripſerunt, permittendum hoc caſu ſeruo neceſſario vt ex ſubſtitutione heres eſſe poſſit: quaſi vtiles actiones non tam habere, quàm excipere videatur. Alioqui non poteſt Prætor vtiles actiones ſeruo decernere, cuius perſona iure Prætorio prorſus incognita eſt, quemadmodum & iure ciuili, niſi hactenus vt heres neceſſarius eſſe poſſit. At bonorum poſſeſſor neceſſarius eſſe non poteſt. Ergo quod de ſeruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici poteſt, quos Prætor vtiles bonorum poſſeſſores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fine *d. §. ſed quod.* Vlpianus ait: nec iam ex eo loco *Bartoli* ſententia impugnari poteſt. Altera obiectio eſt ex *l. vlt. de ſucceſſ. edict.* ad quam difficilior reſponſio videtur. Apertè enim Papinianus ſcribit cognatum inferioris gradus, edicti ſucceſſorij beneficium non habere, ſi prior ex propria parte poſſeſſionem acceperit, licet ob auxilium ætatis abſtinendi facultatem impetrauit, ob idque fiſco ea bona tanquam vacantia deferenda eſſe. Etſi verò de cognato inferioris gradus, non de ſubſtituto loquitur, eadem tamen vtriuſque ratio eſſe videtur vt poſt aditam ab altero hereditatem aut petitam bonorum poſſeſſionem excludantur, & fiſco poſtponantur. Quomodo *Accurſius* ratiocinatur, qui ad *d. l. vlt.* ſic notat. *Sic in l. poſt aditam C. de impub.* Sanè quod addit de *l. ſi minor. de acq. hered.* ridiculum eſt. Repugnat enim ea lex potius quàm conuenit Papiniani reſponſo, vt ſuprà explicauimus. At videamus ne dici poſſit, multum intereſſe, an de legitima, an de teſtamentaria ſucceſſione quæratur. In teſtamentaria, hereditatem agnitam haberi pro non agnita, ſi non cum effectu agnita ſit, quia voluntati teſtatoris prius ſatisfactum dici non poſſit. Legi verò, & Prætori ſatisfactum eſſe ſtatim atque vni hereditas aut bonorum poſſeſſio delata, vel acquiſita eſt: neque id præterea legem aut Prætorem requirere, vt cum effectu acquiratur. Vnde fiebat iure vetere, vt ſi ſuus heres aut proximus agnatus delatam ſibi hereditatem repudiaſſet, ſequentia gradus liberi, aut agnati non admitterentur. Hoc enim eſt quod dici ſolebat in ſuis, & agnatis ſucceſſionem non eſſe. *l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Quod tamen

quo-

Digitized by Google

quoniam iniquum videbatur, Prætor ſic temperauit, vt ii ex capite *vnde agnati* excluſi, ex ſequenti *vnde cognati* admittãtur. *d.§. placebat.* Vnde intelligi poteſt, ſi vni ex cognatis delata ſit bonorum poſſeſſio, iſque eam repudiauerit, eum qui ſequẽtis gradus ſit edicti ſucceſſorij beneficiũ habere, vt quemadmodum Prætor iniquum exiſtimauit ſolam delationem proximo agnatorum gradui factam ſequẽtes excludere, ob eámque rem cùm ex capite *vnde agnati*, excluſi eſſent, eos ex capite *vnde cognati*, admiſit: ita in conſtituendo iure bonorum poſſeſſionis *vnde cognati* prouiderit vt ex ſola delatione vni facta ſequentes non excludãtur, quia hîc nullum ſequens caput ſit, ex quo admitti poſſint, ſed ita demùm ſi prior gradus bonorũ poſſeſſionem acceperit, quod oſtẽdunt illa Papiniani verba, *cùm prior ex parte propria poſſeſſionem accepiſſet.* Priore igitur poſſeſſionem accipiente ſequentiũ ius omnino tollitur, licet poſtea prior abſtineat, & ſucceſſorij edicti poteſtas perimitur, quod ideò duntaxat propoſitum eſt ne bona diutius vacua iaceant. *l.1. de ſucceſſ. edict.* Qua etiam ratione puto ſi proximus agnatus hereditatem adierit, túmq; ætatis beneficio reſtitutus repudiauerit, ſequentes admitti non poſſe, nec *vnde agnati*, nec *vnde cognati*. arg. *d.l. vlt.* Nec obſtant, *l.1.§. ſi quis adita. & l.2.§. ſi bonorum. D. ad S.C. Tertull.* Habent.n. propriã rationem ex verbis S.C. vt Iurec. ait, quod ab *Accurſio*, & vulgaribus interpretibus ignoratum, à recentioribus eleganter & rectè obſeruatum eſt.

Emendatio l. inter cauſas. 26. §. ſed cùm ſeruus. D. mand.

CAPVT V.

SI ſeruus quem mandatu meo emiſti, furtum tibi fecerit: quæſtio eſt an aduerſus me noxalem duntaxat furti actionem habeas, an contrariam mandati in omne id quod tua intereſt. Et ſi quidem culpa mea dolóve factum ſit vt damnum paſſus ſis, fortè ſi talem ſeruum emi mãdauerim de cuius moribus te non monuerim, cõſtat me in ſolidum teneri. *l. ſi ſeruus communis. 61. §. quod verò. de furt.* Sed ſi mea nulla culpa ſit, æquius eſt te mandati actione aliud non conſequi, quàm vt tibi ſeruus noxæ dedatur. *l. inter cauſas. 26. §. ſed cùm ſeruus. D. mandat.* Vbi exceptio ſubiungitur, *ſi tamen ſine culpa tua id acciderit.* Ergo ſi culpa tua furtum tibi ſeruus meus fecerit, ne quidem noxali actione experiri poteris. Atqui vix eſt vt furtum tibi ſine culpa tua fiat. *l. cum duobus. 52. §. damn. D. pro ſocio.* Vix igitur eſt vt noxali agere poſſis. Quod tamen iniquiſſimum eſſe nemo negauerit. Neque enim ex culpa & negligentia tua ſeruo meo permitti debet vt furtum tibi faciat. Niſi fortè omiſſis duodecim tabularum legibus Lacedæmones aut priſcos Gallos imitari vólumus, apud quos furta non modò impunita, ſed etiam laudi habita fuiſſe legimus, ſi ſic fierent vt ἐπ’ αὐτοφώρῳ fures nõ deprehenderentur. Ac ſanè ſi quod infinitis iuris locis ſcriptum eſt, ex furto ſerui dominum noxali actione teneri, accipiatur cum ea diſtinctione, ſi non eius cui furtum factũ eſt culpa interceſſerit, (deterior enim mandatarij, quàm aliorum conditio eſſe non debet,) fiet vt facilè iuris regula illudatur, & delicta impunita remaneant. Nec receptam lectionem rectè tueri poſſis, licet verba illa, *ſine culpa tua*, de inſigni & lata mandatarij culpa intelligas. Quod tamẽ commodè facere nõ poſſis, quoniã quibus iuris locis culpam indiſtinctè Iureconſulti dicunt, leuem, non latam, aut leuiſſimã intelligunt. *l.2. §.1. l.4. §. vlt. l. in actionibus. 5. de lit. iur. l. ſemper. 15. §. eum autẽ. D. quod vi aut clam. l. quæſitum. §. illud. de precar. l. contractus. 23. de regul. iur.* Deinde quantumuis lata & inſignis culpa ſit eius, cui furtum ſit, ſatis tamen in eo coercetur quòd integram totius damni æſtimationem conſequi non poteſt, nec vſq. adeò plectendus eſt vt ei ſerui nomine noxalis actio denegetur. Finge mercatorem tabernam in loco publico noctu apertam reliquiſſe, atque ita ipſius merces à ſeruo tuo ſubtractas eſſe: Inſignis profectò ipſius culpa eſt, neq. tamen auſis negare ei te noxali actione teneri, ſi à ſeruo tuo furtum factum eſſe appareat. Multò igitur magis in mandatario idem probandum eſt, qui licet in culpa ſit, veriſimiliter tamen furtum paſſurus non erat ſi tui gratia mandatum non ſuſcepiſſet. Denique Iureconſultus *in d. §. ſed cùm.* non quærit an mandatarius ob furtum ſerui noxaliter agere poſſit aduerſus mandatorem (id enim erat ſine dubio, vt idem Paulus ait *in l. pen. commod. & l. ſi domum. 45. D. locat.* neque in eam rem Neratij authoritate opus erat) ſed an noxali actione contentus eſſe cogatur, ne contrario mandati iudicio in ſolidum agere poſſit. Hoc verò difficile videbatur, quia licet æquum ſit non oportere cuiquam plus damni per ſeruum euenire, quàm quanti ipſe ſeruus ſit, multo tamen æquius eſt nemini officium ſuum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe: vt Africanus diſputat *in l. ſi ſeruus. 61. §. quod verò.* D. *de furt.* Sed hoc demùm rectè dicitur, cùm mandantis culpa argui poteſt, quæ ſi nulla ſit, maior ratio eſt vt is qui mandauerat, & cui nihil imputari poteſt, noxæ deditione liberetur. Planè ſi ſeruum petat indemnem mandatarium præſtare compelletur. *l. ſi ſeruus Titij. 70. de legat.* 1. Atque ita ſupradicto locò Paulus ex Neratij ſententia reſpondet, mandatario noxalem duntaxat, non in ſolidum actionẽ cõpetere, *ſi tamen*, inquit, *ſine culpa tua id acciderit.* Igitur cùm ipſius mandatarij culpa furtũ factum eſt, dicemus ei non tantùm noxalem, ſed etiam in ſolidum agere licere. Ita enim ex ſuperioribus omnino ſequitur, quod tamen abſurdiſſimum eſt. Neque aliud dicere Accurſius poteſt, quàm verba illa de mandatarij in emendo culpa intelligi debere, quod nec poſteriorem hanc dubitationem tollit, nec verum eſt, cùm apertè Paulus de mandatario loquatur, cuius culpa furtum accidit. Emendanda igitur eſt vulgata lectio, & pro *tua*, legendum *mea*, vt ſimili errore in *l. ſi mandatu. 45. §. vlt. D. eod.* ſcriptum eſt *tuam*, pro *meam*. Et ſenſus erit noxalem duntaxat actionem tibi competere, non contrariam mandati in ſolidum, niſi culpa mea furtum acciderit. Hoc. n. caſu, id eſt vt ſequentia explicant, ſi ſciſſem furem eſſe ſeruũ, nec tibi prædixiſſem vt poſſes præcauere, tunc quanti tua interſit, tantùm me tibi præſtare debere. Mihi namq; culpa hæc imputari poteſt, licet non reticuerim dolo malo, vt facilè contingit. Sed in actione mandati, itémque depoſiti, culpa hac parte à dolo ſeparanda non eſt, *d. l. 61. §. quod verò. de fur.* In commodato, locatione, & ſimilibus aliud obſeruandum eſt, vt qui commodauit ſeruum vel locauit, ſi ab ipſo furtum factum ſit non vltra ſerui pretiũ teneatur, *d. l. 61. §. circa commodatum.* vbi additur, *ſi non dolo quid fecerit.* Ita enim legendum eſt retenta negatione, quæ in vulgaribus libris omnibus eſt, licet in Florentinis malè deſit. Abſurdum namque fuerit, commodatorem aut locatorem ſerui, ſi dolo aliquid fecerint, non vltra ſerui pretium teneri, vt idem Africanus ſcribit *in l. ſi ſeruus. 31. in fin. de pignor. action.* aut eos quorum dolus argui

Google

non poteſt ne quidem ad ſerui pretium teneri: horum quippe melior conditio eſſe debet, quàm ſi dolum feciſſent. Idque apertè ſcriptum eſt *in d.l. penul. commod. l. ſi domum. 45. D. locat. & d.l. ſi ſeruus. 61. §. 1. de furt.* vbi dicitur bonæ fidei conuenire, vt in huiuſmodi iudicia doli nomine in ſolidum teneatur is qui dolum commiſit. quæ etiam ſententia eſt illius exceptionis, *niſi quid in his amplius ſit*, id eſt, niſi præter ſerui furtum, domini quoque dolum interceſſiſſe proponas. Eodem planè ſenſu quo *in d. §. ſed cùm.* Paulus ſcribit, *niſi culpa mea id acciderit*. Et tamen quod dicimus mandatario aduerſus mandatorem in ſolidum actionem dari ſi mandatoris culpa furtum factum ſit, exceptio ſubiicienda eſt, niſi mandatarij quoque culpa argui poſſit. Quid enim ſi ipſe vltrò cuſtodiam ſeruo dederit argenti fortè vel nummorum, cùm alioquin dominus nihil vnquam tale feciſſet? Hoc caſu aliter obſeruandum eſt, vt mandatario non in ſolidum, ſed noxalis tantùm actio detur, quomodo Africanus intelligendus eſt in *d.l. 61. §. hæc ita puto. de furt.* quamuis magnus Africani interpres diſſentiat: quem proculdubio hic Pauli locus fefellit. Cæterùm nec quæuis mandatarij culpa impedit quominus in ſolidum agere poſſit, ſed ea duntaxat, quæ furto cauſam dat, vt in exemplo illo Africani, cùm mandatarius ſeruo empto cuſtodiam argenti vel nummorum vltrò committit. Eſt enim quod ſibi imputet cur commiſerit cùm ſciret dominum nunquam tale quid feciſſe. At ſi forte per imprudentiam nummos ſuos in arca aperta reliquerit, & eos ſeruus emptus ſubripuerit, licet in culpa quodammodo ſit, in ſolidum tamen aget, quia furto cauſam non dedit, nec vltrò cuſtodiam commiſit.

Ad l. propter. 7. C. de adulter.

CAPVT VI.

NONDVM inter omnes conſtat an ſponſam de adulterio ſponſus iure mariti accuſare poſſit. Quidam enim ſunt hac de re iuris loci in vtramque quæſtionis partem ancipites, qui niſi diſtinctione adhibita commodè explicari non poſſunt. Primùm autem diſtinguendum arbitror, an accuſationis tempore maritus ille ſit qui de adulterio ſponſam accuſare vult, hoc eſt eam, quæ adulterij tempore ſponſa fuit, an verò ſponſaliorum tempore accuſatio inſtituatur. Rurſus ſi iam accuſationis tempore contractum matrimonium eſt, an adulterium eo tempore commiſſum eſſe dicatur, quo ſponſa vxor eſſe potuit, an eo, quo vxor nondum propter ætatem eſſe potuit. Si ſponſaliorum tempore accuſatio inſtituatur, non puto iure mariti accuſare poſſe eum, qui maritus non eſt, &, vt apertius dicam, ſolum maritum, nō ſponſum iure mariti accuſare poſſe exiſtimo. Nam & ea, quæ vni deſponſa adulterium commiſit, poſteà alteri à patre in matrimonium tradi poteſt, quo caſu de adulterio priorem ſponſum agere non poſſe Papinianus reſpondit *in l. miles. 11. §. quærebatur. D. ad leg. Iul. de adulter.* non quod aliis caſibus ſponſo ſponſam iure mariti accuſandi poteſtas concedatur, ſed vt intelligamus in propoſito caſu, ſi priori ſponſo nupta poſt adulterium ſponſa fuiſſet, futurum vt de adulterio iure mariti accuſari poſſet. Quod ipſum tamen non indiſtinctè verum eſt, ſed ita demùm ſi adulterij commiſſi tempore vxor eſſe potuit, ea, quæ de adulterio accuſatur. *l. propter. 7. C. eod.* quæ propter hanc cauſam de violata virgine adulta loquitur, itémque de eo qui poſtea maritus eſſe cœpit, vt oſtendat neque eam quæ adulterium commiſit, quo tempore vxor eſſe nondum potuit, neque etiamſi vxor eſſe potuit, iure tamen mariti à ſponſo accuſari poſſe, priuſquàm maritus eſſe cœperit. Idque apertius tractat Vlpianus in *l. ſi vxor. 13. §. ſi minor. 6. D. eod.* vbi ſcribit ſi minor duodecim annis in domum deducta mariti, adulterium cōmiſerit, mox apud eum ætatem exceſſerit, vxorque eſſe cœperit, non poſſe eam iure viri de adulterio quod ante ætatem nupta commiſit, accuſari. Poſſe tamen quaſi ſponſam accuſari ex reſcripto Diui Seueri, de quo prius dixerat, *in §. Diui.* quóque cautum eſt vt in ſponſa etiam adulterium vindicetur, quia neque matrimonium qualecunque, nec ſpem matrimonij violare permittatur. Ex quo apparet nō ſic illud Diui Seueri reſcriptum intelligi, vt ſponſa iure mariti accuſetur, ſed vt de adulterio accuſari poſſit, nūc iure mariti, ſi tempore adulterij vxor eſſe potuit, poſteáque maritus eſſe cœpit is qui adulterij tēpore ſponſus fuerat, nunc iure extranei, ſi duo hæc, aut ex iis alterum deſit. Scio eſſe qui *in d.l. propter*, malunt legere, *propter violatam virginem quæ poſteà adulta eſſe cœpit*, quod ſi rectum eſſet, vtique Alexandri reſcriptū cum Vlpiani reſponſo pugnaret. Alexandri ſententia eſſet, maritum iure viri accuſare poſſe eā quæ adulterij tempore ſponſa fuit, & impubes, & poſteà adulta eſſe cœpit. Vlpiani verò, non poſſe hanc iure mariti accuſari, ſed quaſi ſponſam. Sed nec illud probo quod iiſdē placet, illa Vlpiani verba, *quaſi ſponſa*, ſic intelligi, vt præceſſerint ſponſalia, priuſquam ea in mariti domum deduceretur. Potius enim oſtendunt ſponſalia nulla præceſſiſſe ſed nuptias, quæ tamen propter ætatem nuptiæ non fuerunt. Vnde & Vlpianus ait, *ante ætatem nupta*. Quanquā verò ſpōſa fuit, tamen quaſi ſponſa accuſari poteſt ex ſententia reſcripti Diui Seueri: quo factum eſt, vt ſuprà diximus, vt in ſponſa quoque adulterium vindicetur propter ſpem matrimonij: Quæ longè maior, certè non minor eſt in nupta ante ætatem, licet verè nec nupta nec ſpōſa ſit, quàm in ſpōſa, ob idque iuſta adueniente ætate vxor eſſe incipit, nec nouis nuptiis opus eſt, quæ in ſponſa requiruntur. *l. dotis promiſſio. 68. D. de iur. dot.* Nihil igitur intereſt an ſponſalia præceſſerint, an nō: ſi modò ſine ſponſalibus ſpes aliqua matrimonij fuit eo tēpore quo adulteriū commiſſum eſſe dicitur, hoc eſt ſi ante ætatē nupta fuit.

Ad §. Cato. l. 4. D. de verb. oblig. noua coniectura.

CAPVT VII.

DE huius §. ſententia nemo vnquā fuit, qui non valde dubitauerit, aut qui in eius interpretatione ſibi ſatisfecerit. Habet .n. non modò obſcuriſſimum tractatum, ſed etiam verba vſque adeò ambigua, & cōtorta, vt vix quicquā rectè ex iis coniici poſſe videatur. Sed priuſquam de verbis dicamus, tota quæſtio, de diuiduis & indiuiduis faciēdi ſtipulationibus breuiter explicanda eſt, ac paulò altius repetenda. Omnia facta, quæ in ſtipulationē deduci poſſunt, diuidua vel indiuidua ſunt. Diuidua dicuntur, quę pro parte fieri, pro parte non fieri poſſunt. Indiuidua verò quę vel nulla ex parte vel in totū fieri neceſſe eſt. Prioris generis illa ſunt, Agere, Ratum habere, cæteráque eiuſmodi. Poſterioris autē Iter fieri, Habere licere, Per te nō fieri quominus mihi ire agere liceat, & ſimilia. Ac in diuiduis quidē dubitatio nulla eſt, quin ſi in ſtipulationē deducta ſint, defuncto ſtipulatore, aut promiſſore inter heredes ipſo iure, & ex lege duodecim tabularum diuidantur. Sed de indiuiduis tota quæſtio eſt, quibus in ſtipulationē deductis ſtipulatio indiuidua dicitur.

Quæſtio

Quæſtio autē in eo eſt, an ex huiuſmodi ſtipulationibus, promiſſoris aut ſtipulatoris heredes in ſolidum agere aut cōueniri poſſint, adeò vt vnius facto aduerſus cæteros quoque aut in cæterorum vtilitatē ſtipulatio cōmittatur. De quo elegāter & accuratè Iureconſulti Vlpianus & Paulus tractant *in l. 2. §. item ſi in facto. l. 3. & l. 4. D. de verb. oblig.* Primùm autem diſtinguendum eſt inter heredes ſtipulatoris, & heredes promiſſoris. Si promiſſor plures heredes reliquerit, & vnus ex iis fecerit quod nō fieri oportuit, indiſtinctè dici poteſt cæteros quoque teneri, ſed familiæ erciſcundæ iudicio repetere poſſe quod præſtiterunt, ab eo, cuius facto ſtipulatio in ſolidum commiſſa eſt. Si verò ſtipulator pluribus heredibus relictis deceſſerit, & quæratur an vno ex iis prohibito, cum fortè promiſſum eſſet Per promiſſorem non fieri quominus ſtipulatori ire agere liceat, cæteri qui prohibiti non ſunt ex ſtipulatu experiri poſſint, Paulus diſtinguit an ſtipulationi pœna aliqua adiecta ſit, necne. Pœna enim non adiecta ſtipulationem non committi, niſi pro parte eius, qui prohibitus eſt, quia cæterorum non interſit. Pœna adiecta in ſolidum committi ſtipulationem, hoc eſt, ita vt quiſq; pro parte hereditaria ex ſtipulatu agere poſſit, quia pœnæ adiectio efficiat vt quærendum non ſit an ſingulorum interſit, ſed illud duntaxat inſpiciendum quæ ſit quantitas, & conditio ſtipulationis, vt licet nihil agentium interſit, ſtipulationis conditionem extitiſſe ſufficiat. Sed tamen qui prohibiti non ſunt ſi ex ſtipulatu agant doli exceptione ſubmoueri poterunt, vt Paulus monet in §. *vlt. d. l. 2.* quoniam ipſorum nihil intereſt, ſatiſque promiſſor in eo punitur, quòd ei, qui prohibitus eſt, præſtat quanti ipſius intereſt. Huius porrò diſſimilitudinis, quam inter ſtipulatoris & promiſſoris heredes conſtituimus, rationem Vlpianus reddit *in l. 3. eod.* quòd intereſt prohibiti à nemine prohiberi: coheredum verò illius qui prohibitus eſt, nihil intereſt coheredē prohibitū fuiſſe. Sed hîc quoque ſubdiſtinguendum arbitror, an ſic concepta ſtipulatio ſit, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi, heredique meo agere liceat,* an ita vt heredis mentio non fiat, hoc modo, *Per te non fieri quominus mihi agere liceat.* Ac priore duntaxat caſu verum eſſe arbitror quod *in dict. l. 2. §. vltim. & l. 3.* dicitur promiſſoris heredes omnes vnius facto teneri, & vno ex ſtipulatoris heredibus prohibito, in cæterorum quoque perſona ſtipulationem committi. Nam ſi heredis mētio in ſtipulatione facta nō ſit, magis eſſe puto vt neque alius promiſſoris heres teneatur quàm is per quem factum eſt quominus ſtipulatori ire agere liceat: neque ex ſtipulatoris heredibus quiſquā ex ſtipulatu agere poſſit præter eum qui prohibitus eſt. Idque meo iudicio faciūt verba ſtipulationis, ex quibus actiones omnes, quæ De ſtipulationibus incurrunt decidi & terminari debēt. Si.n. cùm ab vno ex promiſſoris heredibus prohibitus eſſes, aduerſus alium à quo prohibitus non es experiaris ex ea ſtipulatione in qua heredis mētio facta nō ſit, obiici tibi poterit ex iis verbis ſtipulationis, *Per te non fieri,* aliū conueniri non poſſe, quàm per quem factū eſt: per eum verò nihil factum eſſe contra quem experiris. Aut ſi cùm coheres tuus prohibitus eſſet, nō tu, ſtipulationem in tua quoque perſona commiſſam eſſe intēdas, æquè tibi obiici poterit ex iis ſtipulationis verbis, *quominus mihi ire agere liceat,* nullam tibi actionem acquiſitam eſſe, cui, ſi velis, ire agere liceat. Quòd ſi heredis mentio in ſtipulatione adiecta ſit, prohibentis coheres recuſare non poteſt quominus pro ſua parte actionem excipiat: cùm ad hoc ſufficiat *Per heredem* factum eſſe ex iis ſtipulationis verbis, *neque per heredem.* Quemadmodum & coheres illius, qui prohibitus eſt, ex iis verbis, *heredique meo,* rectè ex ſtipulatu agere poteſt, licet prohibitus non ſit, quia ad hoc vt ſtipulatio committatur, ſufficiat heredem ſtipulatoris prohibitum eſſe. Quod ſi neque promiſſoris neque ſtipulatoris perſona demonſtrata ſit, ſed ita fortè concepta ſtipulatio ſit, *iter fieri, habere licere,* idem dicendum eſt vt omnes promiſſoris heredes teneantur, licet per eos factum nihil ſit, itémque omnes ſtipulatoris heredes agere poſſint, etiam qui prohibiti non ſunt, quia ſtipulationis verba aliud non requirant quàm vt iter factum non ſit, non inſpecto eo an per te, an per alium, me petente an coherede meo factum non ſit. His verò cognitis explicandus nobis eſt §. *Cato.* In eo primùm Catonis diſtinctionem Paulus refert, vt pœna certæ pecuniæ promiſſa, ſi quid aliter factum ſit, mortuo promiſſore, ſi ex pluribus heredibus vnus contra quàm cautum eſt fecerit, ab omnibus pœna committatur pro portione hereditaria, ſi id factum, de quo cautum eſt, indiuiduum ſit, veluti *iter fieri.* Ab vno verò pro portione ſua ſi diuiſionem recipiat, veluti, *amplius non agi.* Cuius differentiæ rationem illam Cato reddebat, *quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur, quod niſi in ſolidum peccari non poterit illam ſtipulationem, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Hæc enim §. verba ſunt, in quorum tamen conſtructione magnus interpretum labor eſt, neque ſanè videntur commodè conſtrui poſſe, nec ſi Priſcianum, cæteróſque nobiliores Grammaticos conſulamus. Primùm enim *peccari illam ſtipulationem* latinè dici non poteſt pro *committi ſtipulationem,* vt parum acutè quidam ſcripſerunt, exiſtimantes dici ſolere *committi ſtipulationem,* pro *committi in ſtipulationem,* quod falſum eſt. Nam committi ſtipulationem aliud non eſt, quàm diem aut conditionem ſtipulationis cedere: quomodo dicimus *committitur ſtipulatio.* At *peccatur ſtipulatio* quis dixerit? Sed neque ita Paulus ſcribere potuit *quod niſi in ſolidum committi non poterit illam ſtipulationem.* Palam enim ſcribendum eſſe *committi non poterit illa ſtipulatio.* Deinde ſtipulatio *Iter fieri* longe differt ab illa *Per te non fieri,* &c. vt ſuprà diximus. Quod cùm ita ſit, inepta erit Pauli ratio, ſi ſic intelligatur, vt in ſtipulatione *iter fieri* ideò omnes coheredes ſtipulationem commiſiſſe videantur, quòd niſi in ſolidum peccari non potuerit aduerſus illam ſtipulationem *Per te non fieri,* &c. Ineptior verò ſi ex *Duareni* ſententia (qui Taurellum ſecutus omnium peſſimè locum hunc interpretatus eſt) verba illa, *quod niſi in ſolidum peccari non poterit,* parētheſi circumſcribamus, & ſequentia *illam ſtipulationem* ad præcedentia illa referamus, *omnes commiſiſſe videntur.* Idque clarum & apertum eſt. Proinde iam dubitari non oportet quin Florentina & communis, qua nunc vtimur, lectio emendanda ſit, ac potius ita legendum, *quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur quod* (ſine accentu pro *ad quod,* non pro *quia*) *niſi in ſolidum peccari non potuit, vt in illa ſtipulatione Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.* Quod à me ſuperioribus annis obſeruatū, & nobiliſſimo mihiq; chariſſimo adoleſcenti Alexandro Guerino communicatum, cùm ſingulas tituli de *verbor. obligat.* leges cōmuni ſtudio & diligentia percurreremus, poſteà in vetere libro ſic ſcriptum comperi, cuius authoritas me in priore ſententia magis ac magis confirmauit.

Habet verò hæc lectio ſententiam perelegantem, ex qua rationem differentiæ à Catone redditam eam eſſe intelligimus, vt in priore caſu, hoc eſt in ſtipulatione *iter fieri*, vno nun faciente ſtipulatio in ſolidum committatur, quia videantur omnes coheredes commiſiſſe, id quod niſi inſolidum committi & peccari non potuit. Poſteriore autem caſu, hoc eſt in ſtipulatione *amplius nan agi*, non videntur omnes commiſiſſe quod in partem committi potuit, quod tamen a Catone prætermiſſum eſt, quaſi id ex præcedentibus & comparatione ſtipulationis *iter fieri* ſatis intelligeretur. Hanc porrò ſtipulationem *iter fieri* Cato illi ſimilem eſſe dicebat *Per ta non fieri quominus mihi ira agere liceat*, vt hæc quoque in ſolidum committatur aduerſus omnes promiſſoris heredes, ſi per aliquem ex iis factum ſit quominus mihi ire agere liceat: quia quod per vnum fiat, per omnes factum eſſe videatur. Sed hanc Catonis ſimilitudinem Paulus reprobat iis verbis, *ſed videamus ne non idem hic ſit*, id eſt ne non ſatis rectè ſtipulatio hæc, de qua proximè dictum eſt, *Per te non fieri*, &c. ſimilis eſſe dicatur illi *iter fieri*: At potius ſimilis ſit illi *Titium heredémque eius ratum habiturum*, vt quemadmodum ex hac ſolus ille heres tenetur qui ratum non habet, & ſolus is agit à quo petitum eſt: ita ex illa, *Per te nan fieri quominus mihi ire agera liceat*, ſolus ille teneatur ſtipulatori per quem factum eſt quominus ei ire agere liceret, & ex pluribus ſtipulatoris heredibus alios experiri non poſſit, quàm cui ire agere non permittetur. Atqui, inquies, manifeſta eſt inter huiuſmodi ſtipulationes differentia, cùm ſtipulatio De rato factum diuiduum contineat, illa verò, *Per te non fieri*, &c. factum indiuiduum. Et hoc nimirum eſt in quo Cato fallebatur, nihil intereſſe exiſtimans an heredis mentio in ſtipulatione facta ſit, an non, ſed illud tantùm diſtinguens an diuiduum, an indiuiduum factum ſtipulatione contineatur, cùm tamen prior quoque diſtinctio neceſſaria ſit, & manifeſtam rationem habeat, quam nos ſuprà explicauimus. Quòd ſi obiicias in ſtipulationibus indiuiduis per omnes factum videri, quod per vnum ex omnibus factum eſt. Reſpondebimus ideò pertinere, vt ſi heredis mentio facta ſit, ſufficiat aliquem ex heredibus id feciſſe quod niſi in ſolidum facere non potuit. Sed ſtipulatione ſic concepta, vt illius tantùm perſona demonſtrata ſit, per quem ſiat id, de quo non faciendo ſtipulatio interponitur, hac ratione abuti non debemus, vt quod ab vno ex heredibus factum eſt, à cæteris omnibus factum eſſe interpretemur. Verum enim eſt per eos nihil factum fuiſſe. Idque eo magis probandum eſt, quòd Paulus de ea ſtipulatione loquitur, cui pœna ſubiecta eſt: quo caſu abſurdum non eſt pœnam exigi ab eo per quem factum eſt pro ipſius portione hereditaria, tum ex ſtipulatione aduerſus alios agi, vt per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Cùm pœna præmiſſa non eſt, non ita explicari res poteſt. Is enim per quem factum eſt, in id quod ſtipulatoris intereſt conuenitur, nec niſi pro portione ſua hereditaria. Vnde fit vt aduerſus cæteros quoque ex ſtipulatione agi neceſſe ſit ad id quod intereſt cùm ſtipulatoris in ſolidum interſit à nemine prohiberi, quia huiuſmodi factum indiuiduum eſt. Idque licet in ſtipulatione heredis mentio facta non ſit. At pœna præmiſſa, quæ commodè diuidi poteſt, nec impedit quominus in ſolidum ex ſtipulatione agi poſſit aduerſus cæteros per quos nihil adhuc factum eſt, vt ſtipulatorem ire agere patiantur, commodè hæc interpretatio admitti poteſt, vt pœna exacta ab eo qui prohibuit pro ipſius portione hereditaria, cæteri nullo modo teneantur, ſi modò per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Obſeruandum verò eſt, quod mirificè diſtinctionem noſtram confirmat, omnibus iuris locis quibus dicitur ſtipulationem hanc *per te nan fieri*, &c. vno prohibente in ſolidum committi, ita ſtipulationem concipi vt heredis mentio fiat, veluti in *l. haredas. 25. §. in illa. ff. famil. erciſc. l. 2. §. item ſi in facto. l. 3. l. in executione. 85. §. quòd ſi ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Accurſius*, cuius temporibus nondum corrupta erat vera lectio quam veterem fuiſſe dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo Catonem in eo, quòd ſtipulationem *Iter fieri* illi ſimilem eſſe dicebat *Per te non fieri*: ſed quid ſibi Paulus velit non intellexit, vt ex ipſius gloſſis perſpicere quiuis poteſt, maximè verò ex gloſſula in illis verbis *non fieri*, in qua notat eandem eſſe illam ſtipulationem de qua prius idem Paulus dixerat in *l. 2. §. item ſi in facto*. Quod ſi admittas, planè non video quænam eius loci ſententia aut interpretatio excogitari poſſit. Cæteræ, quæ in hunc vſque diem ab aliis excogitatæ ſunt, tam improbabiles & à Pauli verbis alienæ ſunt, vt vix dignæ videantur, quæ vel referantur, vel ratione potius quàm ſilentio refellantur.

Emendatio §. vlt l. 4. de verb. obligat. & l. Prator. 20. §. hac autem interdictum. de aper. noui nuntiat.

Capvt VIII.

QVoniam ſuperiore capite de indiuiduis ſtipulationibus diximus, *& §. Cato. l. 4. de verbor. obligat.* explicauimus, placet hoc etiam capite aliquid addere de ſententia & emendatione *§. vltim. dict. l.* 4. cuius lectio mihi corruptiſſima eſſe videtur. Neque enim verum eſt, quod Paulus in eo ſcribit, ex parte ſtipulatorum vtilitatis cauſa receptum eſſe, vt ſi is qui duplam ſtipulatus eſt deceſſerit pluribus heredibus relictis, vnuſquiſque ob euictionem ſuæ partis pro portione ſua actionem habeat, idémque eſſe in ſtipulatione fructuaria, damni infecti, & ex operis noui nunciatione. Nam & idem Paulus *in l. 2. §. incertam. de Prat. ſtipul.* ſcribit in huiuſmodi ſtipulationibus, & ſimilibus, quæ incertam quantitatem, hoc eſt, eius quod intereſt præſtationem continent, ſumma ratione fieri, vt vno ex ſtipulatoris heredibus vincente in partem eius ſtipulatio committatur, hoc enim facere verba illa ſtipulationis, *quanti res eſt*. At quod ſumma ratione fit, vtilitatis cauſa receptum eſſe dici non poteſt, nec ſummam rationem interpretari poſſumus æquitatem à ſtricta ratione differentem, ſi verum eſt quod in *d. §. incertam.* Paulus ait, id fieri ex ipſis verbis ſtipulationis. Quod enim tale eſt, videri non poteſt fieri ex æquitate rationi ſtrictæ contraria. Nec rurſus dici poteſt, quod quidam tentauerunt, vtilitatem eo loco pro eo quod intereſt vſurpari. Etſi enim quibuſdam iuris locis eo ſenſu vtilitatis appellatio ſumitur, tamen vix eſt vt in propoſita quæſtione ſic accipiatur, cùm ea demum vtilitatis cauſa recepta eſſe dici ſoleant, quæ contra ſummam ſtrictámque iuris rationem ex æquitate recepta ſunt. *Accurſii* quoque interpretatio diſplicet ad *d. §. incertam.* vbi notat ſumma ratione fieri vt inter promiſſoris heredes obligatio diuidatur, cùm tamen apertè lex dicat ſumma ratione fieri, vt vno ex heredibus ſtipulatoris vincente in partem eius ſtipulatio committatur. idque fieri ex illis verbis ſtipulationis, *quanti ras aſt*, quæ nihil aliud ſignificant quàm id quod intereſt. *l. vlt. D. ead.* Heredum verò ſtipulatoria am-

plius

Digitized by Google

plus nõ intereſt quàm pro hereditaria cuiuſque portione. Summa igitur ratione fit non vtilitatis cauſa, vt pro ſua quiſque parte ex ſtipulatu actionem habeat. Neque tamen id ita accipi velim, quaſi exiſtimem in perſona heredum promiſſoris, defuncti obligationem non ſcindi. Quod enim ſcriptum eſt *in d. §. incertam quamuis poßit dici ex perſona heredum promiſſoris non paſſe deſcendentem à defuncto ſtipulationem diuerſam conditionem cuiuſque facere*, non eò pertinet vt corrigatur quod prius dictum erat, ſcindi obligationẽ in perſonis heredum: ſed vt intelligamus eam inter promiſſoris, & ſtipulatoris heredes differentiam eſſe, quòd quamuis in omnib. idem iuā ſit, tamen in promiſſoris heredibus vtilitatis cauſa receptum eſt, quod in perſona heredum ſtipulatoris ſumma & ſtricta iuris ratione obtinet. Iuris enim ratio facere videtur, vt ex perſona heredum obligationis conditio non immutetur. *l. 2. §. ex his de verbo. obligat.* Ipſi autem promiſſori pro parte nec ſolutum nec defenſio contingere poteſt, quin ſi in ſolidum ſtipulationi non ſatisfecerit, in ſolidum condemnetur, *dict. l. 4. in fin.* At quoniam id quod ſtipulatori præſtandum eſt commode diuiſionem recipit, & iniquum videtur eum qui hereditatis partem tantùm habeat integrum onus ſentire, vtilitatis cauſa receptum eſt vt obligationis conditio in promiſſoris heredibus perſona immutetur. Quod ſi ita eſt, eorum interpretatio probabilis non videtur qui in *d. l. 4. §. vlt.* verba illa, *ipſi autem promiſſori*, ſic explicant, *ex parte promiſſoris*, vt quod de ipſo promiſſore Paulus ait, de promiſſoris heredibus intelligatur. Hoc enim nec Pauli verbis, nec iuris rationi conuenit, ex qua verum eſt promiſſoris heredes partis præſtatione liberari. *l. in executione. 85. §. in ſolidum. l. cum ex cauſa. 139. de verb. obl. l. ex damni. 40. §. pen. de damn. infect. l. ſuprà 11. §. off. cium. D. aqua pluu. arcend.* Denique nulla hac parte inter promiſſoris & ſtipulatoris heredes differentia eſt, niſi quòd in his ſumma & ſtricta iuris ratione, in illis verò ex æquitate, & vtilitatis cauſa defuncti obligatio ſcinditur. *d. l. 2. §. incertam. de Prætor. ſtipulat.* Vnde conicio in *d. l. 4. §. vlt. de verb. oblig.* malè ſcriptum eſſe, *Hac vtilitatis cauſa ex parte ſtipulatorum recepta ſunt*, idque potius ex imperiti interpretis gloſſa in textum irrepſiſſe. Sequitur vt videamus de emendatione *l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum.* (ex illis namque verbis initium §. ſumendum eſt non ex illis, *aditatur & illud*) D. *de aper. noui nunciat.* Illud enim mirum atque adeò falſum eſt quòd Vlpianus ait, ſi is qui in publico ædificat non ſatisdederit, ſed tantùm repromiſerit, poſſe eum prohiberi quominus ædificet, nec permittendum eſſe in publico ædificare, prius quàm appareat quo iure quis ædificet. Etenim certi iuris eſt, in noui operis nunciatione cùm de repromiſſione aut ſatiſdatione quæritur, ita obſeruari vt de eo opere quod in priuato fit, ſatiſdari: de eo verò quod in publico, duntaxat repromitti oporteat. *l. 1. §. ſtipulatio itaque. de Præt. ſtipul.* In quo differt noui operis nunciatio à damni infecti ſtipulatione, in qua ex contrario ſic diſtinguitur vt ratione eius quod fit in flumine publico ſatiſdationem exigat: pro re verò propria, nuda repromiſſione contenta ſit. *d. l. 1. §. item ex cauſa. l. Prætor. 7. §. 1. l. qui bona. 13. §. 1. D. de damn. infect.* Cuius diſſimilitudinis illa forſaſſe ratio eſt, quod publicè intereſt rei publicæ damnum non fieri, eaque res magni momenti ſit. At nouum opus fieri in flumine publico non ita magni eſſe momenti, & is qui in publico ædificanti nouum opus nunciat, de alieno iure contendit non de ſuo, & tanquam alieni iuris petitor repromiſſione contentus eſſe debet, vt Paulus ait in *l. non ſolum 8. §. ſi cum poſſem. de oper. noui nunciat.* Vtcumque verò ſit, illud apertiſſimum eſt, ei qui nouum opus nunciat ædificanti in publico repromittendum duntaxat non etiam ſatiſdandum eſſe: neque defendi poſſe ſententiam *d. §. hoc autem interdictum.* quia cùm nihil interſit an qui in publico ædificat, repromittat: an qui in priuato, ſatiſdet. *l. de pupillo. 5. §. ſi is cui. D. eo.* apparet Prætoris interdictum, quo vim fieri vetat ei qui pro opere facto in loco priuato ſatisdedit, ad eum quoque protrahi debere qui ratione operis in publico facti repromiſit, vt non magis huic quàm illi vim facere liceat quo minus cœptum opus perficiat. Sed me illud etiam mouet, quòd cum interdicti verbis nihil de loco publico dicatur, incongrua & parùm accommodata videtur ratio illa, *neq; permittendũ fuit in publico ædificare*, &c. Quorſum enim *in publico?* An quòd in priuato ædificans repromiſſione liberetur? Id verò dici nõ poteſt, nec vlla alia probabilis eorum verborum ſententia excogitari: nullam certè hactenus excogitatã eſſe intelliges, ſi *Accurſii* gloſſas, aliorúmque omnium interpretum Cõmentarios inſpicias, & perlegas. Igitur probabile eſt ea verba, *in publico*, ſic emendanda eſſe vt legamus *in ea loca*, quæ interdicti verba ſũt *d. l. Prætor. 20. in princ. & §. deinde.* Eſt enim conueniẽs in interdicti interpretatione, ipſius interdicti verbis Vlpianũ vſum eſſe. Significant autem *in eo loco in quẽ nunciatum eſt ne quid noui operis fieret*, vt ex toto interdicti cõtextu intelligi poteſt. Illa verò ſequentia, *prius quam appareat quo iure quis ædificet*, quæ etiam Accurſius malè explicat, ſic accipienda ſunt, priuſquàm ſatiſdatum ſit: nam vt in §. præcedente Vlpianus ait, interpoſita ſatiſdatione, nihil intereſt an iure, an iniuria quis ædificet, cùm ſecurus ſit is qui opus nouũ nuntiauit poſteaquàm ei cautum eſt.

Ad l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & l. pater 10. D. de cap. & poſtlim.

CAPVT IX.

IN quæſtione illa, an pupillaris ſubſtitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in *l. lex Cornelia. 28. D. de vulga. & pupill. ſubſtit.* monet diſtinguendum eſſe, an pater, an filius apud hoſtes deceſſiſſe proponatur. Etenim patre apud hoſtes mortuo, ſi poſt ipſius captiuitatẽ filius in ciuitate deceſſerit, ſiue viuo adhuc, ſiue mortuo patre pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cætera omnia quæ teſtamẽto ante captiuitatẽ facto cõtinentur. Ratione illa, quòd licet filius viuo patre ſui iuris effectus eſſe videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non rediit ab hoſtibus iam ex eo tempore quo captus eſt deceſſiſſe intelligatur, vt aduerſus quorundam ſententiam Papinianus diſputat in *l. pater 10. in princip. D. de capt. & poſtlimin.* Sed ſi patre in ciuitate mortuo filius apud hoſtes deceſſerit, idem Iulianus in *d. l. lex Cornelia.* ſubdiſtinguẽdum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in hoſtium poteſtatem peruenerit. Priore caſu legi Corneliæ locum non eſſe, quia per eam nõ efficiatur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit. Idque nullam recipit dubitationem. At poſteriore caſu non incommodè dici hereditatem pupilli ex ea lege ad ipſius ſubſtitutos pertinere. Hic verò caſus eſt de quo probabilius dubitari poteſt. Nã Papinianus in *d. l. pater. §. vlt.* diſertè ſcribit legẽ Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam, eius dum-

taxat perſonam demonſtraſſe qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quod ſi ita eſt, pupillares tabulas in propoſito caſu ex lege Cornelia confirmatas eſſe dici non poteſt, licet ibidem Papin. ſubiiciat Prætorem non minus patris, quàm legis voluntatem ſubſequi debere, & ſubſtituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius oſtendit ex lege Cornelia ſubſtitutionem pupillarem non confirmari, quæ ſi confirmaretur directæ non vtiles actiones ſubſtituto darentur, cùm lex Cornelia & hereditatem, & heredem faciat. *l. filiusfamilias. 18 D. ad legem Falcid. l. captum. 9. l. ius poſtliminij. 14. C. de poſtlim. reuerſ.* Ex quo refellitur eorum adnotatio, qui ex lege Cornelia vtiles tantùm actiones dari exiſtimant, idque probari putant ex *d. l. pater. 10. §. vlt* vbi tamen nō à lege ſed à Prætore vtiles actiones ſubſtituto dandas eſſe dicitur. Ideo autem directas Prætor non dat, quia heredem facere non poteſt. *§. quos autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Nec rurſus dici poteſt, quod iidem volunt, Prætorem ex mente legis Corneliç vtiles actiones ſubſtituto dare, cùm apertè Papin. dicat legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eſſe, quin eius perſonam tantùm demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Et quemadmodum ineptè quis diceret Prætorem ex mente legis 12. tab. vocare emancipatos ad ſucceſſionem inteſtatorum parentum, licet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & ſuorum agnatorúmque duntaxat perſonam demonſtrauerit, ita rectè meo iudicio dici non poteſt ex mente legis Corneliæ pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta eſt, nec intelligi poteſt, cùm ex contrario eius perſonam demonſtrauerit qui teſtamenti factionem habuiſſet. Et quod Papinianus ait non eſſe alienum Pretorem ſubſequi nō minus patris quàm legis voluntatem, non ſic accipi debet vt non minus ex legis, quàm ex patris voluntate ſubſtituto vtiles actiones à Prætore dentur, ſed ſic potius, vt quemadmodum ei cui legitimam impuberis captiui hereditatem lex Cornelia defert, Prætor bonorum poſſeſſionem dat ad tuendam legis Corneliæ voluntatem, (nam legum quoque tuendarum cauſa plærumque bonorum poſſeſſionem dat, *l. ſed cum patrono. 6. §. pen. D. de bonor. poſſ.*) ita ei quem pater filio impuberi ſubſtituit vtiles ex teſtamento actiones decernat, vt rectam & ſanam patris voluntatem conſeruet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Sufficit enim, nihil Prætorem contra legem facere, licet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis faciat. *l. necnon. 28. §. quod eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Atque ita Papinianus intelligendus eſt in *d. l. pater. §. vlt.* nō quomodo eum ratiocinari comminiſcuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum eſt ne impuberem quidem factionem teſtamenti habuiſſe,* pro *quoniam*, malunt legere *quanquam.* Cum tamen ſi quæratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur, accommodatior ratio reddi non poſſit, quàm quoniam verum eſt ne impuberem quidem teſtamenti factionem habuiſſe. Id enim conſequens eſt ei quod prius Papinianus dixerat, legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eius duntaxat perſonam demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quod de ſucceſſione teſtati intelligendum eſſe apertiſſimum eſt: nam ſucceſſionem inteſtati illud impedire non poteſt quòd teſtamenti factionem non habuerit is de cuius ſucceſſione agitur: alioqui nec pupilli, nec furioſi, ſimiliúmque perſonarum hereditas ab inteſtato vlla eſſet, quod falſum eſt. *l. 1. de ſuis & legit. l. bona. 22. D. de capt. & poſtlim.* quæ cùm ita ſint, illa adhuc dubitatio ſupereſt, Cur Iulianus in *dict. l. lex Cornelia.* pupilli hereditatem in propoſito caſu ex lege Cornelia ad ipſius ſubſtitutos pertinere reſponderit. In Florentinis quidem legitur, *non commode dicitur,* quę lectio omnem hanc dubitationem tollit. Sed cùm in ſequenti caſu, Si viuo patre filius in hoſtium poteſtatem peruenerit, in quo diuerſum ius conſtituere Iulianus videtur, legi Corneliæ locum non eſſe exiſtimet, Florentina lectio probabilis non eſt: ac longe probabilius dici poteſt verba illa, *ex ea lege,* ſic accipienda eſſe vt legis Corneliæ fictio ad eum quoque caſum protrahatur. Si mortuo patre filius ab hoſtibus captus ſit, non quod ex eiuſdem legis poteſtate ſubſtitutus pupillo heres eſſe poſſit, ſed quia ei Prætor vtiles actiones det, quas vtique non daret ſi non ad hunc quoque caſum legis Corneliæ fictionem accommodaret. Dico fictionem, non poteſtatem, quoniam verum eſt legis Corneliæ poteſtatem quæ illa eſt vt hereditatem, & heredem faciat hoc caſu inductam non eſſe, vt ex ſuperioribus appareat, Planè fictionem inductam eſſe, hoc eſt vt filius impubes apud hoſtes mortuus in ciuitate deceſſiſſe videatur. Atque hoc *Accurſius* non intellexit, qui ſimile eſſe putat quod de lege Falcidia ſcriptum eſt in *l. 1. §. ad eos. D. ad l. Falcid.* legis Falcidiæ poteſtatem per Prætoris edictum in iis quoque inductam fuiſſe qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem poſſident. Huc verò Prætor facere potuit, cum legis Falcidiæ poteſtas alia non ſit quàm vt heres totius hereditatis quadrantem habeat, eò magis quòd ex eiuſdem Prætoris iuriſdictione fit vt aduerſus heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hereditatem poſſidet, legatariis actio detur, quibus nulla iure ciuili cōpetebat, *l. 1. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Illud autem, vt legis Corneliæ poteſtas in pupillaribus tabulis de quibus locuta non eſt inducatur, facere Prætor non potuit, quoniam nec heredem facere potuit. Alter caſus æque dubitabilis eſt, ſi filius in ciuitate viuo patre captiuo deceſſerit, An ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmentur ſi pater apud hoſtes deceſſerit. Et ad hanc quæſtionem reſpondens Papinianus in *l. quòd ſi filius. 11. de capt. & poſtlim.* ait nihil eſſe, quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſiue quoniam non reuerſo eo, exinde filius ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater hoſtium potitus eſt. Quod rectè *Accurſius* ſic interpretatur, vt ſiue reuerſo, ſiue non reuerſo patre pupillares tabulæ irritæ fiant, quos corruere certum eſt, ſiue viuo patre filiusfamilias decedat, ſiuę de patris poteſtate exeat, *l. coheredi. 41. §. cum filia. D. de vulgar.* Nec obſtat quod quidam obiiciunt patrem qui ab hoſtibus reuerſus non eſt ipſo captiuitatis momento deceſſiſſe retro fingi, proinde pupillum in ciuitate mortuum poſt patrem deceſſiſſe videri. Recta enim collectio non eſt, cùm ad filij perſonam legis Corneliæ fictio non pertineat: verum autem ſit filium, qui patre viuo deceſſit, eodem viuo de ipſius poteſtate exiuiſſe. Neque ſimilis ratio eſt filij poſt patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur in *d. l. pater. in prin.* Hunc enim quia patri ſuperfuit, verum non eſt de patris viui poteſtate exiuiſſe qui ab hoſtibus quandocumque rediens filium in poteſtate habere potuit ex poſtliminij fictione. At cùm filius patre apud hoſtes viuo moritur, poſtliminij ſpes extinguitur, & quo temporis inſtanti filius moritur certum eſſe incipit patrem quandocumque redeuntem numquam filium in poteſtate habiturum. Vnde fit quod Papinianus ait, vt filius exinde ſui iuris fuiſſe videatur, ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Et

hoc quo-

hoc quoque *Accurſius* non intelligens, malè *Bulgari* ſententiam ſequitur, qui in illis verbis, *videtur iuſſe*, negationem addendam eſſe exiſtimabat. Cui ſententiæ aduerſatur *l. pe. D. de ſuis & legit.* in qua idem Papinianus reſpōdet, ſi pater apud hoſtes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium videri patremfamilias deceſſiſſe, ideóq; heredē habere poſſe. Quod tamen de legitimo herede accipiendum eſſe titulus ipſe demonſtrat, neque ad pupillariter ſubſtitutum protrahi poteſt, quoniā quæ ratio facit, vt filius legitimum heredem habeat, ſcilicet quia paterfamilias deceſſiſſe creditur, eadem pupillarem ſubſtitutionem impedit & extinguit, quæ aliter valere non poteſt quàm ſi filius in patris viui poteſtate retineatur, tum patre mortuo, impubes moriatur. Quòd ſi pater captus ſit ab hoſtibus, mox filius, & ibi ambo decedant, Papinianus in *d. l. 11. de capt. & poſtlim.* ait ſufficere ſubſtituto legem Corneliam, id eſt, vt ego interpretor, neceſſarium nō eſſe Prętoris auxilium, quod in poſteriore legis præcedentis ſpecie neceſſariū eſſe dixerat. Sed hoc ita demū, ſi filius reuerſus in ciuitate impubes decedat. Ita enim Papinianum intelligendum eſſe rectè omnes conueniunt, & conſtat ex *l. ſi pater. 29. de vulgar.* vbi ex Scæuola eadem ſententia proponitur. Ex his verò intelligimus etiam ſi pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hoſtiū poteſtate deceſſerit, patris hereditatem ex lege duodecim tabularū non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum pertinere, *d. l. lex Cornelia. 28. §. vlt. eod.* vbi ſine ratione quidam legere malunt *impubes*, quàm *pubes*. Cùm tamē de illo caſu, quo filius viuo patre captus decedit apud hoſtes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus dixerit, & verba illa, *quare etiamſi*, de nouo caſu eum tractare manifeſtè oſtendant. Nouus autem caſus eſt cùm filius pubes viuo patre captus apud hoſtes decedit patre iam defuncto in ciuitate, in quo de pupillari ſubſtituto tractari non poteſt, cùm pubertate ſubſtitutio pupillaris finita ſit, ſed de legitima dūtaxat patris, & filij hereditate, hoc eſt an fictione legis Corneliæ aliqua filij hereditas eſſe intelligatur, quæ ad proximum agnatum pertineat, an verò ſolius patris hereditas ſit quæ ex lege duodecim tabularum proximo agnato deferatur. Et quemadmodū filio impubere mortuo apud hoſtes patre in ciuitate viuo, lex Cornelia pupillarem ſubſtitutionem non confirmat, quia per eam non efficitur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, ita filio pubere mortuo lex Cornelia facere nō poteſt vt eius hereditas aliqua ſit quæ ad proximum ipſius agnatum pertineat. Ad eum igitur patris hereditas ex lege duodecim tabularum pertinebit. *d. §. vlt.* in quo verba illa, *ad agnatum proximum*, generaliter intelligenda, & tam ad filij quàm ad patris hereditatem referenda ſunt: quod ab emendatoribus non obſeruatum errori, & emendationi cauſam dediſſe videtur.

Iuliani, & Papiniani ab Africano diſſenſio.

CAPVT X.

IVlianus in *l. eum qui 56. §. qui ſibi. D. de verb. oblig.* ſcribit, Patre ſibi aut filio ſuo dari ſtipulante, filii perſonam ſolutionis tantùm gratia in ſtipulatione adiectam intelligi, & ideò ſiue manenti in poteſtate, ſiue emācipato filio rectè ſolui poſſe Cui Papinianus conſentit in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæſitum. & §. vſumfructum. D. de ſolu.* quibus locis ait filium ſolutionis gratia adiectum videri, & ei qui ſolutionis gratia adiectus eſt capitis diminutionem nō nocere quominus ei rectè ſolui poſſit, quia & ſic ſtipulari poſſum, Mihi aut Titio cùm capite minutus erit, dari? Sed huic Iuliani, & Papiniani ſententiæ Africanus ex diametro repugnat *in l. cum quis. 38. in princ. D. eod.* vbi adiecto ſolutionis cauſa non aliàs rectè ſolui poſſe ait, quàm in eodem ſtatu maneat quo fuit cùm ſtipulatio interponeretur. Proinde ſiue in adoptionem, ſiue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel ſeruus factus ſit, non rectè ei ſolui, quia ſtipulationi conuentio hæc tacitè ineſſe videatur, ſi in eadem cauſa maneat. Siue igitur maxima, ſiue media, ſiue minima capitis diminutio interuenerit, (ſingularū enim exempla Africanus ponit) Africani ſententia eſt adiecto capite minuto ſolui non poſſe: & quamuis de filio emancipato non loquatur, ratio tamen qua vtitur oſtēdit ſeparandam non eſſe hanc capitis diminutionem à cæteris, licet in meliorem ſtatum mūtari videatur is qui ſublato patriæ poteſtatis vinculo paterfamilias fit. In quo manifeſtè *Accurſius* labitur, nec animaduertit idem de eo dici poſſe, qui cùm ſtipulationis tempore ſeruus eſſet poſtea manumiſſus eſt. Hūc enim è ſeruitute in libertatem vindicatū, in meliorē ſtatum mutatū eſſe certum eſt, & tamē ei ſolutionis gratia adiecto, poſt manumiſſionem ſolui nō poſſe Africanus ſupradicto loco ſcribit. Similis quoque eorum error eſt, qui apud Iulianum, filiū ſolutionis gratia adiectum iam ſtipulationis tempore emancipatum fuiſſe dicūt, cùm verba illa, *vel manenti in poteſtate, vel emancipato filio rectè ſoluitur*, ſolutionis nō ſtipulationis tempus demōſtrent. Et ſequentia, *neque ad rem pertinet, quòd qui filio ſuo dari ſtipulatur ſibi adquirit*, de eo intelligi non poſſint qui ſtipulationis tēpore emācipatus fuit: quemadmodum nec illa præcedentia, *neque intereſt ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi aut filio ſuo quis ſtipuletur*, cùm filius emancipatus verè extraneus ſit, *l. quinetiam. 55. §. vlt. de rit. nu.* nec vlla dubitandi ratio ſit quominus filio emancipato dari pater ſtipulari poſſit, ſi modò coniuncta ſua perſona ſtipuletur. Alioqui ſi ſolius filij perſonam comprehendat, ſtipulationem illa ratio impedit, quòd extraneo ſtipulari nemo poſſit, non quòd pater, qui filio ſuo ſtipulatur, ſibi acquirere intelligatur. Atq; huic interpretationi congruit Iuliani ratiocinatio, qui ex eo quod dixerat nihil intereſſe an ſibi aut extraneo, an ſibi aut filio ſuo in poteſtate cōſtituto quis ſtipuletur, infert eidē filio ſolutionis gratia adiecto ſolui poſſe, ſiue in poteſtate manēti, ſiue emācipato, ſcilicet poſt ſtipulationē, vt recta, & accōmodata illatio ſit. Sic quod Papinianus ſcribit *in d. l. Stichū. §. vſumfructū. de ſolut.* ſi mihi aut Titio vſumfructū dari ſtipulatus ſim, Titio capite minuto facultatem ſoluendi Titio non intercidere, de illo accipi non poteſt qui iam ſtipulationis tempore capite minutus erat, alioqui ſtipulationis verba ſic cōcipi oportuit, *Mihi aut Titio capite minuto vſumfructum dari*, & ridiculus eſſet Papinianus, qui de illo quæreret, quod dubitationē nullam haberet, ineptior verò illa ratio *quia & ſic ſtipulari poſſumus, Mihi aut Titio, cùm capite minutus erit, dari.* Nā qui negat ſolutionis cauſa adiici poſſe eū qui ſtipulationis tēpore capite minutus eſt, illud multo magis negauerit, poſſe quem ſolutionis cauſa adiici in id tempus quo capite minutus erit. At elegās erit Papiniani ratiocinatio, ſi ſic intelligatur, vt adiecto ſolutionis cauſa poſt ſtipulationem capite minuto ſolui nihilominus poſſit, quia & ab initio ſtipulatio potuerit ita concipi vt adiecto ſolueretur.

cum capite minutus erit, vt intelligamus per capitis diminutionem nihil accidere propter quod ſtipulationis cōditio immutari debeat, præſertim verò, cùm is qui ſolutionis cauſa in ſtipulatione adiicitur, aliâ ob cauſam non adiciatur, quàm vt ei rectè ſoluere poſſit, cuius fidem ſtipulator exploratā habet: quæ per capitis diminutionem non diminuitur. Negandum igitur eſt ex Papiniani ſententia, quod Africanus exiſtimat ſtipulationi in qua ſolutionis cauſa aliquis adiicitur, tacitè conditionem illā ineſſe, ſi in eadem cauſa maneat is qui ſolutionis cauſa adiectus eſt. Hoc enim nimis ſcrupuloſum eſt, nec rationem vllam habet, præter aſperam iuris ſubtilitatem, quę efficit vt per capitis diminutionem perſona immutari intelligatur, quæ tamen reuera eadē manet. Ad quod reſpiciens Papinianus, eo argumēto vtitur, quia & ſic ſtipulari poſſumus, *Mihi aut Titio cùm capite minutus erit dari?* Neque tamen eodem argumentādi genere probare poſſis, quod quidam obiiciunt, vſumfructum capitis diminutione non amitti, quia in id tempus conſtitui poſſit quo quis capite minutus erit. Diſſimilis enim ratio eſt vſufructuarij, & eius qui non niſi ſolutionis cauſa adiicitur. Vſusfructus per capitis diminutionem amittitur, quoniam perſonæ debetur, is verò qui capite minuitur alius quodammodo eſſe videtur. *l. 1. & 3. D. de capit. minut. l. ſeruus. 27. §. vl. D. de adim. legat.* Proinde extincta perſona cui vſusfructus debebatur, ipſum quoq; vſumfructum extingui neceſſe eſt *l. 3. §. vlt. quib. mod. vſusfruct. amitt.* Sed qui ſolutionis cauſa adiicitur, licet per capitis diminutionem mutari videatur, non ideò tamen ſolutionē accipiendi facultatem amittit, quandoquidem nouum non eſt, vt qui ſolutionis gratia adiectus ſit, alteri quàm ipſi ſoluatur, vt contingit ſi furioſi, vel pupilli perſona adiecta ſit: Nam ita tutori vel curatori pecuniam rectè dari, ſicuti conditionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel curatori datur. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, quæ reuera diuerſæ ſunt, vt altera ſolutionis gratia adiiciatur, alteri verò ſoluatur, nimirum quoniam vel pupillum vel furioſum in ſtipulatione ſolutionis cauſa adiicit, tutoris, aut curatoris potius, quàm pupilli aut furioſi perſonam reſpexiſſe, & fidem ſecutus eſſe intelligitur, idem multò magis in vna eadémque perſona recipiēdum eſt, vt quæ ſolutionis gratia adiecta eſt, licet iuris fictione per capitis diminutionem, & ſtatus mutationem alia eſſe videatur, non ideò tamen ſolutionem accipiendi poteſtatem amittat, quādoquidem ipſius fides, quam ab initio ſtipulator ſecutus eſt, eadem prorſus eſt, quæ ſtipulationis tempore fuit, neque, vt ſupra dictum eſt, per capitis diminutionem diminuitur.

Emendatio l. pen. D. de iur. codicill.

Capvt xi.

IN ſpecie *l. pen. D. de iur. codicill.* elegans quæſtio proponitur, An filius ad quem pater codicillos ſcripſerat, patre poſteà inteſtato defuncto, natóque poſthumo, ea quæ in codicillis relicta ſunt præſtare compellatur, & an pro dimidia parte duntaxat, an in totum. Ac quidem agnatione ſui heredis codicillos euanuiſſe dici non poteſt, quoniam, vt eleganter Paulus ait in *l. ab inteſtat. 16. D. eod.* ab inteſtato factis codicillis relicta etiā poſteà natus inteſtati ſucceſſor debet, & quicunq; ab inteſtato ſucceſſerit, locū habent codicilli, quorum ab inteſtato vnus tantū caſus eſt. Sed de illo magis Marcellus dubitat, ac longè probabilius dubitari poteſt, An in totum, an pro parte dūtaxat præſtare filius debeat ea quæ à ſe in codicillis relicta ſunt. Nam poſthumū ad quem teſtator codicillos non ſcripſit, & de quo, vt Marcellus loquitur, codicillorum tempore nihil ſperauit, ad eorū quæ in codicillis relicta ſunt præſtationē vrgeri, abſurdū atque adeò iniquū eſſet, licet natus hereditatis partem fratri ab inteſtato auferat. Quamquā autem Marcellus apertè ſcribit, pro parte dimidia duntaxat filium ad quem codicilli ſcripti ſunt cōueniri poſſe, dubitatio tamen ex eo naſcitur, quod paulò poſt ſubiicit, in alia ſpecie, cùm quis duobus filiis ſuperſtitibus decedens ad alterum dūtaxat codicillos ſcripſit, cùm alterum mortuum eſſe exiſtimaret, ſimili modo dici poſſe omnia perinde debere filium ad quem codicilli ſcripti ſunt, atque ſi ſolus patri heres extitiſſet: quo caſu dubitatio nulla eſſe poteſt, quin relicta in codicillis in ſolidū præſtare compelleretur. Ex quo inferri poſſe videtur Marcelli ſententiā eā fuiſſe, vt in priori ſpecie filius non pro parte dimidia duntaxat, ſed in ſolidū conueniri poſſit ad ea præſtanda quæ ab ipſo teſtator reliquit, cùm de poſthumo naſcituro nō cogitaret. Idque euidentius coniici ex eo poteſt, quod apud Marcellum ex Vlpiani notis ſubiicitur, *Vlpianus notat, imò duntaxat partem debet*: quibus verbis cùm Marcelli ſententia manifeſtiſſimè reprehendatur, cōſequens eſt, vt cōtrà Marcellus exiſtimauerit, ſcilicet in ſolidū nō pro parte dimidia dūtaxat filium teneri. Atq; ita ratiocinātes nonnulli, verba illa, *pro parte dimidia*, in principio legis poſita interpretis eſſe arbitrātur, & cōtra Marcelli ſententiā in textum perducta. Quod tamē mihi veriſimile fieri non poteſt. Primùm, quoniā ſi ex ſequentibus cōiici poteſt quod illi volūt, & apertū eſſe aiūt, Marcelli ſententiam illam eſſe vt is ad quem codicillus ſcriptus eſt, in ſolidum teneatur, vix quiſquam tam imperitus interpres eſſe potuit, qui nulla ratione motus eam Marcelli ſententiam tam malè contorſerit, & peruerterit. Solent enim quæ ex interpretum gloſſis in textum irrepſerunt, aut ab imperitis interpretibus textui aſſuta ſunt, eiuſmodi eſſe, quæ veriſimilem erroris colorem aliquem habeant. Sed neque illud probabile eſt, Marcellum in ea fuiſſe ſententia, vt filium qui partem duntaxat hereditatis habeat in ſolidum teneri exiſtimauerit, ad præſtationē eorum, quæ ab ipſo relicta ſunt cùm pater, eum ſolùm heredem fore exiſtimaret: hoc enim nimis durum, & iniquum eſſet. Denique me illud valde mouet quod in Pandect. Florentinis, quorum præcipua authoritas eſt, verba illa deſunt, quæ in aliis codicibus leguntur, *Vlpianus notat*: ſine quibus tamen, quæ ſequuntur, *imò duntaxat partem debet*, cōmodè explicari non poſſunt, tum quia Marcellus ſibi in eo contrariū fuiſſe veriſimile nō eſt, tum quòd poſtea ſubiiciatur, *eorum tamen, quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil omnino præſtandum.* Scribēdum enim fuerat *præſtabit*, ſi mediis illis verbis *imò duntaxat partem debet*, prior oratio interrupta eſſet. Ex quo facilè moueor, vt ſentiam hæc potius verba *imò duntaxat partem debet*, imperiti eſſe interpretis, cùm neque Vlpiani ſint, niſi illa quoq; *Vlpianus notat*: quæ imperitus quoque interpres addidit, addenda eſſe exiſtimemus, neque in præcedentibus aliquid ſit, ex quo coniici poſſit, Marcelli ſententiam eam eſſe vt filius ad quem codicilli ſcripti ſunt, ea, quæ à ſe relicta ſunt, in ſolidum præſtet. Nam quod ait, ſi quis duobus ſuperſtitibus filiis decedēs ad alterū codicillos ſcripſerit, cùm alterum ex his prius deceſſiſſe

existi-

exiſtimaret, ſimili modo dici poſſe omnia perinde debere filiũ ad quem codicilli ſcripti ſunt, atque ſi ſolus heres patri extitiſſet, non eò pertinet vt hoc caſu filius in ſolidum teneatur, quem pro dimidia tantùm parte teneri paulò antè Marcellus dixerat, ſed eũ ſenſum habet, vt nõ minus hoc caſu codicilli valeant, quam ſi ſolus in rerũ natura fuiſſet is quem teſtator codicillis onerauit. Aliud enim eſt filiũ debere omnia, vt Marcellus loquitur, aliud verò debere integra, vt ij interpretantur, qui dum Marcellum non excuſant, Vlpianum quoq; accuſant, quòd Marcelli ſententiam apertiſſimis verbis conceptam nõ intellexerit. Filius ad quem codicilli ſcripti ſunt, omnia debet quæ à ſe relicta ſunt, integra tamen non debet, ſed pro parte dimidiæ duntaxat: quod ſatis apertè Marcellus ſignificat iis verbis *ſimili modo*. Inepta igitur eſt illa reprehenſio *imò duntaxat partem debet*, aut inepti potius qui Vlpiani eam eſſe arbitrantur, nec inepto interpreti tribuendum animaduerterunt. Cùm verò ſic Marcellus ſcripſiſſet, vtroque caſu, hoc eſt ſiue ſuperſtitibus duobus filiis, ſiue vno duntaxat, & poſthumo poſteà nato, pater codicillis ad alterum factis deceſſerit, non niſi pro dimidia parte conuenire eum poſſe, eleganter ſcribit, *eorum tamen quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil omnino præſtandum*: quod vtique nõ verè diceretur, ſi filius omnia à ſe relicta in ſolidum præſtare compelleretur. At quoniam pro dimidia tantũ parte tenetur, ſi dimidiam præſtare non poſſit, æquius viſum eſt nihil eum præſtare, quàm totum præſtare. Ratione illa, quòd ea quæ pro parte præſtari nõ poſſunt, videatur pater non fuiſſe filio ablaturus, niſi eũ ſibi ſolum ſucceſſorem futurum putaret, quo modo Marcellus in *d.l.pen.* argumentatur. In quo tamen Papiniani aliud iudicium fuiſſe videtur, qui in *l.cùm pater.77.§.cùm exiſtimaret. de leg.* 2. in ſimili ſpecie reſpondit releuandum quidem pro parte dimidia eum, qui non niſi pro ea parte heres eſt, ſed libertates ab eo præſtandas, quas damni cauſa intercidere durum eſſet. De ſeruitutibus quæ pro parte pręſtari non poſſunt, quid ſentiat eo loco non aperit: Sed in *l.cùm filius. 76. eo.* apertè ſcribit ſeparandas eſſe hac parte ſeruitutes à libertatibus: Libertates in ſolidũ præſtari, quæ nec partis præſtationem, nec æſtimationem recipiunt. Seruitutes licet pro parte præſtari non poſſint, tamen nullatenus præſtari: ſed quoniam æſtimari commodè poſſunt, ſi integræ petantur, partis æſtimationem pręſtandam eſſe, niſi malit legatarius alterius partis æſtimationem heredi pręſtare vt redempta parte ſeruitutis ab eo qui partem hereditatis euicit, integram ſeruitutem legatarius conſequatur. In libertatibus non idem dici poteſt: quia cùm æſtimationem non recipiant, partis æſtimatio pręſtari non poteſt: vnde fit vt ab eo qui pro parte tantùm heres eſt, libertas præſtanda ſit, neque ſeruus quicquam pro libertate heredi dare compellatur: Sed is à quo libertates relictę ſunt, ab eo qui hereditatis partem abſtulit, redimere partem debet, vt Papinianus ait in *l. qui graui.* 11. *cum l.ſeq. D.de iur.cod.* Nam vt libertas non intercidat, cogitur is à quo relicta nõ eſt partẽ quã in ſeruo habet, ei, à quo libertas relicta eſt vendere. In quo damnum patitur is, qui cùm pro parte dũtaxat heres ſit, libertatis tamen integrũ onus ſentit. Sed huius damni cauſa libertatẽ intercidere nimis durũ Papiniano videtur ac longè durius, quàm heredẽ, qui hereditatis partẽ luctetur, ſupra partẽ ex qua heres eſt in aliquo grauari. Hęc cùm ita ſint, fatendum eſt Marcellum *in d.l.pen.de iur. codic.* à Papiniano diſſentire, cùm quod ait, nihil omnino præſtandum eſſe eorum omniũ quæ pro parte præſtari nõ poſſunt, de libertatibus duntaxat intelligi poſſit, non etiã de ſeruitutibus, quæ ſaltem in ęſtimatione partis reſtitutionem recipiunt. Marcelli ratio elegans eſt, quia veriſimile ſit non fuiſſe patrẽ filio ablaturũ ea, quæ pro parte præſtari non poſſunt, niſi eum ſibi ſolũ ſucceſſorem futurum exiſtimaſſet. Sed Papinianus benignior videtur, quippe durũ eſſe propter damnũ heredis, eam teſtatoris voluntatẽ interpretari, quæ libertatẽ auferat. Porrò ex ea Marcelli ratione intelligimus integra legata omnia præſtari ab eo qui pro parte tãtùm heres eſt, ſi teſtator cogitauit aliũ ſibi pro parte ſucceſſorem futurum, vt in ſpecie *l.poſt emancipationem.40.de leg.3.* in qua Scæuola reſpondit patruũ à quo vt legitimo herede teſtatrix petierat vt hereditatis partem auunculo ſuo daret, integra legata à ſe relicta præſtare compellendum, licet ad vtrumq; vt proximum cognatũ ab inteſtato ſucceſſio deuoluta ſit. Nimirum, quoniam, vt rectè *Accurſius* animaduertit, non contra teſtatricis ſpem vterque ſuccedit, ſed ex ipſius voluntate, licet alio tramite, vt *Accurſius* loquitur, quam teſtatrix ſpectauerat.

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §.donationis. l.cum pater.de leg.2.

CAPVT XII.

SVnt qui in §.*donationis. l. cùm pater.77. de leg.2.* malint legere *inſtitutis* quã *inteſtato*, & ita in veteribus libris ſcriptum eſſe affirment. Quibus ego adſentiri non poſſum: & Florentinam receptámq; lectionem longè rectiorem eſſe arbitror, ſecundum quam mater quæ filium habebat, pluribus heredibus ab inteſtato deceſſiſſe proponitur, cùm plures filias haberet. Ita enim ponendum eſt, licet filiarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantùm cui donatio prædiorum facta eſt, apud Papinianum quærebatur. Et matrem teſtamentum non feciſſe apertius intelligitur ex illis literis ad æditũ miſſis. *Inſtrumentum voluntatis meæ poſt mortem meam filio meo tradi volo*, ex quibus apparet nullũ volũtatis matris inſtrumentum fuiſſe præter donationis prædiorum epiſtolam, quam in æde ſacra apud æditum depoſuerat. Porrò per epiſtolam heredis iuſtitutio fieri non poteſt, ſed legatũ dũtaxat aut fideicommiſſum relinqui. *L.ſi in epiſtola.22.C.de fideic.* Matrem igitur ab inteſtato diem ſuum obiiſſe ponendũ eſt, adeóq; pluribus heredibus relictis: alioqui filio à ſemetipſo fideicommiſſum relinqui non poſſet, & cùm is ſolus heres eſſet, fruſtrà de fideicommiſſo quæreretur. Quemadmodum & pluribus heredibus relictis fideicommiſſum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte heres eſt, ſed pro coheredum portionibus duntaxat, de quibus Papiniani reſponſum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommiſſum filio debeatur, *Accurſius*, cæteriq; interpretes vulgò ignoraſſe videntur, qui ex iia literarum verbis, *poſt mortem meam*, fideicommiſſum induci exiſtimant; & in propoſito caſu dubitandi rationem illam adferunt, quòd ad æditum, non ad filium literas mater miſerat, quaſi ſi ad filiũ miſiſſet, dubitari minus poſſet an ei fideicommiſſum deberetur. Vnde Papiniani rationẽ ſic interpretantur, vt quæri non oporteat cum æditũo, an cum filio mater locuta ſit, ſed illud duntaxat, in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani ſententiam longè diuerſam & elegantiorem eſſe arbitror: & ex donationis prædiorum epiſtola, non ex

literis ad æditUū miſſis fideicommiſſum induci exiſtimo. Nam & in *l. miles ad ſororem. 75. in princ. eod. tit.* idem Papinianus in eadē fere ſpecie, ex ſola donationis epiſtola ad ſororem ſcripta fideicōmiſſum deberi reſpondit, licet nullas ad aliū literas ſcripſiſſe teſtator proponeretur. Sed in vtraq; ſpecie illud maiorē dubitationē habere videtur, Cur non ex donatione petatur, id quod per epiſtolam donatū eſt, cùm certi iuris ſit in abſentem per epiſtolam donationem conferri poſſe: & eo demùm tempore vires ſumere, cùm rem donatam accipit is cui donata eſt, *l. abſenti. 10. D. de donat.* Ac ſanè ita eſt, ſi eo tempore in rerum natura ſit is qui donauit: nam cùm donatio mutuum donantis, & donatarij conſenſum requirat, fieri non poteſt vt vtiliter donatarius cōſentiat eo tempore, quo donator conſentire amplius non poteſt. Ob eámq; cauſam in *d. l. miles.* adiicitur, teſtatorem eam donationis epiſtolam poſt mortem ſuam aperiri mandaſſe, quoniam ſi eo viuo aperta fuiſſet, ſoror ex donatione nō ex fideicommiſſo octingētos aureos petiiſſet. Eadem ratione in *d. §. donationis.* literarum ad æditUum miſſarum mentio fit vt intelligamus viua matre filium donationem prędiorum agnoſcere nō potuiſſe. Qui etiam ſenſus eſt eorum verborum, *ignorante filio*, quia ſciente eo fruſtrà de fideicommiſſo quæreretur, cùm donatio ſufficeret: Dubitandi autem ratio, propter quam fideicommiſſum in propoſito caſu filio relictum nō videbatur, illa erat, quòd in donationis epiſtola mater cum filio, non cum cæteris heredibus ab inteſtato ſucceſſuris locuta fuerat: cum tamen abſurdum videatur fideicōmiſſo obſtringi eum, cuius fidei nihil cōmiſſum eſt, nec quicquā poſſis committere fidei eius cum quo non loquaris: idque ſignificant verba illa Papiniani, *verbis fideicommiſſi non ſubnixam.* Sed reſpondet, fideicommiſſum quocunque voluntatis indicio induci, neque tam de illo quæri oportere cum quo de ſupremis locutus ſit is, qui fideicōmiſſum relinquit: quàm de illo, in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit. In *d. l. miles*, quemadmodum eadem quæſtio proponitur, ita eadem ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur, iis verbis, *Placet enim, conſiſtere fideicommiſſum, etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.* *Accurſius* verò, & cæteri, quemadmodum Papiniani rationem *in d. §. donationis*, nō intellexerūt, ita eā quę in *d. l. miles.* poſita eſt, malè, & miſerè ſunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio fefellit: neq; enim legendum eſt *ac ſi*, ſed *etſi*, vt à clariſſimis, & ſubtiliſſimis Iurecōſultis *Petro Fabro, & Iacobo Cuiacio* iampridem obſeruatū, multiſque apertiſſimis argumētis cōprobatū eſt. Quo poſito, facile eſt intelligere Papiniani rationem in *d. §. donationis*, ſic interpretandam eſſe, vt cùm in propoſita ſpecie ex donationis prædiorum epiſtola appareat eam fuiſſe matris voluntatem vt donata prædia filius haberet, non ideò minus fideicommiſſum ei relictum intelligatur, quia cum eo non cum cęteris heredibus mater locuta ſit. Aliud enim inſpiciendum non eſſe, quàm in quem voluntatis ſuæ intentionē direxerit.

Ad l. ſi heres. 110. D. de legat.

CAPVT XIII.

MAle ab omnibus Interpretibus acceptā puto *l. ſi heres. 110. D. de leg. 1.* quam vulgo ſic intelligūt, vt heres generaliter ſeruū dare iuſſus quē ipſe voluerit, ſi ſciēs furē dederit, iſque furtum legatario fecerit, duplici actione legatario teneatur, De dolo, & Ex teſtamēto: De dolo ratione eius quod intereſt vt legatariū indemnem pręſtet: Ex teſtamento in id vt alium hominem pręſtet, quoniam peſſimi pręſtatione liberatus nō ſit, quominus ex teſtamento cōueniri poſſit. Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, *& hunc pro noxa deditο relinquat.* Etenim abſurdiſſimum fuerit exiſtimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtum legatarij intereſt, præterea actione ex teſtamento ſeruum pro noxę dedito relinquere compelli: cùm noxalis actio cam ſemper cōditionem habeat, ſi damnum non pręſtetur, &, vt Vlpianus loquitur *in l. 6. §. 1. de re iudic.* iudicium ſolius noxæ deditionis nullum ſit, ſed pecuniariā condemnationem ſequatur. Eámque ob cauſam *Accurſius* ea verba ſic interpretatur, vt electionem legatario tribuat, an de dolo in id quod intereſt agere velit, an ex teſtamento in id vt ſibi alius homo pręſtetur, & is qui iam pręſtitus fuerat, pro noxę dedito relinquatur. Quod etiam Africani verbis conuenire non videtur, quę oſtendunt heredem ad id pręciſè teneri, vt alium hominem pręſtet, & prius pręſtitū pro noxę dedito relinquat. Debuerat enim ſcribere, *ad hoc etiā tenetur*, aut quid aliud ſimile, ſi heredi duplicem actionem competere poſſe exiſtimaſſet. Alia quoque *Accurſii* interpretatio placere non poteſt, licet plęriſque probabilior videatur, vt iis verbis, *ſed quoniam verum eſt*, à priore ſententia Africanus recedat, & heredem non de dolo in ſolidum teneri exiſtimet, ſed ex teſtamento duntaxat in id, vt alium hominem pręſtet, & furem noxæ dedat. Nam pręter id, quòd tam facilè ſententiam mutaſſe Africanum veriſimile non eſt, illud etiam defendi vix poteſt, heredem, qui ſeruum furem legatario dedit, licet ſciens dederit, actione ex teſtamento liberatum non eſſe: Fateor legatarium ſi ex teſtamento agat nō cogi eum ſeruum accipere, qui ſit omnium peſſimus: & ea actione conſequi poſſe vt ſibi alius detur: ſed ſi acceperit, licèt ignorās, heredem actione ex teſtamento liberatum, ob idque de dolo conueniendum eſſe omnino cōtendo. Et illud eſt quod Africanus ait, de dolo malo agi poſſe, quod vtique falſum eſſet ſi ex teſtamento actio ſupereſſet. Nec ſequentia repugnāt, quę ideo dūtaxat adiecta ſunt, vt intelligamus in propoſita ſpecie legatario actionem de dolo dari, nō in id omne quod ſua intereſt, ſed in id tantùm vt ei arbitrio iudicis actio ex teſtamento reſtituatur, qua heredem compellat aliū hominem non peſſimum pręſtare, & eum qui furtū fecit pro noxa relinquere. Et hoc adiici neceſſe fuit, quoniā regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis intereſt. *l. arbitrio. 18. D. de dolo.* ſed tamen datur etiam aliquando in id vt priſtina actio reſtituatur. *dict. l. arbitrio. §. penult.* pręſertim cùm reſtituta actione res ad eum ſtatum reducitur, in quo erat priuſquam dolus committeretur, vt in propoſito caſu contingit. Verùm hic illa iniquitas occurrere videtur, quòd ſi damnum à ſeruo datum ſerui æſtimationem ſuperet, iniquū fuerit heredem cuius dolo id contingit in ſolidum non teneri, neque hoc caſu dici poſſit reſtituta actione ex teſtamento arbitrio iudicis dati De dolo, omnia in priſtinum ſtatum reſtitui, niſi quicquid legatarij intereſt, ei ab herede eadem actione ſarciendum admittamus. Exemplo eius quod in *l. ſi ſeruus. 31. D. de pignor. action.* idem Africanus ſcribit, debitorem qui ſciens furem ſeruum pignori dedit creditori, non liberari ſi eum apud creditorem pro noxæ dedito relinquere paratus ſit, ſed prætereà actione pignoratitia creditorem conſecuturum vt indemnis præſtetur, &

dammum

damnũ omnimodo decidatur. Scio *Accurſium, Bartolum*, & cæteros, qui toti *Accurſio*, & *Bartolo* veſtigiis inſiſtunt, actionem ex teſtamento ab actione ex contractu diſtinguere. Sed cùm diſſimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici poteſt, heredem idcirco legati ſerui nomine in ſolidum non teneri, quòd is legatarij factus ſit, vt quamuis cum dolo heres ſoluerit, alieni tamẽ ſerui factum minus quàm ſui præſtare debeat: Satiſque dolus ipſius in eo coerceatur, quòd, & alium ſeruum dare, & eumquem prius dederat legatario relinquere compellitur, *pro noxa dedito*, vt Africanus ait. Ex quo intelligi poteſt, ſi ſerui pretiũ litis æſtimationem ſuperet, in heredis poteſtate eſſe ſi velit damni præſtatione ſeruũ recuperare. Ea.n. eſt noxæ deditionis natura, quemadmodũ initio capitis diximus, vt pecuniariã cõdemnationẽ ſequatur. Sed &, ſi damnum à ſeruo datum ipſius æſtimationem ſuperet, poterit quidem heres etiam ab inuito legatario ſeruum extorquere: at prudentius faciet, ſi eum legatario relinquat pro noxæ dedito, ne ſi eum legatario abſtulerit, poſteà ex ipſius furto in ſolidũ conueniri poſſit, quamquam & legatarius ſi volet iuſtè ſerui reſtitutionem recuſabit priuſquam ei litis æſtimatio ſufferatur. arg. *l. ſi ſeruus 70. de leg.* 1. In pignore, locatione, cõmodato, & cæteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius eſt eum qui furem ſeruũ doloſè tradidit, ſerui ſui factum præſtare, hoc eſt damnum ab eo datum in ſolidum reſarcire, vt ſuprà *cap.* 5. probauimus. At verò, hîc illa quoque dubitatio incurrit, ſi ignorans heres ſeruum furem legatario dederit, an æquè teneatur: nam hoc caſu de dolo malo agi non poſſe certum eſt. Sed tamen quoniam illud ſemper verum eſt, heredem in hoc teneri, vt non peſſimum det, rectiſſimè dicetur, hoc quoque caſu heredem ad hoc teneri, vt alium hominem præſtet, & hunc quem iã dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquies, an non deterioris conditionis eſſe debet, qui ſciens, quàm qui ignorans ſeruum furem legatario ſoluit? Ita ſanè, in eo ſcilicet vt aduerſus ſcientem actio ex teſtamento reſtituatur iudicio De dolo, aduerſus ignorantem verò in factum verbis temperãda actio danda ſit, vt Vlpianus loquitur *in l. non debet* n. *§. vlt. de dolo*. Nam ex quibus cauſis dolo intercedente de dolo agitur, ex iiſdem ſi dolo agi non poſſit, actioni in factum ſubſidiariæ locus eſt.

Emendatio noua §. quoniam. l. cùm tabulis. D. de his quæ vt indigna.

CAPVT XIIII.

DIci ſolet nec ſtuprum nec probrum in ea contrahi, quæ ſe patroni cõcubinam eſſe patitur, *l. probrũ. 41. de rit. nupt.* Quòd eo pertinet, vt ſi qua mulier ingenua ſe alicui in cõcubinã tradiderit, matrisfamilias honeſtatem habuiſſe dici non poſſit, vt eodem loco Marcellus ait, licet non ideò ſtuprũ in ea cõtractum fuiſſe intelligatur, vt Papin. ſcribit in *§. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indig.* Nẽpe ſi in concubinatum aſſumpta ſit cum teſtatione aut ſine teſtatione, cùm obſcuro loco nata eſſet, vel vulgò quæſtum feciſſet, *l. 3. D. de concubin.* Cuius rei effectus ille eſt, vt quod ei relictum eſt cum qua ſtuprum contractum non eſt, tanquam indignæ auferri non poſſit. *d. §. cum tabulis.* De cuius ſententia alioqui obſcuriſſima, & à nemine hactenus rectè explicata, dicendum nobis eſt aduerſus veterum, & recentiorum omniũ interpretationes. Primùm enim apertè labitur & cæcutit *Accurſius* qui Papin. ſententiam illam eſſe putat, vt excuſetur liberta, ſi patrono ſuo petenti eam in cõcubinam nõ cõſentiat, cùm is aliam haberet, quia nemini iure duas concubinas habere liceat. Nam quod Papinianus ait eius qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt actionem non denegari, non eam rationem habet, quòd plures concubinas habere non poſſit patronus, qui libertam concubinam habere vult, cùm iam aliam haberet, ſed quoniam, vt ipſe Papinianus ait, in ea ſtuprum contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur. At ſecundum *Accurſii* interpretationem debuerat Papinianus ſcribere ſtuprũ in ea non contrahi quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur. Ac fortaſſe ita *Accurſius* legit ſublata negatione, quæ tamen in Florentinis cæteriſque omnibus quibus nũc vtimur libris nõ deeſt. Argumentũ cõiecturæ præbet, quòd in illis verbis, *non placuit*, ſic notat, *licet alij ſit concubina*, ac ſi ſenſus eſſet, in eo differentem eſſe conditionem libertæ & patroni, quòd cùm illa pluribus cõcubina eſſe poſſit citra ſtuprum, hic tamen plures concubinas habere non poſſet. Ego verò quemadmodũ Florentinam recepiámque lectionem elegantiorem, & rectiorem eſſe arbitror, ita *Accurſii* interpretationem prorſus ineptam & ridiculam eſſe contendo. Cùm in toto Papiniani reſponſo nihil ſit ex quo colligi poſſit libertam pluribus concubinam fuiſſe, vel patronum plures concubinas habere voluiſſe. Quod vtrumque tamen ex *Accurſii* interpretatione comminiſcendum eſt. Minus tamen mirandum ſit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio vllo quod ſciam rectè explicata ſunt. Mihi videtur Papiniani ſententiam eam eſſe, vt recta conſecutio non ſit ſi quis inferat ſtuprum commiſiſſe mulierem, ex eo quòd ſe alterius quàm patroni concubinã eſſe paſſa eſt. Fieri namque poſſe, vt ſiue liberta, ſiue ingenua ſit ea de qua quæritur, concubina eſſe poſſit eius qui patronus non ſit, neque tamen ſtuprum in ea contrahatur. Quid enim ſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit? His caſibus probrum fortaſſe in ea muliere eſſe intelligitur: certè matrisfamilias honeſtatem nõ habet *d. l. probrum*, at de ſtupro argui nõ poteſt: ideóq; quod ei teſtamento relinquetur, tanquam indignæ non aufereiur, quod vtique auferretur, ſi ſtuprum in ea contractum eſſe diceretur. Ergo quod Papinianus ait ſtuprum in ea non contrahi quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur, non eò pertinet, vt in ea ſtuprum contrahatur quæ patroni cõcubina eſt (hoc enim multo minus dici poteſt) ſed vt in ea quoque non contrahatur quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur: vt quoties de ſtupro quæritur, diſtinguendum non ſit, an patronus, an non patronus ſit is qui concubinam habuit, ſed tantum an liberta ſit, an ingenua, & ſi ingenua, an obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit, necne. Cæterùm illud perpetuò obſeruabitur, vt ſi ſtuprum contractum ſit, quod teſtamento concubinæ datum eſt, tanquam indignæ auferatur, ſi contractum non ſit, non auferatur. Quæ cùm ita ſint, cõſequens eſt exemplum quod Papinianus de Cocceio Caſſiano ſubiicit eò pertinere, vt quod Caſſiani teſtamento ipſius concubinæ datum eſt, tanquam indignæ non auferatur, licet ea ſe non patroni concubinam eſſe paſſa eſſet. Ita enim eſſe ex eo apparet, quòd Ruffinam ingenuã fuiſſe Papinianus ait: quod ſi ita eſt, nec ea, nec ipſius filia patronum habere

caduca fiat, ſi fortè plures heredes ex partibus ſcripti omnes ante apertas tabulas deceſſiſſe proponãtur. Nec facilior, aut accommodatior, aut verior horum verborum interpretatio quærenda eſt. *Accurſius* iuris veteris ignoratione in eo apertè labitur, quòd Vlpianum de herede ex aſſe ſcripto intelligit, quem ante aditam hereditatem deceſſiſſe fingit. Atqui ſiue ante aditam hereditatẽ poſt apertas tabulas, ſiue ante apertas tabulas ex aſſe ſcriptus heres deceſſerit, certum eſt caducam fieri hereditatẽ non poſſe, vt fiſco deferatur. Secunda quoq; *Accurſii* interpretatio non placet, vt Vlpianus de ea hereditate loquatur, quę propter delictum heredis caduca facta eſt: nam propter delictum heredis, hereditas non fit caduca, ſed publicatur: quæ longè differentia ſunt. Quemadmodum & ſi propter heredis fidem illicitè datam (quæ tertia *Accurſii* interpretatio eſt) hereditas ab eo auferatur, vt in ſpecie *l. ex facto. 44. §. Iulius. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* non ideò hereditas caduca fit, ſed heredi tanquam indigno aufertur. Atqui Vlpianus ſupradicto loco de caduca hereditate loquitur, & cùm mox ſeparet vacantia à caducis, oſtendit manifeſtè caduca ſe intelligere ea quæ ab aliquo ceciderunt, proinde quæ ei acquiſita non ſunt, non autem generaliter ea omnia quę fiſco ex legibus, & conſtitutionibus acquiruntur. Nam & vacantia omnia fiſco acquiruntur, adeóq; ipſo iure, non quemadmodũ caduca quæ ex lege Iulia, vt Vlp. *d. tit. de caduc.* ſcribit. Vnde etiam fit, vt vacantia, illa ſcilicet, quæ nunquam alterius eſſe potuerunt quàm fiſci, *l. 1. diuus. D. de iur. fiſc.* ad fiſcum ſine onere pertineant. *l. quod Diuo. 50. D. de manumiſſ. teſtam.* Caduca verò cum oneribus ſuis quibus obſtringi potuit is à quo ceciderunt. *l. cùm fiſco. 9. D. de S. C. Syllan. l. 2. §. vlt. D. ſi quis alt. teſtar. prohib. l. 38. §. 1. l. 61. de rit. nupt. l. in facto. 60. §. vltim. D. de cond. & demonſt.* Quanquam autẽ aliquando bona vacãtia pro caducis accipi videntur, vt in *l. quidam. 96. §. quoties. de lega. 1. l. recuſare. 6. §. 2. ad S. C. Trebel.* tamen apud Vlpian. in *d. §. aut Senatus.* dubitatio eſſe non poteſt quin caduca à vacantibus diſtinxerit, quemadmodũ & tam vacantia, quàm caduca, ab aliis quæ ex alia quacunque cauſa ad fiſcum peruenerunt.

Explicantur omnes leges tituli C. de inoff. c. donat. & Nouell. 92.

CAPVT XVII.

NVnquam mihi perſuadere potui, quod ſibi interpretes fere omnes perſuadẽt, inofficioſam donationem interuertendæ inofficioſi querelæ gratia factam pro debita duntaxat portione reuocari. Nam quemadmodum in fraudem querelæ inofficioſi teſtamenti, donationes huiuſmodi inofficioſæ excogitatæ ſunt, vt fruſtra de inofficioſo teſtamento quereretur is, qui etiam eo rupto legitimã portionem non haberet, licet vniuerſa, quæ defunctus in bonis habuiſſet mortis tempore, bona conſequeretur, ita remedium quod in fraudis huius fraudem excogitatum eſt, eiuſmodi eſſe neceſſe eſt, vt qui de inofficioſa donatione agit, tantũdem conſequatur, quantũ ſi inofficioſo teſtamento experiretur. Atqui ius querelæ inofficioſi teſtamenti ſic comparatum eſt, vt qui egit, & obtinuit, reſciſſo teſtamento, non falcidiam duntaxat, quam vulgo legitimam vocant, ſed & vniuerſam hereditatem conſequatur, ſi fortè ſolus ſit, aut ſi alius æquè proximus adſit, eam ſaltem portionem quæ ab inteſtato eum cõtingit. *l. mater. 19. & paſſ. D. de inoff. teſt.* Idem ergo in querela inofficioſæ donationis obtinere dicendum eſt, vt pro ea parte reſcindatur, quam ab inteſtato haberet is cuius in fraudem facta eſt, ſi donatio facta non eſſet. Alioqui eueniret, vt fraudis ſuæ fructum impius pater ſentiret, ſi filius qui per querelam inofficioſi teſtamenti aut vniuerſam, aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficioſæ donationis agens, non niſi debitam portionem obtinere poſſet. Hinc eſt quod in *l. vlt. C. de in off. donat.* Imp. Conſtantius reſcribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus (ſic enim legendum eſt, nõ *omnibus* aut *omnes*) ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta ſit, vt actionis vtriuſq; vel vna cauſa, vel ſimilis exiſtimanda ſit. Quod cùm generale ſit, *Accurſii* interpretatio recipienda non eſt, qui regulariter quidem verum id eſſe admittit, ſed tamen aliud probandum ait, cùm quæritur in quantum inofficioſa donatio per querelam reuocetur. Etenim vix vlla eſt lex ſub eo tit. *De inoff. c. donat.* quæ hanc inofficioſæ donationis querelam, inofficioſi teſtamenti querelę non comparet, licet in omnibus de illo potiſſimum quæratur, Ad quam vſq; quantitatem inofficioſa donatio reuocetur. *l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. & 9. eod.* Nã quod in fine *l. 1.* dicitur, *non iniuria iuxta formam de inofficioſo teſtamento conſtitutam ſubueniri vobis, vtpote quartam partem non habentibus, deſideratis* non eò pertinet vt per querelam inofficioſæ donationis ad quartam duntaxat partem agatur, ſed vt de inofficioſa donatione agere non poſſit is, qui quartam habet, quemadmodũ nec de inofficioſo teſtamento agere poſſet. At ex cõtrario, quemadmodum is cui minus quarta relictum eſt de inofficioſo queri poteſt, ſi res in ea cauſa ſit vt rupto teſtamẽto legitimam portionem habere poſſit, ita ſi inofficioſa donatio facta ſit in legitimę, & querelæ inofficioſi fraudem, donationis inofficioſæ remedio locus erit: Vtraq; porrò actione, ſi actor obtineat, tantundem obtinebit, quãtum ſi nulla donatio, nullúmve teſtamentum factum eſſet. Idque apertius oſtendit *l. 2. eod. tit.* in cuius ſpecie, cùm proponeretur pater omne patrimonium ſuum impetu quodam immenſę liberalitatis in filium effudiſſe, diſtinguitur an is in patris poteſtate permanſerit, an emancipatus fuerit, vt priore caſu is cui nihil donatum eſt quartam dũtaxat partem debitę ab inteſtato portionis incolumẽ habeat: Poſteriore verò, ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelæ de inofficioſa donatione queratur: hoc eſt non quartam dũtaxat debitæ ab inteſtato portionis partem, ſed dimidiam hereditatis conſequatur. Ita enim neceſſariò is locus intelligi debet, non ſolùm quòd in querela inofficioſi teſtamenti ſic eueniret, ſed etiam vt effectus aliquis ſit illius diſtinctionis, an ſuo an emãcipato filio donatio facta ſit. Huius porrò diſtinctionis ratio illa eſt, quòd cùm emãcipatus is fuit, in quẽ collata donatio eſt, alieno adminiculo non indiget donatio, ſed ſuis ipſa viribus nititur, & ſubſiſtit, vt *d. l. 2.* ait. Proinde per querelam inofficioſæ donationis reſcindi eam neceſſe eſt: quod cũ fit, ad cauſam nõ factæ donationis res redit. At cùm filius, cui donatio facta eſt, in patris poteſtate permanſit, donatio non valet propter vinculum patriæ poteſtatis. *l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* nec patris ſilentio & morte cõfirmatur. *l. ſi donatione. 13. C. de collat.* (quod tamen hodie ſecus eſt poſt Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.*) Ergo nec per querelam inofficioſæ donationis reſcindi poteſt. Sed quoniam vniuerſi patrimonij donatio, non tam

ſimplex

ſimplex donatio, quàm ſupremi iudicij ordinatio eſſe videtur, arg. *l. ſi pluꝛa. 20. § ſi pater. D famil. erciſc.* officio arbitri familiæ erciſcundæ congruit, ſic adiudicationes facere & bona inter fratres ex aſſe ſcriptos diuidere, vt à teſtatoris voluntate quàm minimum fieri poterit recedat. *l. filij. 16. C. eod.* Id verò commodius facere non poteſt, quàm ſi ei cui nihil donatum eſt, quartã portionis ab inteſtato debitæ partem præſtet: ei verò in quem inofficioſa donatio collata eſt, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur caſu inofficioſæ donationis querelæ locus non eſt, quoniam donatio per ſe non valet, ſed alieno adminiculo indiget, non quidem Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt ridiculè *Accurſius* interpretatur, ſed officio arbitri familiæ erciſcũdæ: quod tale eſſe debet, quemadmodũ diximus, vt vniuerſi patrimonij donationẽ iure ſupremæ volũtatis eatènus tueatur, quatenus æquitas, iúſque patitur. Hactenus autẽ patitur, quatenus nullum fratri in legitima præiudicium fiat. Et hæc omnia vera ſunt, ſiue poſt exinanitum immenſis donationibus in vnum filium collatis patrimonium ambos filios pater ex aſſe heredes ſcripſerit, ſiue ab inteſtato defunctus ſit. Vtroq; enim caſu, ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquitur, atque ideo eadem æquitatis ratione inofficioſa donatio ab eo cui nihil relictum eſt, aut minus quàm oporteret, renocari poteſt, *l. 3. C. de inoff. donat.* in *l. 4. eod.* illud etiam notatu dignum eſt, quod querela inofficioſæ donationis in eo comparatur querelæ inofficioſi teſtamenti, vt quemadmodum hæc, ſic illa ei non competat cui alio minus odioſo remedio conſultum eſſe poteſt quamuis extraordinario: ex quo magis cõfirmatur quod volumus, eandem in omnibus querelæ vtriuſque rationem, cauſam, & finem eſſe. Sequitur in *eod. tit. l. ſi totas. 5.* de cuius ſententia dicendum nobis aliquid eſt, aduerſus eorum interpretationem qui ex eo potiſſimũ loco probari putant inofficioſam donationem non niſi ad debitum vſq; bonorum ſubſidium reuocari. At primùm obſeruandum eſt, proponi eo loco factam donationẽ omnium bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quàm in quos donationem cõtulerat, quo caſu vix eſt vt initio inſpecto inofficioſa donatio dici poſſit, quæ in liberorum, aut querelæ inofficioſi teſtamenti fraudem excogitata nõ eſt. At ſi poſtea ex eodem aut alio matrimonio liberi nati ſint, inofficioſa ſit, quæ prius inofficioſa non fuit: cũ in eo res ſit, vt liberi ex ſecũdo matrimonio ſuſcepti cõtra paternę pietatis officium, debita ſibi ſucceſſione fraudentur. Quod cùm nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, meritò ab Impp. reſcriptum eſt, id quod ad ſubmouendam inofficioſi teſtamenti querelam non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationibus detractum, vt filij, vel nepotes poſteà ex quocunq; legitimo matrimonio nati debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patris patrimonium reuerti. Sed hoc ad quęſtionem noſtram non pertinet. De illo enim duntaxat quærimus, Ad quam vſq; quantitatẽ inofficioſa donatio in liberorum fraudem facta, ſiue re & conſilio, ſiue re tantùm fraus interuenerit, per liberos reuocetur. Finge in ſpecie *d. l. ſi totas.* patrem poſt ſuſceptos ex ſecundo matrimonio liberos nolle reuerti ad ſe eam bonorum donatorum partem, quã ad eum reuerti lex ait, hoc eſt quæ ad liberorum ex ſecundis nuptiis legitimam ſatis ſit: quærimus, an & quatenus inofficioſæ donationes reuocari poſſint. Hîc enim euenit vt donationes huiuſmodi, quæ primùm ſiue fraude factæ ſunt, ex poſt facto inofficioſæ & fraudulentæ inueniantur: adeóque interuertendæ inofficioſi teſtamenti querelæ animum habere pater intelligitur, qui iuris beneficium recuſat, hoc eſt rerum donatarum partem ad ſe reuerti nõ vult, vt liberis ſuis poſt donationes ſuſceptis non tãtùm ſucceſſionis ſuæ emolumentum, ſed & euertendi inofficioſi teſtamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò caſum non pertinet *d. l. ſi totas.* in cuius ſpecie de illo tantùm pater quærebat, qua potiſſimũ ratione facere poſſet vt liberis ex eodem aut ſecundo forte matrimonio natis debitam iis legibus portionẽ relinqueret. Videbat enim prudentiſſimus pater, vel ſe inuito relinquendam eſſe, iis quos ingratitudinis cauſam aliquam commiſiſſe dicere nõ poterat. Cogitabat, ſi nihil iis relinqueret, aut minus quàm iure oporteret, futurum vt donationes in fratres factas reuocarent, iiſque paternæ liberalitatis fructum eriperent. Fruſtrà verò hæc omnia, ſi pro legitima dũtaxat portione inofficioſæ donationes reuocarẽtur. Quid enim intereſſet, an eæ à liberis quibus nihil donatum erat, poſt patris mortem reuocarẽtur, an viuo patre, ſi vtroque caſu ad eũdem modum reuocarentur? Ergo vel ex eo maximè loco, ſi ſubtilius intueare, rectiſſimè colligas quod volo, liberos poſt donationes ſuſceptos, ſi iis debitum bonorum ſubſidium non relinqueretur, poſt mortem patris inofficioſas donationes reuocaturos eſſe pro iis portionibus quæ ab inteſtato ad eos pertinerent. Idem confirmat quod *in l. cum donationibus. 6. Cod. eod.* dicitur, de enormitate donationum ad exemplum inofficioſi teſtamẽti Præſidem prouinciæ iuriſdictionis ſuæ partes exhibere debere: quod iam ſuprà ſic explicauimus, vt per vtramque querelam res ad inteſtati cauſam reuocetur. Quam interpretationem præter ea quæ iã diximus, mirificè confirmat *l. cùm res. 4. C. de contr. empt.* cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc auocare*, oſtendunt manifeſtè inofficioſam donationem à filio in ſolidum reuocari aduerſus extraneum cui omnia bona à matre filij donata & tradita eſſe proponebãtur. Nam quod ait, *hæc*, neceſſariò referendum eſt ad præcedẽtia illa, *omnia bona tibi ab ea donata, & tradita*, quicquid *Accurſius* cauſetur, qui perpetui ſui, communiſq; erroris memor, notat reuocari à filio quæ mater extraneo donauerat quatenus immoderatè donauerat. Quod ſi verè diceretur, vtiq; falſum eſſet quod lex ait *hæc*, de quibus paulò ante dixerat, hoc eſt omnia donata & tradita per inofficioſæ donationis querelam auocari. Nec obſtat quod *in l. ſi mater. 7. C. de inof. donat.* reſcribitur, immodicis donationibus à matre in vnũ ex liberis collatis, eũ cui minus legitima relictũ eſt poſſe agere vt quod immoderatè geſtũ eſt reuocetur. Lõge enim differẽtia hæc ſunt, Reuocari id quod immoderatè geſtũ eſt, & Reuocari quatenus immoderatè geſtũ eſt. Prius verũ, poſterius falſum eſt. Quemadmodũ rectè quis dixerit, teſtamentũ in quo mater extraneo tantùm reliquit, vt filio minus legitima portione reliquerit, per inofficioſi querelã reſcindi poſſe: neque tamẽ verè dixerit reſcindi hoc caſu teſtamẽtum, quatenus extraneo plus quàm filio relictũ eſt. In totum enim reſcinditur. Sic rectè dici poſſit, ſi quis rẽ centum aureis dignã, ducentis & decem emerit, reſcindendam eſſe emptionem propter immodicam læſionem, neque tamen eodem modo dici poſſit, reſcindendam eſſe duntaxat quatenus læſio immodica eſt, hoc eſt vltra dimidiam iuſti pretij, vt in

Digitized by Google

Habet verò hæc lectio ſententiam perelegantem, ex qua rationem differentiæ à Catone redditam eam eſſe intelligimus, vt in priore caſu, hoc eſt in ſtipulatione *iter fieri*, vno non faciente ſtipulatio in ſolidum committatur, quia videantur omnes coheredes commiſiſſe, id quod niſi inſolidum committi & peccari non potuit. Poſteriore autem caſu, hoc eſt in ſtipulatione *amplius non agi*, non videntur omnes commiſiſſe quod in partem committi potuit, quod tamen à Catone prætermiſſum eſt, quaſi id ex præcedentibus & comparatione ſtipulationis *iter fieri* ſatis intelligeretur. Hanc porrò ſtipulationem *iter fieri* Cato illi ſimilem eſſe dicebat *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, vt hæc quoque in ſolidum committatur aduerſus omnes promiſſoris heredes, ſi per aliquem ex iis factum ſit quominus mihi ire agere liceat: quia quod per vnum fiat, per omnes factum eſſe videatur. Sed hanc Catonis ſimilitudinem Paulus reprobat iis verbis, *ſed videamus ne non idem hic ſit*, id eſt ne non ſatis rectè ſtipulatio hæc, de qua proximè dictum eſt, *Per te non fieri*, &c. ſimilis eſſe dicatur illi *iter fieri*: At potius ſimilis ſit illi *Tanum heredémque eius ratam habiturum*, vt quemadmodum ex hac ſolus ille heres tenetur qui ratum non habet, & ſolus is agit à quo petitum eſt: ita ex illa, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, ſolus ille teneatur ſtipulatori per quem factum eſt quominus ei ire agere liceret, & ex pluribus ſtipulatoris heredibus alius experiri non poſſit, quàm cui ire agere non permittetur. Atqui, inquies, manifeſta eſt inter huiuſmodi ſtipulationes differentia, cùm ſtipulatio De rato factum diuiduum contineat, illa verò, *Per te non fieri*, &c. factum indiuiduum. Et hoc nimirum eſt in quo Cato fallebatur, nihil intereſſe exiſtimans an heredis mentio in ſtipulatione facta ſit, an non, ſed illud tantùm diſtinguens an diuiduum, an indiuiduum factum ſtipulatione contineatur, cùm tamen prior quoque diſtinctio neceſſaria ſit, & manifeſtam rationem habeat, quam nos ſuprà explicauimus. Quòd ſi obiicias in ſtipulationibus indiuiduis per omnes factum videri, quod per vnum ex omnibus factum eſt. Reſpondebo ideò pertinere, vt ſi heredis mentio facta ſit, ſufficiat aliquem ex heredibus id feciſſe quod niſi in ſolidum facere non potuit. Sed ſtipulatione ſic concepta, vt illius tantùm perſona demonſtrata ſit, per quem fiat id, de quo non faciendo ſtipulatio interponitur, hac ratione abuti non debemus, vt quod ab vno ex heredibus factum eſt, à cæteris omnibus factum eſſe interpretemur. Verum enim eſt per eos nihil factum fuiſſe. Idque eo magis probandum eſt, quòd Paulus de ea ſtipulatione loquitur, cui pœna ſubiecta eſt: quo caſu abſurdum non eſt pœnam exigi ab eo per quem factum eſt pro ipſius portione hereditaria, tum ex ſtipulatione aduerſus alios agi, vt per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Cùm pœna præmiſſa non eſt, non ita explicari res poteſt. Is enim per quem factum eſt, in id quod ſtipulatoris intereſt conuenitur, nec niſi pro portione ſua hereditaria. Vnde fit vt aduerſus cæteros quoque ex ſtipulatione agi neceſſe ſit ad id quod intereſt cùm ſtipulatoris in ſolidum interſit à nemine prohiberi, quia huiuſmodi factum indiuiduum eſt. Idque licet in ſtipulatione heredis mentio facta non ſit. At pœna præmiſſa, quæ commodè diuidi poteſt, nec impedit quominus in ſolidum ex ſtipulatione agi poſſit aduerſus cæteros per quos nihil adhuc factum eſt, vt ſtipulatorem ire agere patiantur, commodè hæc interpretatio admitti poteſt, vt pœna exacta ab eo qui prohibuit pro ipſius portione hereditaria, cæteri nullo modo teneantur, ſi modò per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Obſeruandum verò eſt, quod mirificè diſtinctionem noſtram confirmat, omnibus iuris locis quibus dicitur ſtipulationem hanc *per te non fieri*, &c. vno prohibente in ſolidum committi, ita ſtipulationem concipi vt heredis mentio fiat, veluti in *l. heredes. 25. §. in illa. ff. famil. erciſc. l. 2. §. item ſi in facto. l. 3. l. in executione. 85. §. quòd ſi ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Accurſius*, cuius temporibus nondum corrupta erat vera lectio quam veterem fuiſſe dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo Catonem in eo, quòd ſtipulationem *Iter fieri* illi ſimilem eſſe dicebat *Per te non fieri*: ſed quid ſibi Paulus velit non intellexit, vt ex ipſius gloſſis perſpicere quiuis poteſt, maximè verò ex gloſſula in illis verbis *non fieri*, in qua notat eandem eſſe illam ſtipulationem de qua prius idem Paulus dixerat in *l. 2. §. item ſi in facto*. Quod ſi admittas, planè non video quænam eius loci ſententia aut interpretatio excogitari poſſit. Cæteræ, quæ in hunc vſque diem ab aliis excogitatæ ſunt, tam improbabiles & à Pauli verbis alienæ ſunt, vt vix dignæ videantur, quæ vel referantur, vel ratione potius quàm ſilentio refellantur.

Emendatio §. vlt. l. 4. de verb. obligat. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nuntiat.

Capvt VIII.

Qvoniam ſuperiore capite de indiuiduis ſtipulationibus diximus, *& §. Cato. l. 4. de verbor. obligat.* explicauimus, placet hoc etiam capite aliquid addere de ſententia & emendatione *§. vltim. dict. l. 4.* cuius lectio mihi corruptiſſima eſſe videtur. Neque enim verum eſt, quod Paulus in eo ſcribit, ex parte ſtipulatorum vtilitatis cauſa receptum eſſe, vt ſi is qui duplam ſtipulatus eſt deceſſerit pluribus heredibus relictis, vnuſquiſque ob euictionem ſuæ partis pro portione ſua actionem habeat, Idémque eſſe in ſtipulatione fructuaria, damni infecti, & ex operis noui nunciatione. Nam & idem Paulus *in l. 2. §. incertam. de Præt. ſtipul.* ſcribit in huiuſmodi ſtipulationibus, & ſimilibus, quæ incertam quantitatem, hoc eſt, eius quod intereſt præſtationem continent, ſumma ratione fieri, vt vno ex ſtipulatoris heredibus vincente in partem eius ſtipulatio committatur, hoc enim facere verba illa ſtipulationis, *quanti res eſt*. At quod ſumma ratione fit, vtilitatis cauſa receptum eſſe dici non poteſt, nec ſummam rationem interpretari poſſumus æquitatem à ſtricta ratione differentem, ſi verum eſt quod in *d. § incertam.* Paulus ait, id fieri ex ipſis verbis ſtipulationis. Quod enim tale eſt, videri non poteſt fieri ex æquitate rationi ſtrictæ contraria. Nec rurſus dici poteſt, quod quidam tentauerunt, vtilitatem eo loco pro eo quod intereſt vſurpari. Etſi enim quibuſdam iuris locis eo ſenſu vtilitatis appellatio ſumitur, tamen vix eſt vt in propoſita quæſtione ſic accipiatur, cùm ea demum vtilitatis cauſa recepta eſſe dici ſoleant, quæ contra ſummam ſtrictámque iuris rationem ex æquitate recepta ſunt. *Accurſii* quoque interpretatio diſplicet ad *d. § incertam.* vbi notat ſumma ratione fieri vt inter promiſſoris heredes obligatio diuidatur, cùm tamen apertè lex dicat ſumma ratione fieri, vt vno ex heredibus ſtipulatoris vincente in partem eius ſtipulatio committatur. idque fieri ex illis verbis ſtipulationis, *quanti res eſt*, quæ nihil aliud ſignificant quàm id quod intereſt. *l. vlt. D. eod.* Heredum verò ſtipulatoris amplius

plius nō intereſt quàm pro hereditaria cuiuſque portione. Summa igitur ratione fit non vtilitatis cauſa, vt pro ſua quiſque parte ex ſtipulatu actionem habeat. Neque tamen id ita accipi velim, quaſi exiſtimem in perſonis heredum promiſſoris, defuncti obligationem non ſcindi. Quod enim ſcriptum eſt *in d. §. incertam quamuis poßit dici ex perſona heredum promiſſoris non poſſe deſcendentem à defuncto ſtipulationem diuerſam conditionem cuiuſque facere*, non eò pertinet vt corrigatur quod prius dictum erat, ſcindi obligationē in perſonis heredum: ſed vt intelligamus eam inter promiſſoris, & ſtipulatoris heredes differentiam eſſe, quòd quamuis in omnib. idem ius ſit, tamen in promiſſoris heredibus vtilitatis cauſa receptum eſt, quod in perſona heredum ſtipulatoris ſumma & ſtricta iuris ratione obtinet. Iuris enim ratio facere videtur, vt ex perſonis heredum obligationis conditio non immutetur. *l. 2. §. ex his de verbo. obligat.* Ipſi autem promiſſori pro parte nec reſtitutio nec defenſio contingere poteſt, quin ſi in ſolidum ſtipulationi non ſatisfecerit, in ſolidum condemnetur, *dict. l. 4. in fin.* At quoniam id quod ſtipulatori præſtandum eſt commodè diuiſionem recipit, & iniquum videtur eum qui hereditatis partem tantùm habeat integrum onus ſentire, vtilitatis cauſa receptum eſt vt obligationis conditio in promiſſoris heredum perſona immutetur. Quod ſi ita eſt, eorum interpretatio probabilis non videtur qui in *d. l. 4. §. vlt.* verba illa, *ipſi autem promiſſori*, ſic explicant, *ex parte promiſſoris*, vt quod de ipſo promiſſore Paulus ait, de promiſſoris heredibus intelligatur. Hoc enim nec Pauli verbis, nec iuris rationi conuenit, ex qua verum eſt promiſſoris heredes partis præſtatione liberari. *l. in executione 85. §. in ſolidum. l. cum ex cauſa 129. de verb. obl. l. ex damni. 40. § pen. de damn. infect. l. ſuprà 11. §. officium. D. aqua pluu. arcend.* Denique nulla hac parte inter promiſſoris & ſtipulatoris heredes differentia eſt, niſi quòd in his ſumma & ſtricta iuris ratione, in illis verò ex æquitate, & vtilitatis cauſa defuncti obligatio ſcinditur. *d. l. 2. §. incertam de Prætor. ſtipulat.* Vnde conicio in *d. l. 4. §. vlt. de verb. oblig.* malè ſcriptum eſſe, *Hæc vtilitatis cauſa ex parte ſtipulatorum recepta ſunt*, idque potius ex imperiti interpretis gloſſa in textum irrepſiſſe. Sequitur vt videamus de emendatione *l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum.* (ex illis namque verbis initium §. ſumendum eſt non ex illis, *adiicitur & illud*) *D. de oper. noui nunciat.* Illud enim mirum atque adeò falſum eſt quòd Vlpianus ait, ſi is qui in publico ædificat non ſatisdederit, ſed tantùm repromiſerit, poſſe eum prohiberi quominus ædificet, nec permittendum eſſe in publico ædificare, priùs quàm appareat quo iure quis ædificet. Etenim certi iuris eſt, in noui operis nunciatione cùm de repromiſſione aut ſatiſdatione quæritur, ita obſeruari vt de eo opere quod in priuato fit, ſatiſdari; de eo verò quod in publico, duntaxat repromitti oporteat. *l. 1. §. ſtipulatio itaque. de Prat. ſtipul.* In quo differt noui operis nunciatio à damni infecti ſtipulatione, in qua ex contrario ſic diſtinguitur vt ratione eius quod fit in flumine publico ſatiſdationem exigat: pro re verò propria, nuda repromiſſione contenta ſit. *d. l. 1. § item ex cauſa. l. Prætor. 7. §. 1. l. qui bona. 13. §. 1. D. de damn. infect.* Cuius diſſimilitudinis illa fortaſſe ratio eſt, quod publicè interſit rei publicæ damnum non fieri, eáque res magni momenti ſit. At nouum opus fieri in flumine publico non ita magni eſſe momenti, & is qui in publico ædificanti nouum opus nunciat, de alieno iure contendit non de ſuo, & tãquam alieni iuris petitor repromiſſione contentus eſſe debet, vt Paulus ait in *l. non ſolum 8. §. ſi cum poſſem. de oper. noui nunciat.* Vtcumque verò ſit, illud apertiſſimum eſt, ei qui nouum opus nunciat ædificanti in publicò repromittendum duntaxat non etiam ſatiſdandum eſſe: neque defendi poſſe ſententiam *d. §. hoc autem interdictum.* quia cum nihil interſit an qui in publico ædificat, repromittat: an qui in priuato, ſatiſdet. *l. de pupillo. 5. §. ſi is cui. D. eo.* apparet Prætoris interdictum, quo vim fieri vetat ei qui pro opere facto in loco priuato ſatisdedit, ad eum quoque protrahi debere qui ratione operis in publico facti repromiſit, vt non magis huic quàm illi vim facere liceat quo minus cœptum opus perficiat. Sed me illud etiam mouet, quòd cum interdicti verbis nihil de loco publico dicatur, incongrua & parùm accommodata videtur ratio illa, *neq; permittendū fuit in publico ædificare*, &c. Quorſum enim *in publico?* An quòd in priuato ædificans repromiſſione liberetur? Id verò dici nō poteſt, nec vlla alia probabilis eorum verborum ſententia excogitari: nullam certè hactenus excogitatā eſſe intelliges, ſi *Accurſii* gloſſas, aliorùmque omnium interpretum Cōmentarios inſpicias, & perlegas. Igitur probabile eſt ea verba, *in publico*, ſic emendanda eſſe vt legamus *in eo loco*, quæ interdicti verba ſūt *d. l. Prætor. 20. in princ & §. deinde.* Eſt enim conueniēs in interdicti interpretatione, ipſius interdicti verbis Vlpianū vſum eſſe. Significant autem *in eo loco in quē nunciatum eſt ne quid noui operis fieret*, vt ex toto interdicti cōtextu intelligi poteſt. Illa verò ſequentia, *priùs quàm appareat quo iure quis ædificet*, quæ etiam Accurſius malè explicat, ſic accipienda ſunt, priuſquàm ſatiſdatum ſit: nam vt in §. præcedente Vlpianus ait, interpoſita ſatiſdatione, nihil intereſt an iure, an iniuria quis ædificet, cùm ſecurus ſit is qui opus nouū nuntiauit poſteaquàm ei cautum eſt.

Ad l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & l. pater. 10. D. de cap. & poſtlim.

CAPVT IX.

IN quæſtione illa, an pupillaris ſubſtitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in *l. lex Cornelia. 28. D. de vulga. & pupill. ſubſtit.* monet diſtinguendum eſſe, an pater, an filius apud hoſtes deceſſiſſe proponatur. Etenim patre apud hoſtes mortuo, ſi poſt ipſius captiuitatē filius in ciuitate deceſſerit, ſiue viuo adhuc, ſiue mortuo patre pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cætera omnia quæ teſtamēto ante captiuitatē facto cōtinentur. Ratione illa, quòd licet filius viuo patre ſui iuris effectus eſſe videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non rediit ab hoſtibus iam ex eo tempore quo captus eſt deceſſiſſe intelligatur, vt aduerſus quorundam ſententiam Papinianus diſputat in *l. pater 10. in princip. D. de capt. & poſtlimin.* Sed ſi patre in ciuitate mortuo filius apud hoſtes deceſſerit, idem Iulianus in *d. l. lex Cornelia.* ſubdiſtinguēdum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in hoſtium poteſtatem peruenerit. Priore caſu legi Corneliæ locum non eſſe, quia per eam nō efficiatur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit. Idque nullam recipit dubitationem. At poſteriore caſu non incommodè dici hereditatem pupilli ex ea lege ad ipſius ſubſtitutos pertinere. Hic verò caſus eſt de quo probabilius dubitari poteſt. Nā Papinianus in *d. l. pater. §. vlt.* discertè ſcribit legē Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam, eius dun-

taxat perſonam demonſtraſſe qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quod ſi ita eſt, pupillares tabulas in propoſito caſu ex lege Cornelia confirmatas eſſe dici non poteſt, licet ibidem Papin. ſubiiciat Prætorem non minus patris, quàm legis voluntatem ſubſequi debere, & ſubſtituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius oſtendit ex lege Cornelia ſubſtitutionem pupillarem non confirmari, quæ ſi confirmaretur directæ non vtiles actiones ſubſtituto darentur, cùm lex Cornelia & hereditatem, & heredem faciat. *l. ſi filiusfamilias.18. D. ad legem Falcid. l. captum.9. l. ius poſtliminij.14. C. de poſtlim. reuerſ.* Ex quo refellitur eorum adnotatio, qui ex lege Cornelia vtiles tantùm actiones dari exiſtimant, idque probari putant ex *d. l. pater.10. §. vlt* vbi tamen nō à lege ſed à Prætore vtiles actiones ſubſtituto dandas eſſe dicitur. Ideo autem directas Prætor non dat, quia heredem facere non poteſt. *§. quos autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Nec rurſus dici poteſt, quod iidem volunt, Prætorem ex mente legis Corneliæ vtiles actiones ſubſtituto dare, cùm apertè Papin. dicat legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eſſe, quin eius perſonam tantùm demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Et quemadmodum inepte quis diceret Prætorem ex mente legis 12. tab. vocare emancipatos ad ſucceſſionem inteſtatorum parentum, licet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & ſuorum agnatorúmque duntaxat perſonam demonſtrauerit, ita rectè meo iudicio dici non poteſt ex mente legis Corneliæ pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta eſt, nec intelligi poteſt, cùm ex contrario eius perſonam demonſtrauerit qui teſtamenti factionem habuiſſet. Et quod Papinianus ait non eſſe alienum Prætorem ſubſequi nō minus patris quàm legis voluntatem, non ſic accipi debet vt non minus ex legis, quàm ex patris voluntate ſubſtituto vtiles actiones à Prætore dentur, ſed ſic potius, vt quemadmodum ei cui legitimam impuberis captiui hereditatem lex Cornelia defert, Prætor bonorum poſſeſſionem dat ad tuendam legis Corneliæ voluntatem, (nam legum quoque tuendarum cauſa plærumque bonorum poſſeſſionem dat, *l. ſed cum patrono. 6. §. pen. D. de bonor. poſſ.*) ita ei quem pater filio impuberi ſubſtituit vtiles ex teſtamento actiones decernat, vt rectam & ſanam patris voluntatem conſeruet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Sufficit enim, nihil Prætorem contra legem facere, licet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis faciat. *l. necnon. 28. §. quod eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Atque ita Papinianus intelligendus eſt in *d. l. pater. §. vlt.* nō quomodo eum ratiocinari comminiſcuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum eſt ne impuberem quidem factionem teſtamenti habuiſſe*, pro *quoniam*, malunt legere *quanquam*. Cum tamen ſi quæratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur, accommodatior ratio reddi non poſſit, quàm quoniam verum eſt ne impuberem quidem teſtamenti factionem habuiſſe. Id enim conſequens eſt ei quod prius Papinianus dixerat, legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eius duntaxat perſonam demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quod de ſucceſſione teſtati intelligendum eſſe apertiſſimum eſt: nam ſucceſſionem inteſtati illud impedire non poteſt quòd teſtamenti factionem non habuerit is de cuius ſucceſſione agitur: alioqui nec pupilli, nec furioſi, ſimiliúmque perſonarum hereditas ab inteſtato vlla eſſet, quod falſum eſt. *l. 1. de ſuis & legit. l. bona. 22. D. de capt. & poſtlim.* quæ cùm ita ſint, illa adhuc dubitatio ſupereſt, Cur Iulianus in *dict. l. lex Cornelia.* pupilli hereditatem in propoſito caſu ex lege Cornelia ad ipſius ſubſtitutos pertinere reſponderit. In Florentinis quidem legitur, *non commode dicitur*, quę lectio omnem hanc dubitationem tollit. Sed cùm in ſequenti caſu, Si viuo patre filius in hoſtium poteſtatem peruenerit, in quo diuerſum ius conſtituere Iulianus videtur, legi Corneliæ locum non eſſe exiſtimet, Florentina lectio probabilis non eſt: ac longe probabilius dici poteſt verba illa, *ex ea lege*, ſic accipienda eſſe vt legis Corneliæ fictio ad eum quoque caſum protrahatur. Si mortuo patre filius ab hoſtibus captus ſit, non quod ex eiuſdem legis poteſtate ſubſtitutus pupillo heres eſſe poſſit, ſed quia ei Prætor vtiles actiones det, quas vtique non daret ſi non ad hunc quoque caſum legis Corneliæ fictionem accommodaret. Dico fictionem, non poteſtatem, quoniam verum eſt legis Corneliæ poteſtatem quæ illa eſt vt hereditatem, & heredem faciat hoc caſu inductam non eſſe, vt ex ſuperioribus apparet, Planè fictionem inductam eſſe, hoc eſt vt filius impubes apud hoſtes mortuus in ciuitate deceſſiſſe videatur. Atque hoc *Accurſius* non intellexit, qui ſimile eſſe putat quod de lege Falcidia ſcriptum eſt in *l. 1. §. ad eos. D. ad l. Falcid.* legis Falcidiæ poteſtatem per Prætoris edictum in iis quoque inductam fuiſſe qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem poſſident. Hoc verò Prætor facere potuit, cum legis Falcidiæ poteſtas alia non ſit quàm vt heres totius hereditatis quadrantem habeat, eò magis quòd ex eiuſdem Prætoris iuriſdictione fit vt aduerſus heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hereditatem poſſidet, legatariis actio detur, quibus nulla iure ciuili cōpetebat, *l. 1. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Illud autem, vt legis Corneliæ poteſtas in pupillaribus tabulis de quibus locuta non eſt inducatur, facere Prætor non potuit, quoniam nec heredem facere potuit. Alter caſus æquè dubitabilis eſt, ſi filius in ciuitate viuo patre captiuo deceſſerit, An ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmentur ſi pater apud hoſtes deceſſerit. Et ad hanc quæſtionem reſpondens Papinianus in *l. quòd ſi filius. 11. de capt. & poſtlim.* ait nihil eſſe, quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſiue quoniam non reuerſo eo, exinde filius ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater hoſtium potitus eſt. Quod rectè *Accurſius* ſic interpretatur, vt ſiue reuerſo, ſiue non reuerſo patre pupillares tabulæ irritæ fiant, quas corruere certum eſt, ſiue viuo patre filiusfamilias decedat, ſiue de patris poteſtate exeat, *l. coheredi. 41. §. cum filio. D. de vulgar.* Nec obſtat quod quidam obiiciunt patrem qui ab hoſtibus reuerſus non eſt ipſo captiuitatis momento deceſſiſſe retrofingi, proinde pupillum in ciuitate mortuum poſt patrem deceſſiſſe videri. Recta enim collectio non eſt, cùm ad filij perſonam legis Corneliæ fictio non pertineat: verum autem ſit filium, qui patre viuo deceſſit, eodem viuo de ipſius poteſtate exiuiſſe. Neque ſimilis ratio eſt filij poſt patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur in *d. l. pater. in prin.* Hunc enim quia patri ſuperfuit, verum non eſt de patris viui poteſtate exiuiſſe qui ab hoſtibus quandocumque rediens filium in poteſtate habere potuit ex poſtliminij fictione. At cùm filius patre apud hoſtes viuo moritur, poſtliminij ſpes extinguitur, & quo temporis inſtanti filius moritur certum eſſe incipit patrem quandocumque redeuntem numquam filium in poteſtate habiturum. Vnde fit quod Papinianus ait, vt filius exinde ſui iuris fuiſſe videatur, ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Et

hoc quę

Digitized by Google

hoc quoque *Accurſius* non intelligens, malè *Bulgari* ſententiam ſequitur, qui in illis verbis, *videtur fuiſſe*, negationem addendam eſſe exiſtimabat. Cui ſententiæ aduerſatur *l. pe. D. de ſuis & legit.* in qua idem Papinianus reſpōdet, ſi pater apud hoſtes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium videri patremfamilias deceſſiſſe, ideóq; heredē habere poſſe. Quod tamen de legitimo herede accipiendum eſſe titulus ipſe demonſtrat, neque ad pupillariter ſubſtitutum protrahi poteſt, quoniā quæ ratio facit, vt filius legitimum heredem habeat, ſcilicet quia paterfamilias deceſſiſſe creditur, eadem pupillarem ſubſtitutionem impedit & extinguit, quæ aliter valere non poteſt quàm ſi filius in patris viui poteſtate retineatur, tum patre mortuo, impubes moriatur. Quod ſi pater captus ſit ab hoſtibus, mox filius, & ibi ambo decedant, Papinianus in *d. l. 11. de capt. & poſtlim.* ait ſufficere ſubſtituto legem Corneliam, id eſt, vt ego interpretor, neceſſarium nō eſſe Prętoris auxilium, quod in poſteriore legis præcedentis ſpecie neceſſariū eſſe dixerat. Sed hoc ita demū, ſi filius reuerſus in ciuitate impubes decedat. Ita enim Papinianum intelligendum eſſe rectè omnes conueniunt, & conſtat ex *l. ſi pater. 29. de vulgar.* vbi ex Scæuola eadem ſententia proponitur. Ex his verò intelligimus etiam ſi pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hoſtiū poteſtate deceſſerit, patris hereditatem ex lege duodecim tabularū non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum pertinere, *d. l. lex Cornelia. 28. §. vlt. eod.* vbi ſine ratione quidam legere malunt *impubes*, quàm *pubes*. Cùm tamē de illo caſu, quo filius viuo patre captus decedit apud hoſtes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus dixerit, & verba illa, *quare etiamſi*, de nouo caſu eum tractare manifeſtè oſtendant. Nouus autem caſus eſt cùm filius pubes viuo patre captus apud hoſtes decedit patre iam defuncto in ciuitate, in quo de pupillari ſubſtituto tractari non poteſt, cùm pubertate ſubſtitutio pupillaris finita ſit, ſed de legitima dūtaxat patris, & filij hereditate, hoc eſt an fictione legis Corneliæ aliqua filij hereditas eſſe intelligatur, quæ ad proximum agnatum pertineat, an verò ſolius patris hereditas ſit quæ ex lege duodecim tabularum proximo agnato deferatur. Et quemadmodū filio impubere mortuo apud hoſtes patre in ciuitate viuo, lex Cornelia pupillarem ſubſtitutionem non confirmat, quia per eam non efficitur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, ita filio pubere mortuo lex Cornelia facere nō poteſt vt eius hereditas aliqua ſit quæ ad proximum ipſius agnatum pertineat. Ad eum igitur patris hereditas ex lege duodecim tabularum pertinebit. *d. §. vlt.* in quo verba illa, *ad agnatum proximum*, generaliter intelligenda, & tam ad filij quàm ad patris hereditatem referenda ſunt: quod ab emendatoribus non obſeruatum errori, & emendationi cauſam dediſſe videtur.

Iuliani, & Papiniani ab Africano diſſenſio.

CAPVT X.

IVlianus in *l. eum qui 56. §. qui ſibi. D. de verb. oblig.* ſcribit, Patre ſibi aut filio ſuo dari ſtipulante, filii perſonam ſolutionis tantùm gratia in ſtipulatione adiectam intelligi, & ideò ſiue manenti in poteſtate, ſiue emācipato filio rectè ſolui poſſe Cui Papinianus conſentit in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæſitum. & §. vſumfructum. D. de ſolu.* quibus locis ait filium ſolutionis gratia adiectum videri, & ei qui ſolutionis gratia adiectus eſt capitis diminutionem nō nocere quominus ei rectè ſolui poſſit, quia & ſic ſtipulari poſſum, Mihi aut Titio cùm capite minutus erit, dari? Sed huic Iuliani, & Papiniani ſententiæ Africanus ex diametro repugnat *in l. cùm quis. 38. in princ. D. eod.* vbi adiecto ſolutionis cauſa non aliàs rectè ſolui poſſe ait, quàm in eodem ſtatu maneat quo fuit cùm ſtipulatio interponeretur. Proinde ſiue in adoptionem, ſiue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel ſeruus factus ſit, non rectè ei ſolui, quia ſtipulationi conuentio hæc tacitè ineſſe videatur, ſi in eadem cauſa maneat. Siue igitur maxima, ſiue media, ſiue minima capitis diminutio interuenerit, (ſingularū enim exempla Africanus ponit) Africani ſententia eſt adiecto capite minuto ſolui non poſſe: & quamuis de filio emancipato non loquatur, ratio tamen qua vtitur oſtēdit ſeparandam non eſſe hanc capitis diminutionem à cæteris, licet in meliorem ſtatum mutari videatur is qui ſublato patriæ poteſtatis vinculo paterfamilias fit. In quo manifeſtè *Accurſius* labitur, nec animaduertit idem de eo dici poſſe, qui cùm ſtipulationis tempore ſeruus eſſet poſtea manumiſſus eſt. Hūc enim è ſeruitute in libertatem vindicatū, in meliorē ſtatum mutatū eſſe certum eſt, & tamē ei ſolutionis gratia adiecto, poſt manumiſſionem ſolui nō poſſe Africanus ſupradicto loco ſcribit. Similis quoque eorum error eſt, qui apud Iulianum, filiū ſolutionis gratia adiectum iam ſtipulationis tempore emancipatum fuiſſe dicūt, cùm verba illa, *vel manenti in poteſtate, vel emancipato filio rectè ſoluitur*, ſolutionis nō ſtipulationis tempus demōſtrent. Et ſequentia, *neque ad rem pertinet, quòd qui filio ſuo dari ſtipulatur ſibi adquirit*, de eo intelligi non poſſint qui ſtipulationis tēpore emācipatus fuit: quemadmodum nec illa præcedentia, *neque intereſt ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi aut filio ſuo quis ſtipuletur*, cùm filius emancipatus verè extraneus ſit, *l. quinetiam. 55. §. vlt. de rit. nu.* nec vlla dubitandi ratio ſit quominus filio emancipato dari pater ſtipulari poſſit, ſi modò coniuncta ſua perſona ſtipuletur. Alioqui ſi ſolius filij perſonam comprehendat, ſtipulationem illa ratio impedit, quòd extraneo ſtipulari nemo poſſit, non quòd pater, qui filio ſuo ſtipulatur, ſibi acquirere intelligatur. Atq; huic interpretationi congruit Iuliani ratiocinatio, qui ex eo quod dixerat nihil intereſſe an ſibi aut extraneo, an ſibi aut filio ſuo in poteſtate cōſtituto quis ſtipuletur, infert eidē filio ſolutionis gratia adiecto ſolui poſſe, ſiue in poteſtate manēti, ſiue emācipato, ſcilicet poſt ſtipulationē, vt recta, & accōmodata illatio ſit. Sic quod Papinianus ſcribit *in d. l. Stichū. §. vſumfructū. de ſolut.* ſi mihi aut Titio vſumfructū dari ſtipulatus ſim, Titio capite minuto facultatem ſoluendi Titio non intercidere, de illo accipi non poteſt qui iam ſtipulationis tempore capite minutus erat, alioqui ſtipulationis verba ſic cōcipi oportuit, *Mihi aut Titio capite minuto vſumfructum dari*, & ridiculus eſſet Papinianus, qui de illo quæreret, quod dubitationē nullam haberet, ineptior verò illa ratio *quia & ſic ſtipulari poſſumus, Mihi aut Titio, cùm capite minutus erit, dari*. Nā qui negat ſolutionis cauſa adiici poſſe eū qui ſtipulationis tēpore capite minutus eſt, illud multo magis negauerit, poſſe quem ſolutionis cauſa adiici in id tempus quo capite minutus erit. At elegās erit Papiniani ratiocinatio, ſi ſic intelligatur, vt adiecto ſolutionis cauſa poſt ſtipulationem capite minuto ſolui nihilominus poſſit, quia & ab initio ſtipulatio potuerit ita concipi vt adiecto ſolueretur.

Digitized by Google

cum capite minutus erit, vt intelligamus per capitis diminutionem nihil accidere propter quod ſtipulationis cōditio immutari debeat, præſertim verò, cùm is qui ſolutionis cauſa in ſtipulatione adiicitur, aliā ob cauſam non adiiciatur, quàm vt ei rectè ſoluere poſſit, cuius fidem ſtipulator exploratā habet: quæ per capitis diminutionem non diminuitur. Negandum igitur eſt ex Papiniani ſententia, quod Africanus exiſtimat ſtipulationi in qua ſolutionis cauſa aliquis adiicitur, tacitè conditionem illā ineſſe, ſi in eadem cauſa maneat is qui ſolutionis cauſa adiectus eſt. Hoc enim nimis ſcrupuloſum eſt, nec rationem vllam habet, præter aſpetam iuris ſubtilitatem, quę efficit vt per capitis diminutionem perſona immutari intelligatur, quæ tamen reuera eadē manet. Ad quod reſpiciens Papinianus, eo argumēto vtitur, quia & ſic ſtipulari poſſumus, *Mihi aut Titio cùm capite minutus erit dari?* Neque tamen eodem argumentādi genere probare poſſis, quod quidam obiiciunt, vſumfructum capitis diminutione non amitti, quia in id tempus conſtitui poſſit quo quis capite minutus erit. Diſſimilis enim ratio eſt vſufructuarij, & eius qui non niſi ſolutionis cauſa adiicitur. Vſusfructus per capitis diminutionem amittitur, quoniam perſonæ debetur, is verò qui capite minuitur alius quodammodo eſſe videtur. *l.2.& 3.D.de capit.minut.l.ſeruus.27.§.vl.D.de adim.legat.* Proinde extincta perſona cui vſusfructus debebatur, ipſum quoq; vſumfructum extingui neceſſe eſt *l.3.§.vlt.quib.mod.vſuſfruct.amitt.* Sed qui ſolutionis cauſa adiicitur, licet per capitis diminutionem mutari videatur, non ideò tamen ſolutionē accipiendi facultatem amittit, quandoquidem nouum non eſt, vt qui ſolutionis gratia adiectus ſit, alteri quàm ipſi ſoluatur, vt contingit ſi furioſi, vel pupilli perſona adiecta ſit: Nam ita tutori vel curatori pecuniam rectè dari, ſicuti conditionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel curatori datur. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, quæ reuera diuerſæ ſunt, vt altera ſolutionis gratia adiiciatur, alteri verò ſoluatur, nimirum quoniam vel pupillum vel furioſum in ſtipulatione ſolutionis cauſa adiicit, tutoris, aut curatoris potius, quàm pupilli aut furioſi perſonam reſpexiſſe, & fidem ſecutus eſſe intelligitur, idem multò magis in vna eadémque perſona recipiēdum eſt, vt quæ ſolutionis gratia adiecta eſt, licet iuris fictione per capitis diminutionem, & ſtatus mutationem alia eſſe videatur, non ideò tamen ſolutionem accipiendi poteſtatem amittat, quādoquidem ipſius fides, quam ab initio ſtipulator ſecutus eſt, eadem prorſus eſt, quæ ſtipulationis tempore fuit, neque, vt ſupra dictum eſt, per capitis diminutionem diminuitur.

Emendatio l.pen. D.de iur.codicill.

CAPVT XI.

IN ſpecie *l. pen. D. de iur.codicill.* elegans quæſtio proponitur, An filius ad quem pater codicillos ſcripſerat, patre poſteà inteſtato defuncto, natóque poſthumo, ea quæ in codicillis relicta ſunt præſtare compellatur, & an pro dimidia parte duntaxat, an in totum. Ac quidem agnatione ſui heredis codicillos euanuiſſe dici non poteſt, quoniam, vt eleganter Paulus ait in *l. ab inteſtat.16. D.eod.* ab inteſtato factis codicillis relicta etiā poſteà natus inteſtati ſucceſſor debet, & quicunq; ab inteſtato ſucceſſerit, locū habent codicilli, quorum ab inteſtato vnus tantū caſus eſt. Sed de illo magis Marcellus dubitat, ac longè probabilius dubitari poteſt, An in totum, an pro parte dūtaxat præſtare filius debeat ea quæ à ſe in codicillis relicta ſunt. Nam poſthumū ad quem teſtator codicillos non ſcripſit, & de quo, vt Marcellus loquitur, codicillorum tempore nihil ſperauit, ad eorū quæ in codicillis relicta ſunt præſtationē vrgeri, abſurdū atque adeò iniquū eſſet, licet natus hereditatis partem fratri ab inteſtato auferat. Quamquā autem Marcellus apertè ſcribit, pro parte dimidia duntaxat filium ad quem codicilli ſcripti ſunt cōueniri poſſe, dubitatio tamen ex eo naſcitur, quod paulò poſt ſubiicit, in alia ſpecie, cùm quis duobus filiis ſuperſtitibus decedens ad alterum dūtaxat codicillos ſcripſit, cùm alterum mortuum eſſe exiſtimaret, ſimili modo dici poſſe omnia perinde debere filium ad quem codicilli ſcripti ſunt, atque ſi ſolus patri heres extitiſſet: quo caſu dubitatio nulla eſſe poteſt, quin relicta in codicillis in ſolidū præſtare compelleretur. Ex quo inferri poſſe videtur Marcelli ſententiā eā fuiſſe, vt in priori ſpecie filius non pro parte dimidia duntaxat, ſed in ſolidū conueniri poſſit ad ea præſtanda quæ ab ipſo teſtator reliquit, cùm de poſthumo naſcituro nō cogitaret. Idque euidentius coniici ex eo poteſt, quod apud Marcellum ex Vlpiani notis ſubiicitur, *Vlpianus notat, imò duntaxat partem debet*: quibus verbis cùm Marcelli ſententia manifeſtiſſimè reprehendatur, cōſequens eſt, vt cōtrà Marcellus exiſtimauerit, ſcilicet in ſolidū nō pro parte dimidia dūtaxat filium teneri. Atq; ita ratiocinātes nonnulli, verba illa, *pro parte dimidia*, in principio legis poſita interpretis eſſe arbitrātur, & cōtra Marcelli ſententiā in textum perducta. Quod tamē mihi veriſimile fieri non poteſt. Primùm, quoniā ſi ex ſequentibus cōiici poteſt quod illi volūt, & apertū eſſe aiūt, Marcelli ſententiam illam eſſe vt is ad quem codicillus ſcriptus eſt, in ſolidum teneatur, vix quiſquam tam imperitus interpres eſſe potuit, qui nulla ratione motus eam Marcelli ſententiam tam malè contorſerit, & peruerterit. Solent enim quæ ex interpretum gloſſis in textum irrepſerunt, aut ab imperitis interpretibus textui aſſuta ſunt, eiuſmodi eſſe, quæ veriſimilem erroris colorem aliquem habeant. Sed neque illud probabile eſt, Marcellum in ea fuiſſe ſententia, vt filium qui partem duntaxat hereditatis habeat in ſolidum teneri exiſtimauerit, ad præſtationē eorum, quæ ab ipſo relicta ſuor cùm pater eum ſolùm heredem fore exiſtimaret: hoc enim nimis durum, & iniquum eſſet. Denique me illud valde mouet quod in Pandect. Florentinis, quorum præcipua authoritas eſt, verba illa deſunt, quæ in aliis codicibus leguntur, *Vlpianus notat*: ſine quibus tamen, quæ ſequuntur, *imò duntaxat partem debet*, cōmodè explicari non poſſunt, tum quia Marcellus ſibi in eo contrariū fuiſſe veriſimile nō eſt, tum quòd poſtea ſubiiciatur, *eorum tamen, quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil omnino præſtandum.* Scribēdum enim fuerat *præſtabit*, ſi mediis illis verbis *imò duntaxat partem debet*, prior oratio interrupta eſſet. Ex quo facilè moueor, vt ſentiam hæc potius verba *imò duntaxat partem debet*, imperiti eſſe interpretis, cùm neque Vlpiani ſint, niſi illa quoq; *Vlpianus notat*: quæ imperitus quoque interpres addidit, addenda eſſe exiſtimemus, neque in præcedentibus aliquid ſit, ex quo coniici poſſit, Marcelli ſententiam eam eſſe vt filius ad quem codicilli ſcripti ſunt, ea, quæ à ſe relicta ſunt, in ſolidum præſtet. Nam quod ait, ſi quis duobus ſuperſtitibus filiis decedēs ad alterū codicillos ſcripſerit, cùm alterum ex his prius deceſſiſſe

exiſti-

exiſtimaret, ſimili modo dici poſſe omnia perinde debere filiũ ad quem codicilli ſcripti ſunt, atque ſi ſolus heres patri extitiſſet, non eò pertinet vt hoc caſu filius in ſolidum teneatur, quem pro dimidia tantùm parte teneri paulò antè Marcellus dixerat, ſed eũ ſenſum habet, vt nõ minus hoc caſu codicilli valeant, quàm ſi ſolus in rerũ natura fuiſſet is quem teſtator codicillis onerauit. Aliud enim eſt filiũ debere omnia, vt Marcellus loquitur, aliud verò debere integra, vt ij interpretantur, qui dum Marcellum non excuſant, Vlpianum quoq; accuſant, quòd Marcelli ſententiam apertiſſimis verbis conceptam nõ intellexerit. Filius ad quem codicilli ſcripti ſunt, omnia debet quæ à ſe relicta ſunt, integra tamen non debet, ſed pro parte dimidiæ duntaxat: quod ſatis apertè Marcellus ſignificat iis verbis *ſimili modo*. Inepta igitur eſt illa reprehenſio *imò duntaxat partem debet*, aut inepti potius qui Vlpiani eam eſſe arbitrantur, nec inepto interpreti tribuendum animaduertunt. Cùm verò ſic Marcellus ſcripſiſſet, vtroque caſu, hoc eſt ſiue ſuperſtitibus duobus filiis, ſiue vno duntaxat, & poſthumo poſteà nato, pater codicillis ad alterum factis deceſſerit, non niſi pro dimidia parte conuenire eum poſſe, eleganter ſcribit, *eorum tamen quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil omnino præſtandum*: quod vtique nõ verè diceretur, ſi filius omnia à ſe relicta in ſolidum præſtare compelleretur. At quoniam pro dimidia tantũ parte tenetur, ſi dimidiam præſtare non poſſit, æquius viſum eſt nihil eum præſtare, quàm totum præſtare. Ratione illa, quòd ea quæ pro parte præſtari nõ poſſunt, videatur pater non fuiſſe filio ablaturus, niſi eũ ſibi ſolum ſucceſſorem futurum putaret, quomodo Marcellus in *d. l. pen.* argumentatur. In quo tamen Papiniani aliud iudicium fuiſſe videtur, qui in *l. cùm pater. 77. §. cùm exiſtimaret. de leg.* 2. in ſimili ſpecie reſpondit releuandum quidem pro parte dimidia eum, qui non niſi pro ea parte heres eſt, ſed libertates ab eo præſtandas, quas damni cauſa intercidere durum eſſet. De ſeruitutibus quæ pro parte pręſtari non poſſunt, quid ſentiat eo loco non aperit: Sed in *l. cùm filius. 76. eo.* apertè ſcribit ſeparandas eſſe hac parte ſeruitutes à libertatibus: Libertates in ſolidũ præſtari, quæ nec partis præſtationem, nec æſtimationem recipiunt. Seruitutes licet pro parte præſtari non poſſint, tamen nullatenus præſtari: ſed quoniam æſtimari commodè poſſunt, ſi integræ petantur, partis æſtimationem pręſtandam eſſe, niſi malit legatarius alterius partis æſtimationem heredi pręſtare vt redempta parte ſeruitutis ab eo qui partem hereditatis euicit, integram ſeruitutem legatarius conſequatur. In libertatibus non idem dici poteſt: quia cùm æſtimationem non recipiant, partis æſtimatio pręſtari non poteſt: vnde fit vt ab eo qui pro parte tantùm heres eſt, libertas præſtanda ſit, neque ſeruus quicquam pro libertate heredi dare compellatur: Sed is à quo libertates relictę ſunt, ab eo qui hereditatis partem abſtulit, redimere partem debet, vt Papinianus ait in *l. qui graui. 11. cum l. ſeq. D. de iur. cod.* Nam vt libertas non intercidat, cogitur is à quo relicta nõ eſt partẽ quã in ſeruo habet, ei, à quo libertas relicta eſt vendere. In quo damnum patitur is, qui cùm pro parte dũtaxat heres ſit, libertatis tamen integrũ onus ſentit. Sed huius damni cauſa libertatẽ intercidere nimis durũ Papiniano videtur ac longè durius, quàm heredẽ, qui hereditatis partẽ lucretur, ſupra partẽ ex qua heres eſt in aliquo grauari. Hęc cùm ita ſint, fatendum eſt Marcellum *in dict. l. pen. de iur. codic.* à Papiniano diſſentire, cùm quod ait, nihil omnino præſtandum eſſe eorum omniũ quæ pro parte præſtari nõ poſſunt, de libertatibus duntaxat intelligi poſſit, non etiã de ſeruitutibus, quæ ſaltem in ęſtimatione partis reſtitutionem recipiunt. Marcelli ratio elegans eſt, quia veriſimile ſit non fuiſſe patrẽ filio ablaturũ ea, quæ pro parte præſtari non poſſunt, niſi eum ſibi ſolũ ſucceſſorem futurum exiſtimaſſet. Sed Papinianus benignior videtur, quippe durũ eſſe propter damnũ heredis, eam teſtatoris voluntatẽ interpretari, quæ libertatẽ auferat. Porrò ex ea Marcelli ratione intelligimus integra legata omnia præſtari ab eo qui pro parte tãtùm heres eſt, ſi teſtator cogitauit aliũ ſibi pro parte ſucceſſorem futurum, vt in ſpecie *l. poſt emancipationem. 40. de leg. 3.* in qua Scæuola reſpondit patruũ à quo vt legitimu herede teſtatrix petierat vt hereditatis partem auunculo ſuo daret, integra legata à ſe relicta præſtare compellendum, licet ad vtrumq; vt proximum cognatũ ab inteſtato ſucceſſio deuoluta ſit. Nimirum, quoniam, vt rectè *Accurſius* animaduertit, non contra teſtatricis ſpem vterque ſuccedit, ſed ex ipſius voluntate, licet alio tramite, vt *Accurſius* loquitur, quam teſtatrix ſpectauerat.

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis. l. cùm pater. de leg. 2.

CAPVT XII.

SVnt qui in *§. donationis. l. cùm pater. 77. de leg. 2.* malint legere *inſtitutis* quã *inteſtato*, & ita in veteribus libris ſcriptum eſſe affirment. Quibus ego adſentiri non poſſum: & Florentinam receptámq; lectionem longè rectiorem eſſe arbitror, ſecundum quam mater quæ filium habebat, pluribus heredibus ab inteſtato deceſſiſſe proponitur, cùm plures filias haberet. Ita enim ponendum eſt, licet filiarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantùm cui donatio prædiorum facta eſt, apud Papinianum quærebatur. Et matrem teſtamentum non feciſſe apertius intelligitur ex illis literis ad æditũ miſſis. *Inſtrumentum volũtatis meæ poſt mortem meam filio meo tradi volo*, ex quibus apparet nullũ volũtatis matris inſtrumentum fuiſſe præter donationis prædiorum epiſtolam, quam in æde ſacra apud æditũum depoſuerat. Porrò per epiſtolam heredis inſtitutio fieri non poteſt, ſed legatũ dũtaxat aut fideicommiſſum relinqui. *L. 9. in epiſtola. 22. C. de fideic.* Matrem igitur ab inteſtato diem ſuum obiiſſe ponendũ eſt, adeóq; pluribus heredibus relictis: alioqui filio à ſemetipſo fideicommiſſum relinqui non poſſet, & cùm is ſolus heres eſſet, fruſtrà de fideicommiſſo quæreretur. Quemadmodum & pluribus heredibus relictis fideicommiſſum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte heres eſt, ſed pro coheredum portionibus duntaxat, de quibus Papiniani reſponſum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommiſſum filio debeatur, *Accurſius*, cæteriq; interpretes vulgò ignoraſſe videntur, qui ex iis literarum verbis, *poſt mortem meam*, fideicommiſſum induci exiſtimant; & in propoſito caſu dubitandi rationem illam adſerunt, quòd ad æditũum, non ad filium literas mater miſerat, quaſi ſi ad filiũ miſiſſet, dubitari minus poſſet an ei fideicommiſſum deberetur. Vnde Papiniani rationẽ ſic interpretantur, vt quæri non oporteat cum æditũo, an cum filio mater locuta ſit, ſed illud duntaxat, in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani ſententiam longè diuerſam & elegantiorem eſſe arbitror: & ex donationis prædiorum epiſtola, non ex

literis ad æditū́ miſſis fideicommiſſum induci exiſtimo. Nam & in *l.miles ad ſororem.75.in princi.eod. tit.*idem Papinianus in eadẽ fere ſpecie, ex ſola donationis epiſtola ad ſororem ſcripta fideicõmiſſum deberi reſpondit,licet nullas ad aliū́ literas ſcripſiſſe teſtator proponeretur. Sed in vtraq; ſpecie illud maiorẽ dubitationẽ habere videtur,Cur non ex donatione petatur, id quod per epiſtolam donatū́ eſt, cùm certi iuris ſit in abſentem per epiſtolam donationem conferri poſſe:& eo demùm tempore vires ſumere,cùm rem donatam accipit is cui donata eſt, *l.abſenti.*10 *D.de donat.* Ac ſanè ita eſt,ſi eo tempore in rerum natura ſit is,qui donauit: nam cùm donatio mutuum donantis,& donatarij conſenſum requirat,fieri non poteſt vt vtiliter donatarius cõſentiat eo tempore, quo donator conſentire amplius non poteſt,Ob eámq; cauſam in *d.l.miles.*adiicitur, teſtatorem eam donationis epiſtolam poſt mortem ſuam aperiri mandauiſſe,quoniam ſi eo viuo aperta fuiſſet,ſoror ex donatione nõ ex fideicommiſſo octingẽtos aureos petiiſſet.Eadem ratione in *d.§.donationis.*literarum ad æditum miſſarum mentio fit vt intelligamus viua matre filium donationem prędiorum agnoſcere nõ potuiſſe. Qui etiam ſenſus eſt eorum verborum,*ignorante filio*,quia ſciente eo fruſtrà de fideicommiſſo quæreretur,cùm donatio ſufficeret:Dubitandi autem ratio,propter quam fideicommiſſum in propoſito caſu filio relictum nõ videbatur,illa erat,quòd in donationis epiſtola mater cum filio, non cum cæteris heredibus ab inteſtato ſucceſſuris locuta fuerat: cum tamen abſurdum videatur fideicõmiſſo obſtringi eum, cuius fidei nihil cõmiſſum eſt, nec quicquā poſſis committere fidei eius cum quo non loquaris: idque ſignificant verba illa Papiniani, *verbis fideicommiſſi non ſubnixam*:Sed reſpondet, fideicommiſſum quocunque voluntatis indicio induci, neque tam de illo quæri oportere cum quo de ſupremis locutus ſit is, qui fideicõmiſſum relinquit:quàm de illo,in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit.In *d.l.miles*,quemadmodum eadem quæſtio proponitur: ita eadem ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur,iis verbis,*Placet enim conſiſtere fideicommiſſum,etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur. Accurſius* verò, & cæteri,quemadmodum Papiniani rationem *in d. §.donationis*,nõ intellexerū́t,ita eā quę in *d. l.miles:* poſita eſt, malè, & miſerè ſunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio fefellit: neq; enim legendum eſt *ac ſi*, ſed *etſi*, vt à clariſſimis, & ſubtiliſſimis Iurecõſultis *Petro Fabro, & Iacobo Cuiacio* iampridem obſeruatū́, multiſque apertiſſimis argumẽtis cõprobatū́ eſt. Quo poſito,facile eſt intelligere Papiniani rationem in *d. §. donationis.* ſic interpretandam eſſe, vt cùm in propoſitā ſpecie ex donationis prædiorum epiſtola appareat eam fuiſſe matris voluntatem vt donata prædia filius haberet, non ideò minus fideicommiſſum ei relictum intelligatur,quia cum eo non cum cęteris heredibus mater locuta ſit. Aliud enim inſpiciendum non eſſe, quàm in quem voluntatis ſuæ intentionẽ direxerit.

Ad l.ſi heres,110.D.de legat.

CAPVT XIII.

MAle ab omnibus interpretibus acceptā puto *l.ſi heres.*110. *D.de leg.*1.quam volgo ſic intelligū́t,vt heres generaliter ſeruū́ dare iuſſus quẽ ipſe voluerit,ſi ſciẽs furẽ dederit,iſque furtum legatariō fecerit,duplici actione legatario teneatur,De dolo, & Ex teſtamẽto:De dolo ratione eius quod intereſt vt legatariū́ indemnem pręſtet:Ex teſtamento in id vt alium hominem pręſtet,quoniam peſſimi pręſtatione liberatus nõ ſit, quominus ex teſtamento cõueniri poſſit.Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, & *hunc pro noxæ dedito relinquat.* Etenim abſurdiſſimum fuerit exiſtimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtum legatarij intereſt, præterea actione ex teſtamento ſeruum pro noxę dedito relinquere compelli: cùm noxalis actio eam ſemper cõditionem habeat, ſi damnum non pręſtetur, &, vt Vlpianus loquitur *in l.6.§.1.de re iudic.* iudicium ſolius noxæ deditionis nullum ſit,ſed pecuniariā condemnationem ſequatur.Eámque ob cauſam *Accurſius* ea verba ſic interpretatur,vt electionem legatario tribuat,an de dolo in id quod intereſt agere velit,an ex teſtamento in id vt ſibi alius homo pręſtetur, & is qui iam pręſtitus fuerat, pro noxę dedito relinquatur.Quod etiam Africani verbis conuenire non videtur, quę oſtendunt heredem ad id pręcisè teneri, vt alium hominem pręſtet, & prius pręſtitū́ pro noxę dedito relinquat. Debuerat enim ſcribere, *ad hoc etiā tenetur*, aut quid aliud ſimile,ſi heredi duplicem actionem competere poſſe exiſtimaſſet. Alia quoque *Accurſii* interpretatio placere non poteſt, licet plęriſque probabilior videatur, vt iis verbis, *ſed quoniam verum eſt*, à priore ſententia Africanus recedat, & heredem non de dolo in ſolidum teneri exiſtimet,ſed ex teſtamento duntaxat in id,vt alium hominem pręſtet,& furem noxæ dedat. Nam pręter id,quòd tam facilè ſententiam mutaſſe Africanum veriſimile nnn eſt, illud etiam defendi vix poteſt,heredem,qui ſeruum furem legatario dedit,licet ſciens dederit, actione ex teſtamento liberatum non eſſe: Fateor legatarium ſi ex teſtamento agat nõ cogi eum ſeruum accipere, qui ſit omnium peſſimus: & ea actione conſequi poſſe vt ſibi alius detur:ſed ſi acceperit,licèt ignorās, heredem actione ex teſtamento liberatum,ob idque de dolo conueniendum eſſe omnino cõtendo.Et illud eſt quod Africanus ait, de dolo malo agi poſſe, quod vtique falſum eſſet ſi ex teſtamento actio ſupereſſet. Nec ſequentia eepugnāt, quę ideo dū́taxat adiecta ſunt, vt intelligamus in propoſita ſpecie legatario actionem de dolo dari, nõ in id omne quod ſua intereſt, ſed in idtantùm vt ei arbitrio iudicis actio ex teſtamento reſtituatur,qua heredem compellat aliū́ hominem non peſſimum pręſtare,& eum qui furtū́ fecit pro noxa relinquere. Et hoc adiici neceſſe fuit, quoniā regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis intereſt. *l.arbitrio.* 18. *D.de dolo.* ſed tamen datur etiam aliquando in id vt priſtina actio reſtituatur. *d.d. l.arbitrio.§.penult.* pręſertim cùm reſtituta actione res ad eum ſtatum reducitur, in quo erat priuſquam dolus committerētur,vt in propoſito caſu contingit. Verùm hic illa iniquitas occurrere videtur, quòd ſi damnum à ſeruo datum ſerui æſtimationem ſuperet,iniquū́ fuerit heredem cuius dolo id contingit in ſolidum non teneri, neque hoc caſu dici poſſit reſtituta actione ex teſtamento arbitrio iudicis dati De dolo,omnia in priſtinum ſtatum reſtitui, niſi quicquid legatarij intereſt, ei ab herede eadem actione ſarciendum admittamus. Exemplo eius quod in *l. ſi ſeruus.* 31. *D. de pignor. action.* idem Africanus ſcribit, debitorem qui ſciens furem ſeruum pignori dedit creditori,non liberari ſi eum apud creditorem pro noxæ dedito relinquere paratus ſit,ſed prætereà actione pignoratitia creditorem conſecuturum vt indemnis præſtetur, &

dammum

damnũ omnimodo decidatur. Scio *Accurſium, Bartolum*, & cæteros, qui toti *Accurſii*, & *Bartoli* veſtigiis inſiſtunt, actionem ex teſtamento ab actione ex contractu diſtinguere. Sed cùm diſſimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici poteſt, heredem ideirco legati ſerui nomine in ſolidum non teneri, quòd is legatarij factus ſit, vt quamuis eum dolo heres ſoluerit, alieni tamẽ ſerui factum minus quàm ſui præſtare debeat: Satiſque dolus ipſius in eo coerceatur, quòd, & alium ſeruum dare, & eum quem prius dederat legatario relinquere compellitur, *pro noxa dedito*, vt Africanus ait. Ex quo intelligi poteſt, ſi ſerui pretiũ litis æſtimationem ſuperet, in heredis poteſtate eſſe ſi velit damni præſtatione ſeruũ recuperare. Ea.n. eſt noxæ deditionis natura, quemadmodũ initio capitis diximus, vt pecuniariã cõdemnationẽ ſequatur. Sed &, ſi damnum à ſeruo datum ipſius æſtimationem ſuperet, poterit quidem heres etiam ab inuito legatario ſeruum extorquere: at prudentius faciet, ſi eum legatario relinquat pro noxæ dedito, ne ſi eum legatario abſtulerit, poſteà ex ipſius furto in ſolidũ conueniri poſſit, quamquam & legatarius ſi volet iuſtè ſerui reſtitutionem recuſabit priuſquam ei litis æſtimatio ſufferatur, arg. *l. ſi ſeruus 70. de leg.* 1. In pignore, locatione, cõmodato, & cæteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius eſt eum qui furem ſeruũ doloſè tradidit, ſerui ſui factum præſtare, hoc eſt damnum ab eo datum in ſolidum reſarcire, vt ſuprà *cap.* 5. probauimus. At verò, hîc illa quoque dubitatio incurrit, ſi ignorans heres ſeruum furem legatario dederit, an æquè teneatur: nam hoc caſu de dolo malo agi non poſſe certum eſt. Sed tamen quoniam illud ſemper verum eſt, heredem in hoc teneri, vt non peſſimum det, rectiſſimè dicetur, hoc quoque caſu heredem ad hoc teneri, vt alium hominem præſtet, & hunc quem iã dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquies, an non deterioris conditionis eſſe debet, qui ſciens, quàm qui ignorans ſeruum furem legatario ſoluit? Ita ſanè, in eo ſcilicet vt aduerſus ſcientem actio ex teſtamento reſtituatur iudicio De dolo, aduerſus ignorantem verò in factum verbis temperãda actio danda ſit, vt Vlpianus loquitur *in l. non debet* n. *§. vlt. de dolo*. Nam ex quibus cauſis dolo intercedente de dolo agitur, ex iiſdem ſi dolo agi non poſſit, actioni in factum ſubſidiariæ locus eſt.

Emendatio noua §. quoniam. l. cùm tabulis. D. de his quæ vt indigna.

CAPVT XIIII.

Dici ſolet nec ſtuprum nec probrum in ea contrahi, quæ ſe patroni cõcubinam eſſe patitur, *l. probrũ. 41. de rit. nupt.*. Quòd eo pertinet, vt ſi qua mulier ingenua ſe alicui in cõcubinã tradiderit, matrisfamilias honeſtatem habuiſſe dici non poſſit, vt eodem loco Marcellus ait, licet non ideò ſtuprũ in ea cõtractum fuiſſe intelligatur, vt Papin. ſcribit in *§. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indig.* Nẽpe ſi in concubinatum aſſumpta ſit cum teſtatione aut ſine teſtatione, cùm obſcuro loco nata eſſet, vel vulgò quæſtum feciſſet, *l. 3. D. de concubin.* Cuius rei effectus ille eſt, vt quod ei relictum eſt cum qua ſtuprum contractum non eſt, tanquam indignæ auferri non poſſit. *d. §. cum tabulis.* De cuius ſententia alioqui obſcuriſſima, & à nemine hactenus rectè explicata, dicendum nobis eſt aduerſus veterum, & recentiorum omnium interpretationes. Primùm enim apertè labitur & cæcutit *Accurſius* qui Papin. ſententiam illam eſſe putat, vt excuſetur liberta, ſi patrono ſuo petenti eam in cõcubinam nõ cõſentiat, cùm iam aliam haberet, quia nemini iure duas concubinas habere liceat. Nam quod Papinianus ait eius qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt actionem non denegari, non eam rationem habet, quòd plures concubinas habere non poſſit patronus, qui libertam concubinam habere volt, cùm iam aliam haberet, ſed quoniam, vt ipſe Papinianus ait, in ea ſtuprum contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur. At ſecundum *Accurſii* interpretationem debuerat Papinianus ſcribere ſtuprũ in ea non contrahi quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur. Ac fortaſſe ita *Accurſius* legit ſublata negatione, quæ tamen in Florentinis cæteriſque omnibus quibus nũc vtimur libris nõ deeſt. Argumentũ cõiecturæ præbet, quòd in illis verbis, *non placuit*, ſic notat, *licet alij ſit concubina*, ac ſi ſenſus eſſet, in eo differentem eſſe conditionem libertæ & patroni, quòd cùm illa pluribus cõcubina eſſe poſſit citra ſtuprum, hic tamen plures concubinas habere non poſſet. Ego verò quemadmodũ Florentinam receptámque lectionem elegantiorem, & rectiorem eſſe arbitror, ita *Accurſii* interpretationem prorſus ineptam & ridiculam eſſe contendo. Cùm in toto Papiniani reſponſo nihil ſit ex quo colligi poſſit libertam pluribus concubinam fuiſſe, vel patronum plures concubinas habere voluiſſe. Quod vtrumque tamen ex *Accurſii* interpretatione comminiſcendum eſt. Minus tamen mirandum ſit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio vllo quod ſciam rectè explicata ſunt. Mihi videtur Papiniani ſententiam eam eſſe, vt recta conſecutio non ſit ſi quis inferat ſtuprum commiſiſſe mulierem, ex eo quòd ſe alterius quàm patroni concubinã eſſe paſſa eſt. Fieri namque poſſe, vt ſiue liberta, ſiue ingenua ſit ea de qua quæritur, concubina eſſe poſſit eius qui patronus non ſit, neque tamen ſtuprum in ea contrahatur. Quid enim ſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit? His caſibus probrum fortaſſe in ea muliere eſſe intelligitur: certè matrisfamilias honeſtatem nõ habet *d. l. probrum.* at de ſtupro argui nõ poteſt: ideóq; quod ei teſtamento relinquetur, tanquam indignæ non auferetur, quod vtique auferretur, ſi ſtuprum in ea contractum eſſe diceretur. Ergo quod Papinianus ait ſtuprum in ea non contrahi quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur, non eò pertinet, vt in ea ſtuprum contrahatur quæ patroni cõcubina eſt (hoc enim multo minus dici poteſt) ſed vt in ea quoque non contrahatur quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur: vt quoties de ſtupro quæritur, diſtinguendum non ſit, an patronus, an non patronus ſit is qui concubinam habuit, ſed tantum an liberta ſit, an ingenua, & ſi ingenua, an obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit, necne. Cæterùm illud perpetuò obſeruabitur, vt ſi ſtuprum contractum ſit, quod teſtamento concubinæ datum eſt, tanquam indignæ auferatur, ſi contractum non ſit, non auferatur. Quæ cùm ita ſint, cõſequens eſt exemplum quod Papinianus de Cocceio Caſſiano ſubiicit eò pertinere, vt quod Caſſiani teſtamento ipſius concubinæ datum eſt, tanquam indignæ non auferatur, licet ea ſe non patroni concubinam eſſe paſſa eſſet. Ita enim eſſe ex eo apparet, quòd Ruffinam ingenuã fuiſſe Papinianus ait: quod ſi ita eſt, nec ea, nec ipſius filia patronum habere

potuit. Hunc igitur Caſſianũ Papinianus refert Ruffinã ingenuam honore pleno dilexiſſe, Ruffinę verò filiã, quã teſtamento Caſſianus nepti coheredẽ datã appellauerat, vulgo quęſitã appatuiſſe. Sic.n. ſcriptũ eſt & cõſtruendũ, nõ quomodo *Accurſius*, qui dum in verborum conſtructione ſubtilẽ & peritum Grãmaticum agit, prorſus indignam Iurecõſulto, & fatuã interpretationem comminiſcitur. Ait verò Caſſianum qui Ruffinam ingenuam concubinã habuerat, eiuſdem filiam vulgo quæſitã appellaſſe vt ſibi concubina eſſet, quam teſtamento coheredem nepti dederat, quámque ipſius alumnam eſſe apparuit. Sicque omnia Papiniani verba contorquet, & pe relegantem eius loci ſententiam manifeſtè deſtruit. In quo confirmando, quòd per ſe apertiſſimum eſt, diutius non immorabor. Neque tamen prætermittete poſſum, licet addere penè pudeat, *Accurſii* interpretatione deceptum *Bartolum*, cùm meliorem excogitare nõ poſſet, æquè malè ad eum locum notaſſe, Papiniani ſententiã illã eſſe, vt inimicitiæ inter legatarium, & teſtatorem prouenientes abſque legatarij culpa ipſum legato nõ priuent: quo nihil, vt ita dicam, incommodatius, & à Papiniani mente alienius excogitari poteſt. Alij, quibus quoque tam obſcuri loci interpretatio difficilis eſt, licet elegantius quid affetant, non tamen omnia rectè explicãt. Ac in ipſo interpretationis limine offendũt, dum verba illa, *pleno honore dilexerat*, de maritali hoonore intelligunt, ac Ruffinã Caſſiani vxorẽ fuiſſe ponunt. Quod ſi verè diceretur, parùm accommodatè Papinianus eo exemplo probaret non auferri tanquã indignæ quod non concubinę relictum eſt cum qua ſtuprum contractum non eſt. Cur enim Caſſianum pleno honore Ruffinã dilexiſſe diceret, ſi non ea, ſed ipſius filia Caſſiani concubina fuiſſet, ab eóque nepti coheres data? Rurſus ſi Caſſiani vxor Ruffina fuit, eiuſdem filia Caſſiani citra ſtuprum concubina eſſe non potuit. quemadmodum nec iuſtas nuptias cum ea contrahere potuiſſet. §. *adfinitatis*. iuncto §. *ergo. Inſt. de nupt.* Rectius igitur *Accurſ.* (& hoc duntaxat rectè) verba illa, *pleno honore dilexerat*, nõ de maritali honore interpretatur, ſed cum eo tẽperamenro, *vt concubinam tamen*. Quod ſi diutius repugnes, & contendas concubinam pleno honore diligi non poſſe, dicã cum *Accurſio*, imò poſſe concubinam pleno honore diligi, ſed vxorem pleniori. Et ſi adhuc vrgebis, ſequar eam lectionem quam in pleriſque libris extare pletique notant, & legam, *pleno amore*, non *honore*, quod de concubina non minus quàm de vxore dici poteſt, cùm inter vxorem & concubinam dignitate duntaxat, non etiam adfectione interſit. *l. item legato. 49. §. penult. de legat. 3.* Ergo Ruffinam Caſſiani concubinam fuiſſe neceſſariò ponendum eſt. Atqui, inquies, nihil ei teſtamento Caſſianum reliquiſſe Papinianus ait, ſed ipſius filiæ: quem tamen diximus hoc exemplo nihil aliud agere, quã vt oſtendat non auferri quod relictum eſt concubinæ. Igitur vel Ruffinæ filiam Caſſiani concubinam fuiſſe, vel ſi Ruffina concubina fuit, ipſam non eius filiam teſtamento Caſſiani nepti coheredem datam eſſe dicendum eſt. Et hoc nimirũ eſt quod me mouet, vt locum hũc corruptũ eſſe mihi omnino perſuadeã. Facilè autẽ reſtituetur, ſi nullo addito aut ſublato, illa duntaxat verba, *cuius filiam*, alieno loco poſita, in ſuum referantur, id eſt poſt illa *nepti coheredem datam appellauerat*, ſicq́. legamus, *cuius filiam vulgò quæſitam apparuit*. Qua lectione admiſſa ſenſus erit elegans, & apertus, Ruffinã Caſſiani concubinã fuiſſe, & à Caſſiano in ipſius teſtamento ſub alumnæ appellatione nepti coheredem datam eſſe: ac cùm ab ea tanquam indigna hereditatis partẽ fiſcus vindicaret, iudicaſſe optimos, maximoſque Principes nihil ei auferendum, quòd cum ea ſtuprum contractum non eſſet. Ita enim Papiniani exemplum ad §. ſententiam accommodandum eſt. At quoniam Ruffinam Caſſiani concubinam ingenuam fuiſſe dixerat, ingenua autem concubina eſſe nõ poteſt niſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit. *d. l. 3. de concubin.* neceſſe fuit Papinianum verba illa addere, *cuius filiam vulgo quæſitam eſſe apparuit*, vt intelligeremus Ruffinam, cuius filiam vulgo quæſitam fuiſſe apparuiſſet, vulgo quæſtum feciſſe (hoc enim ex illo neceſſariò ſequitur) proinde talẽ fuiſſe quæ licet ingenua, concubina tamen eſſe potuerit. Eámque ob cauſam hereditatis controuerſiã à fiſco Ruffina patiebatur, quòd cùm ingenua eſſet, Caſſiani concubina citra ſtuprum eſſe non potuiſſet. Quæ etiam ratio fuit propter quam Caſſianus, cùm eam heredem ex parte ſcriberet, ac vereretur ne ab ea tanquam indigna teſtamenti commodum auferretur, quam ſcilicet ingenuam eſſe ſciebat, (neque enim vulgo eam quæſtum feciſſe putabat, vt ex eo colligi veriſimiliter poteſt, quòd illam pleno amore diligebat) alumnam teſtamento Ruffinam appellauerat, vt alumnæ potius quàm concubinæ iure apud ſe vixiſſe crederetur. Sed nihil alumnæ appellatio proficere potuiſſet, cùm fiſcus ei ſtuprum obiiceret, quòd ingenua & concubina fuiſſet, niſi ipſius filiam poſt Caſſiani mortem vulgo quæſitam eſſe apparuiſſet. Propter quod iudicatum eſt nihil ei auferendum eſſe, quia ſtuprum non commiſiſſet, licet ſe non patroni concubinam eſſe paſſa fuiſſet. Miror verò quod vir doctiſſimus ſcripſit legendum eſſe *quæſtum feciſſe*, pro *quæſitam*. Nam ſi aliter locus hic non emendaretur, nihil in eo eſſet quod emẽdationem exigeret, cùm ingenua nõn minus concubina eſſe poſſit, ſi vulgo quæſita ſit, quàm ſi vulgo quæſtum fecerit. Etenim vulgo quæſita obſcuro loco nata eſt, quæ parentem nullum demonſtrare poteſt, ideóque citra teſtationem concubina eſſe poteſt, *d. l. 3. de concub.*

In l. filius. 28. D. de liber. & poſth. in princ. pro inſtitui, *legendum eſſe* ſubſtitui.

CAPVT XV.

IN priore huius legis ſpecie Tryphoninus ponit filiũ à patre in cuius poteſtate erat, ſub cõditione inſtitutũ, quę non erat in ipſius poteſtate, & in defectũ cõditionis exheredatum. Ego ſic intelligo, vt in in caſum exheredationis datus ei fuerit ſubſtitutus. Nam cùm ex aſſe inſtitutus eſſet, vt ex eo colligi poteſt quod de filio ex parte ſcripto poſtea loquitur, neceſſe fuit ei in caſum exheredationis ſubſtitutum dari: alioqui exheredatio non valeret, ſi nemo ex teſtamento heres eſſet. *l. filium. 20. §. ſed cùm exheredatio. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul. l. ſi patronus. 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libert.* At Tryphonini verba oſtendunt in ea ſpecie, quam tractat, valituram fuiſſe exheredationem, ſi viuo filio inſtitutionis conditio defeciſſet, & exheredationis extitiſſet. Subſtitutus igitur filio ex aſſe inſtituto datus erat, & poſteà defuncto filio pendente conditione tam inſtitutionis quàm exheredationis, dubitabatur an ſi exheredationis conditio exiſteret ſubſtitutus admitteretur. Finge filium ex aſſe ſcriptũ, Si nauis ex Aſia intra annum veniret, Si non veniret, exheredatum, eique in hũc caſum ſubſtitutum datum,

Tum

Tum priuſquam nauis ex Aſia veniret, intrà annum filium deceſſiſſe. Si nauis poſt annum non venerit, Tryphoninus negat ſubſtitutum admitti, licet ſubſtitutionis conditio euenerit: quoniam teſtamentum ipſo iure nullũ ſit, in quo filius præteritus fuit, qui quamdiu vixit neq; inſtitutus fuiſſe dici poteſt, neq; exheredatus. Eo autem moriente conditionis euentus expectari non poteſt, cùm abſurdum ſit teſtamentum ſuſtineri à ſubſtituto, qui non niſi in exheredationis caſum ſubſtiturus eſt, ac de quo teſtator non cogitauit, niſi in id tempus quo exheredationis conditio exiſteret. Et hæc prior huius legis ſpecies eſt. De poſteriore verò, quæ longè maiorem habet dubitationẽ, ſic Tryphoninus ſcribit, *herede autem ſcripto ex parte filio, coheres poſt mortem filij inſtitui poteſt.* Quorum verborum ſenſus ideò difficilis eſt, ꝙ vix caſus reperiri poſſe videtur, quo poſt filij mortem coheres inſtitui poſſit. Siue namque viuus filius coheredẽ habuit, ſiue non habuit, & ſiue inſtitutionis conditio extiterit, ſiue defecerit, neceſſe eſt fruſtrà coheredẽ dari filio qui iam inde ab initio aut inſtitutus, ſi conditio inſtitutionis extiterit, aut ſi defecerit exheredatus fuiſſe intelligatur. Non enim quemadmodum conditio, ita dies retrotrahi poteſt: vnde fit vt hereditas quę ſub conditione dari poteſt, ex die tamen dari nõ poſſit, ſed vitio temporis ſublato inſtitutio maneat. *l. heredit.in.34. D. de hered. inſt.* Ergo poſt filij mortem coheres inſtitui non poteſt, quin purè inſtitutus intelligatur: (ꝙ ſi ita eſt, fruſtrà Iureconſultus ſcribit poſt mortẽ filij inſtitui coheredem poſſe, cùm & multò magis ante mortem inſtitui poſſit, & poſt mortem inſtitutus ante mortem ſcriptus eſſe cenſeatur) vel ſi coheres poſt mortem filij ſcriptus, non purè ſcriptus eſſe intelligitur, teſtator toto eo tẽpore quo filius vixit inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, filius autem poſt mortem ſuam exheredatus, *l. ſi ita ſcriptum.13. §. vlt. D. de liber. & poſthu.* Ac prętereà ſi poſt filij ex parte ſcripti mortẽ, coheres ex alia parte inſtitui poteſt, vt quamuis filius pendente cõditione deceſſerit, teſtamentum nihilominus ſuſtineatur, fiet vt exiſtente conditione filius dum vixit heres fuiſſe retrofingatur, nec pro ſua parte duntaxat, ſed etiã pro parte coheredis, ne pro parte teſtatum pro parte inteſtatum patrem deceſſiſſe dicamus. Atque ita nihil coheredi inſtitutio proderit. Deficiente verò conditione, ne filius quandiu vixit præteritus videatur, dicendum eſt iam inde ab initio exheredatum eum intelligi. Atqui nullus eo tempore heres fuit, neque fuiſſe fingitur: coheres enim datus poſt mortem filij non poteſt retrofingi heres fuiſſe, proinde nec filij portionem accreſcendi iure acquiſiuiſſe. Igitur exheredatio non valuit: & neceſſariò concludendum eſt nullo caſu fieri poſſe, vt herede ſcripto ex parte filio, coheres poſt ipſius mortem inſtituatur. Scio quibuſdam placere ſic Tryphoninum intelligi vt filio ex parte ſcripto ſub conditione caſuali adiectus ſit coheres ſub eadem cõditione, qui teſtamentum ſic ſuſtineat, vt poſt mortem filij exiſtente conditione inſtitutionis vterq; pro ſua parte ab initio heres fuiſſe videatur. Sed interpretatio hæc à Iureconſulti verbis nimis aliena eſt, nõ ſolùm quoniam nihil de conditione coheredi adiecta exprimunt, ſed etiam quia ſub eadem conditione inſtitui coheres non poteſt, quin filio ſubſtitutus detur. Alioqui fieret vt licet viuo filio inſtitutionis conditio deficeret, exheredatio tamen filij non valeret, quippe qui à nemine exheredatus inueniretur. At manifeſtum eſt, vt initio capitis diximus, eam Triphonini ſententiam eſſe, vt in propoſita ſpecie filius ritè exheredatus ſit, ſi eo viuo inſtitutionis conditio deficiat. Tum verò, aliud eſt coheredem inſtitui poſſe poſt mortem filij, vt Triphoninus loquitur, aliud verò poſſe heredem eſſe poſt mortem filij, vt illi interpretantur. Hoc fieri facilè poteſt: illud nullo modo, nullóque caſu. Tentandum igitur eſt, quod inſcriptio capitis pollicetur, an pro *inſtitui*, rectius legi poſſit *ſubſtitui*. In ꝙ ſane procliuior ſum. Verba enim manifeſtè oſtendunt id omninò Tryphoninum agere, vt doceat multum intereſſe an filius ex aſſe, an pro parte duntaxat heres ſcriptus ſit ſub cõditione caſuali ſi ea pendente deceſſerit. Priore caſu, ſubſtitutum non admitti poſt filij mortem, licet inſtitutionis conditio defecerit, quia cum teſtamẽtum ſuſtinere non poſſit propter eam rationem, quã ſuprà attulimus, fiat neceſſariò vt filius quandiu vixit, præteritus fuerit, ob idq; teſtamentũ nullum fecerit. Poſteriore verò ſubſtitutũ admitti, quia nihil impediat quominus teſtamentum ſuſtinere, conditioniſque euentum expectare poſſit. Vnde fit, vt ſi poſt filij mortem exheredationis cõditio euenerit, coheres idémq; ſubſtitutus filij portionem ex ſubſtitutione conſequatur. Idémq; eſt, etſi alius quàm coheres ſubſtitutus eſſe proponatur: ſed de coherede lex loquitur vt filio ex parte ſcripto coheredẽ ex alia parte datum eſſe intelligamus, quoniã ex parte ſcriptum heredem ſi coheres nullus datus ſit, ex aſſe ſcriptum interpretamur. Quid? An non filio inſtituto ex aſſe ſubſtitui poteſt, vt eo excluſo ſubſtitutus admittatur? Ita ſane, ſi viuo filio inſtitutionis cõditionem defeciſſe proponas. Sed in ſpecie *l. filius*, hoc eſt filio ante conditionis euentum, aut defectum mortuo, dico ſubſtitutũ ex aſſe poſt ipſius mortem admitti non poſſe, licet inſtitutionis conditio defecerit. Ergo verba illa, *herede ſcripto ex parte filio coheres poſt mortem filij ſubſtitui poteſt*, hunc ſenſum habent, fieri non poſſe vt poſt mortem filij admittatur ſubſtitutus, qui viuo eo admitti nõ potuit: niſi eo caſu quo filius ex parte tantum ſcriptus eſt, ei coherede dato. Hoc igitur caſu ſecutè teſtatur pater, qui ſic teſtatur vt inteſtatus fieri nullo caſu poſſit. At cùm ex aſſe filium heredem ſcribit, ſubſtitutum ei dare non poteſt, hoc eſt ſic teſtatur, vt ſi ei ſubſtitutum ſine coherede dederit, teſtamentum ad cauſam inteſtati recidere facilè poſſit.

Ad l. item veniunt. 20. §. ait Senatus. D. de pet. hered.

CAPVT XVI.

QVod Vlpianus in Titulis ſcribit, *titu. de caducis*, legem Papiam, quæ partes heredum ante apertas tabulas defunctorũ caducas faciebat, & fiſco deferebat, ad heredes ex aſſe ſcriptos nõ pertinuiſſe, veriſſimũ ſanè eſt, & pleriſque iuris ciuilis locis cõprobatum. *l. 1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* Neque tamen eam ob cauſam Senatuſconſulti, quod de petitione hereditatis factum eſt, verba ſic cõcepta ſunt, *cùm antequam partes caduca fiſco peterentur. l. item veniunt. 20. §. pridie Idus. D. de petit. hered.* Sed quod (vt idem Vlpianus, Senatuſconſulti interpretationem faciens, in §. *ait Senatus*, ſubiicit) ſic euenerat vt partes caducæ fiſco peterentur: Senatuſconſulto enim locus eſt & ſi hereditas ex aſſe caduca fiat. Quod ipſum tamen non ſic accipiendum eſt, vt nihil hac parte interſit, an ex parte an ex aſſe ſcriptus heres ante apertas tabulas deceſſerit, ſed vt nihil referat an pars vna pluréſve, an tota hereditas caduca facta ſit. Facilè autem fieri poteſt vt hereditas ex aſſe

caduca fiat,ſi fortè plures heredes ea partibus ſcripti omnes ante apertas tabulas deceſſiſſe proponātur. Nec facilior, aut accommodatior, aut verior horum verborum interpretatio quærenda eſt. *Accurſius* iuris veteris ignoratione in eo apertè labitur,quòd Vlpianum de herede ea aſſe ſcripto intelligit,quem ante aditam hereditatem deceſſiſſe fingit.Atqui ſiue ante aditam hereditatē poſt apertas tabulas,ſiue ante apertas tabulas ex aſſe ſcriptus heres deceſſerit,certum eſt caducam fieri hereditatē non poſſe,vt fiſco deferatur.Secunda quoq; *Accurſii* interpretatio non placet,vt Vlpianus de ea hereditate loquatur,quę propter delictum heredis caduca facta eſt: nam propter delictum heredis, hereditas non fit caduca,ſed publicatur:quæ longè differentia ſunt. Quemadmodum & ſi propter heredis fidem illicitè datam (quæ tertia *Accurſii* interpretatio eſt) hereditas ab eo auferatur,vt in ſpecie *l. ex facto.* 44. *§.Iulius.D.de vulg.& pupill.ſubſtit.*non ideò hereditas caduca fit, ſed heredi tanquam indigno aufertur. Atqui Vlpianus ſupradicto loco de caduca hereditate loquitur, & cùm non ſeparet vacantia à caducis, oſtendit manifeſtè caduca ſe intelligere ea quæ ab aliquo ceciderunt,proinde quæ ei acquiſita non ſunt,non autem generaliter ea omnia quę fiſco ea legibus,& conſtitutionibus acquiruntur.Nam & vacantia omnia fiſco acquiruntur,adeóq; ipſo iure, non quemadmodū caduca quæ ex lege Iulia,vt Vlp. *d.tit.de caduc.*ſcribit. Vnde etiam fit, vt vacantia, illa ſcilicet, quæ nunquam alterius eſſe potuerunt quàm fiſci,*l.1.diuus.D.de iur.fiſc.*ad fiſcum ſine onere pertineant.*l.quod Diue.50.D.de manumiſ.teſtam.* Caduca verò cum oneribus ſuis quibus obſtringi potuit is à quo ceciderunt. *l.cùm fiſco.9. D. de S. C. Syllan.l.2.§.vlt.D.ſi quis ab. teſtar. prohib.l.38.§.1.l.61.de rit.nupt.l.in facto.6c.§.vltim.D.de cond. & demonſt.* Quanquam autē aliquando bona vacātia pro caducis accipi videntur,vt in *l.quidam.96.§.quoties. de lega.1.l.recuſare.6.§.2.ad S.C.Trebel.*tamen apud Vlpian.in *d. §.aut Senatus.*dubitatio eſſe non poteſt quin caduca à vacantibus diſtinxerit,quemadmodū & tam vacantia, quàm caduca, ab aliis quæ ex alia quacunque cauſa ad fiſcum peruenerunt.

Explicantur omnes leges tituli C. de inoff. c. donat.& Nouell.92.

Capvt xvii.

NVnquam mihi perſuadere potui,quod ſibi interpretes fere omnes perſuadēt, inofficioſam donationem interuertendæ inofficioſi querelæ gratia factam pro debita duntaxat portione reuocari. Nam quemadodum in fraudem querelæ inofficioſi teſtamenti, donationes huiuſmodi inofficioſæ excogitatæ ſunt, vt fruſtra de inofficioſo teſtamento quereretur is, qui etiam eo rupto legitimā portionem non haberet,licet vniuerſa, quæ defunctus in bonis habuiſſet mortis tempore, bona conſequeretur, ita remedium quod in fraudis huius fraudem excogitatum eſt,eiuſmodi eſſe neceſſe eſt, vt qui de inofficioſa donatione agit, tantūdem conſequatur, quantū ſi inofficioſo teſtamento experiretur.Atqui ius querelæ inofficioſi teſtamenti ſic comparatum eſt,vt qui egit,& obtinuit,reſciſſo teſtamento, non falcidiam duntaxat,quam vulgo legitimam vocant, ſed & vniuerſam hereditatem conſequatur, ſi fortè ſolus ſit,aut ſi alius æquè proximus adſit,eam ſaltem portionem quæ ab inteſtato eum cōtingit. *l.mater. 19.& paſſ. D.de inoff.teſt.*Idem ergo in querela inofficioſæ donationis obtinere dicendum eſt,vt pro ea parte reſcindatur, quam ab inteſtato haberet is cuius in fraudem facta eſt, ſi donatio facta non eſſet. Alioqui eueniret,vt fraudis ſuæ fructum impius pater ſentiret,ſi filius qui per querelam inofficioſi teſtamenti aut vniuerſam, aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficioſæ donationis agens,non niſi debitam portionem obtinere poſſet.Hinc eſt quod in *l.vlt.C.de in off. donat.* Imp. Conſtantius reſcribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus(ſic enim legendum eſt, nō *omnibus* aut *omnis*)ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta ſit, vt actionis vtriuſq; vel vna cauſa,vel ſimilis exiſtimanda ſit Quod cùm generale ſit *Accurſii* interpretatio recipienda non eſt,qui regulariter quidem verum id eſſe admittit,ſed tamen aliud probandum ait, cùm quæritur in quantum inofficioſa donatio per querelam reuocetur.Etenim via vlla eſt lex ſub eo tit. *De inoff.c.donat.*quæ hanc inofficioſæ donationis querelam,inofficioſi teſtamenti querelę non comparet,licet in omnibus de illo potiſſimum quæratur, Ad quam vſq; quantitatem inofficioſa donatio reuocetur.*l.1.2 4.5.6.7 & 9.eod* Nā quod in fine *l.1.*dicitur,*non iniuria iuxta formam de inofficioſo teſtamento conſtitutam ſubueniri vobis, vtpote quartam partem non habētibus,deſideratis* non eò pertinet vt per querelam inofficioſæ donationis ad quartam duntaxat partem agatur,ſed vt de inofficioſa donatione agere non poſſit is,qui quartam habet,quemadmodū nec de inofficioſo teſtamento agere poſſet. At ea cōtrario, quemadmodum is cui minus quarta relictum eſt de inofficioſo queri poteſt, ſi res in ea cauſa ſit vt rupto teſtamēto legitimam portionem habere poſſit, ita ſi inofficioſa donatio facta ſit in legitimę,& querelæ inofficioſi fraudem,donationis inofficioſæ remedio locus erit: Vtraq; porrò actione,ſi actor obtineat,tantundem obtinebit, quātum ſi nulla donatio,nullúmve teſtamentum factum eſſet. Idque apertius oſtendit *l.2.eod.tit.* in cuius ſpecie, cùm proponeretur pater omne patrimonium ſuum impetu quodam immenſę liberalitatis in filium effudiſſe,diſtinguitur an is in patris poteſtate permanſerit,an emancipatus fuerit,vt priore caſu is cui nihil donatum eſt quartam dūtaxat partem debitę ab inteſtato portionis incolumē habeat:Poſteriore verò,ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelæ de inofficioſa donatione queratur: hoc eſt non quartam dūtaxat debitæ ab inteſtato portionis partem,ſed dimidiam hereditatis conſequatur. Ita enim neceſſario is locus intelligi debet,non ſolùm quòd in querela inofficioſi teſtamenti ſic eueniret, ſed etiam vt effectus aliquis ſit illius diſtinctionis,an ſuo an emācipato filio donatio facta ſit. Huius porrò diſtinctionis ratio illa eſt,quòd cùm emācipatus is fuit, in quē collata donatio eſt,alieno adminiculo non indiget donatio,ſed ſuis ipſa viribus nititur, & ſubſiſtit,vt *d.l.2.*ait. Proinde per querelam inofficioſæ donationis reſcindi eam neceſſe eſt:quod cū fit,ad cauſam nō factæ donationis res redit.At cùm filius, cui donatio facta eſt, in patris poteſtate permanſit,donatio non valet propter vinculum patriæ poteſtatis.*l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* nec patris ſilentio & morte cōfirmatur.*l.ſi donatione.13.C. de collat.*(quod tamen hodie ſecus eſt poſt Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. donationes quas parentes. 25.C.de donat.int.vir. & vxor.*) Ergo nec per querelam inofficioſæ donationis reſcindi poteſt. Sed quoniam vniuerſi patrimonij donatio, non tam

ſimplex

ſimplex donatiõ, quàm ſupremũ iudicij ordinatio eſſe videtur, arg. *l. ſi filia. 20. § ſi pater. D famil. erciſc.* officio arbitri familiæ erciſcundæ congruit, ſic adiudicationes facere & bona inter fratres ex aſſe ſcriptos diuidere, vt à teſtatoris voluntate quàm minimum fieri poterit recedat. *l. filij. 16. C. eod.* Id verò commodius facere non poteſt, quàm ſi ei cui nihil donatum eſt, quartã portionis ab inteſtato debitæ partem præſtet: ei verò in quem inofficioſa donatio collata eſt, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur caſu inofficioſæ donationis querelæ locus non eſt, quoniam donatio per ſe non valet, ſed alieno adminiculo indiget, non quidem Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt ridiculè *Accurſius* interpretatur, ſed officio arbitri familiæ erciſcũdæ: quod tale eſſe debet, quemadmodũ diximus, vt vniuerſi patrimonij donationẽ iure ſupremæ volũtatis catènus tueatur, quatenus æquitas, iúſque patitur. Hactenus autẽ patitur, quatenus nullum fratri in legitima præiudicium fiat. Et hæc omnia vera ſunt, ſiue poſt exinanitum immenſis donationibus in vnum filium collatis patrimonium ambos filios pater ex aſſe heredes ſcripſerit, ſiue ab inteſtato defunctus ſit. Vtroq; enim caſu, ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquitur, atque ideo eadem æquitatis ratione inofficioſa donatio ab eo cui nihil relictum eſt; aut minus quàm oporteret, reuocari poteſt, *l. 3. C. de inoff. donat.* in *l. 4. eod.* illud etiam notatu dignum eſt, quod querela inofficioſæ donationis in eo comparatur querelæ inofficioſi teſtamenti, vt quemadmodum hæc, ſic illa ei non competat cui alio minus odioſo remedio conſultum eſſe poteſt quamuis extraordinario: ex quo magis cõfirmatur quod volumus, eandem in omnibus querelæ vtriuſque rationem, cauſam, & finem eſſe. Sequitur in *eod. tit. l. ſi totas. 5.* de cuius ſententia dicendum nobis aliquid eſt, aduerſus eorum interpretationem qui ex eo potiſſimũ loco probari putant inofficioſam donationem non niſi ad debitum vſq; bonorum ſubſidium reuocari. At primùm obſeruandum eſt, proponi eo loco factam donationẽ omnium bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quàm in quos donationem cõtulerat, quo caſu vix eſt vt initio inſpecto inofficioſa donatio dici poſſit, quæ in liberorum, aut querelæ inofficioſi teſtamenti fraudem excogitata nõ eſt. At ſi poſtea ex eodem aut alio matrimonio liberi nati ſint, inofficioſa ſit, quæ prius inofficioſa non fuit: cũ in eo res ſit, vt liberi ex ſecũdo matrimonio ſuſcepti cõtra paternę pietatis officium, debita ſibi ſucceſſione fraudentur. Quod cùm nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, meritò ab Impp. reſcriptum eſt, id quod ad ſubmouendam inofficioſi teſtamenti querelam non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ea factis donationibus detractum, vt filij, vel nepotes poſteà ex quocunq; legitimo matrimonio nati debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patris patrimonium reuerti. Sed hoc ad quæſtionem noſtram non pertinet. De illo enim duntaxat quærimus, Ad quam vſq; quantitatẽ inofficioſa donatio in liberorum fraudem facta, ſiue re & conſilio, ſiue re tantùm fraus interuenerit, per liberos reuocetur. Finge in ſpecie *d. l. ſi totas.* patrem poſt ſuſceptos ex ſecũdo matrimonio liberos nolle reuerti ad ſe eam bonorum donatorum partem, quã ad eum reuerti lex ait, hoc eſt quæ ad liberorum ex ſecundis nuptiis legitimam ſatis ſit: quærimus, an & quatenus inofficioſæ donationes reuocari poſſint. Hîc enim euenit vt donationes huiuſmodi, quæ primùm ſine fraude factæ ſunt, ex poſt facto inofficioſæ & fraudulentæ inueniantur: adeóque interuertẽdæ inofficioſi teſtamenti querelæ animum habere pater intelligitur, qui iuris beneficium recuſat, hoc eſt rerum donatarum partem ad ſe reuerti nõ vult, vt liberis ſuis poſt donationẽs ſuſceptis non tãtùm ſucceſſionis ſuæ emolumentum, ſed & euertendi inofficioſi teſtamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò caſum non pertinet *d. l. ſi totas.* in cuius ſpecie de illo tantùm pater quærebat, qua potiſſimũ ratione facere poſſet vt liberis ex eodem aut ſecundo fortè matrimonio natis debitam iis legibus portionẽ relinqueret. Videbat enim prudentiſſimus pater, vel ſe inuito relinquendam eſſe, iis quos ingratitudinis cauſam aliquam commiſiſſe dicere nõ poterat. Cogitabat, ſi nihil iis relinqueret, aut minus quàm iure oporteret, futurum vt donationes in fratres factas reuocarent, iiſque paternæ liberalitatis fructum eriperent. Fruſtrà verò hæc omnia, ſi pro legitima dũtaxat portione inofficioſæ donationes reuocarẽtur. Quid enim intereſſet, an eæ à liberis quibus nihil donatum erat, poſt patris mortem reuocarẽtur, an viuo patre, ſi vtroque caſu ad eũdem modum reuocarentur? Ergo vel ex eo maximè loco, ſi ſubtilius intueare, rectiſſimè colligas quod volo, liberos poſt donationes ſuſceptos, ſi iis debitum bonorum ſubſidium non relinqueretur, poſt mortem patris inofficioſas donationes reuocaturos eſſe pro iis portionibus quæ ab inteſtato ad eos pertinerent. Idem confirmat quod *in l. cum donationibus. 6. Cod. eod.* dicitur, de enormitate donationum ad exemplum inofficioſi teſtamẽti Præſidem prouinciæ iuriſdictionis ſuæ partes exhibere debere: quod iam ſuprà ſic explicauimus, vt per vtramque querelam res ad inteſtati cauſam reuocetur. Quam interpretationem præter ea quæ iã diximus, mirificè confirmat *l. cùm res. 4. C. de contr. empt.* cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc auocare,* oſtendunt manifeſte inofficioſam donationem à filio in ſolidum reuocari aduerſus extraneum cui omnia bona à matre filij donata & tradita eſſe proponebãtur. Nam quod ait, *hæc,* neceſſariò referendum eſt ad præcedẽtia illa, *omnia bona tibi ab ea donata, & tradita,* quicquid *Accurſius* cauſetur, qui perpetui ſui, communiſq; erroris memor, notat reuocari à filio quæ mater extraneo donauerat quatenus immoderatè donauerat. Quod ſi verè diceretur, vtiq; falſum eſſet quod lex ait *hæc,* de quibus paulò ante dixerat, hoc eſt omnia donata & tradita per inofficioſæ donationis querelam auocari. Nec obſtat quod *in l. ſi mater. 7. C. de inof. donat.* reſcribitur, immodicis donationibus à matre in vnũ ex liberis collatis, eũ cui minus legitima relictũ eſt poſſe agere vt quod immoderatè geſtũ eſt reuocetur. Lõge enim differẽtia hæc ſunt, Reuocari id quod immoderatè geſtũ eſt, & Reuocari quatenus immoderatè geſtũ eſt. Prius verũ, poſterius falſum eſt. Quemadmodũ rectè quis dixerit, teſtamentũ in quo mater extraneo tantùm reliquit, vt filio minus legitimæ portione reliquerit, per inofficioſi querelã reſcindi poſſe: neque tamẽ verè dixerit reſcindi hoc caſu teſtamẽtum, quatenus extraneo plus quàm filio relictũ eſt. In totum enim reſcinditur. Sic rectè dici poſſit, ſi quis rẽ centum aureis dignã, ducentis & decem emerit, reſcindendam eſſe emptionem propter immodicam læſionem, neque tamen eodem modo dici poſſit, reſcindendam eſſe duntaxat quatenus læſio immodica eſt, hoc eſt vltra dimidiam iuſti pretij, vt in

Digitized by Google

propoſito caſu vẽditor liberetur ſi decem reſtituat: alioqui fruſtrà ei electio daretur, *l. 2. C. de reſcind. vend.* qui hoc ſemper mallet, quàm reſtituto integro pretio rem ſuam recipere. Sic denique in ſpecie *l. liberto. 26. D. de bon. libert. & l. ſi libertus. 16. de iur. patron.* in bonis liberti minoris centenario patronus nullum ius, nullámque partem habet, quam haberet ſi libertus mortis tempore centenario maior eſſet. Nec ea quantitate quæ ſupra centum excurreret, contẽtus eſſe cogeretur, eo prętextu quòd ſublata ea, in cæteris bonis, quæ eſſent intra æſtimationem cẽtum, nullum ius haberet. Captioſa igitur argumentatio eſt, ſi quis dicat, Inofficioſas donationes, & immodicas reuocari, quoniam inofficioſæ, & immodicæ ſunt. Reuocari igitur eatenus duntaxat, quatenꝰ inofficioſæ, & immodicę ſunt. Similis quoque eorum error eſt, qui ex eo quod *d. l. 7.* ait filium qui quartæ partis dimidium non habet de inofficioſa donatione agere poſſe, inferunt, non igitur poſſe agere, niſi quartæ partis dimidium conſequatur. Aliud enim eſt eum qui legitimam portionem non habet, queri poſſe: Aliud non poſſe queri, niſi vt legitimam portionem habeat, vt ſuprà diximus in interpretatione *l. 1. C. eod.* Nulla igitur in toto eo titulo, aut alibi lex eſt, quæ inofficioſam donationẽ hac parte ab inofficioſo teſtamento ſeparet. Et miri ſunt qui ſcribunt admodũ multas in eo titulo Conſtitutiones eſſe quibus oſtenditur inofficioſam donationem pro debita duntaxat portione reuocari. Sed eos pręcipites egit vn. *l. ſi liqueat. 8. C. eod.* in qua idipſum apertè exprimi videtur iis verbis, *quod donatum eſt, pro ratione quarta diminuetur.* At quartæ appellatio ambigua eſt, duplicémque ſenſum commodè admittit. Poteſt enim de quarta portionis ab inteſtato contingẽtis intelligi: poteſt etiam de ipſa portione ab inteſtato contingente, quæ quarta eſt, ſi fortè quatuor vnius patris, aut matris liberi eſſe proponantur. Atque hoc poſteriore ſenſu in *d. l. ſi liqueat.* intelligi quartam probabilius eſt, non ſolùm quia priorem interpretationem iuris ratio non admittit tótque leges de quibus ſuprà diximus, ſed et à quoniam in eadem lege additur, *ad inſtar inofficioſi teſtamenti conuicti.* Apertè autem falſum eſt id quod extraneo fortè relictum eſt teſtamento quod inofficioſum conuictum eſt, diminui pro ratione duntaxat quartę portionis ab inteſtato contingentis. Nec ſanè memini vllo iuris loco quartã dici ſimpliciter eam quę eſt quarta debitę portionis, ſed vel cũ adiectione illa *debita portionis*, vel paulò poſt additam eiuſmodi adiectionem, vt in *l. Papinianus. 8. §. ſi quis mortis. §. quoniam. & §. quarta. & paſſ. D. de inof.* Legitima portio, vel Debita portio ſanè dicitur, præſertim in Codice. Sed & in *l. ſi mater. 7. C. de inoff. donat.* verba illa, *quartæ partis dimidiũ*, de dimidio quartæ partis, quartæ, inquam, eius portionis, quæ ab inteſtato cõtingeret, intelligi non poſſunt: ſed de dimidio quartæ totiꝰ hereditatis. Quod dimidiũ quartæ, quarta ipſa eſt, ſi quartam intelligas legitimam portionem quæ querelam excludit, id eſt quartam debitę portionis. Quis ergo miretur in *l. ſi liqueat.* verba illa, *pro ratione quarta*, de quarta totius hereditatis intelligi? Mirarer potius eam quartam intelligi, quam liberis ad excludẽdam inofficioſi querelã relinqui neceſſe eſt, idque prorſus nouum exiſtimarẽ. Coniecturam quoque iuuant verba illa *l. ſi liqueat. in vnum filium*, quæ innuere videntur tres ad minus in ea ſpecie liberos matri ſuperſtites fuiſſe: alioqui melius dixiſſent Impp. *in fratrem tuum*, vt in *l. præce.* Quod ſi iam ex ipſis verbis legis tres liberos fuiſſe intelligimus, non valde incõmoda, aut commentitia interpretatio erit, ſi quatuor fuiſſe ponamus. Sæpiſſimè .n. in legibus Codicis id euenit, vt multæ ſupplenda ſint, quæ ex reſcripti verbis colligi non poſſunt, quod ad caſus propoſitos ea reſcripta accommodabãtur, & ſuperfluũ videretur in ipſo reſcripto id addere, quod ex facto proponebatur. Quod à pleriſque non obſeruatum, fecit, & etiamnum facit, vt infinitæ Codicis leges, alioquin faciles ſi ad commodatã facti ſpeciem applicentur, difficiles, ac propemodum inexplicabiles exiſtimentur. Si hæc ad *l. ſi liqueat.* reſponſio nõ placeret (placet autẽ maximè) ea verba, *pro ratione quarta*, potius tollerem, quàm mihi perſuaderem inofficioſam donationem non niſi pro debita portione reuocari. Me namque præter manifeſtam iuris rationem plurium legum authoritas magis moueret, quàm vnius ſolius. Sed ex omnibus quæ multæ ſunt, & ſententiam noſtram apertiſſimè comprobant, apertiſſima vna eſt *l. Titia. 87. §. Imperator. de legat.* 2. ad quam fatentur omnes planè neſcire ſe quid commodè reſponderi poſſit. Ita enim de tot, tãtiſque interpretibus benignè exiſtimandum eſt potius, quàm ſibi eos ſatisfeciſſe in iis interpretationibus, quæ vix rudi, & imperito tyroni ſatisfacere poſſint. In quibus ſingulis refellendis ideò diutius non inſiſtemus. Hoc tantùm addemus, ſi qua lex eſt quæ ei Alexandri reſcripto minus conuenire videatur, ad eam potius quæri reſpõſionem oportere, quàm ex ea, de ſententia *§. Imperator.* dubitare. Primus enim Imp. Alexander fuit qui eo reſcripto querelã inofficioſæ donationis, ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti introduxit. Et reſcripti verba ſic aperta ſunt, vt nec dubitationi, nec reſponſioni locũ relinquãt. Sanè poſt Iuſtiniani Conſtitutionẽ 92. *de immenſ. donat.* iuri veteri hactenus derogatum eſt, vt ſi vni ex liberis minus legitima relictum ſit, neque is ex bonis quæ ſuperſunt legitimam integram conſequi poſſit, actione de inofficioſa donatione experiri nequeat, ſed ad ſupplementum agere compellatur, vt quod ex immenſis donationibus excurrit, cum fratribus ſic exæquetur, ne per donationum immenſitatem minus habeant quàm iis legibus debeatur. Nempe quemadmodum iure vetere par & eadem in omnibus vtriuſq; querelę inofficioſi teſtamenti, & inofficioſæ donationis cauſa, & finis fuit: ita nouiſſimo iure poſtquam conſtitutum fuit vt filius, cui inſtitutionis titulo aliquid relictum eſt, licet minus legitima, de inofficioſo teſtamento agere non poſſit, ſed ad ſupplemẽtum duntaxat: illud quoque conſtitui rationis fuit, vt de inofficioſa donatione actio nulla ſit vbi aliquo relicto ad ſupplemẽtũ agi poteſt. Ergo ſi nihil vni ex filiis relictũ ſit, quemadmodum hodie inofficioſi teſtamẽti querelæ locus adhuc eſt, ita de inofficioſa donatione agi poterit: vtroq; autẽ caſu iure vetere vtemur, vt ad eã vſq; portionem teſtamentũ, vel donatio reuocetur, quæ ad actorem ab inteſtato pertineret. Neq; enim ad hũc caſum Iuſtiniani Cõſtitutiones pertinent, quæ in iis caſibus in quibꝰ iuri veteri expreſſè non derogant ſecundum id rectámque iuris rationem interpretandæ ſunt.

Deeſſe negationem in l. pen. §. 1. D. de adim. legat.

CAPVT XVIII.

Filius matri ſuæ heredi ex parte inſtitutæ quatuor prædia legauit, eiúſque fidei commiſit, vt ex his duo ſocero reſtitueret: deinde codicillis ſocero fideicommiſſum ademit. Cùm quæreretur an nihilominus ea prædia ad matrem

ex

ex prælegatione pertinerent, conſultus Scæuola reſpondit nihil proponi, cur ad matrem pertinerent in *l. filio. penult. §. 1. D. de adim. legat.* At potius videbatur nihil proponi cur ad matrem non pertinerent. Nam quod proponebatur ademptum eſſe ſocero fideicommiſſum, potius ſuadere videbatur vt pertinerent, cùm in fideicommiſſis regulare ſit vt potiorem cauſam habeat is cuius fides electa eſt, hoc eſt legatarius, cuius fidei teſtator commiſit, quàm heres à quo legatum reliquit. *leg. Iulianus. 60 de legat.* 2. Qua ex ratione intelligimus ius hoc ex voluntate teſtatoris deſcendere, quem veriſimile eſt id cogitaſſe vt is cuius fidem elegit, ſi contingeret fideicommiſſum deficere, potior eſſet herede quem eò minus dilexiſſe intelligitur, quòd nihil ei committendum putauit, magiſque legatarium fideicōmiſſario, quàm heredem coniungit. Hoc verò ſi ita eſt, parum intereſt an fideicommiſſarij morte, an ademptione fideicommiſſum deficiet. Vtroque enim caſu teſtatoris voluntas eſt, vt quandocunque aut quomodocunque fideicommiſſum deficiet, legatarius heredi præferatur. Eóque apertior hæc teſtatoris voluntas eſt, cùm ademptione fideicommiſſum extinguitur, quod legatum ademptum non eſt: Nec niſi iniqua & improbabili interpretatione fieri poteſt, vt ademptum videatur, quod fideicommiſſi onere ſolutum eſt. Quanquā enim teſtantis ab initio legatarij fideicommittentis animus ille eſſe videtur, vt non legaturus fuiſſet, niſi de fideicommiſſario cogitaſſet, tamen illud quoque animo agitaſſe eum apparet, vt quemadmodum fideicommiſſarij potiorē quàm legatarij cauſam eſſe voluit, ita ſi fideicommiſſarius nullus ſit, ac inter legatariū & heredes res agatur, huic ille præferatur. Etenim dici non poteſt legatarium, cuius fides in fideicommiſſo electa eſt, tanquam nudum miniſtrum à teſtatore electū eſſe: quod ſi verè diceretur, vtiq; heredi non noceret, quominus fideicommiſſum deficiens apud ipſum remaneret, *l. ſi quis Titio 17. de leg.* 2. quę omniū apertiſſimè probat, in dubio non videri teſtatorē, qui à legatario fideicommiſſum relinquit, legatarij tanquam miniſtri perſonā elegiſſe: Quod & Papinianus monet *in l. pecunia. 8. D. de alim. leg.* vbi diuerſam conſtituit rationem heredis cui pecunię ſors aliqua alimentis libertorum deſtinata prę-legata eſt, & eius cui legatorū diuiſionem teſtator mandauit. Hanc enim rem ait præſentem ac momentaneam curam, hoc eſt, nudum miniſterium iniungere. Alimentorum verò præbendorum neceſſitatem oneribus menſtruis atque annuis verecundiā quoque pulſantibus adſtringi. Ex quo infert, libertis quibus alimenta præſtabantur defunctis nullam propterea cæteris coheredibus aut indebiti condictionem, aut vtilem actionem, aduerſus eum cui pecunia in eam rem prælegata erat, dari: Aduerſus eum autem cui legatorum diuiſio mandata eſt dari: ne contra teſtatoris voluntatem lucrum ex teſtamento ſentiat is cui cura potius iniuncta quàm aliquid relictum eſt, *leg. Lucius. 78. §. 1. D. ad S.C. Treb.* Sic Paulus in *l. ſi quis eum. 37. D. de cond. & demonſtr.* reſpondit eum cui ſeruus legatus eſt, ſub eo modo, vt manumitteret, quem ipſe teſtator manumittere non poterat, non eſſe quidem cogendum id facere, quod contra legem facere iuſſus eſt, ſed tamen neque à legato eſſe eum repellendum, quoniam inquit, magis legatarium aliquod commodum in hoc ſeruo, quam heredē habere teſtator voluiſſet. Hoc verò magis mirum eſt, quàm quod volumus ea prædia, quæ mater hæres ex parte ſcripta ſocero reſtituere rogata erat, ſi poſtea fideicommiſſum ſocero ademptum ſit, matri nihilominus deberi. Nam hoc caſu nihil in legis fraudē fit, & ſi quis heredis fauor eſſe debet, matris heredis ex parte inſtitutæ, eiuſdēque legatariæ maiorem quàm filius heredis fauorē eſſe fatendum eſt. Vnde & in illo Pauli caſu apertè contrà Modeſtinus reſpondit in *l. ſi quis duos. 31. de legat.* 2. nec legatum nec libertatem deberi, nempe propter fraudē legi factam, nō quòd perpetuò vera non ſit Pauli ratio in *d. l. ſi quis eum.* quod legatariū magis quàm heredē dilexiſſe teſtator videatur: ſed quia indignus ſit cuius voluntas ſeruetur is, qui legi maximè fraudem facere voluit. Sic deniq; Scæuola, cuius illud quoq; reſponſum eſt de quo diſputamus, *in l. pater filium. 38. §. fideicommiſit. de legat.* 3. conſultus an fideicommiſſum ab eo cui duo millia legata erant relictum his verbis, *à te Petroni peto vt ea duo millia ſolidorum reddas collegio cuiuſdā templi*, ſi poſtea collegium diſſolutum ſit, ad legatarium pertineat, an verò apud heredē remanere debeat, reſpondit, Petronium iure petere ſi modò per eum nō ſtetit parere defuncti voluntati. Et, vt breuiter dicam, non eſt, quòd ſciam, vnus in vniuerſo iure locus qui in ſimili ſpecie potiorem heredis quàm legatarij cauſam faciat. Sanè in ſpecie *l. Lucius. 88. §. Scæuola de leg.* 2. eidem Scæuolæ placet legatarium, qui legatum reſtituere ancillæ teſtatoris rogatus eſt, ſi legatum non habeat, petere id non poſſe. An quod ex teſtatoris voluntate melior heredis conditio ſit, quàm legatarij? Minimè verò. Et eam ob cauſam ſi legatum legatarius habeat, reſtituere id non compellitur, nec ancillæ heredis cui fideicommiſſum relinqui non potuit, nec ipſi heredi cuius ancilla eſt, quia quod ex teſtatoris hereditate profectum eſt, eiuſdem heredi nec legari ne fideicommitti poteſt. At quoniam illud quoque verum eſt: quod initio capitis diximus, magis à teſtatore dilectum videri fideicommiſſarium quàm legatariū, & in propoſito caſu teſtatoris voluntas illa fuit, vt centum legata, per fideicommiſſum ad heredem peruenirent, fit ex eadem voluntate, vt heres qui ſibi per actionē conſulere non poſſet, per retentionem conſulat, & doli exceptione legatariū repellat, qui id petat, quod ſtatim ex teſtatoris voluntate eidem reſtituturus eſſet ſi ius pateretur. Alioqui non ex ſolo quod fideicommiſſum ab initio inutile eſt, legatarius à legati, quod vtiliter relictum eſt, petitione repelleretur, *d. l. ſi quis eum. 37. de cond. & demonſtr.* Idem igitur multo magis improbandū eſt ſi fideicōmiſſum ab initio fuit, ſed poſteà ademptum, aut fideicommiſſarij morte extinctum, vt his caſibus legatario nihilominus debeatur id, quod alteri reſtituere rogatus erat. Sublato namq; fideicommiſſo, illud ex teſtatoris voluntate manet, vt heredi legatarius præferatur. Quod cùm ita ſit manifeſtum, falſum & iniquum eſt quod Scæuola reſpondit *in d. l. penult. §. 1. de adim. legat.* ſi matri heredi ex parte ſcriptæ quatuor prædia filius prælegauerat, & ex iis duo per fideicommiſſum ſocero reſtitui iuſſerat, adempto codicillis fideicommiſſo nihil proponi cur ea duo prædia ad matrem pertinerēt. Nec excuſari Scæuolā poteſt, quin librarij accuſentur, quos veriſimilius eſt quàm Scæuolā negationē omiſiſſe: quæ ſi addatur, hoc modo, *nihil proponi cur ad matrem non pertinerent*, elegans, & verum Scęuolę reſponſum eſſe omnes proculdubio fatebuntur. Ita verò legendum eſſe præter manifeſtā iuris rationem, ipſa quoq; reſponſi verba oſtendere videntur. Illa enim, *nihil proponi*, eò pertinent vt intelligamus dubitādi rationem eo loco propoſitā

ſufficientẽ non fuiſſe, vt in *tot. l.Titia.19.D.de ann. legat. & alibi paſſ.* Dubitandi autem ratio illa erat, quòd codicillis fideicommiſſum ſocero datum ademptũ fuerat, vt apparet ex iis verbis, *an nihilominus*, quæ alium ſenſum habere non poſſunt, quàm hunc, An quamuis ea prædia ſocero adempta ſint, nihilominus ex prælegatione ad matrẽ pertinerent. Ea namq; dubitandi ratio facere videbatur, vt non pertinerent, non autem vt pertinerent. Conſequens igitur eſt Scæuolam, qui dubitationem hanc minus ſufficientem eſſe ſatis innuit, reſpondiſſe nihil proponi, id eſt fideicommiſſi ademptionem propoſitã non facere, cur ea prædia ad matrem non pertinerent. Quis enim exiſtimaſſet, facere vt pertinerent? Ego ſanè addendam eſſe negationem nil dubito, nec à me his libris verius quicquam obſeruatum eſſe planè mihi perſuadeo.

Emendatur l.cùm quis.38.§.1.D.de ſolut.

CAPVT XIX.

PVgnat ex diametro *l.cùm quis.38.§.1.de ſolu.cum l.3.§.vlt.de donat.in.vir.& vxor.* Ibi Africanus ſcribit, ſi maritus vxori donaturus debitorem ſuum iuſſerit ei ſoluere, neque debitorem liberari, neque mariti nummos fieri: nam ſi fierent, & vtique debitor liberaretur. Hic verò Vlpianus ex Celſi ſententia magis probat vt mariti fiant nummi, ac per conſequentias debitor liberetur. Cuius ſententiæ rationem illam reddit, quod ſi donatio iure ciuili non impediretur, is rei geſtæ ordo futurus eſſet, vt pecunia à debitore ad maritum, deinde à marito ad vxorem perueniret. Porrò celeritate coniungendarum actionum inter ſe, vnam occultari: neque nouum eſſe aut mirum quod per alium accipias, te accipere. Idem enim contingere ſi is qui ſe creditoris tui procuratorem eſſe ſimulauerit, à debitore tuo iubente te pecuniã acceperit, vt pecuniam tuam factam, tibiq; non debitori tuo furti actionem competere dicamus. Africanus ſuæ ſententiæ rationem aliam non reddit, quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quod etſi verum eſt, nihil tamen ex eo rectè inferri poſſe videtur. Nam ex Celſi ſententia Vlpianus reſpondet et vxoris quidem factos non eſſe, at mariti factos eſſe, hócque vnum præcipuè inſpici debere. Alioqui dicẽdum fore, ſi eam pecuniam debitor marito ſoluiſſet, tum vxori maritus donaſſet, quia vxoris facta non eſſet, liberatum debitorẽ non eſſe. Quare Africani ratio ſic accipienda eſt, vt in ea ſubintelligamus, nummos qui mulieris non fiunt, mariti quoque fieri non poſſe. Nam quod Celſus dicebat celeritate coniungendarum inter ſe actionum vnam occultari, quæ tota eius ſententiæ ratio eſt, Africanus non admitteret, qui neque fictionem breuis manus (ſic enim idem Vlpianus appellat *in l. licet.43.§.quoties.de iur.dot.*) vllo alio caſu admittendam putauit, niſi in eo, vt ſi tibi debitorem meũ iuſſero dare pecuniã, obligeris mihi quãuis nũmos meos non acceperis *l.qui negotia,34.mand.* vbi quod Africanus ait hoc benignè receptum eſſe, indicat id ipſum admittere, non quia admittendum, ſed quia admiſſum ſit, vt ſi iam benignè receptum non eſſet, nec is recipiendum putaret. Hinc etiam nata eſt celebris illa & iam ferè ab omnibus admiſſa inexplicabilis *ἀντινομία d.l.qui negotia.cum l. ſingularia.15.& l.rogaſti.11.ſi cert.petat.* in quibus ob eandem rationem Vlpianus & Africanus inter ſe manifeſtiſſimè diſſentiunt: Nam ſi me pecuniam mutuam rogaueris, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel maſſam auri vt eam venderes, pecuniáque vtereris, aut ſi cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, conuenerit vt crediti nomine eam habeas, Vlpiano placet creditam fieri pecuniam, téque mihi ex mutuo obligari. Africano contrà neutro caſu poſſe nuda conuentione fieri creditos nummos, qui mei nõ fuerunt. Vlpiani ratio eſt, quòd ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quaſi breui manu pecunia à debitore ad me, tum à me ad te peruenerit. Cur non igitur quod in duabus perſonis recipitur, multò magis in vna perſona recipietur? Ac ſanè ſi vllo alio caſu breuis manus fictio admittenda eſt, vix reddi ratio poteſt, cur non in hoc admitti debeat. Sed Africanus reſpondet, ex eo, quod benignè receptum eſt, non debere argumentum ſumi: denique iuris rationem non pati vt quicquam meum fiat, quod mihi traditum non ſit, ſed ab alio ſuo nomine acceptũ. Ergo quemadmodum in iis ſpeciebus manifeſta eſt Africani ab Vlpiano diſſenſio, ita & in ea de qua quærimus fatendum neceſſariò eſt conciliationis rationem afferri nullã poſſe. Nam quod *Accurſius* dixit, in Africani ſpecie mulierem ſciuiſſe donationem non valere, at apud Vlpianum ignorauiſſe, tam ineptum eſt quàm commentitium, cùm neutra lex diſtinctionis huius argumentum aliquod præbeat, & Africanus aliã ſuę ſentẽtiæ rationem non afferat, quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quis verò dixerit, ideò magis valere donationem, quòd donationem valere mulier putauerit? quòd ſi hoc etiam caſu donatio non valet, ex conſequenti nummos mulieris nõ fieri neceſſe eſt. Æquè inepta eſt *Odofredi* ſententia, diſtinguentis an conſtante matrimonio an poſt diuortiũ debitor mulieri ſoluerit: Nã poſt diuortium factam ſolutionem Africanus vtique dixiſſet, ſi ea præcipuè ratione motus fuiſſet. Verùm huic diſtinctioni cauſam proculdubio dederunt verba illa quæ apud Africanum ſequuntur, *furti tamen actionem in propoſito mihi poſt diuortium competituram, quando mea interſit interceptos nummos non eſſe.* Sic enim ab *Odofredo* accepta ſunt vt poſt diuortium pecuniam acceperit mulier, ſciens mutatam mariti voluntatem. Quod ſi ita eſſet, fruſtrà Africanus ſcripſiſſet marito poſt diuortium competituram furti actionem: facto enim poſt diuortium furto, certum erat non niſi poſt diuortium furti actionem cõpetere poſſe. Rurſus vt marito aduerſus eã quæ vxor fuit actio furti competat, non ſufficit factam eſſe poſt diuortium ſolutionem, niſi & illud comminiſcare, diuortio reuocatam fuiſſe donationem, quod plæruinque non fit. *l.cum hic ſtatus 32.§.ſi diuortium, de donat.int.vir. & vxor. l.3.de aur.& argent.legat.* At ne hoc quidem ſatis erit, niſi addas mulierem animum furandi habuiſſe, cùm ſine affectu furandi furtũ non fiat: quorum tamen omnium Africanus nil meminit, licèt in priore ſpecie cùm de eo loquitur qui reuocato mãdato ſolutionem acceperat, ideò cum accepiſſe dicat, vt nummos lucraretur, ſeu furaretur. Quare dubitandum mihi non videtur, quin verba illa *poſt diuortium*, delenda ſint, ineptóq; interpreti potiùs quã Africano tribuẽda, cum Africanus dicat furti actionem competiturã mihi non *marito*, de quo prius in tertia perſona locutus fuerat. Ad hæc *competituram in propoſito*, hoc eſt in ſpecie propoſita de quà conſultus eo loco reſpondit: erat autem ſpecies propoſita de Titio, qui poſt reuocatum mandatum ab ignorante debitore ſolutionem acceperat, non de muliere cui debitor conſtante matrimonio ſoluere iuſſus poſt diuortiũ ſoluerat. Ita verò Africanus facere ſolet, vt cùm poſt aliquot argumentationes ad

pro-

propoſitam quæſtionem redit, verbis illis vtatur, *in propoſito*, vel *in propoſita ſpecie*, vt in *l. Stichus. 16. de peeul. legat. l. ex aſſe. 28. ad S. C. Treb. l. tutor. 19. §. fin. ad Vell. d. l. qui negotia. 34. mandat. l. ſeruus. 30 de actio. empt.* Quod eum ineptus ille interpres non intelligeret, & ad proximam ſpeciem verba illa referri crederet, marito autem aduerſus vxorem nonniſi poſt diuortium furti actionem dari intelligeret, Africanum ſic interpretatus eſt, vt marito furti actio poſt diuortium competitura ſit, quam certum eſt conſtante matrimonio competere non poſſe. *l. 2. C. rer. amot.* Sed animaduertere debebat, nec ratione furti quod conſtante matrimonio factum eſt maritum furti agere poſſe poſt diuortium. *l. 2. D. eod.* in qua Iureconſultus rationem inquirens cur aduerſus mulierem quę mariti res amouit, rerum amotarum, non furti actio poſt diuortium detur, rationem illam adferri quòd in honorem matrimonij turpis actio aduerſus vxorem denegetur: quæ etiam ratio eſt *l. ſi quis vxori. 52. in princip. de furt.*

Emendatur l. vlt. D. de pact. dot. & l. intereſt. 6. C. de vſufruct.

Capvt XX.

APud Iauolenum in *l. vltim. D. de pact. dot.* quæſtio talis proponitur. Fundus æſtimatus centum in dotem datus fuerat: tum vxor cum viro pactum conuentum fecerat, vt diuortio facto idem fundus eodem pretio vxori reſtitueretur: Poſtea volente muliere is ſuodus ducentis venditus eſt, & ſubſecutum diuortium. Quęſitum eſt, quid vxori reſtituendum eſſet. Iauolenus refert Labeonē putaſſe, viro poteſtatem fieri debere, vtrum velit ducenta, vel fundum reddere, neq; ei pactū conuentū remitti oportere. Ego duobus huius reſponſi locis erratum eſſe arbitror. Primùm quod Labeo dicebat & Iauolenus probat in viri arbitrio eſſe vtrum velit fundū an duceota reddere, vix intelligere poſſum: cùm pacto conuento id actum ſit vt eodem pretio fundus reſtitueretur: *eodem*, inquam, *pretio*, id eſt habita ratione augmenti, & diminutionis, vt loquitur *l. æſtimatio. 50. D. ſol. matr.* quod ſi ita eſt, ſequitur vt ſi fundus reſtitutionis tempore ducentorum aureorū ſit, oon aliter à muliere repeti poſſit, quàm ſi centū marito præſtet: quemadmodum ſi imminuta æſtimatione quinquaginta duntaxat aureorū eſſet, mulier præter fundū, quinquaginta petere iure cōuentionis poſſet. *l. ſi mter. 21. Cod. de iur. dot.* Cùm igitur alienato mulieris voluntate fundo factū ſit, vt ad ipſios fundi pręſtationē maritus omnimodo non cōpellatur, danda ei electio eſt, an fundum ipſum, an verò centum velit reddere. Ducenta enim cū dare, ſi fundum non reddat, nulla ratio eſt: qui ſi fundū redderet centum à muliere conſequeretur, nec niſi centum mulieri reddidiſſe videretur. Alioqui dicendū erit, parùm cautè Iurecōſultum marito electionem dare, an fundum, an ducenta velit reddere: niſi fortè ineptior ſit maritus, qui malit ducēta mulieri dare, quàm fundum ipſum: dignum quidem ducentis, ſed tamen cuius reſtitutione, centum ipſe lucraretur. Nec eſt, quòd quis dicat, mulierem cùm de alienando fundo cōſenſit, in eo etiam videri à priore pacto receſſiſſe, ne eodem pretio fundus reſtitueretur, ſed illa ipſa ducenta quæ ex fundi vendirione confecta ſunt, præſtarentur. Neque enim hoc, quod omnium maximi momenti eſt, Iauolenus prætermiſiſſet, ſi verè dici poſſet: qui & curioſus fuit rationem reddere, cur non præcisè fundum maritus dare compellatur: quod tamen non ita erat in obſcuro cum volūtate mulieris facta alienatio proponeretur. Neque rurſus permittendum eſſet marito fundum ipſum eodem quo æſtimatus eſt pretio reſtituere, ſi ius illud mulieri ex venditione acquiſitum eſt, vt integra ducenta in dote ſint, cùm abſurdum ſit exiſtimare in arbitrio mariti eſſe dotem in dimidia parte minorem facere. Dicendum igitur eſt mariti electionem eſſe an fundum an centum velit reddere vt pro *ducenta* legamus *centum* (facilis enim error eſt. *l. 9. §. 2. ſed & ſi quis de hered. inſtit.*) quomodo in veteri meo libro, poſt obſeruatum receptę lectionis mendum hac nota C. ſcriptum vidi. Alter huius legis error mihi videtur ſubeſſe in iis verbis, *neq. ei pactum conuentum remitti oportere.* Cùm enim pacto id cōueniſſe proponatur, vt idem fundus diuortio facto mulieri reſtituatur, & hoc ipſum marito remittatur ideò quòd ex voluntate mulieris fundus venditus ſit, planè non intelligo quid illud ſit quod hîc dicitur marito pactum conuentum remitti non oportere. Falſum enim eſt quod *Accurſius* tenuit remitti quidem in quibuſdam, at non in omnibus. Quid enim aliud conuenerat quàm vt fundus ipſe reſtitueretur? Hoc verò propter factam mulieris voluntate alienationem marito remittitur. Ergo totum pactū ei remittitur. Quare pro *neque* puto legēdum *namque*: cui ſimilem errorem nonnulli obſeruarunt in *l. Mæuius. 66. §. duorum. de legat. 2.* ſicq; diſſimilis ſpecies proponitur in *l. intereſt. 6. C. de vſuf.* de illius etiā loci emendatione & ſententia conſiderandū nobis eſt. Diſtinguēdū lex ait, an vſumfructū ſolū maritus in dote acceperit, an proprietatem ipſam, adiecto tamen pacto vt eo moriente, eadem poſſeſſio mulieri redderetur. Nam ſi vſusfructus tantùm in dotem datus ſit, proprietatem à marito pignorari non potuiſſe. Data verò proprietate æſtimata, non ideò minus obligari eam potuiſſe quòd ſoluto matrimonio reſtituenda mulieri æſtimatio fuerit. Quę poſtrema verba cū legis principio prorſus pugnāt. Pactum enim adiectum proponitur vt mortuo marito eadem poſſeſſio quæ data fuerat mulieri redderetur. At in hoc legis, datæ proprietatis æſtimationem ex pacto reſtitueodam fuiſſe verba ſonant. Vt dubitandum non ſit quin vel principium ex fine, vel finis ex principio emendādus ſit: quod & à viro doctiſſimo iampridem animaduerſum eſt: ſed tamen quomodo locus hic emendandus ſit, non ſatis rectè meo iudicio obſeruatū. Putat. n. principium ex fine legis ſic emeodādum, vt non *eadem poſſeſſio* ſed *æſtimatio* legamos: quod ego probabile non puto. Quis enim admittat tam magno errore fieri potuiſſe vt pro *æſtimatio* legeretur *eadem poſſeſſio*, præſertim cū ita omnes libri ſcriptum habeant? Rurſus proprietate in dotem ſic data, vt eius æſtimatio reſtitueretur, quæ dubitandi ratio eſſe poteſt, cur non à marito & obligari & pignorari potuerit? Probabilius igitur dici poteſt emendādum finem ex principio, vt pro *æſtimatio*, legamus *poſſeſſio*, quando & in plærisq; libris non *æſtimatio* legitur, ſed *obligatio*, quæ nullius ſenſus lectio eſt. Iouant coniecturam verba illa, *non ideò minus*, quibus dubitandi rationem contineri apertiſſimum eſt. Illud verò dubitationem faciebat, quòd conuenerat vt ſoluto matrimonio æſtimatæ proprietatis poſſeſſio redderetur, vt in *l. vlt. de pact. dot.* Quòd ſi conueniſſet vt datæ in dotem proprietatis æſtimatio reſtitueretur, inepta ſane ac parum accommodata hęc dubitandi ratio eſſet, quæ quo magis non quo minus valeret oppigneratio efficeret. Reſponſum tamen eſt non ideò minus obligari proprietatem potuiſſe, ratione illa, vt opinor, quòd

Google

æſtimata ſit, ac proinde in mariti dominiũ tranſlata. *l.quoties.5.Cod de iur.dot.* Nec obſtare conuẽtionem illã vt eadẽ poſſeſſio reſtitueretur, quia oppigneratio nũ faciat quominus ſatisfieri conuentioni poſſit, ſcilicet ſi creditori debitum ſoluatur. (Ergo aduerſus heredes mariti agere mulier debet, vt eadẽ ſibi poſſeſſionẽ reſtituãt, atq; ita tam creditori, quã mulieri conſuleretur. Planè ſi heredes mariti ſoluẽdo nõ ſint, puto mulieri cõpetituram cõdictionem, cui ſcilicet æquius eſt propter conuentionem ſuccurri, quàm creditori, qui ex perſona mariti debitoris, rei illius dominium, aut dominij cauſam aliquã nanciſci non potuit.) Cæterùm quamuis in hac ſpecie res in dotem data, & æſtimata oppignerari poſſit, alienari tamen niſi volente muliere non poterit, *d.l.vlt.de pact.dot.* credo quia fieri id non poſſit ſalua pactione, qua actũ eſt vt eadem ipſa poſſeſſio reſtitueretur. Et hæc mihi videtur veriſſima illius loci ſententia, & lectio. Errori verò cauſam illud fortaſſe dedit, quòd imperitus interpres exiſtimabat in illis verbis, *quoniam ſoluto matrimonio*, &c. rationem deciſionis contineri, cùm tamen dubitatio potius exprimatur, ac ſi ſcriptum eſſet *non ideò minus quoniam*, idque etiam ipſa interpunctio demonſtrat.

ANTONII FABRI I.C. CONIECTVRARVM LIBER IIII.

Condictionem furtiuam & rerum amotarum dari in ſolidum contra heredem.

CAPVT I.

CONDICTIONEM ex cauſa furtiua morte furis nõ interire ſcribit apertè Iuſtinian⁹ *in §.vltim.Inſt.de oblig.qua ex delict.naſc.* vbi ait ea condictione teneri furis heredem quamuis rem furtiuam non poſſideat. Et Vlpianus *in l.ſi pro fure.7.§.vl.D.de cond.furt.* docet ita iure ciuili conſtitutum eſſe vt condictione furtiua heres quoque furis obligetur, quòd ea actio rei habeat perſecutionem. *Nec tantùm*, inquit, *ſi viuat ſeruus furtiuus ſed etiam ſi deceſſerit.* Quod ego cum *Accurſio* & cæteris ſic interpretor, etiamſi viuo fure deceſſerit. Ne alioqui fruſtrà additum ſit, quod ſequitur, etſi apud furis heredem ſeruus furtiuus deceſſerit, vel non apud ipſum poſt mortem tamen furis, dicendum eſſe aduerſus heredem condictionem durare. Nam ſeruus furtiuus defuncto iam fure mortuus neceſſe eſt vt vel apud heredẽ, vel nõ apud ipſum deceſſerit, cùm inter hæc duo, quæ contradictoria ſunt, medium nihil conſtitui poſſit. Ex quo illud etiam apparet ea verba, *poſt mortẽ tamen furis*, quæ *Azonem* & *Accurſium* tam male habuerunt, nõ ita eſſe accipienda vt ſi viuo fure ſeruus furtiuus deceſſerit, aduerſus heredem condictio furtiua denegetur: ſed eam potius ob cauſam adiecta, ne quod prius dictum iam fuerat, non ideò minus teneri heredem furis quòd viuo fure ſeruus furtiuus deceſſerit, aliis verbis inconcinnè, & fruſtrà repetitum videretur. Ac ſanè ſi quod eo loco Vlpianus ſcribit condictione furtiua heredem quoq; furis obligari, ſic intelligeres vt eatenus duntaxat obligetur, quatenus ad eum peruenit, inepta eſſet illa ratio, *quia rei habet perſecutionem*. Cum & eæ actiones, quę rei perſecutionem non habent aduerſus heredes dentur, inquantum ad eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem naturalem alieno ſcelere ditentur. *l. ſi plures 17.§.vlt.l.in heredẽ 26.D.de dolo.l.ſi hominem.7.§.1.D.depoſ.l.1.§.vlt. D. de eo per quem fact.erit.l.ſicuti.38.de reg.iur.l.vnic.C.ex delict.defunct.* Atque ita idem Vlpianus, apertè diffinit *in l.in condictione.9.D.de condict.furt.* in condictione ex cauſa furtiua non pro eo duntaxat quod peruenit ſed in ſolidum teneri heredem qui ſolus heres eſt. Quod etiã licet minus apertè, elegãter tamen coniici poſſe videtur *ex l.2.§.vlt.D. vi bonorum rapt.* vbi ad quæſtionem illam, An aduerſus raptoris heredes detur actio in id ſaltem quod locupletiores facti ſunt, Reſpondetur, nihil de hoc pollicitum eſſe Prætorem, quoniã putauit ſufficere condictionem. Nempe quia cùm aduerſus eum qui vi bona rapuit, furtiua quoq; condictio detur, vt ibidem lex ait, eáque actione ſolidũ conſequi actor poſſit non ſolùm à raptore, ſed etiã ab heredibus eius, fruſtrà Prætor in eam rem actionem propoſuiſſet, quæ minus commodi & vtilitatis habuiſſet. At ſi furtiua condictio in ſolidum nõ daretur, ſed in id duntaxat quod ad raptoris heredes peruenit, debuerat ſanè Prætor actionem contra heredes polliceri, nec erat quod putaret ſufficere condictionem, quoniam cæteris paribus longè commodius eſt ex Edicto vi bonorum raptorum, quàm furtiua condictione experiri, vel eo maximè nomine quòd vi bonorum raptorum agere poſſunt omnes quorum ex quacunque cauſa intereſt, *d.l.2.§.ſi in re. D. vi bonor.raptor.* Condicere autem nemo poteſt niſi qui rei dominium ad ſe pertinere probauerit. *l.1. D.de condict.furt.l.1.C.rer.amot.* quę dominij probatio plærumque difficillima eſſe ſolet. *§.commodum.Inſtit.de interdict.* Vt veriſimile non ſit eum, qui vi bonorum raptorum agere poſſit condictionẽ electurum, niſi ſpe aliqua plenioris condemnationis inuitetur: quod tamen aliter fieri non poteſt quàm ſi furis heredem ea condictione in ſolidum teneri admittamus. Cęterùm, vt hoc quoque obiter obſeruemus, ſi is cui bona vi rapta ſunt, non ſit dominus, ac proinde condicere non poſſit, ſed tantùm vi bonorum raptorum agere, quòd fortè ex alia cauſa eius interſit, non puto dubitandum quin aduerſus raptoris heredes in id quod locupletiores facti ſunt actionem habeat vi bonorum raptorũ. Neque enim illa Vlpiani ratio, *quia putauit ſufficere condictionem*, ita accipi debet vt vi bonorum raptorum agere non poſſit qui condicere non poteſt: nã præcedentia repugnant. Quemadmodum nec illa *quia pœnalis actio in heredes non datur*, ſic intelligẽda eſt, vt vi bonorum raptorum contra raptoris heredes

agi

agi non poſſit in id quod ad eos peruenit. Sed ea Iuriſconſulti ſententia eſt non dari in heredes eam actionem quatenus pœnalis eſt, id eſt in triplũ, quoniam ex delicto defuncti heredes pœnam pati non debent. Dabitur tamen ſi quid & in quantum ad eos peruenerit, ne ex defuncti delicto lucrum faciant, & quia ea actio mixta eſt, nec pœnam dũtaxat, ſed etiam rei perſecutionem cõtinet. §. *ex maleficiis*. 17. *Inſtit. de action.* Denique perpetuum illud eſt vt heredi lucrum extorqueatur quod ad eum ex defuncti delicto peruenit *d. l. vnic. C. ex delict. defunct.* ſiue actio rei perſecutionem contineat ſiue non, *l. in honorarijs. 35. D. de obligat. & action.* Planè cum quæritur, An aduerſus heredem in ſolidum actio detur, Paulus in *d. l. honorarijs*, ex Caſſij ſententia elegantẽ, & ad propoſitam quæſtionem valde accommodatã differentiam conſtituit inter eas actiones honorarias quæ rei perſecutionem continent, & cæteras: quòd quæ rei perſecutionem habent, & poſt annum dantur, & aduerſus heredes in ſolidum: Cęteræ verò neque poſt annum, neque in heredes niſi vt iis lucrum extorqueatur. Etſi enim condictio furtiua ciuilis non honoraria actio eſt, cum tamen rei perſecutionem contineat, nec ſit pœnalis, *d. l. ſi pro fure. §. 1.* dici non poteſt cur non aduerſus heredem in ſolidum dari debeat, quemadmodum & honorariæ actiones quæ rem perſequuntur, quibus & in eo ſimilis eſt quòd anno nõ finitur, at perpetua eſt ſicut cęteræ omnes ciuiles actiones, *l. ſi mulier. 21. §. hac actio. D. rer. amot.* Poſtremò cum fur perpetuò in re furtiua moram facere intelligatur, *l. in re furtiua, in princip. & §. 1. D. de cond. furt.* iſque moræ effectus ſit vt obligationẽ perpetuet non tantùm debitoris, ſed etiam heredum, & ſucceſſorum, licet res amiſſa & perempta ſit. *l. ſi ex legati. 23. l. ſi ſeruum. 91. § ſequitur. D. de verb. obliga.* conſequens eſt vt furis heres licet nihil ad eum peruenerit, nihilominus furtiua condictione in ſolidum teneatur. Quod quamquam certiſſimum eſt, & apertius quàm vt pluribus rationibus & legibus confirmari neceſſe ſit, aliter tamẽ viſum eſt doctiſſimo viro *Iacobo Cuiacio*, qui rationibus aliquot adductus, furtiuam cõdictionem non niſi quatenus ad heredem peruenit dari, tentauit primum, deinde conſtãter affirmauit. Mouetur autem ex eo quod ſcriptum eſſe ait *in l. ſi tutor. 9. §. vlt. iuncta l. ſeq. D. de tutel. & rat. diſtr.* eam condictionem morte furis interire. Quod tamen, ſalua tanti viri authoritate dixerim, ſcriptum eo loco non reperitur. Nam *in d. §. vlt.* illud tantum ex Vlpiano proponitur, cæteras actiones præter tutelæ aduerſus tutores competere, etſi adhuc tutelam adminiſtrant, veluti furti, damni, iniuriæ, condictionem. Tum *in l. ſeq.* ex Paulo ſubiicitur, non dari has actiones pupillo dum tutor tutelam gerit: quamuis enim morte tutoris intereant, pupillum tamen cum herede eius actionem habiturum, quia ſibi ſoluere debuit. Cùm igitur non de condictione duntaxat, ſed etiã de furti & damni iniuriæ actione Vlpianus loquatur, dubitandũ non eſt quin verba illa Pauli, *quamuis morte tutoris intereant*, ad furti & damni iniuriæ actiones quæ morte intereunt referenda ſint, non ad cõdictionem, quæ contra furis heredem non minus quã cõtra furẽ ipſum cõpetit, quomodo rectiſſimè *Accurſ.* interpretatur *ex d. §. vlt. l. ſi pro fure. & ex d. l. in condictione. 9. de condict. furt.* vt mirum ſit virum doctiſſimum in re tam aperta cæcutiiſſe. Quis etiam probet, quod ille comminiſcitur intelligendũ eſſe id quod Vlpianus ait *in d. l. 9.* ſi cum fure lis cõteſtata fuerit? Cùm neque litis conteſtatæ mentio vlla fiat, neque ſecundum hanc diuinationem aliud iuris conſtituendum ſit in actione furti, quæ quãuis ſit pœnalis, ſi tamen cum fure lis conteſtata ſit, contra heredem in ſolidum competit. *d. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. ſciendum. 58. D. de obligation. & action. l. nemo enim. 87. D. de regul. iur.* Quis etiam illud admittat quod idem vir doctiſſimus ſcripſit *in d. §. vlt. l. ſi pro fure*, obligari heredem furis cõdictione furtiua, quod rem ipſam furtiuam contrectauerit? Imò verò, quoniam, vt inquit Vlpianus, ea condictio rei habet perſecutionem. Alioqui ſi ponas heredẽ contrectaſſe rem furtiuã animo furandi, dicam eum nõ tanquam furis heredem ſed tanquam furem, & ex propria etiam contrectatione proprióque furto nõ ſolum ex defuncti delicto obligari, ideóque non tantùm condictione ſed etiam furti actione pœnali conueniri poſſe. Vt taceam, quod iam ſuprà dixi, Vlpiani ſententiam illam eſſe *in d. §. vlt.* vt furtiua condictione teneatur furis heres, licet ſeruus furtiuus viuo fure deceſſerit, quo tamen caſu contrectationem ab herede factam eſſe comminiſci non poſſumus. Secunda obiectio eſt *ex l. 3. §. pen. D. de pecul.* vbi ſcriptum videtur condictionem furtiuam non dari in ſolidum contra patrem, ſed quatenus duntaxat ex filij furto locupletius peculium factũ eſt. Ex quo infert vir doctiſſimus, neque aduerſus heredem in ſolidum eam dari, quia in cæteris eadem heredis quæ patris cauſa & conditio eſſe ſoleat, in eo præſertim, quod quemadmodum heres ita pater ex delicto filij pœnali actione non teneatur. Et ſicut heres poſt condẽnationem aut litis conteſtationẽ defuncto teſtatore conuenitur ex omnibus cauſis, ita pater poſt condemnationẽ aut litis conteſtationem mortuo, aut viuo filio, *l. etſi condemnatus. 35. D. de noxal. action. d. l. 3. §. idem ſcribit.* D. *de pecul.* Verùm facilis reſponſio eſt, longè diuerſam eſſe hac parte heredis, & patris rationẽ. Heres enim furtiua condictione tenetur, pater non tenetur. Idque eſt, quod Paulus ait *in l. ex furtiua. 5. D. de cond. furt.* ex furtiua cauſa filiofamilias condici poſſe, vt intelligamus nõ quemadmodum cùm ſeruus furtum fecit ipſi domino condicitur non ſeruo, vt in præcedenti lege Vlpianus dixerat, ſcilicet quia cũ ſeruo nulla actio eſt, *l. cum ſeruo. 107. de regul. iur.* Ita cùm filiusfamilias furtum fecit, patri condici. Ipſi enim filiofamilias cõdicendũ eſt non patri, quia inquit Paulus, Ea condictione nũquam alius tenetur, quàm qui fecit aut heres eius. Neque verò Vlpianus *in d. §. penult. l. 3. de pecul.* ſcribit patrem furtiua condictione teneri, ſed filiumfamilias: in patrem verò dãdam actionem de peculio quatenus peculium locupletius factum eſt. Eodémque modo interpretor quod *in l. 3. §. vlt. D. rer. amot.* Paulus ex Proculo ſcribit, mortua filia quę mariti res amouit non dari in patrem iudicium rerum amotarum niſi quatenus ex ea re locupletior factus ſit, nempe vt id quod locupletior factus eſt ei auferatur non actione rerum amotarum, ſed actione de peculio, vt ſcriptum eſt *in d. l. 3. §. penult. de pecul.* Quamquam & illud dici poteſt ex furto filiæfamilias poſſe patrem cõueniri vtili actione rerum amotarum, itémque vtili condictione. Quia deficiente directa propter rationem *d. l. ex furtiua*, æquum nihilominus ſit patrem teneri non tanquam furem aut furis heredem, ſed quia lucrum ex filiæ furto ſenſerit. Eámque ob cauſam, & eadem æquitatis ratione fit vt non niſi in quantum locupletior factus eſt teneatur. *l. vina. 5. D. rer. amotar. d. l. penult. D. de condict. furt.* Iure enim introductæ ſunt vtiles actiones ex æquitate, deficientibus directis: neque

nouum videri debet: ſi quādo minoris ſunt effectus & poteſtatis, cum earum vis non ex directarum natura æſtimari debeat, ſed eius ipſius æquitatis quæ eas introduxit finibus, & ratione concludatur. Sic euenit vt ſi peculiū locupletius factum non ſit, nulla in patrem actio detur, quia cum ex cōtractu actio non venit, pater de peculio conueniri non poteſt. *l. 1. §. ſi filius familias. D. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus. 58. D. de reg. iur.* Recta igitur patris, & heredis comparatio nō eſt. Pater furtiua condictione ſaltem directa nō tenetur, heres tenetur. Hic vitiorum defuncti ſucceſſor eſt. *l. cū heres. 11. D. de diuerſ. tempor. præſcript.* Ille vitiorum filij neque ſucceſſor neque particeps dici poteſt, ſed tantùm lucri, quod ex filij furto ad eum peruenit. Obiicit tertiò idem vir doctiſſimus, cōdictionem furtiuam ſimilem eſſe in omnibus actioni rerum amotarum. Vtramque enim condictionem eſſe *l. rerum amotarum. 26. D. rer. amotar.* vtramque perpetuam, *l. ſi mulier. 21. §. hac actio. D. eod.* vtramque rei perſecutionem continere, vtramque in heredem dari, *l. contra. 6. §. ſi poſt. D. eod.* Neque tamen actionem rerum amotarum dari in ſolidum contra heredes, ſed in quantum duntaxat ad eos peruenit. *l. vlt. Cod. rer. amot.* Verum neque obiectio hæc facere poteſt vt condictionem furtiuam cōtra heredes in ſolidum dari non debere exiſtimemus. Iuris enim ratio repugnat & leges quas ſupra explicauimus. At potius de illo quærendum eſt, Cur in actione rerum amotarum diuerſum ius conſtituendum putemus, quod longè difficiliorem habet dubitationem. Dubitādi autem cauſa illa eſt, quod rerum amotarum actio rei perſecutionem contineat, *d. l. ſi mulier. §. hac actio.* Quæ autem ſunt eiuſmodi contra heredes in ſolidum dentur *d. l. in honorariis. 35. D. de obl. & action.* Auget etiam dubitationem, quod *in d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* Paulus ſcribit mortua filiafamilias, quæ mariti res amouit, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, niſi quatenus ex ea re locupletior factus ſit. Ita innuens extraneos heredes quorum cauſa minus fauorabilis eſſe ſolet, in ſolidum condemnari debere. Denique me illud valde mouet quod *in d. l. cōtra. §. ſi poſt.* ſcriptum eſt heredem mulieris ex cauſa rerum amotarum teneri, ſicut cōdictionis nomine ex cauſa furtiua. Quid enim hoc aliud eſt, quàm mulieris heredem actione rerum amotarum in ſolidū teneri? Alioqui vix dici poteſt cur eam actionem furtiuæ condictioni Paulus comparet, cum & eę actiones quæ rei perſecutionem non habent, & quę anno finiuntur, in heredes tamen dentur hactenus vt ius lucrum extorqueatur, hoc eſt quatenus ad eos peruenit. *d. l. in honorariis.* Quibus rationibus dico poſſe defendi contra omnes omnium interpretum ſententias, actionem rerum amotarum cōtra heredem in ſolidum dari: Neque in contrariam vllam iuris rationem aut legem adduci poſſe præter *d. l. vlt. C. rer. amot.* Ad quā ſi reſpōdero, nihil ſupererit quod aduerſus nouam hanc noſtram opinionem obiici poſſe videatur. Puto autem poſſe dici nō improbabiliter, aliud eſſe ſi quis dicat, heredem nō teneri rerum amotarum actione in ſolidū, quod falſum eſt. Aliud verò, heredes non teneri in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit vt ſcriptum eſt in *d. l. vlt.* Hac enim poſteriori locutione illud ſignificamus cùm plures ſunt heredes eius qui res amouit ſingulos in ſolidum non teneri, ſed vnumquemq; pro ea duntaxat parte quæ ad eum peruenit, cùm tamen omnes ſimul in ſolidum teneantur, quamuis nihil ad eos peruenisſe proponas. Atque ita Vlpianus ipſe loquitur in *d. l. in condictione.* illis verbis, *in ſolidum tenemur dum ſoli heredes ſumus*, vt oſtēdat cum plures ſunt heredes eos in ſolidum nō teneri. An quòd ab omnibus ſimul ſolidum id quod ſubtractum eſt exigi non poſſit, ſi ad eos nihil aut minus peruenerit? Minime verò. Neque enim plurium heredum melior quàm vnius ſolius conditio eſſe debet. Sed quia ſi omne id quod furto ſubtractum eſt ad aliquos ex coheredibus peruenerit, ſolidū ab iis petendum eſt non ab aliis ad quos nihil peruenit. Aut ſi plus ad illos quàm ad hos peruenerit, plus ab illis quàm ab his peti debebit. Sicque fit vt vere dici poſſit quod ſcriptum eſt *in d. l. vlt. C. rer. amotar. & d. l. in condictione*, plures ſuis vel eius qui res amouit heredes in ſolidum non teneri, ſed in quantum duntaxat ad eos peruenit. Neque tamen minus verum ſit omnes ſimul teneri in ſolidum, licet ad eos nihil aut minus peruenerit. Sic dicimus ex ſtipulationibus diuiduis heredes in ſolidum non teneri: nec ideo tamen omnes ſimul in ſolidum teneri negamus. Quid ergo? ſingulos in ſolidum non teneri intelligimus. Sic heredem eius qui accepit commodatum, licet pro ea parte duntaxat qua heres eſt cōueniri poſſit, ſi tamen ad eum tota res commodata peruenerit, vt is ſolus totius rei reſtituendæ facultatem habeat, placet Vlpiano condemnandum eſſe in ſolidum. *l. 3. §. heres. D. commod.* Sic denique ſi is qui interdicto, Vnde vi, tenebatur, pluribus relictis heredibus deceſſerit, & ad vnum ex iis tota res vi ablata peruenerit, Paulus *in l. ſi plures. 9. D. vnde vi.* ſcribit teneri eum in ſolidum. quamuis Vlpianus *in l. 1. §. vlt. D. eod.* dicat non teneri heredes ex cauſa illius interdicti niſi in id quod ad eos peruenit. Nimirum cōtraria hæc non ſunt, Teneri vnūquemque ex heredibus in id quod ad eum peruenit: & teneri vnum ex iis aut omnes ſimul in ſolidū, ſcilicet ſi ad vnū aut ad omnes totū peruenerit. Eodē igitur modo dici poteſt in ſpecie *l. vltim. C. rer. amotar.* res amotas ad heredes mulieris totas perueniſſe, neque de illo dubitatum fuiſſe, An omnes heredes ſimul in ſolidum tenerentur, quod certiſſimum erat propter ſupradictam iuris regulam. Sed an aduerſus ſingulos in ſolidum agi poſſet, aut ſi aduerſus omnes agendum eſſet, pro qua parte ſinguli conueniri deberent. Videbatur enim reſtituendi obligationē indiuiduā eſſe, & ideò ſingulos heredes in ſolidū teneri, vt *Bartolus* diſputat ad *d. l. in condictione.* Aut ſaltem vnumquemque ex heredibus pro hereditaria portione cōueniri debere cùm obligatio ex cauſa hereditaria proficiſcatur *l. 1. C. ſi cert. petat. l. 2. C. de hered. action.* At contrà reſpondetur, neque heredes in ſolidum teneri, ſcilicet ſingulos, neque pro portionibus hereditariis, ſed vnumquemque in quantum ad eum peruenit, vt proinde quod ſcriptum eſt in *d. l. in condictione.* eum qui pro parte furis heres eſt, teneri cōdictione furtiua pro ea parte pro qua heres eſt, omnino ſic intelligi debeat ſi nihil ad heredes, aut ſi pro æquis partibus res furtiua peruenerit, nō autem ſi plus ad vnū quàm ad alium peruenerit, arg. *d. l. vlt. C. rer. amot. d. l. 3. §. heres. D. commod. l. ſi plures. 9. D. vnde vi.* Hæc cùm ita ſint, non eſt hac parte ſeparanda condictio rerum amotarum à condictione furtiua, & vtramque aduerſus heredem in ſolidum dari dubitandum amplius non videtur. Quamquam & ſi quis in actione rerū amotarum cum interpretibus ſentire velit, eámque à furtiua condictione diſtinguere, poſſit fortaſſis nō malè hanc diſſimilitudinis rationem afferre quod imputari quodammodo poſſit marito cui res amotæ ſunt

tæ ſunt, cur aduerſus coniugem eo nomine nõ egerit, cùm ab ea res amotas fuiſſe veriſimiliter ignorare nõ potuerit. Res enim diuortij cauſa ſubtractas à quo repetere potius vir debuiſſet quàm ab vxore, quæ poſt diuortium mariti inimica eſſe dicitur. *l. cum in fundo.78.§.ſed etſi non ſit. D.de iur. dotiũ.l.Cicero.39.D.de pœn.* At in cæteris furtis non ita facilè ſciri poteſt quis furtum fecerit, nec quicquam imputari ei, qui aduerſus viuum furem non egit. Sed mihi ratio hæc non omnino ſatisfacit, nec poſſum intelligere cur in actione rerum amotarum recedendũ ſit à iuris regula, quæ habet, actiones rei perſecutorias contra heredem in ſolidum tranſire. Et miror *Bartolum, Caſtrenſem* & cæteros melioris notæ interpretes ſcripſiſſe, ſpecialiter hoc in condictione furtiua inductum eſſe vt cùm ſit ex delicto nihilominus in heredem tranſeat. Et iuris regulam in contrarium eſſe, Actiones quæ ex delicto proficiſcuntur non dari aduerſus heredes in ſolidum niſi lis ſit conteſtata. Imò verò iuris regula eſt, actionibus quæ rem perſequuntur heredes in ſolidum teneri *d.l.in honorariis*, licet ſint ex delicto *d.l.ſi pro fure.§.vltim.* ad quem locum aliud reſpondere Caſtrenſis non poteſt, quàm Vlpiani rationem malam eſſe, & minus ſufficientem. Idem etiam apertiſſimè probat quod Iuſtinianus ſcribit in *§. his autem verbis.Inſtitu.de leg. Aquil.* legis Aquiliæ actionem pœnalem eſſe, quia plærumque in ea condemnatio fiat pluris quàm reuera ioterſit. Et eam ob cauſam non dari contra heredem, quæ daretur, inquit, ſi numquam lis ſupra damnum æſtimaretur. Daretur, inquam, in ſolidum. Quamuis enim ſit pœnalis, datur tamen in id quod ad heredẽ peruenit, *l. inde Neratius.23.§.hanc actionem. D.ad leg. Aquil.* Atqui licet pœnalis non eſſet, non ideò tamen minus daretur ex delicto. Ergo actiones quæ ex delicto proficiſcũtur ſi pœnales non ſint, & rei perſecutionem contineant, contra heredem in ſolidum competunt. Planè quoniam regulare illud eſt vt actiones ex delicto ſint pœnales vel meræ, vel mixtæ, vt Iuſtinianus ait in *§.ex maleficiis 17.Inſtitut.de actionib.* Illud etiã regulariter proditum eſt in heredem eas non tranſire niſi poſt litis conteſtationem *d.l.vnica.C.ex delict.defunct.* Sed regulæ ſubiicienda exceptio eſt ex locis ſupradictis. Niſi rei duntaxat perſecutionem contineant. Quam ob cauſam Iuſtinianus in *§. non autem omnes.de perpet.& tempor.action.* regulam cõcepit non de actionibus ex delicto ſimpliciter; ſed de actionibus ex delicto pœnalibus, de quibus etiã loquitur *l.1. D.de priua.delict.* Obiicitur poſtremò iis quæ diximus actionibus in factum ex cauſa doli, quæ datur ex Edicto De alienatione iudicij mutandi cauſa facta, ſimilem eſſe condictioni furtiuę in eo quòd perſecutionem rei habet, pœnalis non eſt & ex delicto datur, neq; tamen poſt annum dari eam neque in heredem *l. 4.§. vltim.cum trib.ſeq.D.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Verùm reſponderi poteſt, diſſimilem eſſe condictionis furtiuæ & illius in factum actioois ratiooem, quòd quãquam vtrinq; rei perſecutionem continet, non tamen vtraq; eodem modo. Etenim furtiua condictio, ex ſe & ſui natura rei perſecutionem continet, adeóque nihil aliud eſt quàm ipſius rei furtiuæ perſecutio. Quæ autem ex illo Edicto datur in factum actio tota eſt in perſonam, non ad rem certam, nec rei perſecutionem cõtinet niſi officio & arbitrio iudicis, vt ſcriptum eſt in *l.3.§.vlti.& l.4.§.vlt.D.eod.* Ac quoniam officio iudicis ante impetratam actionem locus eſſe non poteſt, cùm non niſi poſt litem conteſtatam iudices dari ſolerẽt, fit vt priuſquam ea actio impetrata ſit, & officio iudicis locus eſſe poſſit, rei perſecutor adici nequeat, & ideò neque poſt annum detur, neq; in heredem ex reg. *d.l.in honorariis.* Si quid tamẽ ad heredẽ ex defũcti dolo & fraude peruenerit, dabitur etiam poſt annum vt lucrum ei auferatur *d. l.in honorariis.l.in heredem 5.D.de calumniat.l.quod dixiſmus.16.§ vlt.D.quod met. cauſ.l itaq; ſe.28. D.dolo.l. ait Prætor.10.§.pen. D.quæ in fraud.cred.dit. l.1.§.vlt.& l.2.D.de vi & vi armat.*

Abundare negationem in l.2.D.de crim.ſtellion.

CAPVT II.

QVamquam ſtellionatus appellatio generalis eſt ad omnia crimina quæ proprium titulum & nomen non habent, magis tamen propriè ac ſpecialiter coanguſtata eſt ad eum caſum, Si quis forte rem alij obligatam diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxerit, vel permutauerit, vel in ſolutum dederit, aut etiam obligauerit, *l.3.D.de crimin.ſtell.l.tutor.16.§ cõtrarium.l.ſi quis in pignore.36.§.ſed etſi quis.D.de pign.act.* Et hoc ſenſu loquuntur omnes leges Codicis, quæ ſunt ſub titulo *De crimin. ſtellion.* Elegans autem quæſtio eſt, necdum ſatis rectè meo iudicio explicata, An ſtellionatus crimen infamiam irroget, de qua diſcrepãtes non interpretum duntaxat, ſed etiam legum ſententias legimus. Nam in *l.quid ergo.13.§.vltim. D.de his qui notan.infam.* Vlpianus diſertè ſcribit infamiam irrogare dãnato, quamuis publicum non ſit iudicium. At in *l. ſecunda. D.de crimin.ſtellion.* idem Vlpianus ait famoſum nõ eſſe, ſed extraordinariã coërcitionẽ habere. Ex quo factum eſt vt interpretes cùm veteres, tum recentiores dum conciliationis rationem aliquem quærunt, in diuerſas diſtracti ſint ſententias. Bulgaro & Martino placuit ſtellionatus crimen infamiam non irrogare, ſed ſententiam latam de crimine. Quod etſi veriſſimum eſt, ad rem tamen non pertinet. Cùm enim de infamia quæritur, condemnationem ſecutam eſſe ponendum eſt, cùm ex nullo crimine licet publici iudicij cauſam habuerit, infamia irrogari poſſit, niſi ſententia ſequatur, *l.infamem.7.D.de public.iudic.* Vnde & in *d.§.vl.l.quid ergo,* Vlpianus dixit *infamiam irrogat damnato.* Et in *d. l. ſecunda.* non de crimine tantùm ſed de iudicio ſtellionatus loquitur, ac de coërcitione, id eſt de cõdemnatione. At Ioanni, quem *Accurſius,* & recentiores ferè omnes ſequuntur, probabilius viſum eſt diſtinguere an ex famoſa cauſa ſtellionatus crimen deſcẽdat, puta ex dolo, an ex cauſa nõ famoſa, veluti ex pignore: ſeu, quod idẽ eſt, an cõcurrat cum ciuili actione famoſa, vt De dolo, an cum actione non famoſa, qualis eſt pigneratitia. Priore caſu famoſum eſſe, poſteriore nõ itẽ. Sed neq; diſtinctio hæc Vlpiano conuenit, qui vtroq; loco generaliter & indiſtinctè loquitur, & vno, famoſum, altero non famoſum eſſe ſcribit. Deinde ridiculum videtur, in quæſtione iſta ſpectare concurſum ciuilis actionis, non ſolùm quia facilè cõtingere poteſt vt nulla ſit ciuilis actio cũ qua ſtellionatus crimẽ concurrat, puta ſi quis imposturam fecerit vel colluſionem in necem alterius *d.l.3.§.item ſi quis imposturam. D.de crimin. ſtellion.* Sed etiam quia iis quoque caſibus quibus concurrit ciuilis actio non famoſa, non ideò minus famoſum crimen cenſeri debet, cùm ſemper dolum annexum habeat. Et ideò traditum eſt quod in priuatis iodiciis eſt de dolo actio, hoc in criminib. eſſe ſtellionatus perſecutionem *d.l.3.* Ergo quemadmodum actio de dolo, ſemper eſt famoſa, ita & ſtellio

natus iudicium omni caſu famoſum eſſe farendum eſt. Nec *Duarent* ſentẽtia recipi poteſt, qui famoſũ regulariter non eſſe ſcripſit, nec niſi paucis caſibus eſſe poſſe. Aperiſſime enim repugnat *d.l.quid ergo*, ad quam nihil reſpondet quod facere poſſit ſatis. Ad rem verò non pertinet quod ille obiicit poſt cæteros ex *d.l.infamem*, Infamem non ex omni crimine ſententiam facere, ſed ex eo duntaxat quod publici iudicij cauſam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret: Stellionatus autem accuſationem neque publicis neque priuatis actionibus contineri *l.1.D.de crimi ſtellio.l.3.C.eo*. Malam enim ratiocinationem eſſe & ex ea regula ſtellionatus crimen excipi debere, Vlpianus docet in *d.§.vlt.l. quid ergo*, cùm ait ſtellionatum infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non ſit iudicium. In cæteris veriſſima eſt & perpetua regula *d.l.infamem*. Quod enim dicitur ſepulchri violati actionem infamiam irrogare, *l.1.D.de ſepulchr.violat.* illam rationem habet, quia ſepulchri violati crimen ad legẽ Iuliam de vi publica pertinet ex illa parte qua de eo cauetur, qui quid fecerit quominus aliquis funeretur ſepeliatúrve, quoniam & qui ſepulchrum violat facit quominus quis ſepultus ſit. *l.ſepulchri.8. D.eo.* Eadem ratione dicimus calumniæ & præuaricationis crimen famoſum eſſe, ſi fortè quis in iudicio publico calumniæ & præuaricationis cauſa quid feciſſe iudicatus erit. *l.1.D.de his qui notant.infam. l.4. D. de præuar.* quia ſcilicet præuaricationis huius pronũciatio publici iudicij eſſe intelligitur. *l.3. D.eo.* At in cæteris cauſis præuaricatorẽ infamia non notari certum eſt, quia præuaricationis iudiciũ regulariter publicum non eſt, ſed extraordinarium *d.l.3.& 2.D.eod.* Cur verò in crimine ſtellionatus illud ſingulari iure receptum ſit, vt quamuis non ſit publicum, infamiam tamen irroget damnato eleganter dubitari poteſt. Ac ſi de eo duntaxat crimine loqueremur quod fit cũ quis rem vni obligatã diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxit, vel permutauit, vel in ſolutum dedit: facilis reſponſio eſſet his caſibus famoſum eſſe crimen, quòd qui ita facit non malè comparãdus videatur ei, qui rem vni venditam, alteri vendit, cùm vterque id agat per dolum & calliditatem vt creditor pecunia credita, vel emptor pretio pro re vendita dato fraudetur, quod valde improbũ & crimínoſum eſſe ait, *l.1.Cod.de crimin.ſtellion.* Et quemadmodum aduerſus eum, qui rem vni venditam alteri vendit, pœna lege Cornelia de falſis ſtatuta eſt *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de falſ.* vt proinde ex eo crimine damnatus infamia notetur *d.l.infamem.* ſic contra eum qui rem vni pignoratam alteri vendidit, vel vni venditam, alteri obligauit, cuius eadem, quæ illius improbitas eſt, rationis fuit exemplo legis Corneliæ de falſis ſeueriſſimè animaduertere, & eiuſdem legis pœnam extendere *d.l.3.§.penult.D.de crim.ſtellion.* Ex cuius coniunctione cum *dict. l.qui duobus*, apparet eandem vtriuſque criminis pœnam eſſe, ſcilicet ad tempus relegationem: quod ex prudentium interpretatione ad legem Corneliam videtur deſcendiſſe. Sed quoniam de ſtellionatu generaliter loquimur, illa fortaſſis generaliter & omnibus huius criminis ſpeciebus magis conueniens ratio afferri poteſt quam ſuprà attigimus, quòd ad exemplũ actionis De dolo introducta ſit ſtellionatus actio, nec ferè in alio inter ſe differant, quã quòd illa ciuilis, id eſt non criminalis, hæc verò criminalis actio ſit, cùm vtraque aduerſus eos duntaxat locum habeat qui dolo quid fecerũt, & iis caſibus quibus alia actio non competit. *d.l.in princip.* Vt verè dici poſſit eum, qui ſtellionatus agit, de dolo quodammodo criminaliter agere. Et ideo vel ex regula *d.l.infamem*, conſequens eſt ex ea actione infamiam irrogari, quæ etiam in priuato, & ciuili iudicio infamiam condemnato irrogaret. Verum igitur non eſt, quod ait *d.l.2.D.eod.* ſtellionatus iudicium famoſum non eſſe, neque dubitandum mihi videtur, quin tollenda ſit negatio, non ſolùm ſi iuris rationẽ ſpectes, quæ ſemper & potiſſimùm ſpectari debet, ſed etiam ne Vlpianum contraria & pugnãtia ſcripſiſſe fatendum ſit, quod mihi veriſimile fieri non poteſt. Illud quoque coniecturam maximè iuuat, quod in *d.l.2.* Vlpianus ſic loquitur, quaſi mirum ſit & contra communes iuris regulas, quod adiicit ſtellionatus iudicium extraordinariam habere coërcitionem. Ita enim ſcribit, *Stellionatus iudicium famoſum quidem non eſt, ſed extraordinariam coercitionem habet.* Sic innuens regulare eſſe, vt ea tãtùm crimina extraordinariam coërcitionem habeant, quæ famoſa ſunt: quod tamen falſum eſt. Cõtrà enim famoſa regulariter ſunt ea, quæ publicorum iudiciorum legibus vindicantur, *d.l.infamem.* Quæ autem ſunt huiuſmodi, legitimam & ordinariam coërcitionem habent, eam ſcilicet quæ legibus ipſis in eam rem latis dicta, & ſtatuta eſt *l.1. D.de public.iudic.* Ordinariam ſiquidem pœnam, & coërcitionem appellamus, quæ ex legum præſcripto irrogatur: extraordinariam verò, quæ cùm legibus nulla ſtatuta ſit, officio & arbitrio tãtùm iudicis infligitur. *§.in ſumma. Inſtit.de iniur.l.vlt.D.eod.l.vlt. D.de furt.* Quòd ſi detracta negatione ponamus Vlpianum ſcripſiſſe, ſtellionatus iudiciũ famoſum quidem eſſe, ſed extraordinariam coërcitionem habere, longè elegantior & veriſſima erit Vlpiani ſententia, ex qua intelligemus duo hæc ſingulari quodam iure in ſtellionatus crimine recepta eſſe, nimirum vt quamuis publicum non ſit, famoſum tamen ſit: rurſus vt quãuis famoſum ſit, extraordinariam tamen coërcitionem habeat, ſcilicet quia publicum non eſt. Et ita mihi omnino videtur.

Diſſenſio Caßij & Iauoleni in quæſtione l.ſi ſeruus 25.D.de ſtipulat.ſeruor.& l.4.D.de diuerſ.tempor.præſcript.

CAPVT III.

SI ſeruus hereditarius, aut eius qui in hoſtium poteſtate eſt, ſatis acceperit, dubitatum fuit inter Iureconſultos an ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus ſatiſdationis cedat, an ex adita hereditate, aut eo tempore quo dominus poſtliminio reuerſus ſit. Caſſius enim exiſtimabat ex eo computandum eſſe tempus, ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, hoc eſt ex quo hereditas adeatur aut poſtliminio dominus reuertatur, vt Veuuleius refert in *l.ſi ſeruus 25. D.de ſtipulation.ſeruor.* Iauolenus contrà magis probabat continuò, id eſt ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus cedere, & illud duntaxat inſpiciendum eſſe an experiundi poteſtas fuerit aduerſus eum, qui obligatus eſt, non etiam an is agere potuerit qui rem in obligationem deduxit, *l.4. D.de diuerſis.tempor.præſcription.* Vbi ratio redditur, quòd alioquin iniquiſſimum futurum ſit ex conditione actorum extendi obligationes reorum, per quos nihil factum erit, quominus agi cum iis poſſit. Diſſenſit ergo hac in quæſtione Iauolenus à Caſſio, licet vterque eiuſdem ſcholæ fuerit. Neque probare poſſum, quod diſſenſionis conei-

conciliandæ gratia doctiſſimus *Goueanus* libris variarum lectionum ſcripſit interpretis eſſe non Venuleij verba illa, *id eſt, ex quo hereditas adeatur, aut poſtliminio dominus reuertatur.* Nam præter id, quod probabilius videtur diſſenſiſſe Iureconſultos, quàm ab imperito interprete ſine cauſa, nullóque colore corruptam eſſe legis ſententiam. Illud etiam animaduertere vir doctiſſimus debuerat, iis quoque verbis ſublatis eandem Caſſij opinionem & ἀνωφελὲς ſupereſſe, nihilque ad conciliandas leges emendationem hanc prodeſſe. Quod enim Caſſius exiſtimabat, & Goueanus admittit, tempus ex eo computandum eſſe ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, aliam interpretationem recipere non poteſt, quàm ex quo adeatur hereditas aut poſtliminio dominus reuertatur. Nimirum quoniam cùm ſeruus hereditarius aut eius qui apud hoſtes eſt ſtipulatur, conſtat ſtipulationem ſub ea conditione conceptam intelligi, Si poſteà hereditas adeatur, aut ſi poſtliminio dominus reuertatur, *l. interdum. 73. §. ſi ſeruus. D. de verbor. obligation. l. ſpecies. 11. §. vlt. D. de acceptilation.* Atqui conditionalium ſtipulationum natura illa eſt, vt quamuis ex præſenti tempore vires accipiant, ex iis tamen actio & petitio in euentum vſque conditionis ſuſpendatur. *l. cedere diem 213. D. de verbor. ſignification. l. eum qui Calendis 41. D. de verbor. obligation. l. vſusfructus. 26. D. de ſtipulation. ſeruor.* Ergo ſi verum eſt quod Caſſius dicebat computandum eſſe in propoſita quæſtione ſatiſdationis tempus ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, concludendum eſt, non prius cõputandum eſſe quàm ex quo hereditas adeatur, aut poſtliminio dominus reuertatur. Niſi quis fortè pro *Goueano* reſpondeat verba illa, *ex quo agi cum eis potuerit*, ſic eſſe accipienda ac ſi ſcriptum eſſet, *ex quo fideiuſſores ſecum agendi poteſtatem fecerunt.* Sed hoc probabiliter dici non poteſt, tum quia verba repugnant, tum etiam quòd ſi ita Caſſius intellexiſſet, vtique continuò id eſt ſtatim ſtipulationis tempus cedere dixiſſet. Quid enim aliud eſt quærere an ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate, quàm vtrum cedat ſtatim, an ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit? Ac ne quid dubitationis ſupereſſet, adiici oportuiſſet interpretationem illam, *id eſt, ex quo hereditas adeatur, aut poſtliminio dominus reuertatur.* quam vel eò magis delendam nõ eſſe intelligimus. Diſplicet etiam doctiſſimi *Cuiacij* ſententia, quia vt facilem pugnantiũ legum conciliationem faciat, Iauolenum de reis, hoc eſt de fideiuſſoribus, Caſſium verò de actorib⁹ locutum eſſe, & hũc de actionis, illum de ſatiſdationis tempore reſpondiſſe interpretatur. Quod neque Caſſij, & Venuleij verbis conuenit, neque iuris rationi. Si enim de actionis non ſatiſdationis tempore Caſſius ſenſiſſet, cur de ſatiſdatione & fideiuſſoribus locutus eſſet? An non de principali reo eadem quæſtio tractari potuiſſet? Et tamen Caſſij ſententia illa fuit, ex eo computandum eſſe tempus ex quo agi cum fideiuſſoribus potuit, neque de principali debitore quicquam loquitur, cui non minus quàm fideiuſſoribus actionis peremptio, & præſcriptio prodeſſet. Deinde ex ſtipulatu actio de qua Caſſius loquitur, quomodo tẽporalis eſſe poteſt, niſi proponas debitorẽ principalem, & fideiuſſores in diem certum promiſiſſe? Denique ſi verũ eſt quod ſuprà diximus cùm ſeruus hereditarius aut eius, qui apud hoſtes eſt ſtipulatur, ſub conditione conceptam videri ſtipulationem, nec prius naſci actionẽ quàm hereditas adita ſit, aut dominus poſtliminio reuerſus. An non abſurdum ſit quærere an actionis quæ nondum nata eſt tempus cedat, priuſquam naſci poſſit, & an finiatur actio, quæ nunquam competiit? Neque ſimile videri poteſt quod in *l. necnon. 28. §. ſi cum D. ex quib. cauſ. maior.* ſcriptũ eſt actionis tempus non cedere actoribus priuſquam agendi facultatem habeant. Id enim de ea demum actione verè dicitur, quæ iam competit, & ex qua ſi nihil aliud impedimento eſſet, litem conteſtari actor poſſet. At Caſſius eam ſpeciem tractat, in qua nulla eſt actio quæ cõpetat, & de qua dubitari poſſit, an ſtatim dies eius cedat. Poſtremò non placet quod *Accurſius & Bartolus* comminiſcuntur, loqui Iauolenum de ſeruo qui ſatis acceperit iudicio ſiſti ex ea cauſa quam in iudicium deducere poſſit. Cùm enim apud Caſſium eadem quæſtio iiſdem verbis proponatur, diuerſam interpretationem recipere Iauoleni lex non poteſt, neque ad eum caſum coanguſtari, quãdoquidem & cæteris omnibus caſibus illa ratio perpetuò locum habet vt ſatiſdationis tempus ex die ſtipulationis cedere dicamus, non ex quo hereditas adeatur aut poſtliminio dominus reuertatur, quod alioquin iniquiſſimum futurum ſit ex conditione actorum extingui obligationes eorum, per quos nihil factum erit quominus cum iis agi potuerit. Et ex contrario in ſtipulatione iudicio ſiſti, ſpeciale dici poteſt, cur continuo ſatiſdatione tempus cedere debeat, cũ neq; ex ea ſtipulatione prius agi poſſit, quàm hereditas adeatur, aut poſtliminio dominus reuertatur, vt ex ipſis Iauoleni verbis apparet. Quare cùm nulla conciliationis ratio iniri poſſit, concedendum eſt quod volumus diſſenſiſſe Iauolenum à Caſſio. Idque eò libentius, quòd quæſtionẽ hanc inter Iureconſultos controuerſam fuiſſe Venuleios apertè teſtatur, cùm ait de ea dubitari, hoc eſt, vt interpretor, inter omnes non conſtare. Et Caſſij opinionem minus receptam fuiſſe, vel ex eo intelligere licet, quòd illã Venuleius refert duntaxat, non etiam probat. At potius improbat ſi vulgatam lectionem ſequamur, quæ habet, *& Caſſius exiſtimabat*, non autem, vt in Florentinis, *exiſtimat.* Sic enim exploſas aliorum ſententias à Iureconſultis vt plurimum referri ſolere animaduerti, vt in *l. Papinianus putabat. 23. D. de donat. inter vir. & vxor.* quam *lib. 2. cap. 8.* explicauimus. *l. ſi venditor. 6. §. 1. D. de ſeru. expor.* & aliis innumeris iuris locis. Poſſit tamen quis Caſſij ſententiam eo rationis prætextu defendere, quod ſi ſatiſdationis tempus prius cederet, quàm cum fideiuſſoribus agi poſſet, fruſtra in propoſito caſu ſatiſdatio, & ſtipulatio interpoſita eſſe videretur. Sed hoc Iauoleno minus abſurdum, faciliúſque admittendum videtur, quàm vt fideiuſſorum obligatio contra ſtipulationis verba, & vltra id quod expreſsè actum eſt extendatur. Ponimus enim fideiuſſores in diẽ certum fideiuſſiſſe, ac proinde ſatiſdationis dies continuos fuiſſe non vtiles. Alioqui cùm de vtilibus diebus agitur, certum eſt non prius eos cedere quàm actor experiundi facultatem habeat, neque ſufficere, vt per reum non fiat, quominus cum eo agi poſſit, vt Vlpianus ait *in l. 1. D. de diuerſ. temper. præſcript.*

Vera ſententia & lectio l. imperium. 3. ff. de iuriſdict.

CAPVT IIII.

EMendandam eſſe *l. imperium. 3. ff. de iuriſdict.* nõ puto dubitari amplius poſſe poſt editos viri doctiſſimi *Antonij Goueani* aduerſus *Eguinarium Baronem* de Imperio & Iuriſdictione commentarios, in quibus omnia quæ ad eum tractatum pertinent à veteribus interpretibus omnibus ignora-

ta, tam dilucidè, verè, & eleganter explicantur, vt magnus ille vir cùm in aliis quidē iuris partib. alios longè ſuperaſſe, tum in eo maxime tractatu ſeipſo ingenio ſuperaſſe videatur. Præcipua autē de imperio & iuriſdictione quæſtio, tribus his ferè capitibus continetur: Quid imperium merum ſit, quid mixtū, quid iuriſdictio. Quæ ſingula Vlpianus explicat *in d. l. imperium.* Et merum imperium eſſe habere gladij poteſtatem ad animaduertendum in facinoroſos homines. Quod quemadmodum accipiendum ſit, neque magna eſt inter iuris interpretes contentio, neque hoc loco tractare inſtitui. Mixtum verò imperium de quo dicendum nobis eſt, id eſſe ſcribit cui iuriſdictio ineſt, *quod* inquit, *in danda bonorum poſſeßione conſiſtit.* Quibus verbis decepti veteres omnes, &, quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magiſtri, exiſtimarunt Vlpiani ſententiam illam eſſe, vt dare bonorum poſſeſſionem mixti ſit imperij non iuriſdictionis. Alij qui id iuriſdictionem eſſe vident, neque negare poſſunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti imperij ſeu iuriſdictionis eſſe ſcripſerunt. In quo errāt lōgè grauius, mixtum imperium cum iuriſdictione confundentes: neque fieri poteſt vt hoc principio poſito quicquā in eo tractatu intelligant. Etſi enim mixtum imperium eſt cui iuriſdictio ineſt, aliud tamen mixtum imperium eſt, aliud iuriſdictio, neque mixti imperij eſſe poteſt quod iuriſdictionis eſt, aut contrà. Dare igitur bonorum poſſeſſionem iuriſdictionis tantùm eſt non etiam imperij mixti. Aut, ſi datio bonorum poſſeſſionis, iuriſdictionis non eſt, quid, obſecro, iuriſdictionis eſſe poteſt? Omne ſiquidem ius, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, ex Prætoris edicto eſt. Et cùm dici ſoleat Prætoris iuriſdictionem in eo potiſſimum conſiſtere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet. *l. ius autem. 7. §. 1. ff. de iuſtit. & iur.* certum eſt introductas eſſe à Prætore bonorum poſſeſſiones, iuris veteris tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum *in princ. tit. De bonor. poſſeſſ.* Iuſtinianus ſcribit. Vt non malè dici poſſit Prætoriæ iuriſdictionis potiſſimam ferè partem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere. At maximum imperium iuriſdictio non eſt, ſed modica duntaxat coercitio, ſine qua iuriſdictio nulla eſſe poteſt. *l. vlt. ff. de off. eius cui mandat. eſt iuriſdict.* Propter quam cauſam dicitur à Paulo iuriſdictioni cohærere *in §. vlt. l. 1. ff. eod.* Eodem planè ſenſu, quo Vlpianus *in dict. l. imperium.* ſcribit iuriſdictionem mixto imperio ineſſe. Nec audiendi ſunt, qui imperium mixtum cui iuriſdictio ineſt ſeparant ab imperio mixto quod iuriſdictioni cohæret, ſeu quod ineſt iuriſdictioni. Vtrumque enim omnino idem eſt, & ſicut imperiū mixtum nullū eſt, quod non iuriſdictioni cohæreat, ob idque mixtum appellatur, ita imperium mixtum nullum eſt, cui iuriſdictio non inſit. Idq; apertè Vlpianus docet *in d. l. imperium,* cùm mixti imperij veram, & propriam diffinitionem illam tradit, *mixtū imperium eſt cui iuriſdictio ineſt,* ad differētiam meri imperij, quod non tuendæ iuriſdictionis gratia exercetur, ac per ſe ſtat, & in delictis vindicandis totū conſiſtit. Sed iſtos idē error duxit, qui cæteros. Cùm enim ex *d. l. vltim. de offic. eius cui mandat.* viderent imperium non merum ſeu mixtum aliud non eſſe quàm modicam coercitionem ſine qua iuriſdictio nulla eſt, nec coercitionem vllam cernerent in donatione bonorum poſſeſſionis in qua tamen imperium mixtum ab Vlpiano conſtitui putabant, non aliter ſe ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis imperij mixti diſtinctione. Neque ſanè vnquam ſe euoluere poſſit, qui in recepta lectione defendēda pertinax eſſe velit. Nā mixtum imperiū in dāda bonorū poſſeſſione conſiſtere Vlpianus apertè ſcribit. Optio nobis relinquitur an à recepta lectione, an potius à certiſſimis principijs iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. Nec tamen ſubtiliſſimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult ſic ſcripſiſſe aut ſcribere debuiſſe. *Quod in dāda bonorum poſſeßione conſiſtit, iuriſdictio eſt. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dādi licentia.* Ferè. n. ineptus eſt ille loquendi modus, neque ſic explicari poteſt, vt quod imperiū in danda bonorum poſſeſſione cōſiſtit iuriſdictio ſit, cùm vel fauente illo in danda bonorum poſſeſſione imperium nullum conſiſtat, & ſi imperium aliquod eſſet, iam mixtum imperium diceretur, non iuriſdictio. Probabilius ergo eſt in illis verbis, *quod in dāda bonorum poſſeßione conſiſtit,* erratum eſſe, & legēdum *quæ* pro *quod*: nato errore ex vtriuſque ſyllabæ & notæ ſimilitudine, & affinitate. Atque ita Vlpiani ſententia eadem erit, quæ ſecundum *Goueani* emendationem, ſcilicet, dationem bonorum poſſeſſionis imperij mixti non eſſe, ſed iuriſdictionis. Neceſſe autem fuit exemplum ponere iuriſdictionis, vt quid iuriſdictio, ac per conſequentias quid imperium mixtum eſſet, intelligeretur. Et huic interpretationi rectiſſimè conueniunt ſequentia illa, *Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* quæ oſtendunt prius ab Vlpiano datum eſſe exemplum iuriſdictionis. Addit [illegible] etiam de iudicis dandi licentia, ne quis forte ex eo quod dictum fuerat iuriſdictionem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere colligeret nihil eſſe iuriſdictionis præter dationē bonorum poſſeſſionis. Ita namque fieri ſolet vt cùm rei alicuius deſcriptio ſit exemplis, vnum non ſufficiat, ſed plura adduci neceſſe ſit, quò magis rei de qua agitur natura appareat.

Emendatur §. pen. l. 3. D. de minor.

CAPVT V.

APertè falſum eſt quod Vlpianus ex Pomponij ſententia ſcribit *in l. 3. §. penult. D. de minor.* ex quibus cauſis in re peculiari filiifamilias reſtituuntur, poſſe & patrem quaſi heredem nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionem. Nam ex cauſa peculij profectitij filiusfamilias ſi conueniatur reſtitui poteſt. *d. l. 3. §. ſed vtrum.* neque tamē eo mortuo dici poteſt reſtituendum eſſe patrem quaſi ipſius heredem, cùm nec heredem habere potuerit is qui nulla bona moriens relinquit. *l. lex Cornelia. 28. D. de vulgarib. & pupill. ſubſtit.* nec obligatio aliqua ſuperſit contra quam reſtitutio in integrum concedi poſſit. *l. qui contra. 11. D. de fideiuſſorib.* Fateor eius actionis ratione quæ contra patrem ipſum de peculio competit poſſe cum mortuo quoque filio cognitionem impetrare ex cauſa. *argu. l. planè. 12. D. eo.* Sed nomine ipſius filij, vt ſcriptum eſt in *d. §. penult.* id verò nego & pernego. Quin etſi filius patrem heredem haberet, quem certè non habet, ineptè tamē diceretur patri concedi reſtitutionem in integrum nomine filij, quam ipſe iure hereditario impetraret. Non enim defuncti nomine fit quod ab herede fit iure quidem hereditario, ſed nomine proprio. Et quamuis heres defuncti perſonam repræſentet, ac quicquid facit tanquam heres, faciat iure defuncti non proprio. *l. pater filiam. 14. D. ad leg. falcidiam.* alia tamen eſt perſona defuncti, alia heredis. Et aliud

Google

aliud fieri quod nomine defuncti, aliud fieri nomine heredis. Vnde illud eſt quod dicimus, quod eſſe ſeruus hereditarius ſtipulatur, ex perſona defuncti non heredis vires aſſumere ſtipulationem: & hereditatem non heredis, ſed defuncti perſonam ſuſtinere. *l. in eo. 33. §. vltimo. cum l. ſequent. ff. de acq. rerend. rerum domin. l. ſeruus hereditarius. 16. D. de ſtipul. ſeruor.* Sed etſi peculium caſtrenſe filiusfamilias habuerit, eodem modo dici poteſt mortuo eo inteſtato, patrem nec ipſius heredem intelligi, nec eius nomine in integrum reſtitutionem poſtulare poſſe. Quod enim beneficiũ principalib' cõſtitutionibus filiosfamilias indulgetur vt peculij caſtrenſis heredẽ habere poſſit, ita demum ei prodeſt ſi teſtamentum fecerit, ex quo poſteà hereditas adeatur, non ſi inteſtatus deceſſerit. *l. 2. D. de caſtr. pec. l. ſeruus. 18. in princip. de ſtip. ſeruo.* vbi eleganter Papinianus ait nec ſi de caſtrenſi peculio teſtatus ſit, vllam tamen ipſius hereditatem intelligi priuſquàm teſtamentorum aditione confirmatum ſit. Quod ſi dicas patrem in caſtrenſi peculio ſi non verè, ſaltem quaſi heredem filij eſſe quia in filij iure, & dominio id peculium fuerit, dicam repugnare Iuriſconſultum in *dict. l. 2. de caſtr. pec.* cùm ait inteſtati filiifamilias bona caſtrenſia non quaſi hereditatem, ſed quaſi peculium patri deferri, nec niſi valde impropriè poſſe patrem filij quaſi heredem appellari. *l. pluſſ. 18. ff. ad leg. falcid. l. item ſi 7. §. quanquam. ff. de SC. Macedon.* Quod ſi impropriè & abuſiuè loqui velis, poterit etiam pater dici quaſi heres filij, qui profectitium aut aduentitium duntaxat non caſtrenſe peculium viuens habuit. *l. ſtatulibera 9. §. ſi filiusfamilias ff. de ſtatulib.* vbi mortuo filio qui hereditatem in qua fuerat inſtitutus agnouerat, pater ſuperſtes heredis quaſi heres eſſe dicitur. Verùm id eo pertinet vt qui filio heredi dare iuſſus fuerat, patri poſt mortem filij dando conditionem impleuiſſe videatur, non autem vt reſtitutio in integrum quæ heredi quoque competere ſolet, in patrem quaſi heredem filij poſt obitum eius tranſmittatur. Hoc enim ideò fieri nõ poteſt, quoniam, vt diximus, mortuo filio, qualecumque peculium is habuerit, ſi modò teſtatus non ſit, nulla hereditas ſupereſt, nulláque obligatio, quæ beneficio reſtitutionis in integrum reſcindi poſſit. Atque ita rectè *Accurſius* ſcripſit non eſſe hac parte diſtinguendas peculiorum qualitates, nec ſeparandum caſtrenſe peculium vel quaſi, à profectitio, aut aduentitio. Et longè rectius, quàm qui exiſtimant Pomponium inter caſtrenſe & profectitium peculium differentiam hanc conſtituere, vt ſi ex cauſa peculij caſtrenſis filiusfamilias læſus ſit, & reſtitui poſſit, pater quoque nomine filij, poſt obitum eius tanquam heres reſtituatur. Si verò profectitiũ duntaxat peculium filius habuerit, pater reſtitui non poſſit. Nam ex iis quæ diximus apparet non magis vno caſu quàm alio poſſe patrem quaſi heredem nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionẽ, neque ex Pomponij verbis diſtinctio & differentia hæc colligi vllo modo poteſt niſi multa ſuppleas quæ ex ingenio ſuo ſupplent huius diſtinctionis, & differentiæ authores. Sed peſſimè idem *Accurſius* Vlpianum & Pomponium ſic interpretatur vt in quæſtione *d. §. pen.* caſtrenſe peculium à profectitio non diſtinguat. Etenim apertiſſima ſunt Vlpiani verba diſtinguentis ex ſententia Pomponij an caſtrenſe peculium filiusfamilias habeat, necne, vt ſi non habeat caſtrenſe, ſed profectitium aut aduentitium duntaxat, poſſit & pater, id eſt, vt ego interpretor, non tantùm filius qui contraxit, ſed etiam pater filij nomine in integrum reſtitui. Si autem caſtrenſe peculium habeat, non poſſit & pater reſtitui, ſed ſolus filius tanquam in proprio patrimonio captus. Peculium enim caſtrenſe velut proprium filij patrimonium eſt. *l. 2. ff. de S C. Macedon.* Cum igitur in ea ſpecie quã Pomponius, & Vlpianus tractant, differentia conſtituenda ſit inter profectitium aut aduentitium, & caſtrenſe peculiũ, nec tamen dici poſſit in quo differant ſi mortuo filio pater in integrum reſtitui velit, dubium mihi non videtur quin tollenda & delenda ſint verba illa, *poſt obitum eius*, quæ ab imperito interprete, vt credibile eſt, textui addita, vel ex interpretis gloſſa in textum perducta difficilem & obſcuram adeóque falſam elegantis alioquin nec obſcuri loci ſententiam reddiderunt. Iis verò ſublatis dico Vlpiani ſententiam eam eſſe, vt ex quibus cauſis filiusfamilias in re peculiari reſtitui poteſt, poſſit etiã pater nomine filij, & eo viuo tanquam peculij domin⁹ impetrare reſtitutionem. Sed ſi caſtrenſe duntaxat peculium filiusfamilias habuerit, non poſſit pater quaſi dominus poſtulare cognitionem, ſed ſolus filius tanquam in proprio patrimonio deceptus. Neq; huic noſtræ interpretationi quicquã obijci poteſt, præter illa verba, *quaſi heredem*, quæ imperitum interpretem fefellerunt, & impulerunt vt illa quæ ſuſtulimus adijceret, quod non niſi poſt obitum filij pater ipſius heres dici poſſe videretur. At iam nemo ignorat heredis appellationẽ eſſe ambiguam, eáq; ſignificari non illum duntaxat qui in defuncti ius ſucceſſerit, ſed eum etiã qui dominus ſit, vt Iuſtinianus docet *in §. vlt. Inſt. de hered. quali. & differ.* Quod & infinitis veterum latinitatis autorum locis comprobare facilè poſſumus, ſi aut animus eſſet, aut opus. Illud adnotaſſe ſufficiet eodẽ ſenſu patrem heredẽ pro domino dixiſſe Tryphoninum *in l. de hereditate. 19. § pater.* in illis verbis, *non tamen ſi vt heres viuo filio vindictam ſeruo impoſuit. ff. de capt. & poſtl.* vt iampridem diligentiſſimus obſeruator *Iacobus Cuiacius* obſeruauit, reprehenſa etiam Græcorum ad eum locum interpretatione quos dictionis illius *heres* ambigua ſignificatio deceperat. Sanè in eo Vlpiani & Pomponij reſponſo de quo diſputamus, verba illa, *quaſi heredem*, ſignificare, *quaſi dominum*, apparet non ſolũ ex iis quę iam diximus, ſed etiam ex poſterioribus illis verbis §. *in integrum reſtituendus erit quaſi in proprio patrimonio captus.* quæ licet *Accurſius* malè ad patrem referat, de filio tamen intelligi debent, & oſtendunt ei duntaxat reſtitutionẽ dari ſiue pater ſit ſiue filius, qui in proprio patrimonio deceptum ſe allegat. Quemadmodum & præcedentia illa, *nomine filij*, neceſſariò faciunt, vt viuo filio non poſt obitum eius impetratam fuiſſe à patre reſtitutionem in integrum intelligamus, quoniam vt dictum eſt, nomine filij non facit pater quod poſt eius obitum quaſi heres facit. Idque eſt quod ait *l. patri. 27. ff. de minor.* patri pro filio omnimodo præſtandam reſtitutionem, licet filius nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur: & peculium profectitium licet videatur eſſe filij, magis tamen eſt patris. *d. l. 3. nec eo mouemur. ff. eod.* Cùm verò peculium caſtrenſe eſt vel quaſi, quia omnino eſt filij non patris, ſolus filius in integrum reſtitui poterit tanquam in proprio patrimonio captus: neq; patrem audiet Prætor ſi quaſi dominus nomine filij poſtulet reſtitutionem.

Ad l. ſi fundus. 23. D. ad leg. falcid.

CAPVT VI.

Etſi legis falcidię poteſtate ſingula legata ipſo iu-

re pro quadrantis rata minuuntur vt Caius ſcribit *in l.in quantitate.73.§.vlt.D.ad leg.falcid.* aliquando tamē contingit vt minui non poſſint,& ad falcidiæ retentionem doli exceptio heredi neceſſaria ſit, fortè ſi ex pluribus rebus legatis heres quaſdam ſoluerat ſine detractione falcidiæ, neque interpoſita ſtipulatione, *Quantò amplius legatorum nomine acceptum ſit quàm per legem falcidiam capere liceat.* Ex reliquis enim rebus integram falcidiam retinere poterit,id eſt pro iis etiam legatis quæ ſoluta ſunt, idque per doli exceptionem:quoniam hîc legis falcidię poteſtas ceſſat quę nec corpora iam ſoluta, nec ea quæ ſoluta non ſunt pro ſolutis minuere poteſt.*l.ſi ex pluribus.16.D.eod.* Idémque eſt ſi res legata ſit ex earum numero, quæ diuiſionem non recipiunt,vt via,actus,iter, aut alia ſeruitus: quo caſu per legem falcidiam quadrante minui non poſſit legatum quod nec diminutionem, nec diuiſionem recipit, alio remedio heredi ſuccurri non poteſt, quàm ſi legati æſtimatione facta denuntiet legatario vt partem æſtimationis inferat, & ſi non inferat vtatur aduerſus eum exceptione doli mali. *l. ſi is qui quadringenta.§.vltim.D.eod.* Aut ſi pręterea aliquid legatum ſit ex quo falcidia commodè retineri poſſit,ita falcidiæ ratio ponetur, vt vtriuſq; legati falcidia ex altero tantùm retineatur.*l.planè.35. D.eod.* Cæterùm his legibus abutuntur qui exiſtimant falcidiæ ad retentionem doli vel in factum exceptionem ſemper neceſſariam eſſe, quæ certè neceſſaria non eſt niſi iis caſibus quibus ſingula legata per legem minui non poſſunt.*d. l. in quantitate.§.vltim.* Quanquam illud quoq; verum eſt heredem cui totius hereditatis quadrans ipſo iure debetur, poſſe nihilominus ſi malit &tutius eſſe exiſtimet doli exceptionē opponere, quoniam iis qui ipſo iure tuti ſunt multò magis doli exceptionem competere dicendum eſt.*l.qui ſeruum.34.§.ſi is cui. D. de oblig. & action.l.vbicunque.60.D.de fideiuſſ.*Sanè alia remouendæ falcidiæ ratio eſſe videtur.Doli namq; exceptio neceſſaria eſt aut certè apud arbitrium falcidię defuncti voluntas ſeruari debet ratione doli exceptionis.*l.ſi creditor.12.D.ad leg.falcid.* ſcilicet quia cùm ipſo iure falcidiæ retentionem heres habeat, vt diximus,legatario aliter conſultum eſſe non poteſt,quàm per doli exceptionem, ex quo manifeſtè apparet heredi ad falcidiam retinendam exceptionem neceſſariam nō eſſe,alioqui ad eam remouendam replicatione non exceptione doli vtendum eſſet.Nec obſtat *l.quod bonis.15.D.eod.* in cuius ſpecie falcidia per replicationem in factum conceptā ideò retinetur, quia non poteſt ipſo iure, & per legem falcidiam retineri ex ea re quæ nunquā penes heredem fuit,id eſt ex debitoris obligatione ſoluta. *l. cū hereditas.36.D.ad S.C.Trebell.* Deniq; perpetuum illud eſt, vt quoties per legem falcidiam legatum minui poteſt,doli vel in factum exceptio,aut replicatio neceſſaria non ſit.Hinc porrò intelligimus ſi fundus mihi legetur, & via,falcidiam ex viæ legato deduci &retineri non poſſe:quoniam via indiuidua eſt, ſed ſi tantum ſit in via quantum in falcidia, ita ponendam rationem legis falcidiæ vt fundum integrum legatarius conſequatur,viam verò heres retineat. Quamuis enim in huiuſmodi legatis quorum alterū diuiduum,alterum indiuiduum eſt,aliter obſeruari ſoleat, vt falcidia,quæ in indiuiduo retineri non poteſt,ex diuiduo retineatur. *d.l.planè.* in propoſito tamen caſu idem dici non poteſt, licet tantū ſit in falcidia fund' & viæ quantum in fundo, quoniam ſi integrum fundum aut aliquam fundi partē heres retineret, viæ legatum intercideret, cùm nec ſine fundo via eſſe poſſit. *l. 1. D.commun.præd.* nec pro parte duntaxat acquiri aut retineri. *l. pro parte. 11. l. vt pomum.8.§.1.D.de ſeruit.* Proinde vtriuſque legati falcidiam ex ſola via retineri neceſſe eſt. Quo modo Scæuola reſpondit *in l.ſi fundus.23. D.ad leg. falcid* in cuius principio manifeſtum eſt, quod ante nos *Goueanus* in eruditis ſuis ad eum titulum Commentariis obſeruauit,legendum eſſe, *quantum,* pro eo quod vulgò legitur *quanto amplius.* Nam & in Florentinis legitur *quantum amplius*, non *quantò.* Et verum eſſe nō poteſt quod lex ait integrum fundum capi à legatario, ſi ponas plus eſſe in falcidia quàm in via. Neq; enim falcidia,propter naturam & conditionem legatorum diminui poteſt, neque ratio reddi cur integrum fundum legatarius capiat, ſi ad falcidiam viæ æſtimatio non ſufficiat.Præſertim cum in fine legis idem Scęuola moneat,eo caſu quo minus eſt in via quàm in falcidia viam intercidere. Idque apertius ex eo intelligitur quod in ſecunda ſpecie quam Scæuola tractat, ponit legato fundo,& via,minus ex vtroq; falcidiam deſiderare, quàm ſit viæ pretium. Omiſſo eo caſu ſi tantū ſit in via,quantum in falcidia,quem veriſimiliter non omiſiſſet,ſi prioribus legis verbis expreſſus non fuiſſet.At nō probo quod idem vir doctiſſimus ſcripſit legendum *nec* pro *&* in illis verbis *& via peribit.*Cū enim tantum eſt in falcidia viæ & fundi, quantum in via,ob idque vtriuſque legati falcidia ex via retinetur,neceſſe eſt viam perire, non quòd inutile ſit legatum (inutile enim dici non poteſt ex quo legatarius commodum illud ſentit, vt integrum fundū ſine falcidię diminutione conſequatur)ſed quòd via nullatenus præſtetur, imò falcidiæ iure tota penes heredem remaneat. Quòd ſi plus falcidia deſideret, quàm ſit vię pretium,lex ait viam intercidere,id eſt non ſolùm legatario non præſtari,ſed etiam ei non prodeſſe quominus totius fundi falcidia ex ipſo fundo deducatur. Nam cùm hoc caſu aliquā fundi partem penes heredē manere neceſſe ſit, qui ex via falcidiam vtriuſque legati quadrantem habere non poteſt,neque tamen via fundo pro parte acquiri poſſit, vt diximus,ſit neceſſariò vt perinde falcidia ex fundo deducatur, ac ſi via legata non eſſet, quæ ſcilicet propter legis falcidiæ poteſtatem inutiliter legata eſſe intelligitur. Hoc verò tunc tantùm rectè dicitur,cùm plus eſt in falcidia fundi, & viæ, quàm in viæ æſtimatione. Etenim ſi ex contrario minus ſit in falcidia quàm in via,falcidiæ ratio ſic poni poteſt vt viam quidē heres retineat,ſed tamen per doli exceptionē tantū legatario ſarciat quātū ei deeſt, ne contra teſtatoris voluntatem plus conſequatur heres,quàm lex falcidia deſiderat. *d.l.ſi fundus.* In cuius interpretatione manifeſtus error eſt *Accurſii*, & aliorum qui nihil intereſſe exiſtimant, an plus ſit in falcidia,quàm in via,an tantundem: cùm tamen ea lege differentia hęc manifeſtè conſtituatur,quòd ſi tantundem ſit,fundus integer capitur, nec viæ legatum inutile eſt,quod ſcilicet legatario ad falcidiā proficit, licet via legatario pereat, id eſt ab herede non præſtetur.Si verò plus falcidia deſideret quàm ſit viæ pretium, vię legatum intercidit & perinde ac ſi factum non eſſet integra falcidia fundi ex fundo ipſo retinetur,vt & iuris ratio conuincit.*l.Plautius. 49.§.vlt. D.eod.* & Scęuolę verba probant.Quanquā enim poſtrema illa legis clauſula, *vt tunc ſolùm via intercidat,quoties plus falcidia deſiderat,quàm ſit via pretium,*pugnare videtur cū eo quod prius Scæuola dixerat ſi tantum ſit in via quantum in falcidia, viā

perire

perire (& hoc eſt quod *Accurſium, Goueanum*, cæteróſq; omnes fefellit) propius tamen intuenti rectè omnia inter ſe cōueniūt. Et alio ſenſu dixit Scæuola in prima legis ſpecie viā perire, id eſt, legatario non præſtari, at penes heredem iure falcidiæ remanere. Alio verò in fine legis viam intercidere, hoc eſt inutiliter legatam eſſe. Propriè enim legatum intercidit quod pro eo habetur ac ſi factum non eſſet. *l. intercidit. 59. ff. de cond. & demonſtr.* ſeu quod nō procedit vt Paulus loquitur *in d. §. vlt. l. Plautius.* Atque ita Scæuolam intellexiſſe vel ex eo apparet quòd poſteaquàm dixit in prima ſpecie cum tantum eſt in via quantum in falcidia integrum fundum capi, & viam perire, ſubiicit quaſi diuerſum quid, *ſed ſi via legata ſit, nec ſoluēdo ſit hereditas, non debebitur.* Ita innuens in præcedenti ſpecie, non inutiliter legatam eſſe viam, eámque in falcidiam imputari, & ideo integrum fundum ſine diminutione legatario præſtari, qui vtique integer non præſtaretur ſi viæ legatum intercideret, & pro non facto haberetur. Rurſus in ſecunda ſpecie cum legato fundo & via minus ex vtroq; falcidia deſiderat quàm ſit viæ pretium, lex ait non tantùm fundum ſolidum capi, ſed etiam cogi heredem per doli exceptionem ſarcire legatario quārum deeſt, ne plus heres habeat, quàm falcidia deſideret, vt proinde via quidem ipſa non prȩſtetur, ſed tamen vtile ſit legatum, propter quod legatarius & ſolidum fundum conſequitur, & præterea tantùm ex viæ æſtimatione quantum deducta vtriuſque legati falcidia ſupereſt. Ita enim Scæuolā contra *Accurſii* interpretationem intelligo. Ergo quod ſequitur tunc ſolùm viam intercidere cū plus falcidia deſiderat quàm ſit viæ pretium, non ita accipi debet vt via hoc ſolo caſu nō prȩſtetur, quȩ nec aliis caſibus præſtatur, ſed vt viæ legatum omnino inutile ſit & nullius momenti, adeò vt neque in huius legatarij falcidiam imputetur. Nec eſt contrariū quod Marcellus ſcribit *in l. ex aſſe 52. D. eo.* quacunq; ex cauſa legata non præſtantur, imputari ea heredi in quartam partem, quæ per legem falcidiam remanere apud eum debet. Aliud enim eſt imputari hoc viȩ legatum heredi in falcidiam vt tanto minus ex cȩteris legatis deducat, quod verum eſt. Aliud verò imputari in falcidiam eius duntaxat legatarij cui via legata eſt, quod nos negamus, & eam viæ imputationem non huic tantùm, ſed cæteris quoque legatariis prodeſſe contendimus, vt contingeret ſi via legata non fuiſſet.

De ordinariis, & extraordinariis iudiciis, & emendatio l. actio. 47. D. de neg. geſt.

Capvt vii.

QVI de vetere iudiciorum Romanorum more & ritu ſcripſerunt, in eo omnes conſentiunt, quod exceptis quibuſdam cauſis, veluti ſtatus, reſtitutionis minorum, & aliarum huiuſmodi de cȩteris, Prætores, Prȩſides, cȩteriq; magiſtratus non cognoſcebant, ſed iudices dabant qui de facto cognoſcerent, & ſententiam ferrent. Idque ordinarium fuiſſe certum eſt, & pleriſq; iuris noſtri locis comprobari poteſt, præſertim *l. cum Prætor. 12. l. iudicium ſoluitur. 58. & paſſ. tot. tit. D. de iud.* qui eſt de iudicibus datis, *l. à Diuo Pio 15. D. de re iud. l. 2. C. de pedan. iudic.* qua primùm inductum eſt abrogato iure vetere vt de cauſis omnibus magiſtratus ipſi cognoſcant, & notionem ſuam interponant, neque iudices dare poſſint. Ex quo intelligimus ordinaria iudicia ea dicta fuiſſe quæ iuxta ordinariū iudiciorum ritum exercebantur, & apud iudices datos, non apud magiſtratus, qui propriè non iudicare, ſed ius dicere dicebātur. Extraordinaria verò illa, quæ per ipſos magiſtratus expediebantur, cuiuſmodi erant perpauca, & ea duntaxat quæ maiore priuilegio & fauore digna exiſtimabantur. In eo autem præcipuè ordinaria ab extraordinariis differebant, quòd in ordinariis cùm iudices darentur, certas quoque formulas à magiſtratibus præſcribi neceſſe erat, ſecūdum quas iudices ſententiam ferrent, & ab iis ne latum quidē vnguem recederēt. In extraordinariis verò nullæ præſcribebantur formulæ, nec ſibi magiſtratus legē imponebant, quominus ex arbitrio ſuo ius dicerent. Hinc illa nata eſt iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris differētia, quòd in bonæ fidei iudiciis plenius, &, vt ita dixerim, abundantius iudicis officium eſſet, quàm in ſtrictis. Nempe quoniam diuerſa formularum quæ iudicibus præſcribebantur conceptio id poſtulabat. Quamquam ſi quis pergat quærere, cur aliter in his quàm in illis Prætor formulam conciperet, alia ratio quærēda erit, neque mihi hæc ſatisfaciet, licet doctiſſimis pleriſque viris ſat fecerit. Sed ea diſputatio alterius eſt loci. Inde etiam colligitur in formularum interpretatione multùm interfuiſſe an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet. Directa enim actione propoſita cùm fortè vtilis tantùm competeret nullæ iudicis dati partes eſſe poterant niſi ad condemnandum, neque de vtili actione cognoſcere poterat, cui Prætor de directa duntaxat iudicandi poteſtatem fecerat. Verùm poſterioribus Imperatoribus rectè placuit tollendas eſſe has ſcrupuloſas formularum conceptiones. *l. 1. & 2. C. de formul. & impetrat. action. ſublat.* neque permittēdū magiſtratibus iudices dare niſi vel propter cauſarum multitudinem vel alias occupationes, iuſtúmque impedimentum cognoſcere ipſi non poſſent. *d. l. 2. C. de pedan. iudicib.* Ac proinde omnia hodie iudicia extraordinaria ſunt, *§. vlt. Inſt. de interd.* id eſt eodem prorſus modo tractāda quo, quæ olim extraordinaria dicebantur. Magis tamen propriè ordinaria dici debēt, quòd ea Diocletiani, & Maximiani conſtitutione ordinarium factum ſit, quod prius erat extraordinarium. Sed tamen in Iureconſultorum reſponſis extant adhuc infinita iuris illius veteris quo vtebantur, veſtigia, neque aliam ob cauſam tot locis diſputarunt directáne an vtilis actio competat, quàm quod id ſcire multū referret propter ſubtilem illam, & ſcrupuloſam formularū conceptionem, licet vtraque vt plurimùm eiuſdem ſoleat eſſe effectus & poteſtatis. Cùm igitur ex ſuperioribus, maximè verò *ex d. l. 2. C. de pedan. iudic.* appareat ita comparatū fuiſſe ius vetus, vt iudicia fortè omnia eſſent ordinaria, pauciſſima autem extraordinaria, facile eſt intelligere negotiorū geſtorum iudicium ordinarium fuiſſe non extraordinarium, ſiquidem de actione negotiorum geſtorum Prætor ipſe non cognoſcebat, ſed iudicium & iudicem dabat, vt ex edicti verbis intelligitur quæ ſic concepta ſunt, *iudicium eo nomine dabo. l. 3. in princip. D. de nego. geſt.* non quomodo verba edicti De minoribus, *vti quaque res erit animaduertam, l. 1. D. de minor.* Scilicet quia de in integrum reſtitutione minorum ſolus Prætor cognoſcere poterat, neque iudicium dabat, quod in cæteris partibus edicti de reſtitutionibus diuerſum erat in quibus Prætor iudicium daturum ſe pollicetur. *l. metum autem 9. § ex hoc edicto. l. item ſi cum 14. § quod ſi homo, D. quod met. cauſ. l. 1. D. de dolo. l. 2. § 1. D. de capit. minut. l. 1. & tot. tit. D de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* Credo, quòd cæteris fauorabilior viſa ſit minorū reſtitutio, & dignior quæ

maiores iudices haberet. Ergo ordinarium fuit negotiorum geſtorum iudicium. Quod cùm ita ſit excuſari non poteſt aut explicari ratio quæ ex Paulo proponitur *in l. actio. 47. D. de negot. geſt.* vbi poſteaquàm dictum eſt actionem negotiorum geſtorum illi dari, cuius intereſt eo iudicio experiri, neque referre directa quis an vtili actione agat aut conueniatur, ratio illa redditur, quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua ſit, maximè cùm vtraq; actio eiuſdem poteſtatis ſit, eũdémq; habeat effectum. Auſim ego deſerre corruptum eſſe locum à Triboniano vt cæteras pleraſque Digeſtorum leges, quas contra iuris veteris rationem ad poſteriorum Imperatorum cõſtitutiones accommodauit, vt ex recentioribus doctiſſimi viri iam obſeruarunt, neque ad perſuadendum quod volo aliis exemplis vtendum eſſe arbitror, quando nullum apertius aſſerri poſſit eo de quo diſputamus. Cum enim Paulus ſcripſiſſet nihil referre directa quis an vtili actione negotiorum geſtorum agat, aut cõueniatur, cum vtraque actio eiuſdem poteſtatis ſit eundémq; habeat effectũ, aliam rationem Tribonianus ex ſuo addidit iis verbis, *quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua eſt.* Deinde vt rationem hãc cum ea quã Paulus dixerat connecteret, adiecit dictionem illam *maximè*: atque ita elegantem legis ſententiam, & rationem inepta ratione fœdauit. Quod etiamſi iuris ratio non conuinceret, ferè tamen ipſa verba oſtenderent, ſi Pauli & Triboniani ſtylum bene agnoſco. Solet enim Tribonianus iuris veteris ſubtilitates ridere, & ſuperuacuas dicere. Vnde factum ſuſpicor vt qui eam Triboniani rationem ineptam & ridiculam eſſe animaduertũt, pro *quia* maluerint legere *planè*. Quam lectionẽ nec ſi velit probare poſſit is qui intelligit ea dictione *planè* paſſim in iure ſignificari exceptionẽ, quę in propoſito caſu ad id quod Paulus dixerat adhiberi nulla poteſt. Sed neq; cum eo quod in principio legis de negotiorum geſtorũ actione ſcriptum eſt, ea Triboniani adiectio quicquam commune habet. Quorſum enim de extraordinariis iudiciis tractare oportuit, cùm de negotiorum geſtorum actione quęrebatur? Rurſus in extraordinariis iudiciis quæ quęſtio eſſe poteſt vtrum directa actio ab vtili differat, cùm in iis nec directa nec vtilis actio detur? Ideóque nimirum non actiones, ſed perſecutiones propriè dicuntur, quæ iuris ordinarij non habent executionem, vt Vlpianus ait in *l. pecunia. 178. §. actiones. D. de verbor. ſignificat.* At elegans erit Pauli ratio ſi ſic eum ſcripſiſſe ponamus, nihil referre directa quis an vtili negotiorum geſtorum actione experiatur vel conueniatur, cum vtraque actio eiuſdem poteſtatis ſit eundémq; habeat effectum. Quoniam non de illo Paulus quærit an in conceptione formulæ nihil interſit vtrum directa an vtilis actio impetretur, ſed illud duntaxat monet, cùm quæritur an negotiorum geſtorum agi poſſit, non eſſe diſtinguendum an directa an vtili actione agatur, ſed id tantum inſpiciendũ an interſit eius qui agere vult: quoniam actio negotiorum geſtorum illis omnibus datur quorum intereſt eo iudicio experiri, & ſiue directa ſiue vtili actione experiamur, in id agimus vt quod noſtra intereſt conſequamur. Idq; eſt quod lex ait vtramq; actionẽ eiuſdem eſſe effectus & poteſtatis. Quanquam & ſi quis velit dicere, omnia hæc Triboniani eſſe ob illis verbis, *quia in extraordinariis iudiciis*, facilè id concedã nec valde repugnabo, licet poſterior illa ratio rectè defẽdi & explicari poſſit. Omnia enim, vt mihi quidem videtur, Triboniani ingenium & phraſim redolent. Cæterùm, vt hoc etiam addamus, quamuis verum ſit in extraordinariis iudiciis nihil intereſſe directa quis an vtili actione conueniatur, ex eo tamen inferri non poteſt quod parum ſubtiliter meo iudicio quidam inferunt, fideiuſſoriam obligationem hodie non tolli, ſi fideiuſſor debitori heres extiterit, & in creditoris electione eſſe vtrum ex cauſa fideiuſſoria an ex cauſa principali aduerſus fideiuſſorem agere velit. Repugnat enim *l. 5. D. de fideiuſſ. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. D. de ſolut.* neque earum actionum altera directa, altera vtilis eſt, ſed vtraque directa, vna tamen plenior altera, vna principalis, altera acceſſoria. Et ideò illa ſemper iuris veteris ratio manet, quæ facit vt obligatio maior tollat minorem. *l. cùm reus. 14. l. heres à debitore. 21. §. quòd ſi hic ſeruus. D. de fideiuſſ. l. cùm quis. 38. §. vlt. l. ſi duo. 93. in fin. D. de ſolut.* Nam quæ facta eſt iudiciorum mutatio vt hodie extraordinaria ſint omnia, ſcrupuloſas duntaxat actionum formulas, & impetrationes ſuſtulit, at certam & indebitam iuris rationem non immutauit. Et vt ait *l. 2. C. de formul. & impetrat. action. ſublat.* actionem impetrari quidem neceſſe non eſt, ſed tamen competere neceſſe eſt: neque intereſt qua actione agatur ſi modò competat. Verùm vt hodie competat actio quæ olim non competebat nulla poſteriorum Imperatorum conſtitutione factum eſt, neque verò ex iuris ratione fieri potuit. Nec ſimile eſt exemplum quo vtuntur *ex l. quamuis. 8. §. ſi mulieri. D. ad Senatuſconſult. Velleian.* vbi Vlpianus ſcribit ſi mulier veteri debitori, id eſt, pro quo expromiſerat ſucceſſerit, poſſe eam reſtitutoria actione conueniri qua defunctus tenebatur, vel etiam directa actione ſi creditor eligat, quia mulieris nil interſit qua actione conueniatur. Hoc enim caſu nulla principalis & maior obligatio eſt, quę acceſſoriam, & minorem tollere poſſit, cùm principalis debitor mulieris expromiſſione liberatus fuerit: quam ob cauſam rectiſſimè *Accurſius* expromiſſionem à cæteris interceſſionum ſpeciebus ſeparat, per quas principalis debitor non liberatur: & aperta diſſimilitudinis ratio eſt, quicquid cauſentur ij, qui fideiuſſionem mulieris ſi ea principali debitori heres extiterit confirmari exiſtimant: quod nullo iuris loco comprobare poſſint. Nam Papinianus *in d. l. Stichum. §. aditio. verſic. aliquando. de ſolution.* eandem ſpeciem tractat quam Vlpianus, de muliere ſcilicet intercedente animo nouãdi & per expromiſſionem, non de fideiubente, vt idẽ *Accurſius* interpretatur, ne alioqui ſibi ille contrarius ſit qui ſtatim *in §. ſeq.* ſcribit fideiuſſoriam obligationem extingui, quoties fideiuſſor debitori heres exiſtit. Denique ſi ab expromiſſione mulieris ad fideiuſſionem & cæteras aliorum interceſſiones argumentari liceret, dici non poſſet cur non olim & iure Digeſtorum obtinuerit quod illi nunc obtinere volunt: cùm nihil noui inductum ſit niſi vt extraordinaria ſint omnia iudicia, quod planè ad rem nõ pertinet, quia neque iudicium in quo Senatuſconſulti Velleiani exceptio obiici poterat extraordinarium erat ſed ordinarium.

Emendatur l. vbi purè. 19. §. 1. D. ad S.C. Trebell. & l. ſi quis iniuriam. 35. D. de iniur.

CAPVT VIII.

QVod iampridem doctiſſimi viri plerique obſeruarunt permultos in libris noſtris errores ex notis quib. librarij vet. maximè vtebãtur, creatos

eſſe,

eſſe, id ego accidiſſe animaduerti in *l. vbi purè 19. §. 1. D. ad S.C. Treb.* vbi cùm ſcriptum eſſet *fideicommiſſi*, his notis, F.C. factum eſt ab iis qui non intelligebant vt in libris omnibus ſcriptum ſit *Senatuſconſulti*, acſi ſcriptum fuiſſet S. C. Nam *fideicommiſſi* legendum eſſe non *ſenatuſconſulti*, ipſa §. quæſtio demonſtrabit. Teſtator ita dixerat, *Te rogo Luci Titi, vt hereditatem meam cum Attio partiaris.* Diuiſa inter Titium & Attium hereditate ſecundum teſtatoria voluntatem, quærebatur an aduerſus Attium qui dimidiam hereditatis partem habuerat actiones ex Senatuſconſulto Trebelliano competerent. Et Paulus ex Ariſtonis ſententia reſpondet, competere: quoniam verba illa teſtatoris pro iis accipienda ſint, *Rogo hereditatem illam reſtituas.* Tum ſequitur *nec verba ſpectantur Senatuſconſulti, ſed ſententia quibuſcunque verbis, dum teſtator ſenſerit vt hereditas ſua reſtituatur.* At abſurdum ſit dicere non ſpectari verba Senatuſconſulti: ſed ſententiam teſtatoris. Dicendum enim erat non ſpectari verba teſtatoris, ſed eius ſententiam. Vel, non eſſe ſpectanda verba Senatuſconſulti, ſed ſententiam Senatuſconſulti, quia voluntas & ſententia teſtatoris contra Senatuſconſulti verba defendi non poteſt. *l. Titia 86. D. ad leg. falcid.* Rurſus ſi verum eſt quod Paulus ait, illa verba, *Rogo te Titi vt hereditatem meam cum Attio partiaris*, ſic accipienda eſſe, ac ſi teſtator dixiſſet, *rogo vt hereditatis meæ partem reſtituas.* profectò ex Senatuſconſulti verbis actiones in Attium trãsferuntur. De illo enim Senatuſconſultum disertè loquitur in quem ius fructúſque transfertur, & cui fideicommiſſum ex teſtamento reſtitutum eſt. *l. 1. D. ad S.C. Trebell.* Denique verba illa Pauli, *ſed ſententia quibuſcumque verbis*, oſtendant manifeſtiſſimè loqui Paulum de verbis fideicommiſſi, non de verbis Senatuſconſulti. Hæc enim numquam mutantur, illa pro teſtatorum arbitrio, & voluntate mutantur. Illud igitur in propoſito caſu dubitationem faciebat vt in Attium actiones ex Trebelliano non competere viderentur, quòd reſtituendi verbo teſtator vſus non fuerat, neque ex fideicommiſſi cauſa hereditatis partem Attius habere videbatur, ſed potius ex alia cauſa, & alio iure quod expreſſum non eſſet Senatuſconſulto, cuius tamen poteſtate fit vt ab herede in alium qui heres non eſt actiones tranſeant. Sed Paulus ex Ariſtonis ſententia eleganter reſpondet non eſſe ſpectanda verba fideicommiſſi ſed ſententiam quibuſcumque verbis conceptam: vt quoties apparet teſtatorem voluiſſe hereditatem ſuam reſtitui, licet reſtituendi verbo vſus non ſit, nihilominus fideicommiſſum inducamus: quod cùm ſit proculdubio ex verbis & poteſtate Senatuſconſulti actiones in fideicommiſſarium transferuntur. Atque ita *Accurſius* quoque legiſſe & ſenſiſſe videtur, cùm eorum verborum interpretationem ſumit ex aliis legibus quæ probant in teſtamentis non tam verba, quàm ſententiam teſtatoris inſpici debere, vt *l. 3. C. de lib. præter. l. cùm virum 16. C. de fideic. l. 3. §. conditio. D. de adim. legat.* Simili ferè errore puto in *l. ſi quis iniuriam 35. D. de iniur.* ſcriptum eſſe *prætor* pro *præfectus*, cùm ſcriptum eſſet his notis *præ.* aut *præf.* Neque enim verum eſt quod Vlpianus ait ſi quis iniuriam atrocem fecerit qui contemnere iniuriarum iudicium poſſit ob infamiam ſuam & egeſtatem, Prætorem acriter exequi hanc rem debere, & eos qui iniuriam fecerint coërcere. Generaliter namque placet in legibus publicorum iudiciorum vel priuatorum criminũ Præfectos duntaxat vel Præſides qui extra ordinem cognoſcunt iis qui pœnã pecuniariam egentes eludunt coercitionem extraordinariam inducere. *l. 1. §. generaliter. D. de pœn.* Prætor autem neque extra ordinem cognoſcere, neque extraordinariam coërcitionem inducere potuit, neque acriter coercere, quia ſcilicet merum imperium non habebat, & omnia omnino crimina præfectura vrbis ſibi vindicauerat. *l. 1. D. de offic. præfect. vrb.* Adeò vt iis etiam caſibus quibus Prætor cæteríque Romæ magiſtratus cognoſcere poterant, ſi tamen res grauiorem & atrociorem punitionem exigeret ad Præfectum vrbis remitti reus deberet, vt ſi quis fortè de plebeiis ob facta atrociora in tutela admiſſa fuiſſet apud Prætorem accuſatus, & grauiore animaduerſione indigeret, quàm vt ſufficeret ſuſpecti infamia. *d. l. 1. §. ſolent. l. 1. §. vltim. D. de ſuſpect. tutor.* Vel ſi libertus tutelam filiorum patroni fraudulenter geſſiſſe probaretur. *l. 1. D. eodem.* Sic legimus Præfectum vigilum licet fuſtibus vel flagellis cædi inſularios & eos qui negligentes ignes apud ſe habuiſſent iubere potuerit, eos tamen qui dolo feciſſe incendium conuicti eſſent, ad Præfectum vrbis remittere debuiſſe. *l. vlt. D. de offi. præfect. vigil.* & generaliter eos omnes qui grauiore coërcitione, & animaduerſione digni videbantur. *l. 3. §. cognoſcit. D. eo.* Ergo ad Præfectum non ad Prætorem pertinet coërcitio eorum, qui iniuriam atrocem fecerunt, & propter ſuam infamiam & egeſtatem contemnere iniuriarum iudicium poſſunt, quia acriter & grauiter ſunt puniendi. In prouinciis autem ea res ad Præſidis notionem ſpectat. *d. l. 1. §. vlt. D. de pœn.* quia Præſes non Prætoris duntaxat, ſed etiam Præfecti vrbis & omnium qui in vrbe ſunt magiſtratuum vice & partibus fungitur. *l. ex omnibus: cum duabus ſequentibus D. de offic. Præſidis. l. ſi in aliquam. 7. §. cùm pleniſſimam. cum ſequentibus legibus. D. de offic. Proconſul.* Denique Prætorem in vrbe non potuiſſe acriter hanc rem exequi, vel ex eo apparet quòd Prætoris edicto de iniuriis nihil ſtatutum eſt, aduerſus hos iudicij iniuriarum contemptores, neque iudicij iniuriarum alia pœna introducta quàm infamia, & iniuriæ pecuniaria æſtimatio, *§. pœna autem. Inſtit. de iniur.* vt proinde cùm quis iniuriarum iudicium contemnit propter infamiam ſuam, & egeſtatem quaſi manco & deficiente Prætoris imperio, ad Præfecti iuriſdictionem tanquam ad maius tribunal recurrendum ſit, & ad coercitionem extraordinariam cùm ordinaria non ſufficit. Háncque interpretationem ipſa etiam legis inſcriptio confirmare videtur quæ oſtendit depromptam eſſe eam legem ex Vlpiani libro tertio De omnibus tribunalibus, in quo apparet non de Prætoris tantùm, ſed etiam de Præfecti tribunalis poteſtate & iuriſdictione eum diſſeruiſſe. Non diſſimili errore apud Valerium Maximum quodam loco ſcriptum legimus, datam fuiſſe bonorum poſſeſſionem à Calpurnio Piſone Præfecto vrbis, cùm tamen neque is Præfectus fuerit ſed Prætor: neque bonorum poſſeſſionem dare Præfecti potuerint ſed Prætores duntaxat, vt notiſſimum eſt. Ideóque illo loco pro Præf. legendum eſſe Præt. rectiſſimè doctiſſimus Cuiacius Obſeruationum ſuarum libris adnotauit.

Malè à nonnullis emendatum eſſe §. ſi pater. l. ſi cùm dotem 22. D. ſolut. matrim. & quomodo probabilius emendari poſſit, oſtenditur.

Capvt IX.

Cvm certi iuris ſit tam in exigenda, quàm in ſoluenda dote, quæ communis eſt patri & filiæ, v-

luntatem requiri, nec alterius facto alterius conditionem deteriorẽ fieri poſſe, *l.2.& 3.D.ſolut.matrimon.* difficilis quæſtio eſt, quid iuris ſtatuendum ſit ſi abſente aut expreſſè cõtradicẽte filia pater dotem à genero exegerit, deinde filię legatum reliquerit, an nihilominus filiæ aduerſus maritum actio de dote ſalua ſit vt dotem à marito, & legatum à patris herede conſequatur. Ac ſiquidem relictum ſit legatum dotis nomine, indubitate dici poteſt filiá alterutro contentam eſſe oportere, & ſi à marito dotem petierit, nõ poſſe à patris herede legatum conſequi, niſi plus ſit in legato quàm in dote, quo caſu facta compẽſatione vſque ad eandem ſummã quæ cõcurrit id tantummodo quod excedit in legato, ex teſtamento præſtabitur, vt Modeſtinus reſpondit *in l.Titia 34.§.quæ inuita.de legat.2.* Sed ſi filiæ pater legauerit non adiecto eo, *dotis nomine*, hic caſus eſt de quo magna contentione certarunt iam olim inter ſe veteres iuris interpretes, & ſuperioribus annis in Gallia Cuiacius, & Robertus. Dubitandi verò cauſam præcipuam illud facit, quod Vlpianus ſcribit in *l.ſi cum dotem 22.§.ſi pater. D.ſolut. matrimon.* ſi pater filia abſente de dote egerit, & ſi omiſſa ſit de rato ſatiſdatio, filiæ denegari debere actionẽ, ſiue patri heres extiterit, ſiue in legato tantum acceperit quãtum dotis nomine ſatis eſſet, eique companſandum in dotem, quod à patre datur. Quo loco manifeſtum eſt loqui Vlpianum de legato facto non dotis nomine ex illis verbis, *ſi in legato tãtum acceperit quantum dotis nomine ſatis eſſet*, quæ ego ita explico, Si in legato tantum acceperit quantum ſufficeret, ſi dotis nomine legatum eſſet, vt intelligamus dotis nomine legatum nõ fuiſſe. Neque tamen veriſimile eſt cõpenſandum eſſe cum dote legatum quod dotis nomine relictum non eſt. Imò verò extat Pomponij ſententia *in l.4.D.de dot.collat.* ſi pater pro filia dotem promiſerat, deinde exheredatæ vel etiam emancipatæ & pręteritę legatum dederit, filiam habere dotem præcipuam, & prætereà legatam. Quod & in cæteris crediroribus generaliter traditum eſt, vt ſi iis res pignoris iure obligata à debitore legata ſit, non ideò prohibeantur pecuniam creditam petere niſi voluntas teſtatoris compenſare volentis euidenter oſtẽdatur. *l.creditorem 85.D.de legat.* Nec dici poteſt cur deterior filiæ conditio eſſe debeat quàm cæterorum cõtra quos voluntatem teſtatoris compenſare volentis numquam præſumitur, niſi ab herede probetur, *l.quingenta 12.D. de probat.* excepta vxore cui ſi quid à viro legatum ſit, licet expreſſum non ſit compenſandi animo legatum fuiſſe, alterutro tamẽ hoc eſt vel dote, vel legato contentam eſſe eam oportebat Digeſtorum iure propter edictum De alterutro, quod etiam à Iuſtiniano ſublatum eſt. *l.vnic.§.ſciendum.Cod.de rei vxor.act.* Neque huic ſentẽtiæ vllus iuris locus eſt, qui repugnet, præter *d.§.ſi pater.* Nam *in l.huiuſmodi 84.§.cùm pater.de legat.1.* proponitur pater pro filia ſua dotis nomine centum promiſiſſe, deinde eidem centum eadem legaſſe, vt proinde mirum videri non debeat, quod Iuliano placet doli mali exceptione heredem tutum eſſe ſi & gener ex promiſſione & puella ex teſtamento agere velint. Conuenire enim inter eos oportere vt alterutra actione cõtenti ſint. Cui ſimile eſt quod Vlpianus ait *in l.cùm pater 27. de iur. dot.* cùm pater dotem pro filia promittit, & dotem legat filiæ, non aliter poſſe filiam vtrumque conſequi, quàm ſi oſtenderit voluntatem teſtatoris illam fuiſſe vt duplicaret ei legatum, ſcilicet, quia dotem promiſerat, & dotem legauerat, neque heredis fauor patitur vt duplici dotis præſtatione eum onerari voluiſſe teſtatorem in dubio interpretemur. *d.§.quæ inuita & l.Lucius 88.§.impuberem.de legat.2.* Qua etiam ratione Celſus reſpondit ei cui legata fuerat militia ſiue pecunia quæcumque redigi ex militiæ venditione poſſet, ſi poſteà teſtator militiam vendiderit & pretium legatario dederit; non eſſe ab herede præſtandum aliud militiæ pretium, niſi legatarius eam defuncti voluntatem fuiſſe oſtenderit. *l.Lucius Titius 22.D.de legat.2.* Vt mirum ſit *Rogerium, Accurſium, Bartolũ*, & cæteros ad *d.§.cùm pater.* ſcripſiſſe compenſandi animum & voluntatem præſumi, etiamſi aliud legatum ſit, quàm quod debebatur. Vnde fit vt *dict.l.4.D.de dot.collat.* aliud reſpondere *Bartolus* non poſſit, quàm in eius ſpecie promiſſam fuiſſe quantitatem & legatam ſpeciem, vel contrà promiſſam ſpeciem & legatam quantitatem: quod neque ex Pomponij verbis colligi poteſt, neque vllo iuris loco comprobari, cùm nihil interſit quòd pertinet ad teſtatoris voluntatem, an quantitas cum ſpecie, an cum quantitate compenſetur, neque ſimile ſit quod dici ſolet in actionibus, & iudiciis petenti quantitatem non poſſe obiici compenſationem ſpeciei vel ex diuerſo, quoniam longè aliud eſt de teſtatoris voluntate, aliud de actoris & rei iure quærere. Reliquum igitur eſt vt de Vlpiani ſententia in *d.§.ſi pater.* diſputemus. Solus enim ille locus eſt, vt diximus, quo probari poſſit legatum filiæ relictum etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, cum dote compenſari. Quæ res fecit vt doctiſſimo *Cuiacio* viſum ſit in ea ſpecie intelligendum eſſe legatum factum dotis nomine, quaſi ſatis expreſſum id ſit, eo quod lex ait alterutro contentam eſſe filiam debere, & ſi legatum acceperit compenſandum legatum cum dote. *Robertus* contrà defendit non fuiſſe legatum relictum dotis nomine, neque tamen poſſe filiam vtriuſque petere, quia in ea ſpecie, id eſt, cum pater abſente filia dotem exegit, minus imputare ei poſſit quàm ſi expreſsè contradicente filia egiſſet, tum propter ſpem acceſſuræ voluntatis ipſius filiæ, tum etiam quia etſi non accedat, in inpitis tamen omnino quaſi ea accedente dotem ſolus exigere poſſit. *l.dotem 37. D.ſolut.matrimon.* vt ideò minus duplici præſtatione eius heres onerandus ſit quàm ſi contra expreſſam filiæ voluntatem peruicaciter (ſic enim loquitur) dotem exegiſſet. Ego verò neque neceſſe arbitror comminiſci quod vult *Cuiacius* apud Vlpianum *in dict.§.ſi pater.* legatum fuiſſe relictum filiæ dotis nomine, neque poſſum mihi perſuadere quod *Robertus* exiſtimat, nihil intereſſe an dotis nomine legatum ſit nécne, & illud duntaxat diſtinguendum an abſente an inuita & contradicente expreſsè filia, pater dotem exegerit. Nulla enim ratio eſt vt cum dote compenſetur id, quod dotis nomine legatum non eſt. Idque Modeſtinus ipſe *in d.§.quæ inuita.* ſatis apertè innuit, cùm ait non eſſe veriſimile patrem duplicis præſtatione dotis filium eundémque heredem onerare voluiſſe, præſertim cùm putauerit ſe efficaciter, licet non conſentiente filia, inſtituiſſe aduerſus generum de dote actionem. Non dixit, veriſimile non eſſe patrem voluiſſe heredem onerare duplici præſtatione, ſed adiecit, *duplici præſtatione dotis*, quia legatum relictum fuerat dotis nomine: ex quo apparet relicto ſimpliciter legato aliud reſponſurum fuiſſe Modeſtinum, maximè cæteris quoque coniecturis, quibus in ea ſpecie motus eſt ceſſantibus, id eſt ſi neque filius heres fuiſſet, neque pater exiſtimaſſet efficaciter ſe ſine conſenſu filiæ à genero dotem exegiſſe. Neque rurſus di-

ci

ci poteſt quicquam intereſſe an abſente, an verò inuita, & expreſſè contradicente filia pater dotem exegerit. Neutro enim caſu pater ſine filia agere potuit, neque maritus patri ſoluere, quominus integra filiæ & ſalua maneat de dote aduerſus maritum actio. *l. qui hominem 34. §. ſi gener. D. de ſolut.* & contradicere intelligitur filia quæ abſens eſt *l. 2. §. vlt. D. ſolut. matri.* vt rectiſſimè *Cuiacius* contra *Robertum* diſputauit. Ac præterea Modeſtinus non illam ſuæ ſententiæ rationem affert, quòd patri expreſſè filia contradixerit, ſed quòd patri ſuo non conſenſerit. Nec verò vllo iuris loco reperias patrem poſſe agere ſine filia ſpe acceſſuræ voluntatis filiæ. Nam in *d. l. dotem 37. D. ſolut. matrimon.* non ait Vlpianus poſſe patrem de dote agere ſine conſenſu filiæ, ſed videri patrem egiſſe & dotem recepiſſe voluntate filiæ, ſi ea cauſam contradicendi non habuit, quod omnino ſic intelligi debet, ſi præſens ea fuerit, aut ſciens, ne pugnet, quod idem Vlpianus ſcribit in *d. §. vltim. l. 2. D. eod. tit.* An igitur dicendum eſt eandem eſſe ſpeciem & quæſtionem *d. §. ſi pater.* quæ illius *§. qui inuita?* Minimè verò. Etenim Vlpianus in *d. § ſi pater.* de illo duntaxat quærit, an ſi filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit, quantum dotis nomine ſatis eſſet, aduerſus maritum qui abſente ea dotem patri ſoluit, agere de dote poſſit. Modeſtinus verò eum caſum tractat quo filia nihildum à patre acceperit, & quærit non an contra maritum actio ei danda ſit, ſed quantum à fratre herede conſequi debeat. Inter quos caſus multum intereſſe nemo eſt, meo iudicio, qui negare poſſit, & miror viros doctiſſimos id non animaduertiſſe, qui cætera omnia tam diligenter & ſubtiliter obſeruarunt, vt nihil ignoraſſe aut prætermiſiſſe videantur. Differentiæ autem ratio aperta eſt, quia cùm patri filia heres extitit, aut ab eo tantum accepit quantum dotis nomine ſatis eſſet, patris factum approbare videtur, nec amplius dicere poteſt factam eſſe à patre conditionem ſuam deteriorem: & quod patri ſolutum eſt, videtur ad filiam perueniſſe *l. 3. D. ſolut. matrimon.* At cùm nihil filia à patre accepit, & priuſquàm agnoſcat legatum aduerſus maritum agere vult, dubitandum non eſt quin ſiue dotis nomine ſiue ſimpliciter legatum ſit, aduerſus maritum agere poſſit, cùm patri ſuo non conſenſerit, vt Modeſtinus ait, ſed ſi aduerſus maritum egerit, legatum non petet, niſi quatenus dotis quantitatem excedit, aut niſi ſimpliciter legatum ſit, non adiecto eo *dotis nomine*, quo caſu & dotem à marito conſequetur & legatum à patris herede, nulla facta compenſatione. Quod igitur Vlpianus ſcribit in *dict. §. ſi pater.* compenſandum in dotem filiæ quod ei à patre datur, ſic intelligendum eſt, vt compenſatio obiiciatur non ab herede patris ſed à marito, tum quia eum quoque caſum tractat ſi filia ipſa patri heres extiterit, tum etiam quod aduerſus patrem qui dotem exegit, aut eius heredem filia actionem nullam habeat, ſed tantùm aduerſus maritum, qui poſtea dotem à ſocero condicere poteſt. *d. l. qui hominem. §. ſi gener. D. de ſolut.* Hinc verò ſequitur, ſi tantundem ſit in dote quantum in legato, nihil lucrifacere filiam, quia licet ei nihil legatum eſſet, dotem repetere à marito poſſet quaſi ſocia & particeps obligationis. Ideóque verum non eſt quod Vlpianus ex Iuliano ſubiicit, in *d. §. ſi pater.* lucro eius cedere, ſi tamen à patre conſecuta ſit, quantum ei dotis nomine debeatur à marito, qui patri ſoluit. Id enim proculdubio Vlpianus intelligit plus eam conſequi ex teſtamento, quàm actione & iudicio de dote conſequeretur: maximè cum præcedentia illa, *compenſandum ei in dotem, quod à patre datur,* oſtẽdant compenſationem fieri vſque ad concurrentem quantitatem, quod & Modeſtinus ait in *d. §. qui inuita,* ac proinde nullum eo caſu filiæ lucrum cedere, quia compenſatio non fit ad lucrum conſequendum, ſed ad damnum vitandum duntaxat, & ita vt paria ſint omnia, ne ex inæqualitate lucrum alter ſentiat ex alterius damno. Qua de cauſa valde probo & laudo, quod vir doctiſſimus monuit, corrigendum eſſe reſponſum Vlpiani, & ſic intelligendum, vt filiæ lucro cedat ſi amplius ei legatum ſit, quàm dotis nomine debeatur à marito qui patri ſoluit. Sed non poſſum credere quod ille putat, Vlpianum ſcripſiſſe *amplius quàm* pro eo quod legitur *tantum quãtum.* Hoc enim omnino improbabile eſt. At longè veriſimilius puto poſſe locum ita emendari, vt pro *nomine* legamus *minimè,* & in illis verbis, *quantum dotis,* ſubintelligamus *nomine,* vt in præcedentibus *quantũ dotis ſatis eſſet, & in §. ſeq filiæ ſatis dotis fieri oportet.* Niſi quis probabilius putet legendum eſſe *non,* & ex ea ſyllaba factum eſſe *nomine*, imperitia & inſcitia librarij, cùm forte ita ſcriptum eſſet *nõie,* quomodo veteres ſcribebant. Alterutrum ſanè non dicam probabile, ſed neceſſarium eſt, quicquid cauſetur *Robertus*, qui infeliciter tentat lucrum ſentire filiam in eo quòd iura omnia, quæ in dote habuit viuus pater, lucrifacit. Imò verò non lucrifacit, quoniam licet nihil pater filiæ legaſſet, ius illud patris morte extinctum fuiſſet, neque heres patris communem cum filia de dote actionem habuiſſet, vt ex eo intelligimus quod mortuo patre filia etiam heres patris dotem repetit iure proprio non iure hereditario. *l. ſi ſocius 81. in fi. D. pro ſocio. l. pater filiam. 14. D. ad leg. falcid.* Atqui, inquit ille, ſubſiſtit legatum, *l. cum pater. 29. D. de iur. dot.* quod non valeret ſi nullum ex eo lucrum, & emolumentum filia ſentiret. Verùm reſpondeo valere legatum in ea ſpecie, quia pater qui marito dotem promiſit (de illo enim lex loquitur non de patre qui dotem filiæ nomine dedit) non ideò factus eſt filiæ debitor, ſed mariti duntaxat cui dos promiſſa eſt: eámque ob cauſam lucrum ſentire mulierem in eo quòd legatum dotis nomine ac quaſi dotem ipſam à patris herede conſequitur, aduerſus quem de dote agere non potuiſſet, non quod plenius ſit legatum dotis quàm actio de dote, quæ ſanè eo caſu nulla mulieri competit, neque contra maritum qui promiſſam dotem non accepit, neque contra heredem patris, qui nihil niſi genero promiſit. Nos verò non de dote promiſſa diſputamus, ſed de dote data & ſoluta, tum à patre exacta, neque de illo quærimus, an legatum valeat, ſed an filiæ vtilius ſit legatum petere quàm agere de dote, & Vlpian. in *d. §. ſi pater.* cum ait *lucro filiæ cedere,* illud proculdubio intelligit vtilius eſſe filiæ petere legatum quàm dotem: & lucrum eam ſentire, cùm iam legatum conſecuta eſt, quod in caſu propoſito dici non poteſt ſi ponas tantum à patre conſecutam eſſe filiam quantum ei dotis nomine debebatur à marito qui patri ſoluit. Huius enim legati vtilitas tota conſiſtit in agendo non in conſequendo, id eſt legatum hoc facit, vt actionem habeat filia quam non haberet, non autem plus conſequatur quàm ei debeatur. Quod enim dici ſolet ſi creditori legetur ita vtile eſſe legatum ſi plus ex eo conſequatur legatarius quàm priſtina actione conſequi potuiſſet. *l. ſin autem 29. de legat. 1. l. ſi deportati 7. §. vltim. de legat. 3.* tunc demum rectè dicitur, cùm debitor ipſe creditori ſuo leget. Alioqui ſi non à debitore legatum ſit, ea ſaltem vtilitas legatum valere facit quòd creditoris intereſt

plures actiones habere, & aduerſus eum agere poſſe qui debiti nomine obligatus non erat. Atque ita reſpondeo ad *dict. l. cùm pater.* non quomodo *Cuiacius* qui referre tantum exiſtimat, an dos marito promiſſa ſit duntaxat, an etiam ſoluta, tum à patre exacta. Quid enim intereſſe poteſt an dos bonis patris non abſceſſerit, an verò ad patris bona reuerſa ſit? Neutro ſcilicet caſu dos à patre filiæ debetur, & ideò vtroque dotem legare filiæ pater poteſt. Quanquam & illud verum eſt dotem à patre promiſſam necdum ſolutam à patris bonis abſceſſiſſe perinde ac ſi ſoluta eſſet, *l. vlt. D. de dot. collat.*

Ad l. Pomponius 9. D. de neg. geſt.

CAPVT X.

Difficilem huius legis interpretationē fecit, meo iudicio, verborū cōtextus malè ab interpretibus acceptus, potius quàm quæſtionis, quæ in ea tractatur obſcuritas, vt non abs re mirari quis poſſit tot Doctorum veterū recentiorúmq; ingenia in recto legis ſenſu perquirendo tamdiu perperam laboraſſe. Prima autem & præcipua ferè omnium error ille eſt quòd Pomponium, quem initio Scæuola refert ſcripſiſſe, Si negotium à te quamuis male geſtum probauero, negotiorum geſtorum te mihi non teneri, à Scæuola reprehendi exiſtimant iis verbis quæ ſequuntur, *Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio negotiorum geſtorum pendeat, nam quomodo cùm ſemel cœperit, nuda voluntate tolletur?* Sic autem Scæuolam ratiocinari volunt vt Pomponij ſententiam refellat hac ratione, quòd ſi poſt ratihabitionem actio negotiorum geſtorum non competeret, ſequeretur pendente ratihabitione pendere etiam actionem, aut natam eam & competentem nuda voluntate tolli, quorum vtrumque abſurdum eſſe ajunt, & inde ab initio ex ipſa geſtione actionem naſci exiſtimant, quæ poſteà nuda voluntate tolli non poſſit. Alij verò contrà putant opinionem Pomponij neque à Scæuola reprobari, neque ab interpretibus iuſtè reprehendi, quod iam olim vetus quidam interpres quem *Bartolus* refert, Primus ſcripſit. Sed qui ea verba quæ ſuprà retuli, Pomponij non Scæuolæ eſſe dixerit, vt ego quidem dicendum eſſe arbitror, vidi adhuc & legi neminem. Quæ tamen potiſſima & præcipua res eſt ad legis ſententiam aſſequendam neceſſaria, vt qui aliter ſentiunt, eos neceſſe ſit in cæteris explicandis errare & labi. Cùm enim Pomponius propoſuiſſet, quod & veriſſimum eſt, negotiorum geſtorum actione non teneri te, ſi negotium quamuis malè geſtum probauero, putabat poſſe ex hoc inferri. Videndum ergo eſſe ne in dubio hoc an ratum habeam negotiorum geſtorum actio pendeat, quia ſi non penderet, neceſſariò eueniret, vt vel poſt ratihabitionem nuda voluntate tolleretur, quod iuris rationi non conuenit, (certis enim duntaxat modis obligationes & actiones omnes, vt contrahuntur, ita diſſoluuntur.) Vel adhuc ſupereſt quod ille propter ſupradictam propoſitionem non exiſtimabat dici poſſe. Illud enim ſanè iuſtius & bonæ fidei magis conueniens eſt, vt ob negotia etiam malè geſta quæ ſciens & lubens probaui negotiorum geſtorum actione mihi non tenearis. Neque verò aliud Scæuolæ iudicium fuiſſe credendum eſt, ſed quod Pomponius ex hoc inferebat pendere interea actionem quaſi poſt ratihabitionem nulla omnino ſupereſſe poſſet: reprehendit Scæuola, & monet etiam poſt ratihabitionem ſupereſſe negotiorum geſtorum actionem. Et quod dici ſolet, te mihi non teneri, non ita accipi debere vt nulla mihi contra te, vel tibi aduerſus me actio competat, ſed ita potius, vt mihi inutilis futura ſit, quia reprobare non poſſim id quod ſemel probaui, & quemadmodū quod vtiliter geſtum eſt, neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi, ita & omne id quod à me probatum eſt. Ergo primis illis verbis Pomponij, *Si negotium à te quamuis malè geſtum probauero, negotiorum tamē geſtorum te mihi non teneri,* non tam Pomponij quàm communem & receptam omnium iuris authorum ſententiam referri exiſtimo, ídque ſignificare Scæuolam cùm ſubiicit, *Sed eò dictum* ab aliis ſcilicet, quàm à Pōponio. Verùm interpretationem Pomponij aut potius illationem in ſequentibus non contineri, cū ſcripſit, Videndum ergo eſſe ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum geſtorum pendeat, quod ante eum fortaſſis nemo dixerat. Ac quoniam nouum erat, ratione illa confirmat, *nam quomodo cùm ſemel cœperit nuda voluntate tolletur?* Hæc enim omnia Pomponij verba eſſe non Scæuolæ apparet cùm ex præcedentibus, tum etiam ex ſequentibus. *Sed ſuperius ita verū ſe putare, ſi dolus malus à te abſit.* Quæ Pomponij eſſe non Scæuolæ omnes interpretes conſentiunt, & legis contextus manifeſtè demonſtrat. Quod verò Scæuola ait, *ſuperius*, ad ſupradictam ſententiam pertinet quæ initio legis poſita eſt, vt poſt ratihabitionem mihi nō tenearis actione negotiorum geſtorū, quam ita demū procedere Pōponius exiſtimabat, ſi dolus malus à te abſit. Scæuola verò cùm ait, *Imò puto etſi comprobem adhuc negotiorum geſtorum actionem eſſe, ſed eò dictum te mihi nō teneri, quòd reprobare non poſſum ſemel probatum.* non reprehendit quod Pomponius primo loco ex aliorum potius quàm ſua ſententia ſcripſerat poſt ratihabitionem nō teneri te mihi actione negotiorum geſtorum, ſed Pomponij interpretationem reprobat, qui id eo pertinere exſtimabat, vt nulla actio ſupereſſet. Imò verò, inquit Scæuola, actio ſupereſt, ſed mihi inutilis erit, vt quanti mea intereſt conſequi non poſſim, perinde ac ſi mea negotia benè & vtiliter geſſiſſes, quia nihil interſit an benè geſſeris an malè geſta comprobauerim. Vnde fit vt nil neceſſe ſit dicere cum Pomponio ante ratihabitionem pendere negotiorum geſtorum actionem, quod ille falſa interpretatione deceptus videbatur ob eam duntaxat cauſam commentus, ne abſurdum illud ſequeretur, vt nata & competens negotiorum geſtorum actio nuda ratum habentis voluntate tolleretur. Abſurdum autem eſſe quod Pomponius putabat, poſt ratihabitionē ſiue bene & vtiliter ſiue malè negotia geſta ſint, tolli negotiorum geſtorum actionē, Scæuola probat hoc argumēto quòd ita fieret, vt ſi à debitore meo exegiſſes, aut rem meā vendidiſſes & ego probauiſſem, nulla mihi actio cōpeteret ad recipiendum id quod à me haberes, itemque ex diuerſo, vt ſi quid impendiſſes recipere non poſſes, quia certum ſit his caſibus mandati actionē non eſſe: cùm mandatum nullum interceſſerit. Concludendum igitur eſt quod Scæuola cōcludit, etiam poſt ratihabitionem negotiorum geſtorum actionem ſupereſſe. Multa ſunt alia quæ in huius loci interpretatione magiſtri noſtri congerunt, de quibus quoniam ſunt eiuſmodi vt ad rectam quam tradidimus legis explicationem minimè pertineant, viſum eſt nihil nunc dicere, ſatíſque feciſſe nos arbitrabimur ſi nouam, &, niſi fallimur, veriſſimam obſcuri loci ſententiam aſſecuti ſimus, & vt alij facilè aſſequi poſſint præſtiterimus.

Emen-

Emendatio §. qui dotale. l. cum pater 77. D. de legat. 2.

CAPVT XI.

CElebris eſt & omnibus nota Diui Pij conſtitutio, qua inductum fuit vt à depoſitario primum, deinde per prudentum interpretationẽ à quocumque debitore fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſit. *l. ſi pecunia 77. de leg. 1. l. cum quis 35. §. pater. de leg. 3.* Quod non ita accipi debet, vt aduerſus heredem agere fideicommiſſarius poſſit ad conſequendas quæ heredi contra debitorem competunt actiones, ſed ita potius vt contra debitorem fideicommiſſarius ex teſtamento & fideicommiſſi nomine vtiliter experiatur. Nam & ante Diui Pij conſtitutionem iam obtinebat, vt ſi à debitore fideicommiſſum relictum eſſet, heres de ſuis in debitorem actionibus cedendis rogatus eſſe videretur. *l. ſi ſeruus 108. §. qui margarita. de legat. 1.* vbi Africanus hanc ſiue ſuam ſiue Iuliani præceptoris ſui ſententiam refert, quem certiſſimum eſt Hadriani temporibus floruiſſe annis aliquot ante Diuum Piũ, qui Hadriano in imperio ſucceſſit. Illud igitur Diuum Pium addidiſſe & conſtituiſſe neceſſe eſt, vt non iam contra heredem ſicut antea, ſed contra ipſum debitorem fideicommiſſarius agere poſſit, quaſi tacitè rogatus videatur heres debitum remittere debitori, vt Vlpianus ſcribit in *d. l. ſi pecunia.* Vnde infert, ſi debitor ab herede conueniatur poſſe eum vti exceptione doli, & hanc rem facere vtile fideicommiſſum. Nempe quoniam improbè & ſine cauſa debitor fideicommiſſi ſolutionem recuſaret, cùm aduerſus heredem doli exceptione ſit ſecurus. Quæ ratio facit vt neque fideicommiſſarius contra heredem agere, neque debitor heredi poſſit ſoluere. Quemadmodum enim ſi heres contra debitorem agat doli exceptione repellitur, & ideò nullas contra debitorem actiones cedere fideicommiſſum poteſt. *dict. l. ſi pecunia.* Ita ſi debitor heredi ſoluat ſciens à ſe datum fideicommiſſum, non liberabitur quominus à fideicommiſſario vtiliter conueniri poſſit, quia ſibi imputare debet quòd ei ſoluerit quem doli mali exceptione potuit ſummouere. Atque ita in quæſtione illa cui potius reſtituere depoſitarius debeat, heredine an fideicommiſſario, Paulus pro fideicommiſſario reſpondit *in l. Publia 26. D. depoſit.* quam ſuperioribus annis primo Coniecturarum noſtrarum libro explicauimus. In quo admorare primùm licet errorem *Accurſii* qui in debitoris arbitrio, & poteſtate eſſe putat an heredi ſoluere velit, an fideicommiſſario, vt ſi contra heredem doli exceptione vti nolit, fideicommiſſum ab eo peti non poſſit. Nam Vlpianus in *dict. l. ſi pecunia.* longè aliter vtile fieri fideicommiſſum ait, non ex eo quòd contra heredem debitor vtatur exceptione doli, ſed quòd vti poſſit. Siue ergo vtatur ſiue non, quia tamen vti poteſt, vtile eſt fideicommiſſum, & conſequenter fideicommiſſario non heredi præſtari debet. Nec probabilior eſt aliorum opinio qui fideicommiſſario dant optionem, an aduerſus debitorem qui rogatus eſt agere velit, an contra heredem, qui rogatus non eſt, *ex dict. §. pater. l. cum quis. de legat. 3.* Cur enim aduerſus heredem ageret qui ad aliud teneri non poteſt, quàm vt ſuas contra debitorem actiones cedat, quas porrò nullas habet, cùm ſi agere ipſe velit, doli exceptione repellatur, quaſi tacitè rogatus debitum remittere debitori. *dict. l. ſi pecunia.* Neque in ſpecie *dict. §. pater*, quo mouentur, fideicommiſſarius agit contra heredem ſed contra debitorem, idque ex fideicommiſſo propter ſupradictam Diui Pij conſtitutionem vt lex ait. Heredibus verò contra debitorem actio ex ſtipulatu in illa ſpecie datur, non ad conſequendum id quod fideicommiſſario præſtari teſtator velit, ſed in id potius vt ex teſtatoris voluntate præſtetur fideicommiſſum ei cui teſtator voluit ex iis verbis ſtipulationis, quæ à teſtatore illo caſu interpoſita eſſe proponebatur, *mihi aut cui ego volam reddantur.* Verùm ei quod dicimus & veriſſimum eſſe omnes fatentur, à quocumque debitore fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſe, obſtat valde quod Papinianus reſpondit *in l. cum pater 77. §. qui dotale. de legat. 2.* Si is qui dotale prædium contra legem Iuliam vendidit, vxori legatum dederit, & emptoris fidei commiſerit vt amplius ei pretium reſtitueret, emptorem fideicommiſſo non teneri. Negari enim non poteſt, licet quidam parum ſubtiliter negent, emptorem fuiſſe in ea ſpecie debitorem, ſcilicet pretij, quod nondum ſolutum fuiſſe vel ex eo maximè colligere licet, quod ſtatim Papinianus ſubiicit, ſi accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet poſſe eam oblato pretio doli exceptione ſummoueri. Niſi fortè emptorem bis pretium ſoluiſſe diuinemus: quod non ſolùm probabile non eſt, ſed etiam ſi verum eſſet, addendum erat actionem emptori aduerſus heredem venditoris de euictione dandam eſſe, *l. ſi ſeruus 21. l. ſi rem 29. in princip. D. de euict.* quod tamen nec Papinianus addit, nec ſi addendum fuiſſet veriſimiliter prætermiſiſſet. Vt taceam quod lex ponit rogatum fuiſſe emptorem vt pretium reſtitueret. Propriè enim reſtitui dicitur pretium, quod nondum ſolutum eſt. *l. ſi verò non remunerandi 12. §. inde Papinianus 8. D. mandat.* & quamuis præſtari bis certa quantitas poſſit, bis tamen reſtitui, & reddi idem non poteſt: imò ſemel reſtitutum, ſi iterum præſtetur, dari videtur non reſtitui. Illud etiam probare non poſſum, quod *Paulus Caſtrenſis* ſcripſit, non fuiſſe emptorem fundi dotalis debitorem teſtatoris, propterea quod venditio contra legis Iuliæ prohibitionem facta nulla eſſet. *l. cum vir 42. D. de vſucap.* Nam tùm quærimus an in hac ſpecie emptor fideicommiſſo teneatur, de illo duntaxat quærimus; vtrùm ab eo mulier ex cauſa fideicommiſſi pretium petere poſſit. Quod cùm facit, an non ſatis venditionem à marito factam confirmat & approbat? *arg. l. pen. D. de leg. commiſſ. l. 4. Cod. de pact. int. emptor. & venditor.* Id que & Papinianus ipſe ſatis indicat illis verbis, *ſi mulier venditionem irritam faceret.* Ita innuens ratam eſſe venditionem ſi mulier velit, & fideicommiſſum petat. Hoc verò ſi ita eſt, cur non emptor quaſi debitor fideicommiſſi nomine teneatur? Quis enim eum audiat ſi mulieri fideicommiſſum petenti obiiciat, venditionem nullius fuiſſe momenti, præſertim ſi prædium quoque retineat? Nam vtique & rem & pretium habere non poteſt. *l. ex empto 11. §. qui autem. D. de action. empt.* Et ſanè quod dicimus, prædij dotalis venditionem nullam eſſe, ſic omnino intelligi debet ſi mulier velit. Nam ex voluntate mulieris alienationem valuiſſe ante Iuſtiniani conſtitutionem certiſſimum eſt. *l. vnic. §. & cum lex. Cod. de rei vxor. action.* Nec ſubtiliores ſunt meo iudicio qui *Accurſium* ſecuti comminiſcuntur ſolutum quidem eſſe marito pretium fundi dotalis, ſed minus iuſtum, & rogatum emptorem vt id quod iuſto pretio deeſſet, vxori reſtitueret. Nam & huic interpretationi repugnant ea quæ ſuprà diximus, præſertim verba illa, *oblato pretio,* ad quæ *Accurſius* ipſe fatetur non poſſe reſponderi, niſi ſubintelligas aut potius addas *iuſto.* At neque hoc ſatis erit niſi iuſtum interpretere id duntaxat quod deeſt ad iuſtum pretium, quòd tamen benè & latinè

dicere nemo poſſit. Nec eſt quod quis interpretationem hanc adiuuari putet ex illis Papiniani verbis quæ fortaſſis *Accurſium* fefellerunt, *vt amplius ei pretium reſtitueret*. Quis enim dicat, *amplius pretium* pro eo quod deeſt ad iuſtum pretium? Aut quis neſciat tam in libris noſtris quàm apud bonos latinitatis authores idē ſignificare *amplius*, quod *prætereà*? *l. vlt. §. 1. D. de dol. mal. except. l. legata inutiliter 19. de legat. 1.* vt Papiniani ſententia ſit, maritum vxori legatum, ac prætereà fideicōmiſſum dediſſe. Cùm igitur illa ſemper dubitatio maneat, Cur emptorem precij debitorem fideicommiſſo non teneri Papinianus reſponderit, qui Diui Pij conſtitutionem ſanè non ignorauit? Cogor dicere quod ante me nemo dixit, corruptum eſſe Papiniani reſponſum, & in propoſita ſpecie emptorem fideicommiſſi nomine proculdubio teneri. Facile autem poteſt locus reſtitui, cùm in Pandect. Florentin. etiam ſcriptum videam *fideicommiſſi*, non *fideicommiſſo* in illis verbis quæ vulgo ſic leguntur, *emptorem fideicommiſſo non teneri conſtabat*. Nec improbabile ſit ab imperito librario ſcriptum fuiſſe *non*, pro eo quod ſcribendum erat *nomine* his notis *nõie* quibus veteres librarios vti ſolitos fuiſſe certiſſimum eſt, vt ſignificarent *nomine*, idque & nos iam alio loco ſuprà monuimus. Eam verò Papiniani ſententiam fuiſſe vt emptor fideicommiſſi nomine teneatur præter illa quæ iam dixi, ex eo etiā coniicio quod ille ſubiicit, Si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet, poſſe eam oblato pretio doli exceptione ſummoueri. Nam ſi emptor fideicommiſſo nō teneretur, neque ab eo pretium peti poſſet, haud dubiè dolo mulier non faceret, nec contra teſtatoris voluntatem, ſi vēditionem irritam facere vellet. Non enim illa fuit mariti voluntas, vt legato contenta eſſet, cui ſcilicet vltra legatum precij quoque fideicommiſſum reliquiſſe proponitur. Ergo ſi pretium petere non poſſit, rationis eſt vt liceat ei vēditionem irritam facere, & rem ſuam contra legis Iuliæ authoritatem venditam vindicare. Eámque ob cauſam non aliter poſſe doli exceptione vti emptorem Papinianus ait, quàm ſi mulieri venditionē irritam facienti pretium offerat. Debuerat igitur ſcribere, ita demum obſtaturam mulieri doli exceptionem, ſi accepto legato rei ſuæ venditæ pretium recuſaret, non autem ſi venditionem irritā facere vellet. Tunc enim inciperet mulier dolo facere, non cùm rem ſuam vindicaret, ſi pretium ex cauſa fideicommiſſi petere non poſſet, ſed tunc ſolùm cum oblatum ſibi pretium accipere nollet. Quod ſi quis quærat, cur hoc caſu doli exceptione mulier repellatur, reſpondebo, quia ratio iuris facit vt duobus legatis relictis ſi alterutrum onus habeat non poſſit id accepto altero repudiari. *l. ſed duobus 5. de legat. 2.* Huiuſmodi verò fideicommiſſum pretij tacitum onus continet ne ab emptore fundus dotalis vindicetur, Heredis ſcilicet cauſa qui de euictione teneretur. Quod quanquam ſatis apertum eſt, addere tamē libuit vt eos refellerem, qui legatum compenſandi animo vxori factum eſſe ſcripſerunt. Hoc enim ſi ita eſſet, mulieri venditionem irritam facienti pretium offerre emptor non cogeretur.

Ad l. verbis 5. D. ad leg. Falcid. & ad l. ſi creditori 28. de legat. 1.

CAPVT XII.

DVbitatum fuit iam olim & controuerſum inter Iuriſconſultos an legata purè creditori ea re, quæ debebatur in diē vel ſub conditione, legatū extinguatur, ſi in eam cauſam peruenerit, à qua incipere non potuit, hoc eſt ſi viuo teſtatore dies vel conditio venerit. Nam Paulus *in l. debitor 82. de legat. 2.* diſertè ſcribit inutile effici legatum, licet ab initio conſtiterit. Papinianus verò cuius ſententiam Iuſtinianus probat *in §. è contrario. Inſtitut. de legat.* magis eſſe putat vt irritum non fiat, quod ſemel conſtitit *in l. verbis 5. D. ad leg. Falcid.* Ego addo quod vixdum quiſquam obſeruauit, in illa etiam quæſtione eoſdem iuris authores diſſenſiſſe, an cùm vtile eſt legatum propter commodum aliquod repræſentationis, falcidia ex eo commodo tantùm, an ex toto legato deduci poſſit. Idem namque Paulus *in l. 1. §. ſi creditori. D. eod.* apertè ſentit falcidiam non niſi in commodo locum habere. Papinianus autem in *dict. l. verbis.* quamquam minus apertè, non tamen meo iudicio valde obſcurè ſic loquitur, vt doceat falcidiam ex toto legato deduci. Differentiam enim hanc conſtituit inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum debiti, quod diei aut conditionis duntaxat repræſentationem habet, vt illud eatenus tantùm valeat, quatenus debiti modum excedit. Nam, vt ille ait, Verbis legati vel fideicommiſſi non neceſſariè hoc eſt fruſtrà & inutiliter relinquitur, quod ex debiti cauſa præſtari neceſſe eſt. Cùm verò dies aut conditio legatum facit, non vtilitatis, inquit, æſtimatio duntaxat, ſed totum petetur, quod datum eſt. Cur non enim verbis legati vel fideicommiſſi vtiliter totum relinquatur id cuius nulla pars alio, quam legati iure peti adhuc poſſet?. Idque & Paulus fatetur in *d. l. debitor*, vbi contrariam aliorum quorundam opinionem non ſolum refert, ſed etiam refellit, ea ratione quod ſi interuſurium tantum eſſet in legato, & fundus fortè ex die debitus legatus eſſet, dici non poſſet vtrum pecunia peti deberet, quæ non eſt legata, an pars aliqua fundi, quam inuenire difficile eſſet, vt pro commodo peteretur. Hinc porrò fieri Papinianus ait vt priore caſu cùm debiti modum teſtamento dominus exceſſit, ſuperfluum duntaxat per legem falcidiam minuatur, & non niſi in ſuperfluo poſſit fidei legatarij committi. Cui conſequens eſt vt poſteriore caſu cùm dies aut conditio legatum facit, falcidia in toto legato locum habeat, ac ratione totius legati fideicommiſſo grauari legatarius poſſit. Nullam enim ex hoc querelæ occaſionem legatarius habere videtur, qui imputare ſibi debet, quòd legatum agnouerit, quo repudiato debitum priſtina actione perſequi & integrum conſequi potuiſſet. Atque ita Papinianum explicandum eſſe arbitror, non quomodo *Accurſius*, & *Accurſium* ſecuti ferè omnes voluerunt, qui putant poſteriore hoc caſu de toto quidem legato falcidiam detrahi, ſed ita tamen vt legati duntaxat vtilitas quam dies aut conditio remiſſa adfert æſtimetur. Quid enim obſecro intereſt, an dicas falcidiam locum habere duntaxat in commodo repræſentationis, an verò in toto legato, ſed vtilitate tantùm æſtimata? Aut quorſum Papinianus tam diligenter inquirit, an legati vtilitas duntaxat an totum ex teſtamento petatur quod datum eſt, ſi eandem vtriuſque ſententiæ vim & poteſtatem eſſe exiſtimauit? Dices fortaſſe, malam eſſe ratiocinationem ſi ex eo quod Papinianus ait, poſſe ex teſtamento peti totum, quod datum eſt, inferamus putaſſe eum falcidiam ex toto legato deduci. Idque euidenter apparere ex *d. l. debitor*, in qua cùm Paulus admittat legatum vtiliter totum peti poſſe, negat tamen in *d. § ſi creditori.* falcidiam in eo locū habere, ſed in ſola legati vtilitate. At reſpondeo, Papinianum iis verbis, *non vtilitatis æſtimatio, ſed totū petetur id quod datū eſt*. nō illud tãtùm

dicere

dicere voluiſſe quod Paulus fatetur, vtile eſſe totum legatum, ſed etiam ex eo toto falcidiam deduci, & in ſolidum legatarij eiuſdémque creditoris fidei committi poſſe, quod Paulus non admittit. Alioqui dicere meo iudicio non poſſis, quid ſibi Papinianus velit, aut quam ob cauſam legatum à debitore factum, quod repræſentationis commodum aliquod habet, diſſimile eſſe dicat ei quo quis creditori ſuo maiorem debito quantitatem legauit. Quemadmodum enim diſſimilia ſunt legata, ita vtriuſque poteſtatem diſſimilem eſſe neceſſe eſt. Et qua ratione Papinianus infert in priore ſpecie non niſi ſuperfluum quod debiti modum excedit, per falcidiam minui & fideicommiſſo onerari poſſe, quia in eo duntaxat quod ſuperfluum ſit legatum conſiſtat, ſic eodem ratiocinandi genere conſequi oportet vt cùm tota res eſt in legato, ex tota re falcidia detrahatur, & in toto legato vtiliter fideicommiſſum relinquatur. Rurſus quod ſequitur apud Papinianum, etiamſi viuo teſtatore dies venerit, aut conditio debiti extiterit, irritum tamen non fieri legatum, quod ſemel competit, aliam ſententiam habere non poteſt, quàm vt in eo & falcidia locum habeat & fidei committi legatarij poſſit: quo tamen caſu cùm repræſentationis vtilitas nulla ſit, falcidiam in toto legato locum habere neceſſe eſt: cuius ſcilicet rationem inſpecto mortis tẽpore ineundam eſſe conſtat. *l. in quantitate 79. D. ad legem falcid.* Ac quamquam Pauli ſententiam non ſolum ab interpretibus, ſed &, quod magis eſt, ab Vlpiano probatam eſſe intelligimus *ex l. ſi deportati. 7. §. vltim. de legation. 3. l. 2. §. mulier. D. de dot. relegat.* mihi tamen ſi quod ſentio liceat dicere, Papiniani opinio maiorem & certiorem rationem habere videtur. Cùm enim in creditoris poteſtate ſit, an ex contractu agere velit poſtquã dies aut conditio venerit, an ex teſtamẽto ſtatim poſt mortem teſtatoris, abſurdum nõ eſt nec iniquum falcidiã eum pati in toto legato, ſi legatarij aut iure agere maluerit, quàm creditoris. Hæc cùm ita ſint, mirum videri poteſt, quod ex Marcello Vlp. ſcribit in *l. ſi creditori. 28. §. vltim. D. de legation. 1.* Si rem quam ex ſtipulatu debes mihi legaueris, vtile eſſe legatum, vt neque falcidia hoc minuat. Præſertim cùm *in l. ſequen.* Paulus ſcribat, ſi neque tempore, neque modo, neque conditione, neque loco debitum differatur inutile eſſe legatum. Etenim ſi ſecundum Pauli diſtinctionem Marcellum interpretemur quaſi de eo debito ſẽſerit, quod vel modo, vel tempore, vel conditione, vel loco differebatur, quæ vulgaris interpretatio eſt, ex vtriuſque legis cõiũctione, vt videtur inducta, eò abſurdius fiet & improbabilius quod ille dicebat falcidiam in legato locũ non habere. Siue namque Pauli ſiue Papiniani ſententiam ſequare, dicendum eſt vel in toto legato vel ſaltem in vtilitatis æſtimatione falcidiæ locum eſſe. Sed & dubitationem illud auget quòd pugnantia hæc videntur, vtile eſſe legatum, neque tamen id per legem falcidiam minui. Nam cùm in legatis omnibus lex falcidia introducta ſit, vix eſt vt legatum vtile dici poſſit quod per falcidiam non minuatur: adeò vt idem Paulus *in l. ſi fundus 65. D. ad legem falcid.* non alia ratione probet vtile eſſe legatum ſi fundus quinquaginta dignus alicui legatus ſit ſub ea conditione, Si heredi quinquaginta dederit, quàm quod hic legatarius falcidiam patiatur. Verùm explicandus eſt, vt arbitror, ille Marcelli locus ex Vlpiano *in l. 3. §. ſi rem. D. de legation. 3.* vbi ſcriptum eſt in ea ſpecie, cùm rem ex ſtipulatu debitam creditori debitor legauit, illud ex legato creditorem ſentire commodi quòd rei dominium nanciſcitur ſtatim, nec expectat ex ſtipulatu actionem, & litis ſumptus lucratur quos ſuſtineret ſi ex ſtipulatione litigaret. Neque tamen ob has cauſas fidei eius committi poſſe Vlpianus putat, quo exemplo neque falcidiam eum pati admittendum eſt: ideò fortaſſe, quia neque loco, neque tempore, neque modo aut conditione plus ei legatum ſit, quàm ex ſtipulatu deberetur. Et quamuis rei dominium ex ſtipulatu agens ſtatim nactus non fuiſſet, purè tamen res debebatur, vt proinde cõmodum quod ex legato percepit hereditatem nil imminuat, & ex iuris poteſtate potius quàm ex teſtatoris iudicio & liberalitate proficiſci videatur. Valet igitur legatum quia commodum aliquod habet, neque tamen per falcidiam minuetur, quia ex eo commodo nihil incommodi heres ſentit, nec minus locupletem habet hereditatem, quàm ſi nihil legatum fuiſſet. At ſi non corpus ſed pecunia legata ſit quæ iam purè debebatur, nulla legati vtilitas eſt, quia dominium pecuniæ nanciſci legatarius non poteſt ante traditionem, & cùm actione ei experiundum ſit, nihil eius intereſt an ex teſtamento agat, an ex ſtipulatione. Vnde fit vt legatum inutile ſit, *l. legati 21. contra. D. de liberation. legat.* Quam ego ſententiam eſſe arbitror, *dict. l. ſin autem 29. de legat. 1.* in qua dictionem illam *debitum*, ad pecuniam numeratam duntaxat, non autem ad corpus referri exiſtimo, quemadmodum debitor magis propriè dicitur qui pecuniam debet. *l. debitor 108. de verbor. ſignificat.* & pecuniæ appellatio quanquam generalis eſt vt etiam corpora comprehendat. *l. pecuniæ 178. D. eo.* frequentius tamen ad pecuniam numeratam coarctatur, & eo ſenſu paſſim in iure noſtro vſurpatur. Illud ergo vtriuſque legis coniunctione Tribonianus docere voluit, multum intereſſe an creditori debitorem, hoc eſt, vt hic ego interpretor, ſpeciem, an quantitatẽ legauerit. Priore caſu vtile eſſe legatum, licet res purè debebatur. Ita tamen vt falcidia in eo locum non habeat. Poſteriore verò inutile eſſe legatũ, ſi neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco, debitum differebatur. Quod autem ad poſteriorem obiectionem pertinet, facilis reſponſio eſt. Vtilia quidẽ eſſe legata omnia, quæ per legem falcidiam minuuntur, ſed inde non rectè inferri, inutilia eſſe omnia quæ non minuuntur. Vt enim vtile ſit legatum, ſufficit tale id eſſe ex quo commodum aliquod accedere poſſit legatario. Vt verò falcidia in eo locum habeat, illud etiam requiritur tale id eſſe quod hereditatis æſtimationem diminuat. Ea enim duntaxat legata, quibus hereditas minus locuples efficitur, per legem falcidiam minuuntur.

Ad §. id quod ex ſubſtitutione. l. 1. D. ad leg. falc.

CAPVT XIII.

IN quæſtione illa, An legatorum & portionum ratio ſeparanda ſit ſi pluribus heredibus ſcriptis de lege falcidia quæratur, vulgò ab interpretibus iactari & probari ſolet, diſtinguendum eſſe an onerata portio accedat, non oneratæ, an ex contrario ea quæ onerata non eſt, oneratæ. Priore caſu legata non augeri & in ea portione quæ onerata eſt falcidiam induci, ſiue ex ſubſtitutione, ſiue accreſcendi iure acceſſerit. Poſteriore verò confundi legatorum & portionum rationem vt ſolida legata præſtentur, ſi modò totius hereditatis quæ à teſtatore relicta eſt, quadrantem ſaluum heres habeat. Cuius diſtinctionis poſterior pars veriſſima ſanè eſt & plerisque iuris noſtri locis comprobata. *l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione in prin-*

cip. l. qui fundum 87. §. *qui filium. verſic. quòd ſi extraneì. D. ad leg. falcid.* Ratio autem aperta eſt, quia hoc caſu coheres qui legatis grauatus eſt, & cui coheredis non grauati portio acceſſit, ſiue ex ſubſtitutione vulgari, ſiue adcreſcendi iure, comparādus videatur heredi, qui ex parte purè, ex parte ſub cōditione inſtitutus eſt, quē non aliter falcidia vti poſſe conſtat, quàm ſi ex vniuerſa teſtatoris hereditate, quartam partē retinere non poſſit, vt Paulus ait in *d.* §. *ad quod ex ſubſtitutione*, videtur etiam coheres inſtitutus in portione coheredis ſub hac conditione, ſi ea repudiata erit, cùm inuito ei adcreſcat velut appēdix præcedentis inſtitutionis. *l. ſi quis heres* 35. *D. de acquir. hered.* Sed quod ad prioris diſtinctionis partem pertinet, non puto veram eſſe generalem illam & indiſtinctam interpretum traditionem. Nam ſi ex vulgari ſubſtitutione pars onerata non oneratæ acceſſerit, Iulianus *in d.* §. *qui filiam.* apertè ſcribit ſolida legata præſtari, & cōfuſos duos ſemiſſes efficere vt circa legem falcidiam, totius aſſis ratio habeatur. Nec dici poteſt, quod pro tuenda interpretum ſententia ſubtiliter magis quàm verè *Iacobus Cuiacius* excogitauit ſubintelligendā in Iuliani ſpecie generalem repetitionē legatorum, quæ vulgo, vt ille ait, in teſtamentis adſcribi ſolebat. Nam neque ex Iuliani verbis cōlici id poteſt, neque ratio vlla eſt, cur propter ſolam repetitionem legatorum quæ ab inſtituto relicta fuerant, ampliora legata ſubſtitutus præſtet, quā inſtitutus detracta falcidia præſtitiſſet. Sola enim repetitionis ratio ſubſtitutum durius adſtringere non poteſt quàm inſtitutum, & ſi aliud nihil conſideres, dicam teſtatoris voluntatem illam fuiſſe vt perinde à ſubſtituto atque ab inſtituto legata præſtarētur. Nec me mouet quod *Cuiacius* obiicit, Iuliani temporibus hoc eſt ante Seueri, & Antonini reſcriptum De repetitione legatorum, ita ius fuiſſe vt partis ex vulgari ſubſtitutione acquiſitæ legata coheres non deberet. Quamquā enim eo Imperatorum reſcripto cōſtitutum eſt, vt legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto tacitè repetita, ex defuncti voluntate intelligātur. *l. licet Imperator* 64. *de legat.* 1. *l. ſi Titio & Mæuio* 61. §. 1. *de leg.* 2. Ex eo tamen nō rectè inferas aliud Iuliani & cæterorū Iuriſconſultorum qui ante ea tempora floruerint, iudicium extitiſſe. Cur non enim de tacita teſtatoris voluntate idem iudicare & coniicere potuerint, quòd Imperatores? A quibus ſi rectè inſpicias, non tam ius nouum hac parte inductum eſt, quàm certo iure conſtitutum quod antea propter obſcuram teſtatoris voluntatem minus certum, & contentioſum eſſe videbatur. Alioquin fatendum erit in Iuliani & aliorum reſponſis innumeris expreſſam legatorum repetitionem ſubintelligēdam eſſe, quod mihi probabile fieri non poteſt. Imò quod Vlpianus ait *in d. l. ſi Titio.* §. 1. Iuliani ſententiam illam fuiſſe vt ſi alter ex legitimis heredibus, à quo fideicommiſſa relicta fuerant, portionem ſuam repudiauerit: coheres ea fideicommiſſa præſtare non cogatur, oſtēdit potius in coheredibus ex teſtamento aliud Iulianum exiſtimaſſe. Alioqui cur de legitimis heredibus locutus eſſet? Verùm poſt reſcriptum Seueri, à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommiſſa Vlpia. ait ad exemplum eorum qui ex teſtamento ſuccedunt, quòd quemadmodum hi ſic illi ex tacita teſtatoris voluntate ad hereditatem vocentur, *l. conferuntur.* 8. *D. de iur. codicill.* Sed & in illa Iuliani ſpecie de qua tractamus, nihil facere legatorum repetitionē, vel ex eo maximè colligere licet, quod apud Paulum qui poſt Seueri reſcriptum ſcripſit, nemo negauerit tacitè repetita videri legata, quæ ab inſtituto teſtator reliquerat, neque tamen ideo magis coheredem eundémque ſubſtitutum ad ſolidorum legatorum præſtationem teneri Paulus exiſtimauit, ſi verum eſt quod idem *Cuiacius* & plærique interpretes ſentiunt, eius loci ſententiam hanc eſſe vt per portionem oneratam, accedentem non oneratæ ex vulgari ſubſtitutione, legata non augeantur. Quid enim refert an expreſſe an tacitè repetita ſint, cum vtroque caſu eadem ſit teſtatoris voluntas, quæ ſola ſubſtitutum præſtatione legatorum obligat? Verùm neque Pauli ſententiam hanc ego fuiſſe puto. Nam et ſi de vulgata ſubſtitutione loquitur cùm ait, id quod ex ſubſtitutione coheredis ad coheredem peruenit proficere legatariis, illa tamen quæ ſequuntur, *ſed quæ ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hereditatem, non augebuntur*, non de ſubſtitutione intelligenda ſunt, ſed de iure adcreſcendi, ſiue ponas coheredis portionem legatis grauatam adcreuiſſe ei cui ſubſtitutus datus fuerat, ſiue dicas quod fortaſſe probabilius eſt, & ex verbis §. colligi poteſt, tres in ea ſpecie ſcriptos fuiſſe coheredes, à Primo nihil legatum ſed ei duntaxat Secundum ſubſtitutum, à Secundo legatum fuiſſe ſuprà dodrantem, à Tertio nihil. Si enim Primi repudiantis portio ad Secundum ex ſubſtitutione peruenerit, certum eſt augeri legata à Secundo relicta, & id incrementum proficere legatariis, perinde acſi Secundus in ſua portione ſcriptus fuiſſet purè, & in parte Primi ſub conditione, Si nauis ex Aſia veniſſet. Sed ſi Secūdus quoque à quo legata relicta ſunt, omiſerit hereditatem, hoc eſt non tantùm portionem ſuam ex qua ſcriptus eſt, ſed etiam ſubſtitutionem, atque ita ambæ portiones Tertio qui ſubſtitutus non erat adcreuerint (cui enim alij adcreſcerent?) legata à Secundo relicta non augebuntur, & iis falcidiam Tertius deducet: quia idem hoc caſu obſeruandum ſit, acſi Secundus Primo ſubſtitutus non eſſet, cùm ſubſtitutionem repudiatio irritam fecerit. Dubitandi autem cauſa erat, quia cùm ſubſtitutionis conditio eueniſſet, & in eo ſtatu res eſſet vt propter ſubſtitutionem legata augerētur, videbatur non poſſe deteriorem fieri conditionē legatariorū ex repudiatione Secundi, cuius portio cum prima portione Tertio adcreuiſſet. Sed decidendi ratio eſt, quòd ante acquiſitam ſubſtitutionem nihil iuris acquiſitum ſit legatariis, indéque fiat vt repudiante Primo, tum Secundo, Tertius vniuerſam hereditatem non ex ſubſtitutione & iudicio teſtatoris, ſed ex lege & iure adcreſcendi conſequatur, & ideò legata non augeantur. Hæc enim differentiæ cauſa eſt inter ius adcreſcendi & ſubſtitutionem, quòd ius adcreſcendi eſt ex lege, ius verò ſubſtitutionis ex teſtatoris voluntate: quam ob cauſam cùm iudicio defuncti facultates omnes per cauſam hereditariam ad aliquem ex ſubſtitutione perueniunt, æquius eſt legata ab eo præſtari habita ratione omnium bonorum quæ teſtator reliquit, vt idem Iulianus quamquam in alia ſpecie reſpondit *d. l. qui fundum* §. *qui filios.* Qui exiſtimant in toto d. §. id quod ex ſubſtitutione, tractari de iure ſubſtitutionis non de iure adcreſcendi, ea potiſſimum ratione mouentur, quòd in ſeq. §. *ſi coheredis.* tractetur apertè de iure adcreſcendi, nec probabile ſit eandem ſententiam ſuperfluò repetitam eſſe. Sed ſecundum interpretationem noſtram dici hoc non poteſt. Nam in §. *ſi coheredis.* nihil de ſubſtitutione proponitur, & caſus longè diuerſus eſt, in quo ſcilicet quæritur de portione defecta adcreſcente non de repudiata, vt & ipſe, *Cuiacius* interpretatur, & coniicit rectè ex verbo, *vindicauero.*

argum.

argum. l. 5. D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. In qua quæſtione maior dubitandi ratio eſſe videtur, quàm ſi repudiata portio adcreuiſſet. quia cùm portio defecit vel viuo teſtatore, vel poſt mortem ipſius ante apertas tabulas iam inde ab initio ſemiſſes confunduntur, & quo inſtanti coheres partem ſuam vindicat, eodem neceſſe eſt vindicare eum deficientem coheredis portionem. Vnde fit vt legata quibus in teſtamento defecta pars onerata fuerat, ab vniuerſa hereditate relicta intelligantur, cùm mortis aut aditionis tempore vnus duntaxat heres reperiatur. Quod diuerſum eſt ſi vtrique coheredi delata ſit hereditas & vnius repudiantis portio alteri qui ſuam iam agnouerat adcreuerit. Hoc enim caſu dici non poteſt coheredem vindicare partem coheredis quæ ei inuito & ipſo iure acquiritur, & cùm coheres partem ſuam nil oneratam & integram iam habet, minus æquum eſt augeri legata defectæ portionis, & eam partē quam ſolam habere poterat integram per adcreſcentem diminui, quia non præſtat ea legata ex perſona ſua, ſed veluti ex perſona & ex parte coheredis à quo relicta fuerant, quæque falcidiam detrahere potuiſſet. *l. in ſingulis 77. D eod. tit.* Et hæc fortaſſis ratio fuit propter quam in illa ſpecie cùm quæreretur, an confundendæ eſſent partes ad ponendam rationem legis falcidiæ, alia fuit Caſſij, alia Proculi, & Iuliani ſententia. Ac quamquam Proculi & Iuliani ſententiam Paulus magis probat, mirum tamen videri non debet quod diuum Antoninum iudicaſſe idem Paulus refert commiſcendas eſſe vtraſque partes, nec ratio eſt vlla quæ cogat nos addita negatione legere, *non commiſcendas*, aut vt mihi aliquando probabilius videbatur, *non miſcendas*, vna duntaxat litera mutata. Nam in quæſtione tam dubia & inter ipſos etiam iuris authores controuerſa credibile eſt in vtram voles partem Antoninum reſpondiſſe. Cæterum tractari eo loco de caſu aliquo ſingulari apparet ex illis verbis, *in qua ſpecie*. Iuliani tamen, Proculi & Pauli ſententia verior eſt. *l. quòd ſi alterutro 78. D. ad leg. falcid.* Atque ita concludere licet nihil referre an adcreuerit portio portioni ex repudiatione coheredis an alio iure. Vtroque enim caſu idem iuris eſt, niſi quòd portione repudiata minorem res habet difficultatem quàm cùm alio iure adcreſcit. Dices cum *Cuiacio*, Iuliani & Proculi tēporibus repudiatam portionem adcreuiſſe coheredi ſine onere legatorum. Sed hoc iam ſuprà refutauimus. Et *§. vlt.* quo mouetur *l. pater 29. de legat. 2.* ad rem non pertinet. Quod enim eo loco Celſus ſcribit filium heredem cui adcreuit pars coheredis à quo nominatim legatum fuerat, non præſtare legatum, quod iure antiquo capit, intelligendum videtur de parte coheredis facta caduca non de repudiata, vt ſignificare videntur verba illa, *quod iure antiquo capit.* Nam lex Papia de caducis ius antiquum ſeruauerat liberis vſque ad tertium gradum. *l. vnic. §. 1. Cod. de caduc. tollend.* & ſenſus eſt, portionem defectam poſt teſtatoris mortem ante apertas tabulas adcreſcere cum legato filio coheredi, quia niſi id iure antiquo caperet, legatum eſſet caducum ſicut & hereditas. Dici etiam illud poteſt alia ratione Celſi reſponſum niti, nimirum quòd ab herede cuius portio defecerat, nominatim legatum relictum proponebatur. Quod autem alicuius heredis nominatim fidei committitur, poteſt videri teſtator ita demùm dari voluiſſe ſi ille heres extitiſſet, vt in eadem lege Celſus ſcribit. Sed ratio hæc ab aliorum Iuriſconſultorum opinione aliena eſt, cùm legata ab vno ex coheredibus nominatim relicta à coherede præſtāda eſſe Paulus ſcribat in *d. §.* id quod ex ſubſtitutione, & ex aliis locis conſtat maximè poſt Seueri reſcriptum, *l. cum pater 77. §. cùm pater. 7. de lega. 2. l. 4. Cod. ad Treb.* Rurſus, quod idem vir doctiſſimus ſcribit portionem defectam poſt teſtamentum mortuo coherede vel poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas tam vetere iure quàm nouis legibus Iulia & Papia adcreuiſſe coheredi cum onere, ſicut legatum quoque quod eadem ratione deficiebat ex *d. l. pater. in princip.* verum etiam nō eſt. Nā portiones quę poſt mortē teſtatoris ante apertas tabulas deficiebāt, caducæ erant, & fiſco vindicabātur, *d. l. vnic. §. & cū triplici & §. in nouiſſimo. Cod. de caduc. tollend.* ac proinde ius adcreſcendi in iis locum habere non poterat. Ea verò quæ viuo teſtatore deficiebant, & erant in cauſa caduci, quamquam ad fiſcum non deuoluebantur (tametſi male contrà vulgo creditum ſit) vt ex innumeris iuris locis probari poteſt. *l. cùm ex filio 39. §. vlt. de vulgar & pupill. ſubſtit. d. l. pater. l. ſi ab eo. 9. de vſufruct. legat. l. vlt. D. ſi pars heredit. petat. l. epiſtolam. 75. D. ad S. C. Trebell.* remanebant tamen penes heredem aut eos à quibus relicta fuerant ſine onere vt conſtat ex *d. l. vnic. §. pro ſecundo.* vbi Iuſtinianus corrigendo, vt ille ait, ius vetus conſtituit manere hæc apud eos omnes à quibus ſunt relicta cum onere & grauamine adiuncto qualecumque illud ſit, ſiue legati aut fideicommiſſi aut conditionis implendæ cauſa, aut quacumque alia via excogitatum. Neque vllus iuris veteris locus eſt qui hæc remanere dicat cum onere, præter *d. l. pater. in princip.* cuius tamen caſum ſpecialem eſſe vel ex ipſis legis verbis conijci poteſt. Et eam fortaſſe rationem habet quòd concubinæ fideicommiſſum relictum fuerat cui omnimodo teſtator relicturus videbatur propter adfectionem perſonæ. arg. *l. cùm alienam 10. C. de legat. iuncta l. item legato. 49. §. pen. de legat. 3. l. Caius 45. D. ſolut. matrim.* Poſſet etiam quis obiicere *l. ab eo 9. D. de vſufr. legat.* in cuius ſpecie heres penes quē remanet legatū vſusfructus fideicommiſſo oneratum, fideicōmiſſum nihilominus pręſtat, ſiue legatarius legatū repudiauerit, ſiue viuo teſtatore deceſſerit. Sed hæc poſtrema verba ad militis teſtamentū referenda videntur, cuius fauore fortaſſis dici poteſt fideicommiſſum deberi ab eo penes quem legatum remanet, ne militis voluntas intercidat, quæ ex nuda verborum conceptione potius quàm ex iuris communis ratione æſtimatur. Niſi quis malit dicere, illud duntaxat Iuſtinianum induxiſſe vt is penes quem remanet legatum quaſi caducum, ſentiat onus adnexum non tantùm fideicommiſſi ſicut iure vetere, ſed etiam aliud quodlibet puta eius quod condicionis implendæ cauſa relictum eſt, & alia huiuſmodi quibus iure vetere non obſtringebatur. Aut potius ea verba *vel viuo teſtatore deceſſerit*, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani textum addita eſſe propter Iuſtiniani nouam conſtitutionem, vt pleriſque aliis locis factum eſt, quod mihi probabilius ſanè videtur. Illud planè conſtat iure vetere iam obtinuiſſe vt portio coheredis in cauſa caduci adcreſceret coheredi cum onere præſertim poſt Diui Seueri conſtitutionem. Nec de hoc caſu Iuſtinianus loquitur. Nam portio coheredis non relinquitur à coherede, neque ad eam poſſunt adaptari verba illa conſtitutionis *ſancimus ea quæ euenerint ſimili modo manere apud eos à quibus ſunt relicta.* Verùm de his iam ſatis.

Ad l. 2. & 3. D. ad S.C. Trebell.

CAPVT IIII.

AVDIO doctiſſimum virum Antonium *Goueanū*

in eruditis ſuis prælectionibus ad S.C.Trebell.cùm interpretaretur quæſtionẽ *l.2.& 3.* eius tituli, diſtinguere ſolitum fuiſſe, an is qui quadringẽta in bonis habebat & trecenta legauit, hereditatẽ reſtitui iuſſerit ſimpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter legata præſtari. Nam eum qui ſimpliciter hereditatem reſtituere rogatus ſit cum onere legatorum reſtituturum ita vt nullam ipſe oneris partem ſubeat ex Trebelliano ſiue ex Pegaſiano reſtituat, ſed falcidiam illibatam & intactam habiturum, quando fideicommiſſo nõ de legatis retineb.t. In propoſita igitur ſpecie fideicommiſſarium trecẽta legatariis præſtaturum quoniam ipſe falcidiam inducere non poſſit. Eandémque præſtandorum legatorum rationẽ eſſe ſi ſuſpectam heres dixerit hereditatẽ. Quòd ſi teſtator legata ad onus heredis eſſe voluerit, hoc eſt, vt ille dicebat, ſi deductis legatis hereditatem reſtitui iuſſerit tam de legatis quàm de fideicommiſſo heredem quartam retenturum, indéque futurum vt minus legatarij conſequantur, quàm ſi cum onere legatorum hereditas reſtituta eſſet. Atque hoc poſteriore caſu cùm quæritur, qua ratione legatorum & fideicommiſſi falcidia ponenda ſit, exiſtimabat vir doctiſſimus Celſum à Marcello diſſenſiſſe. Et Celſum in ea fuiſſe opinione vt de trecẽtis legatis heres ſeptuagintaquinque retineret, de centũ vero quæ in fideicõmiſſo eſſent, vigintiquinque. Ratione illa quòd legatis trecẽtis, & herede rogato reſtituere hereditatem deductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus reſtituere, quod ei muneribus hereditariis perfuncto poſt legatorum præſtationem ſupereſſet, hoc eſt cẽtum ex quadringentis, quæ fideicommiſſarius habiturus ſit ſi heres coactus adierit, aut heres ipſe tam ex legatis quàm ex fideicommiſſo pro rata deducturus, ſi ſpõte hereditatem agnouerit. Marcellum verò magis fauorabilem fideicõmiſſario rationem induxiſſe, vt trecentis in partes ſeptẽ diuiſis quatuor fideicõmiſſarius ferat, tres legatarius, acſi per fideicommiſſum quadringẽta relicta eſſent, & legata trecenta. Amplius enim fideicõmiſſum videri parte vna, quàm legatum. quare etſi ſuſpecta hereditas diceretur, centum, quæ heres amiſit, & quatuor partes trecentorum fideicommiſſarium habiturum, ne plus ferant legatarij ex recuſatione heredis quàm tuliſſent ſponte adita hereditate. Sed quoniam diſtinctio hæc Celſi verbis non cõuenit, qui tota lege non niſi de eo herede loquitur, quem cum onere legatorũ fideicommiſſum reſtituere teſtator voluit, putabat vir alioquin peracutus, & ſummo ingenio præditus, Celſi textum corruptum eſſe, & in illis verbis, *nam heres hoc rogatus intelligi debet vt te ſuo loco conſtituat*, legendum eſſe addita linea integra, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatẽ reſtituere, hoc rogatus intelligi debet, &c.* Verum ſi vtriuſque legis verba diligentius perpendas, neque ſupradicta diſtinctio vera eſt, neque emendatio probabilis. Quãquam enim multũ intereſt an legatorum onus ad heredem an verò ad fideicommiſſarium pertinere teſtator voluerit, vt apertè Marcellus diſtinguit, nihil tamen intereſt an ſimpliciter, an deductis legatis hereditatẽ reſtituere heres ſit iuſſus. Etenim vtroque caſu certum eſt, legata eſſe ad onus fideicommiſſarij non heredis, vt vel ex eo maximè colligere licet quòd Vlp. *in d.l. Marcellus*, poſtquam de eo caſu tractauit quo teſtator ad heredis onus legata eſſe iuſſit, aliam quæſtionem tãquam diuerſam ſubiicit *in §. item Pomponius*, Si deductis legatis reſtituere quis hereditatẽ rogatus ſit, verũ ſolida legata præſtet & quartam ex ſolo fideicommiſſo detrahat, an vero & ex legatis & ex fideicommiſſo falcidiam deducat. In qua quæſtione longe aliter reſponderet ex Pomponij ſententia, quàm in præcedenti Marcellus reſpondiſſet. Ille enim dicebat legatorum in ſeptem diuiſionem fieri debere, & ex iis legatario præſtari tres duntaxat reliquas quatuor fideicommiſſario. Pomponius verò in ea ſpecie quam tractat cùm heres deductis legatis reſtituere rogatus eſt, dat ei quadrantem tam ex legatis, quàm ex fideicommiſſo conficiendum, & ex trecentis quæ legata proponuntur nihil fideicommiſſario tribuit, ſed integra legatario, exceptis tantum quinque & ſeptuaginta quæ neceſſe eſt penes heredem iure falcidiæ remanere, & detractis etiam quinque & viginti ex centum quæ ſunt in fideicommiſſo, integram falcidiam, hoc eſt centum conſequatur. Hanc enim Pomponij ſententiam fuiſſe interpretor, quæ tamen cum Marcelli opinione pugnaret, ſi nihil intereſſet an fideicommiſſum ab herede legatis deductis relinqueretur, an ad onus heredis legata præſtarentur. Deinde ſecundum *Goueani* interpretationem; & emendationem eueuit, vt in eadem prorſus ſpecie admittendum ſit, contrarias fuiſſe Marcelli & Celſi opiniones, quod facile admittendum non eſt neque hoc neque alio vllo caſu, niſi cùm tam aperta eſt diſſenſio & diſſentiendi cauſa vt nulla ſatis recta reconciliationis ratio iniri poſſe videatur. Quod etſi pleriſq; iuris noſtri locis Triboniani incuria accidiſſe non inficior, attamen in propoſita quæſtione nihil clarius, & certius eſt, quicquid poſt Azonem Eguinarius Baro & alij nonnulli ſcripſerunt, quàm diuerſas à Celſo & Marcello tractati quæſtiones. Illud ſanè verum eſt apud vtrumque hanc inſtitui diſputationem, Quomodo legatorum ratio ponenda ſit, ſi is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauerit & heredis fidei commiſerit vt alteri hereditatem reſtitueret. Sed de illo caſu Marcellus tractat, quo teſtator ad onus heredis legata eſſe dixit: Celſus verò cùm de teſtatoris voluntate non conſtat, quo caſu præſumendum eſt voluiſſe eum onus legatorum ad fideicommiſſarium pertinere. Neque ratio vlla facit cur apud Celſum de vtroque caſu tractari comminiſcamur, cùm tam in principio, quàm in fine legis trecenta legatario deberi concludat, niſi cùm herede ſponte adeunte quarta ex iis deducenda eſt. Tum verò ſi quid intereſſet an ſimpliciter an deductis legatis reſtitui hereditatem teſtator voluerit, inconcinnè & parum accommodatè Celſus poſt illa verba, *tota trecẽta te Titio dare debere*, rationem hanc ſubiunxiſſet, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem reſtituere, hoc rogatus intelligi debet vt te ſuo loco conſtituat*. Illud enim palam eſt, Celſum his verbis, & aliis quæ ſequuntur rationem reddere voluiſſe eius quod prius dixerat, fideicommiſſarium tota trecenta Titio legatario debere. Ratio autem recta & aperta illa eſt, quòd heres hoc rogatus intelligi debeat vt ſuo loco fideicommiſſarium conſtituat, & quicquid perfunctus muneribus hereditariis, id eſt poſt legatorum dationem reliquum habiturus eſſet ſi non eſſet rogatus, fideicommiſſario reſtituat, hoc eſt centum, ac ſi trecenta Titio dare damnatus eſſet, & fideicommiſſario centum. Vnde fit vt ſi hereditatem ſua ſponte heres adierit, dare Titio ducenta vigintiquinque debeat, fideicommiſſario autem ſeptuagintaquinque, vt lex ait, quoniam ita fit, vt hereditatis totius quadrantem hoc eſt centum pro falcidia retineat. Nec minus ratio hæc locum habebit, ſi ſimpliciter, quàm ſi deductis legatis hereditatem reſtituere iuſſus proponatur, cùm vtroque caſu legato-

rum

Digitized by Google

rum onus ad fideicommiſſarium pertineat, vt ſuprà probauimus. Quòd ſi quis dicat eo caſu quo legata ad onus fideicommiſſarij eſſe teſtator voluit, heredi cum legatariis rem non eſſe, & ideò ex legatis quartam eum deducere non poſſe, ſed ex ſolo fideicommiſſo, reſpondebo, quòd dicimus legatorũ onus ad fideicommiſſarium pertinere ſi ita teſtator dixerit, non ſic accipi debere quaſi per manus fideicommiſſarij nõ heredis legata præſtentur, ſed ſic potius vt quæ heres præſtitit, fideicommiſſum minuant, non reſpectu heredis qui omni caſu nihil niſi quadrantem habere poteſt, ſed legatariorum quibus ampliora legata præſtantur, quàm ſi ad onus heredis legata eſſe teſtator voluiſſet. Idque apertè Celſus docet, cùm ſcribit præſumendum eſſe, teſtatorem cum onere legatorum fideicommiſſum reſtitui voluiſſe, & ex eo nimirum inferri præſtari legatario integrum legatum. Ac ſi teſtator vniuerſam hereditatem reſtitui iuſſiſſet, deinde à fideicommiſſario non ab herede legatum reliquiſſet. Nihil enim aliud eſt legatorum onus ad fideicommiſſarium pertinere, quàm ſic falcidiæ rationem iniri ab herede, ac ſi legata non ab eo ſed à fideicommiſſario relicta eſſent. Ac cum ad heredis onus legata eſſe teſtator dixit, ſi quod ſupereſt in hereditate ſolutis legatis ad falcidiam ſatis ſit, nihil heres ex legatis deducet, neque item ex fideicommiſſo cum detracta falcidia nihil ſit reliqui. Sed cum falcidiæ nomine centum, quæ deductis legatis ſuperſunt retinuerit, neque aliquid ſuperſit quod reſtitui poſſit ei cui teſtator totam hereditatem per vniuerſale fideicommiſſum reſtitui voluit: Cogimur dicere quod ſubtiliter Marcellus excogitauit, ſic faciendam computationem, acſi quadringenta per fideicommiſſum eſſent relicta, trecenta verò legata, vt in ſeptem partes trecenta diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommiſſarius, tres legatarius. Nam aliter conſtituto iure fieret vt nihil fideicommiſſarius haberet: idque contra teſtatoris voluntatem, quæ illa fuit vt parte vna plus haberet fideicommiſſarius quàm legatarij. Neque hoc caſu ex legatis falcidiæ pars deduci poteſt, & ex fideicommiſſo ſuppleri vt contingit ſi deductis legatis hereditatem reſtituere hoc rogatus ſit: quoniam ad heredis onus teſtator legata eſſe voluit, nec legatariis priuſquàm fideicommiſſario ſatisfieri, vt eò amplius fideicommiſſarius conſequeretur, quod non eueniret ſi tam ex legatis quàm ex fideicõmiſſo falcidia deduceretur. At cùm deductis legatis reſtitui hereditatem teſtator iuſſit, quamquam vniuerſale fideicommiſſum eſt non particulare. *l. eius 16. §. inde quæritur. D. ad S.C. Trebell.* Quia tamen prius ſatisfieri legatariis quàm fideicommiſſario teſtator voluit, fieri contra voluntatem, ſi ex ea ſumma quæ legata eſt aliquid fideicommiſſario tribueretur. Imò integra præſtanda eſt legatariis, detracta duntaxat per heredem falcidia, qui quoniam totius hereditatis quadrantem habere debet, id quod deeſt ex fideicommiſſo deducit. *d. l. Marcellus. §. item Pomponius.* Hoc enim caſu fideicommiſſarium non heredem legatis oneratum eſſe ſcriptum eſt in *d. §. idem quæritur, & in l. 1. §. ſi is qui quadringenta 17. D. eod.* Ex quo *Gouani* ſententia apertiſſimè refellitur, non ſolum in eo quod nihil referre putat an deductis legatis hereditatem reſtitui teſtator iuſſerit, an ad heredis onus legata eſſe voluerit: Sed in illo etiam quòd ait falcidiæ rationem ineundam eſſe ſecundum Marcelli computationem, ſi deductis legatis reſtituere hereditatem heres rogatus ſit. Illud quoque vir doctiſſimus animaduertere debuerat, non de illo præcipuè Celſum dubitare quomodo falcidiæ ratio ponenda ſit, ſiue ſimpliciter, ſiue deductis legatis reſtituenda ſit hereditas, ſed potius quantum in illa ſpecie legatario præſtare fideicommiſſarius deberet. Proponebatur enim heredem coactum adiſſe, qui ſi ſponte adiſſet, ex trecentis ſeptuaginta quinquè deducere potuiſſet. Videbatur autem fideicommiſſarium cuius lucro heredis recuſatio ceſſiſſet, non niſi ducenta vigintiquinque Titio præſtare debere. Quomodo Marcellus apertè diffinit in ea ſpecie quam tractat, cum ait, iniquiſſimum eſſe plus ferre legatarium ideò quia ſuſpecta dicta eſt hereditas, quàm tuliſſet ſi ſponte adiſſet hereditatem. Ac ſanè ita eſt ſi ad heredis onus legata eſſe teſtator voluerit. Sed ſi cum onere legatorum fideicommiſſum reſtitui iuſſerit, qui caſus eſt de quo Celſus diſputat, non idem dici poteſt, quia cùm in ea ſpecie vl ipſa non tam hereditas reſtituatur, quàm id quod ex hereditate ſupereſt, vt Vlpianus ſcribit in *dict. §. inde quæritur.* potior eſt legatariorum quàm fideicommiſſarij cauſa, neque teſtatoris voluntas patitur vt falcidiam quam heres ſponte adeundo deducere potuiſſet, fideicommiſſarius retineat, quoniam non niſi id quod deductis trecentis ſupereſſet, hoc eſt centum reſtitui voluit. Hinc verò manifeſtè ſequitur plus legatario deberi, cùm heres ſuſpectam hereditatem dixit, & adire coactus eſt, quàm ſi iniuſſu Prætoris & ſponte adita hereditas fuiſſet. Illo enim caſu trecenta integra conſequitur, hoc verò non niſi ducenta & vigintiquinque, vt Celſus ait. Ergo tollenda negatio eſt in poſtremis illis legis verbis, *non ergo plus Titio debetur, quàm ſi iniuſſu Prætoris adita hereditas foret*, ne illatio prorſus falſa ſit & præcedentibus ex diametro repugnet. Niſi quis probabilius putet pro *non* legendum eſſe *nunc*, hoc eſt, in caſu propoſito: cùm vt diximus, heres ſuſpectam hereditatem iuſſu Prætoris adiſſe proponeretur. Vtcunque verò ſit, facilè potuit error naſci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortaſſe ex eo quod in *l. ſequen.* Marcellus ſcripſit, iniquum eſſe plus vno caſu ferre legatarium quàm altero. Verùm aliam Celſi aliam Marcelli quæſtionem eſſe oſtendimus: & ſicut caſuum diuerſitas diligenter diſcernenda eſt; ita quæ ad eos caſus accommodari poſſunt rationes diſtinguendæ ſunt, quemadmodum à nobis hoc capite non inſubtiliter factum fuiſſe exiſtimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

Emendatio §. vlt. l. 1. D. de leg. 3.

Capvt xv.

NOn puto verum eſſe, quod ab Vlpiano ſcriptum legimus in *l. 1. §. vltim. D. de legat. 3.* Si quis inteſtatus decedens, ab eo qui primo gradu ei ſuccedere potuit, fideicommiſſum reliquerit, & ad ſequentem gradum ſucceſſio deuoluta ſit, fideicommiſſum non deberi. Repugnat enim quod in eadem lege paulò ante idem Vlpianus ſcripſit, poſſe quem fidei committere eorum ad quos morte eius aliquid peruenturum eſt, ſiue his aliquid detur, ſiue quod adimi poterat non adimatur, nec tantum proximi bonorum poſſeſſoris, verùm inferioris quoque fidei committi poſſe. Adeò vt eius etiam qui nondum natus eſt fidei committi poſſit, ſi modò talis ſit qui cùm naſcetur, ſit ſucceſſurus. Cui conſequens eſt vt in alio caſu cùm à primo gradu fideicommiſſum relictum eſt, & ad ſequentem deuoluta ſucceſſio, fideicommiſſum deberi, Vlpianus reſponderit. Quod & verba illa ſignificare videntur, *Illud certè indubitatè dicetur.* Sic enim iuris authores loqui ſolẽt cùm à caſu

magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus ſubiicit, *& ita Imperator noſter reſcripſit.* Nullum ſiquidem extat reſcriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores ſuos dicit, quo tale aliquid cautum reperias vt inferioris gradus agnatus fideicommiſſum à primo gradu relictum præſtare non debeat. Quin ex contrario idem Vlpianus refert in *l. licet Imperator. 74. de legat.* 1. Imperatorem Antoninum cum patre Seuero reſcripſiſſe, voluntate teſtatoris repetita videri à ſubſtituto, quæ ab inſtituto fuerunt relicta ſiue legata ſint ſiue fideicommiſſa. Quæ conſtitutio licet ad cauſam teſtati maximè pertineat, quoniam ab inteſtato neque inſtitutio neque ſubſtitutio vlla eſſe poteſt, tamen per prudentum interpretationem ad cauſam quoque inteſtati tracta eſt, vt idem quoque Vlpianus ſcribit in *l. ſi Titio 61. §. Iulianus. de legatis* 2. vbi ait non poſſe poſt illud Imperatoris Seueri reſcriptum admitti, & defendi quòd Iulianus ſcripſerat, ſi alter ex legitimis heredibus portionem repudiaſſet, cùm eſſent ab eo fideicommiſſa relicta, coheredem eius non eſſe cogendum præſtare fideicommiſſum, & ad eum portionem ſine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommiſſa ab inteſtato relicta à ſubſtitutis debentur, ita & coheredem quaſi ſubſtitutum cum ſuo onere conſequi adcreſcentem portionem. Quòd ſi ea Seueri & Antonini conſtitutio quæ de ſubſtituto loquitur, ad coheredem legitimũ tanquam ſubſtitutum protracta eſt, an non maior ratio facit vt ad eum qui in ſecundo gradu ab inteſtato ſuccedit, quàm ad legitimum coheredem extendatur? Cùm enim ſubſtitutio nihil aliud ſit quàm ſecunda inſtitutio, vt interpretes noſtri poſt *Accurſium* diffiniunt, hoc eſt, vt Caius in Inſtitutionibus dixit, ſecundi heredis inſtitutio, an non in ſucceſſione inteſtati rectius ſubſtitutus dicetur, aut ſaltem ſubſtituto comparabitur is ad quem ſecundo gradu ſucceſſio deuoluitur, quàm coheres legitimus, qui nec ſi teſtamentarius eſſet, ſubſtitutus verè dici poſſet? Longè enim diuerſa cauſa eſt iuris accreſcendi, & ſubſtitutionis. *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit.* & coheredi inuito, ac præter teſtatoris voluntatem, deficiens portio adcreſcit, quæ ſubſtituto non niſi volenti & ex teſtatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommiſſum quod à primo gradu relictum eſt, ab inferiori, ſi ad eum deuoluta ſucceſſio ſit, præſtari debet, idque ex Seueri reſcripto & prudentum interpretatione adeóque ex tacita defuncti voluntate: quam præſumendum eſt talem fuiſſe, vt nõ amplior hereditas ad inferioris gradus agnatos quàm ad proximos perueniret, arg. *l. Publius 36. §. Titia codicillis. D. de cond. & demonſtr.* Id verò accideret, ſi fideicommiſſum à primo gradu relictum à ſequenti tacitè repetitum non intelligeretur. Neque ſanè diſſimilitudinis ratio vlla probabilis reddi poteſt cur fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtituto debeantur, ea verò quæ à proximo agnato data ſunt, ſi ſequenti gradui locus fiat, minimè debeantur. Vtroque enim caſu fideicommittentis voluntas eadem eſt, quæ non minus à legitimis heredibus quàm ab iis qui ex teſtamento ſuccedunt ſeruari debet, cùm ab inteſtato ſuccedentibus paterfamilias ſponte ſua relinquere legitimam hereditatem exiſtimetur. *l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* Vnde fit vt ab inteſtato factis codicillis, & relictis fideicommiſſis, quilibet inteſtati ſucceſſor fideicommiſſa debeat, & locum habeant codicilli, nec interſit quis ſuccedat dum inteſtato ſuccedat, vt Paulus ait *in l. ab inteſtato 16. D. eod.* ſiue fideicommiſſa hoc modo relicta ſint, *Quiſquis mihi heres erit.* vt *in l. 3. D. eod.* ſiue ab eo gradu qui primũ in ſucceſſione inteſtati locum obtineat, vt in *d. l. 1. §. vl. de leg. 3.* Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat in ſpecie *l. pen. D. de iur. codic.* poſthumum nullã partem debere legatorũ quæ filio iam nato in codicillis ab inteſtato factis pater reliquerat. Illic enim de poſthumo pater nihil ſperauerat, vt lex ait, proinde non poterat videri oneratum voluiſſe eum de quo nil cogitaſſet, præſertim filium cuius fauorabilior quàm cæterorum ab inteſtato ſuccedentium cauſa eſſe ſolet. Sed de iis quos lex ad inteſtati ſucceſſionem ſecundo loco vocat, non ſimiliter dici poteſt, defunctum non cogitaſſe. Quis enim ignoret proximis heredibus legitimis repudiantibus aut præmorientibus ad ſequentem gradum ſucceſſionem deuolui? Sed & quod apud Vlpianum ſequitur in fine *d. l. 1. de leg. 3.* Si à patrono fideicommiſſum relictum ſit, & aliquis ex liberis eius mortuo eo admiſſus ſit ad bonorum poſſeſſionem, idem eſſe dicendum, vix aliam interpretationem recipere poteſt, quàm vt à patroni liberis fideicommiſſum debeatur. Nã cùm patrono mortuo ſiue ante ſiue poſt mortem liberti, patroni filius tãquam proximior ad inteſtati ſucceſſionem vocetur, æquiſſimum ſanè eſt, vt quemadmodũ patris locũ ſubintrat, ita quod patri iniunctum erat onus ſentiat, & fideicommiſſum à patre relictum reſtituat, ne alioqui locupletiorem hereditatem conſequatur, quàm conſecutus fuiſſet pater, qui fideicommiſſum debuiſſet. Hæc cùm ita ſe habeant, dubitandum non videtur, quin apud Vlpianum tollenda ſit negatio in illis verbis, *eum fideicommiſſum non debere.*

Emendatur §. tandiu. l. qui bona 23. D. de acquir. rer. domin.

CAPVT XVI.

PRæclare & ingenioſè *Iacobus Cuiacius* obſeruationum libris annotauit deprauatiſſimum eſſe textum *l. qui bona fide 23. in §. generaliter, & §. ſi quis duobus. D. de acquirend. rer. dom.* & quomodo emendandus ſit explicauit. Nihil enim certius ac verius dici poteſt, quam quod ille ſcribit in *§. generaliter,* illis verbis, *quod autem ex re eius ſibi acquirere non poteſt,* negationem abundare, eáque ſublata legendum eſſe *quod autem ex re eius.* Nullo ſiquidem iuris loco ſcriptum reperias, acquiri quicquam bonæ fidei poſſeſſori per liberum hominem, niſi quod vel ex re poſſeſſoris vel ex hominis liberi operis acquiratur. Atque ita ſine negatione ſcriptum vidi in vetere codice quo Taurini per aliquot annos vſus ſum, cuius authoritas cum iuris ratione coniuncta fecit vt ab eo tempore de viri doctiſſimi cõiectura quam ſemper probaueram, nihil amplius dubitandum putauerim. Quod etiam idem vir doctiſſimus docuit in *§. ſi quis duobus.* erratum eſſe in illis verbis, *aut ſi liber ſit, ei qui fide bona ſeruiat,* & legendum potius, *aut ſi liber ſit ſibi an verò ei debeat, &c.* eiuſdem codicis authoritate confirmatur, in quo ſic legitur *aut ſi liber ſit, ſibi vel ei cui bona fide ſeruit.* Sed omnino delenda ſunt verba illa *vel ei cui bona fide ſeruit.* cum in Pand. Florẽt. lineis incercluſa ſint, quomodo cætera quæ germano textui ab interpretibus addita eſſe exiſtimantur, & apertius eſt, ex iis præcedentibus *verũ pro parte ei cui bona fide ſeruit.* Siue enim ſeruus, ſiue liber homo ſit, qui bona fide poſſidetur, à duobus, & ex alterutri' re acquiſiit, quæſtio eſt an totũ acquiſierit ei ex cuius re eſt, & à quo bona fide poſſidetur, an partẽ duntaxat, & alterã partẽ domino ſi ſeruus ſit, aut ſibi ipſi,

ſi liber

ſit liber homo. Iis verò verbis ſublatis poterit recepta lectio defendi, ſi admittamus Vlpianum eo loco, *aut ſi liber ſit, ei*, contra Grammaticorum regulas dixiſſe *ei* pro *ſibi*. quemadmodum & paulò antè *in §. generaliter.* dixerat contrario errore *quod ex re ſua*, pro eo quod dicere debuerat *quod ex re eius cui bona fide quis ſeruit.* vt verba ipſa textus explicant. quem ſatis frequentem eſſe Iuriſconſultorũ noſtrorum errorem *Laurentius Valla* Grammaticus cùm Pandectas reprehendendi potius quàm diſcendi ſtudio legeret, ſæpius obſeruauit, & nos non negamus. Tertium ac longè perículoſius mendum eſt in illis verbis, *rationem facere vt ei duntaxat in ſolidum acquirat*, in quibus rectiſſime & veriſſimè idem *Cuiacius* monuit legendum *partem* pro eo quod ſcriptũ eſt *in ſolidum.* Eam enim Scæuolæ ſententiam fuiſſe quam Vlpianus refert ex lib. 2. quæſtionum, vt in propoſita quæſtione ſeruus, vel liber homo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re ſtipulatur, idem Vlpianus apertiſſimè ſcribit *in l. ſed & ſi quid* 25. *ſi duos. D. de vſufru.* Idque adeò certum, & verum eſt, vt nihil vnquam verius aut elegantius à viro doctiſſimo obſeruatum fuiſſe videatur. Sed illud etiã obſeruandum erat quod nõdum ab eo obſeruatum miror, non minus corruptum eſſe textum *in §. tandiu. d. l. qui bona*, vbi Vlpianus primùm monet tamdiu acquirere ſeruum vel liberum hominem, quamdiu bona fide ſeruit. Tum quærit, Si poſſeſſor cœperit ſcire eum eſſe alienum vel liberum, an ei acquirat is qui bona fide poſſidetur, hoc eſt verũ poſſeſſionis initium ſpectandum ſit an ſingula momenta? Reſpondet autem magis eſſe vt ſingula momenta ſpectemus. At videamus ne verius ſit ſeruum alienũ quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis ſuis acquirere, quãdiu à me euictus nõ fuerit, licet ante euictionem alienũ eum eſſe ſcire cœpero, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. qui ſcit* 25. *§. vlt. D. de vſur.* nec *Accurſius* ipſe negat. Non igitur ſingula momenta ſpectanda ſunt, ſed initiũ poſſeſſionis, vſque ad euictionis momentum. Idq; ipſa etiam iuris ratio oſtendit. Quod enim is qui bona fide ſeruit ſibi acquirere non poteſt ex re poſſeſſoris, id neceſſario acquirit ei cui bona fide ſeruit, vt Vlpianus ait. Sanè in libero homine qui bona fide ſeruit, aliud iuris conſtituendum videtur, & ſingula potius momenta ſpectanda eſſe, quia cùm ſit acquiſitionis capax, nihil eſt quod cogat nos dicere acquiri per eũ poſſeſſori, quod ſibi ipſe poſſit acquirere. Vnde fit vt ad propoſitã illã quæſtionem, An poſſeſſionis initiũ ſpectandũ ſit an ſingula momẽta, ſimpliciter, & indiſtinctè reſpõderi non poſſit. Neq; igitur indiſtinctè Vlpianũ reſpondiſſe exiſtimãdũ eſt. Et longè veriſimile videtur Vlpianum ſcripſiſſe quomodo in eo vetere codice ſcriptum legi, *quæſtio in eo eſt vtrum initium ſpectemus, an ſingula momẽta. Et generaliter dicendum eſt, &c.* vt iis verbis *& generaliter*, quæ vulgus interpretum à ſuperioribus diſtinguit, quaſi alius ſit §. Vlpianus ad propoſitam quæſtionẽ ſubtiliter & cũ diſtinctione reſpondeat. Senſus autẽ diſtinctionis hic eſt, Non ſolũ cũ de ſuperueniente poſſeſſoris mala fide quæritur, ſed generaliter in aliis omnibus quæſtionibus quæ de ſeruo alieno aut homine libero ex re poſſeſſoris acquirente poſſunt emergere, diſtinguendum eſſe an quod ex re poſſeſſoris acquirit, acquirere poſſit ei cui bona fide ſeruit, an non poſſit. Vt quod poſſeſſori acquirere non poteſt acquirat ſibi, quod verò ſibi acquirere non poteſt acquirat poſſeſſori. Hinc igitur fieri, vt per ſeruum alienum qui bona fide ſeruit acquiratur poſſeſſori, licet poſſeſſor ſeruum alienum eſſe ſciat, quia ſibi ſeruus acquirere non poſſit, & æquius ſit acquirere cum poſſeſſori cui vult acquirere & ex re eius quàm vero domino de quo nõ cogitauit. Per liberum verò hominem non acquiratur poſſeſſori, quia ſibi ipſe acquirere poteſt, nec decipi debet à poſſeſſore qui liberum eum eſſe non ignorat, quique liberum hominem ſciens poſſidere non poteſt. *l. quæſitum.* 40. *D. eod. tit. de acquir. rer. domin.* Eadem ratio facit vt ſi liber homo quem bona fide poſſideo, Stichum qui meus eſt ex re mea ſtipuletur, ſibi pertineat vt Paulus reſpondit in *l. liber homo.* 20. *D. de ſtipul. ſeruor.* Nempe quia mihi acquirere non poſſit id quod iam meum eſt, ſibi verò acquirere poſſit. Cùm verò diſtinctionem hanc imperitus aliquis interpres non intelligeret, & ad propoſitam quæſtionem nihil ab Vlpiano reſponſum eſſe crederet, adiecit fortaſſe verba illa quæ tollimus, *Et magis eſt vt ſingula momenta ſpectemus.* Idque eò probabilius credendum eſt, quòd tribus aliis locis deprauatum fuiſſe huius legis textum ſuprà diximus, nec iam ferè eſt qui diſſentiat. Quam quã quid errori cauſam dederit, non puto curioſius inquirendum cùm de Vlpiani ſententia, & iuris ratione mihi planè liqueat..

De fructibus à bona fidei poſſeſſore perceptis, & emendatio l. fructus. 45. *De vſur.*

CAPVT XVII.

ILluſtris hæc quæſtio eſt, ac tam in ſcholis quàm in foro perſæpe agitata, Quos fructus faciat ſuos bonæ fidei poſſeſſor, quóſve domino rem ſuam euincenti reſtituat. Nam ſicut non eſt ex interpretibus qui de ea re diſputationem non inſtituerit, ita vix reperias ex omnibus qui idem ſentiant: at alij aliter diſtinguunt, nec quid in tam dubia quæſtione ſentiendũ & concludendũ ſit quiſquam adhuc rectè quantũ exiſtimo explicauit. Dubitationis cauſã interpretib' illud dedit, quod in libris noſtris pugnãtes & omnino diſcrepantes Iuriſconſultorũm opiniones legimus, quarũ conciliandarũ ratio nulla ſatis recta, aut probabilis excogitari rectè poſſe videatur. Primùm enim extat Pauli ſententia *in l. bonæ fidei.* 48. *D. de acquir. rer. domin.* bonæ fidei poſſeſſorẽ haud dubiè percipiẽdo fructus etiã ex aliena re ſuos interim facere non tantùm eos qui diligẽtia & opera eius prouenerũt, ſed omnes, quia quod ad fructus attinet penè domini loco ſit, adeò vt eos tametſi nondũ perceptos ſtatim vbi à ſolo ſeparati ſunt, ſibi acquirat. Cui conuenit quod Caius ſcribit in *l. pecudum.* 28. *D. de vſur.* fructum pecudũ ſicut lac, pilum, lanam, & fœtum velati agnos, hœdos, & vitulos ſtatim pleno iure fieri bonæ fidei poſſeſſoris quemadmodum & fructuarij. At idem Paulus in *l. 4. §. lana. D. de vſucap.* lanam quidem ouium furtiuarũ ſi apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſa eſt ſtatim eius fieri ait, quoniam in fructu eſt. Idémq; de agnis dicendum eſſe. Sed adiicit, *ſi conſumpti ſint.* Ita innuens, non ſola perceptione ſed conſumptione dũtaxat fructus naturales bonæ fidei poſſeſſori acquiri. Quod & aliis plerique iuris locis ſcriptum videtur, vt in *l. 4. §. poſt litem. D. fin. regũd. §. ſi verò. Inſtit. de offic. iudic. l. certum.* 22. *C. de rei vindicat.* Pomponius verò *in l. fructus.* 45. *D. de vſur.* apertè ſic loquitur, vt fructus naturales ad bonæ fidei poſſeſſorẽ nõ pertinere exiſtimet, quia non ex facto eius naſcãtur: quod ab aliorũ omniũ ſententia & præcipuè Pauli in *d. l. bonæ fidei.* omnino alienum eſt. Nolo in ſingulis interpretum veterum & recentiorum opinionibus recenſendis ac refutandis eſſe longior, ſed

Digitized by Google

quid ego dicendum putem quàm breuiſſimè & perſpicuè facere potero, hoc capite explicabo. Illud in primis ſtatuo, dici non poſſe quod quidam putauerunt, iuris authores in quæſtione ſua diſſenſiſſe. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuiſſe dubitandum non eſt, idque Paulus oſtendit ſatis in *d.l.bona fides*, in illis verbis, *nõ dubiè*, id eſt iure certo & minimè cõtrouerſo. Deinde quam omnes hactenus interpretes differentiam conſtituerunt inter naturales fructus & eos quos induſtriales vocant, non puto conſtituendam eſſe. Obſtat.n. quod Paulus ait *in d.l.bona fides*. emptorem bonæ fidei percipiendo fructus ſuos facere non ſolùm induſtriales, ſed omnes, hoc eſt etiam naturales: Nam qui eam particulam *omnes* coarctant ad induſtriales qui alterius quàm bonæ fidei poſſeſſoris opera & diligẽtia prouenerunt, apertè Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille ſenſerit, de quibus pręcipuè tractandum erit, in incerto relictum volunt. Quamquã *in d.§.lana*, idem Paulus de fructibus naturalibus diſputans ſcribit vſucapi eos non debere, quia ſtatim fiant bonæ fidei poſſeſſoris ſi cõſumpti ſint. Nec diſſimile eſt quod in *d.l.in pecudũ*. ex Caio proponitur, niſi quod de conſumptione nihil ille cõmemorat. Puto igitur tam naturales quàm induſtriales fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris ſola perceptione, nec ad eorũ acquiſitionem neceſſe eſſe vt conſumpti ſint, ſed ſtatim atque percepti atq; adeò à ſolo ſeparati ſint, pleno iure dominiũ acquiri bonæ fidei poſſeſſori, adeò vt ſi poſteaquam à ſolo ſeparati ſunt ab alio percipiantur, & poſſideãtur, vindicare eos bonæ fidei poſſeſſor poſſit, tãquàm ſuos. Sed ſi ante conſumptionem verus dominus rem ſuã vindicet, non dubito quin ſiue induſtriales fructus, ſiue naturales ſint, officio iudicis reſtitui debeant. Idque probo ex *d. l. certum 22. C.de rei vindic.* quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui debere. Ex *d.l.4.§.poſt litem.fin.regund.* vbi ſcriptum eſt bonæ fidei poſſeſſorem ita demum lucrari fructus ſi eos conſumpſerit: itémq; ex *§.ſi verò 2.Inſtit.de offic.iudic.* in quo traditur, Si bonæ fidei poſſeſſor fuerit à quo hereditas aut res aliqua euicta eſt, officium iudicis in condemnando tale eſſe debere vt non habeat rationem conſumptorum fructuum, neque nõ perceptorum, vt intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti, nec cõſumpti ſunt, in reſtitutionem venire. Cùm igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum ſit, ſine vlla naturalium & induſtrialium diſtinctione, nõ exiſtimo audiendos eſſe noſtros interpretes qui ſine lege & ratione diſtinctionem hanc introduxerũt. Sed omniũ elegantiſſimus & accommodatiſſimus textus eſt, quo probari poſſit induſtriales quoque ſi conſumpti non ſint domino reſtitui debere, apud Iuſtinianum *in §.ſi quis à non domino. de rer. diuiſ.& acquir. ipſar.domin.* vbi ille ait, ſi quis à non domino quem dominum eſſe credebat, fundum bona fide emerit, aliáve qualibet iuſta cauſa ęquè bona fide acceperit, naturali ratione fruct᷒ quos perceperit eius eſſe pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tã induſtrialibus quàm naturalibus perſpicuum eſt: nam ad naturales cura, ad induſtriales cultura pertinet. *d.l.bona fides. & l. fructus 7.§.non ſolum. D.ſolut. matrimon.* Tum ſubiicit *& ideò ſi poſteà dominus ſuperuenerit & fundũ vindicet, de fructibus ab eo cõſumptis agere non poteſt.* Ergo de non conſumptis agere poterit, & quod prius dictum eſt eos bonæ fidei poſſeſſoris factos eſſe, ita intelligi debet quomodo ſuprà explicauimus, vt tamen quandocumque euicta re reſtituendi ſint niſi ante euictionem conſumantur. *l.quæſitum.40.ad fin. D.de acquir.rer.domin.* Quod & Paulus ipſe non obſcurè innuit in *d.l. in bona fides*, in illis verbis, *ſuos interim facit.* ne quis crederet ſola perceptione ſic eos fieri bonæ fidei poſſeſſoris vt nũquã poſteà ſint reſtituendi. Ac ſanè ſi diligentiùs inſpicias, longe diuerſa hæc ſunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonę fidei poſſeſſor fructus omnes acquirit ſola perceptione atque adeò antequã eos percipiat, ſi quoquo modo à ſolo ſeparati fuerint. *l.qui ſcit.25.§.1. D. de vſur.* ſed eos lucratur ſola conſumptione. *d.§.poſt litem.l.4.fin.regund.* In eámque rem textus eſt perelegãs in *l.ſi eius fundi.78.D.de rei vindic.* quã de bonæ fidei poſſeſſore loqui certiſſimũ eſt, vt rectè *Cuiacius* in Obſeruationibus docuit, Græcorũ interpretũ authoritatẽ ſecutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonæ fidei poſſeſſor in fundo alieno ſuo nomine perceperit, licet nõdum coegerit ipſius factos eſſe, & ideò vero domino ſecundũ quẽ iudicatum eſt reſtituendos eſſe. De illis enim lex loquitur qui nondum conſumpti erant, ac nec perfectè quidem collecti, item, quod ſummoperè notandum eſt, de fructibus induſtrialibus, & qui opera & diligentia hominis proueniunt, hoc eſt de vino & oleo: & tamen reſtituendos eſſe Paulus ait, quòd nondum conſumpti eſſent, & rectè dominum intẽdere poſſeſſorem eos dare oportere, id eſt eorum dominium reſtituere, quòd ſanè intendere nõ poſſet ſi ante conſumptionem & ſola perceptione poſſeſſoris facti non eſſent. Tunc enim verũ eſſet quod Labeo dicebat, nihil poſſeſſorẽ fructuũ nomine dare oportere, nihilq; prohiberet, quominus eos propria authoritate cogere & colligere dominus poſſet, quod tamen Paulus negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex debet. Errarunt certè turpiter, qui ſcripſerunt ea Pauli verba *in d.l.bona fides. ſuos interim facit*, ſic eſſe accipienda, vt bonæ fidei poſſeſſor naturales fructus ſuos faciat quandiu duntaxat res euicta non erit, ex *d.l.qui ſcit. §. vltim.de vſur.* Re autem euicta eos licet conſumptos reſtituere teneatur. Nuſquã enim ſcriptũ eſt fructus naturales conſumptos à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui. Imò nõ reſtitui niſi extantes, apertè ſcriptum eſt ſupradictis locis. Et verò ſecũdũ hãc interpretationẽ nõ aliter de induſtrialibus quàm de naturalibus iudicandum eſſet. De omnibus enim Paulus loquitur, cùm fructus bonæ fidei poſſeſſoris interim fieri ait. Neque quod ab iis adducitur ex *d.§. vlt.l.qui ſcit.* ad rẽ quicquam facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bonæ fidei emptorem quod ad percipiendos fructus intelligi debere quandiu fundus euictus nõ fuerit, & de induſtrialibus loquitur, nec de conſumptis, ſed de percipiẽdis. Neque minus improbabile eſt, quãuis ſubtilius videatur, quòd *Goueanus* variar. Lection. libris ſcripſit fructus naturales ſola perceptione non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, idque Pomponium ſignificare in *d.l.fructus, de vſur.* fieri tamẽ conſumptione *ex d.§.lana*. Repugnant enim *d.l.bona fides, & l.pecudum*, quæ de ſola perceptione, nõ etiam de conſumptione loquuntur. Et in *d.§.lana*, non requiritur conſumptio ad acquiſitionem, vt conſtat ex illis verbis, *Sed ſtatim emptoris fit*, ſed vti ne eos fructus bonæ fidei emptor reſtituere teneatur domino quandocunque rem ſuam vindicanti. Quemadmodum enim ſi vſucapti eſſent petere eos dominus non poſſet, ita nec ſi fuerint conſumpti. Cæterùm ante conſumptionem erunt nihilominus bonæ fidei poſſeſſoris, ita tamẽ vt niſi ante euictionem

Digitized by Google

nem vel conſumpti vel vſucapti ſint, domino reſtituantur. Denique manifeſtum eſt Pomponium in *dict. l. fructus.* aliud iuris conſtituere in iis fructibus qui non facto hominis naſcuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei poſſeſſoris opera & diligentia prouenerunt. At iam ſuprà diximus, tam induſtriales quàm naturales non vſque adeò fieri eius à quo bona fide percepti ſunt, quin ſi extent euictionis tempore reſtituendi ſint. Alia igitur ad Pomponium interpretatio quærẽda eſt, quæ induſtrialium & naturalium fructuum differentiam aliquam conſtituat, aut potius cùm idem ius in omnibus conſtitutum ſit, vt ſupra diximus, videndum eſt quid Pomponius ſenſerit aut ſcripſerit. Solus enim ille iuris locus eſt qui interpretes omnes præcipites egit, vt fructus naturales ab induſtrialibus contra iuris rationem cæteráſque omnes leges diſtinxerint. Exiſtimabam aliquando, & adhuc puto, non improbabiliter dici poſſe corruptum eſſe Pomponij textum in illis verbis, *ſicuti nec cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* & legendum ſublata negatione *ſicuti cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Nam præter ea quæ ex iuris ratione & aliis legibus ſuprà diximus, me illud etiã valde mouet quod Pomponius eo loco diſputat de fructibus quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et ait, maritum fructus percipiendo illos tantùm ſuos facere quos ſuis operis veluti ſerendo adquiſierit, & ideò ſi pomum excerpſerit vel ex ſylua ceciderit, ei non acquiri, quia non ex facto eius is fructus naſcatur. Cur ergo verba illa adiecisset, *ſicuti nec cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Quaſi verò maritus bonæ fidei poſſeſſor ſit, quem tamen ex contrario certum eſt non ſolùm malæ fidei poſſeſſori potius comparandum, ſed & ipſum malæ fidei poſſeſſorem eſſe, cùm rem ſibi ab vxore donatam alienam eſſe ſciat, vt Vlpianus ait *in l. ſi vxor filio 19. D. de donat. int. vir. & vxor.* vbi propter hanc cauſam in ea ſpecie quã tractat Iulianum reſpõdiſſe refert non eſſe marito cõcedendum quod bonæ fidei poſſeſſoribus conceditur, vt per ſeruũ donatũ acquiri ei ex re eius poſſit. quod & ſcriptũ eſt *in l. de fructibus* 17. in fine *D. eo. l. per ſeruũ donatũ* 57. *D. de acquir. rer. dom.* Adeo autẽ verum eſt maritũ bonæ fidei poſſeſſorẽ non eſſe, vt etiam dubitatum ſit an qualiſqualis poſſeſſor eſſe exiſtimetur *l. 1. §. ſi vir vxori. D. de acquir. poſſeſ.* Sed quoniam poſſeſſio magis facti quàm iuris eſt, & res facti infirmari iure ciuili non poteſt, vt lex ait, præualuit ſententia exiſtimantium poſſeſſorem eum eſſe, ſed malæ fidei, quia quod ex non conceſſa donatione retinetur, id aut ſine cauſa aut ex iniuſta cauſa retineri intelligitur. *l. quia quod 6. de don. int. vir. & vxor.* Ad bonam verò fidem requiritur iuſtus titulus, & iuſtus error. *d. §. ſi quis à non domino Inſtit. de rer. diuiſ.* Error inquam, facti non iuris. Si enim maritus putet ſe iuſtè poſſidere eam rem quæ ab vxore donata eſt, errat in iure non in facto, & cùm error ſit iniuſtus, nihil ei prodeſſe debet, præſertim de lucro certanti *l. 4. l. 7. l. regula. 9. D. de iur. & fact. ign. l. quamuis. 11. Cod. eod.* Maritum ergo malæ fidei poſſeſſorem eſſe rectè dicimus, vt mirum videri non debeat ſi quos ex re ſibi donata fructus percipit, ſuos nõ faciat, niſi quos operis ſuis acquiſiuerit. Nec erat cur Põponius in hãc rem bonę fidei poſſeſſoris exemplum adduceret, cùm de malæ fidei poſſeſſore loqueretur. Ac longè elegãtior erit ſententia, ſi Põponium ita ſcripſiſſe dicamus, *ſicuti cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſori.* Ita enim ſcribendum erat, vt dilueret obiectionem quæ de bonæ fidei poſſeſſore fieri poterat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum eſt *in d. l. ſi vxor filio.* Cõiecturam illud etiam iuuat, quod quæ à Pomponio ratio affertur, *quia nõ ex facto eius is fructus naſcitur*, in bonæ fidei poſſeſſore locum habere nõ poteſt. Alioqui dicendũ erit, ex Pomponij ſententia, ſicut marito ita bonæ fidei poſſeſſori non alios fructus acquiri quàm quos ipſe operis ſuis veluti ſerendo acquiſiuerit, quod apertè falſum eſt. Omnes enim etiam ab alio ſatos ſuos facit *d. l. bona fides. & d. l. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* & non minus ex ſerui quem bona fide poſſidet quàm ex ſuis operis acquirit. *l. qui bona. 23. l. quæſitum. 40. de acquir. rer. domin.* Niſi fortè quis admittat & hac parte Pomponium à cæteris Iureconſultis diſſenſiſſe: quod ego probabile non puto, præſertim cùm de his fructibus ab alio ſatis, quoniam naturales nõ ſunt, nemo hactenus dubitauerit. Sed priuſquam ad cætera quæ ad propoſitæ quæſtionis concluſionem ſpectant accedamus, illud ad Pomponij legem pertinet, & ſcitu digniſſimum eſt, cur maritus quem malæ fidei poſſeſſorem eſſe diximus, fructus faciat ſuos quos operis ſuis veluti ſerendo acquiſierit. Cùm certiſſimi iuris ſit eum qui malæ fidei poſſeſſor ſit fructus nullos ſuos facere, ſed omnes reſtituere teneri tam naturales quàm induſtriales, tam perceptos quàm non perceptos, qui tamen honeſtè percipi potuerunt, ac tam extantes quàm conſumptos, omnes denique vt ſcriptum eſt *in d. l. certum. l. 3. C de condict. ex lege.* & ſupradictis ferè omnibus aliiſque innumeris iuris locis. Verùm reſponderi eleganter poteſt, meliorem eſſe mariti quàm cæterorum malæ fidei poſſeſſorum, quos prædones dicimus, conditionem, quòd is rem ſibi ab vxore donatam poſſidet non contra vxoris voluntatem, ſed contra legem quæ tamẽ donationem hactenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat. *l. ſi ſponſus. 5. §. cum igitur. l. ſed & ſi. 25. l. ſed ſi vir. 31. §. quod legaturus. D. de dona. int. vir. & vxor.* Hinc verò fit vt ſi maritus ex rei donatæ vſuris vel fructibus opera ſua perceptis locupletior factus ſit, donatio valeat, neque hac parte malæ fidei poſſeſſor dici poſſit, quia non ideò pauperior mulier facta ſit quòd eas vſuras fructúſque maritus perceperit. Nõ enim tam ex re donata quàm ex opera & induſtria ſua percepiſſe exiſtimandus eſt, cùm fieri poterat vt etiam non facta donatione eos fructus eáſque vſuras mulier paruæ fortaſſis aut nullius induſtriæ nũquam percepiſſet. Idque eſt quod Iulianus dicebat, & Vlpianus refert in *l. ex annuo. 15. §. ſi maritus. & d. l. de fructibus. 17. D. eo.* fructus & vſuras licitam habere donationem. Nõ quòd vxor marito donare poſſit vſuras quas iam fortè ſtipulata ſit, aut fructus quos perceperit, aut percipere poſſit, ſed quòd re aliqua ab vxore contra bonos mores marito donata, donatio valeat quod ad vſuras attinet, fructúſque ex ea re donata perceptos. Fructus inquam vſuris ſimiles, hoc eſt, qui donatarij induſtria & opera non rei ipſius donatæ natura & ſua ſponte prouenerunt, vt Pomponius interpretatur in *d. l. fructus.* Nam ſi de naturalibus fructibus quæratur, ea ratio quæ rei donationẽ impedit, in fructibus quoque locum habet, nec magis pauper fit mulier in ea re quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti, & nihil curanti, natura ipſa dediſſet. Ergo ſi in fundo donato alius ſeuerit, fructus ad maritum non pertinebunt, quoniam eò pauperior facta vxor videretur, ſi eos fructus non haberet, quia etſi facta donatio non eſſet, ab alio ſati, & mulieri propter ſolum naturali & ciuili iure acquiſiti eſſent. Si tamẽ propter mariti perſonã ſeuerit is qui alias factu-

rus nō erat, aliud fortaſſe probandū erit, quaſi nihil interſit an mariti diligentia, an propter eū alterius opera fructus prouenerint. Idémque de ſerui donati operis dicendum eſt vt marito non acquirantur, licet pleriique contrà putent. Nihil n. intereſt an ſeruus ex re mariti, an ex operis ſuis acquirat, neq; hoc potius quàm in illo caſu marito acquirere poteſt, *l. qui bona 23. in princ. d. l. quæſitum 40. in fin. D. de acquir. rer. domi. l. qui ſcit. 25. §. vl. D. de vſur.* Verùm & in ſupradicto caſu cùm de fructibus ex mariti opera prouenientibus quæratur, nō eadem prorſus mariti quæ bonæ fidei poſſeſſoris ratio conſtituenda eſt. Etſi enim vtrique ſola perceptione acquirantur, tamen bonæ fidei poſſeſſor eos ſi extent vindicationis tempore reſtituere tenetur, vt ſuprà diximus. Maritus verò non tenetur, quoniā volente vxore & iure permittēte ſibi adquiſiit. In eo autem par eſt vtriuſque cauſa, quòd ſicut bonæ fidei poſſeſſor ita maritus eos fructus non reſtituit quos conſumpſit, quóſque ſi extarent reſtituere teneretur, niſi locupletior vterq; factus ſit. *l. 1. C. de petit. hered. l. ſi mulier 17. §. vlt. l. cùm mulier 50. De donat. int. vir. & vxor.* Vix enim eſt vt conſumptum videatur id quod in patrimonij corpore retinetur, vt Papinianus ait *in l. Imperator 70. §. vlt. cū l. 71. & 72. D. de leg. 2.* Mirum autem videri poſſit quod dicimus maritum nō cogi reſtituere fructus quos conſumpſit, cùm verum ſit ad illum numquam eos pertinuiſſe, in eóque ſimilem eſſe maritum malæ fidei poſſeſſori, qui tamen omnes omnino reſtituit. At diſſimilitudinis ratio illa afferri poteſt, quòd malæ fidei poſſeſſoris cauſa lōgè iniquior & odioſior eſt, cùm inuito domino, & cōtra legis præcepta ſciēs alienā rem poſſideat, quā mariti qui rem ex vxoris volūtate habet, adeóque iuſto titulo niſi quatenus ille locupletior, & illa pauperior fiat, *d. l. ſi ſpōſus. §. cùm igitur. de donationibus inter virum & vxorem.* Locupletior autem factus non eſt perceptione fructuum conſumptorum, ſi ex iis nihil in rē ſuam verterit. Sed vt ad propoſitam quæſtionem redeamus, & iis etiā quantum fieri poterit ſatisfaciamus qui à iuris ratione potius quàm a verbis receptæ lectionis recedendū exiſtimant, tentemus an dici poſſit ea quæ de naturalium fructuū acquiſitione ſcripſimus, de iis dūtaxat fructibus intelligi debere quibus conſeruandis curam aliquam bonæ fidei poſſeſſor impenderit. Quod .n. ei in fructibus quaſi dominij ius concedimus, non fit ciuili aliqua ratione ſed naturali duntaxat pro cultura & cura, vt Iuſtinianus ſupradicto loco ſcribit. Cui conſequens eſſe videtur, vt nulla pręcedēte cultura vel cura nec ciuilis nec naturalis ratio bonæ fidei poſſeſſori fructus rei alienæ adiudicet. Quamquam autem vix vlla res eſt quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferre poſſit, cùm & naturales ipſi curentur. *d. l. fructus. §. non ſolùm. D. ſolut. matrim.* Attamē cùm quis pomum ex arbore decerpit, aut ſyluam cædit, quibus exemplis Pomponius vtitur, dici non poteſt curam aliquam iis fructibus impēdi, maximè ſi maturam ſyluam, & maturis pomis arborem poſſeſſor emerit. Proinde ratio nulla facere videtur, vt eos fructus bonæ fidei poſſeſſor percipiēdo ſuos faciat: quod tamē in aliis fructibus culturam aut curā aliquam exigentibus Pomponius fortaſſis non æquè admiſiſſet. Planè ſi conſumpti ſint, id perpetuò & indiſtinctè obſeruabimus, vt nūquam veniant in reſtitutionem: Nam leges omnes de conſumptis fructibus generaliter loquuntur, nec naturales aut inter ſeſe aut ab induſtrialibus diſtinguunt. Ac ſanè iniquum eſſet bonæ fidei poſſeſſorem eos fructus reſtituere teneri quos cōſumpſerit, & quorū perceptione locupletior factus nō ſit, quia ſic poſito iure fieret vt ei bona fides noceret quæ potius prodeſſe deberet. De extantibus fructibus non idem dici poteſt, quorum ſcilicet reſtitutione nullum bonæ fidei poſſeſſor damnum patitur, ſed lucrum duntaxat amittit: Çùm ſi ad percipiendos & redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantò minus reſtituat, quaſi fructibus ob eam rem ipſo iure diminutis *l. quod in fructus 46. D. de vſur.* Atque ita ratiocinari fortaſſis & ſentire quis velit. Verùm huic interpretationi ea Pomponij ratio non conuenit, *quia non ex facto eius is fructus naſcitur*, ex qua apparet Pomponium, ſi vulgatam lectionem ſequamur, nolle acquiri bonæ fidei poſſeſſori vt nec marito alios fructus quàm facto eius naſcuntur. Atqui naturales omnes ſua ſpōte naſcūtur, & quę iis ab homine cura impenditur non tam vt naſcantur quàm vt conſeruentur præſtat. Deinde quamuis ea primū naturalis ratio iuduxerit vt bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat, quòd pro cultura & cura id ei concedi æquum viſum ſit. Poſtea tamen iuris ciuilis vt videtur auctoritate auctū eſt ius bonæ fidei poſſeſſoris, & conſtitutum vt percipiendū ſibi etiam eos acquirat in quos neque culturam neque curam vllā ipſe impenderit, puta ab alio ſatos. *d. l. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* & generaliter omnes vt Paulus loquitur, *in d. l. bona fides.* Qui locus cùm & de omnibus fructibus loquatur, & de perceptis non de conſumptis, nulla prorſus ratione cū Pomponij lege conciliari poteſt, niſi emēdationem noſtrā admittas. Poſtremò illud quoque monendum videtur, malè vulgo creditum eſſe, fructus quos bonæ fidei poſſeſſor percepit ab eo vſucapi non poſſe, ideò quia ſtatim pleno iure ipſius fiant, *ex d. §. lana.* Si enim verū eſt quod ſuprà ſæpius diximus, teneri eum reſtituere omnes quos non conſumpſit, eámque ob cauſam non niſi penè dominus dicitur à Paulo *in d. l. bona fides.* Cur non vſucapere ei liceat vt neque extantes reſtituere teneatur, quoad plenū ſibi eorū dominiū acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit quàm ſi percipiendo eos ſibi nō acquireret? Præſertim cū ſi alteri diſtrahantur nemo dubitet quin ſecundum emptorē vſucapere poſſit. Neq; ſanè id Paulus negat *in d. §. lana*: imò cùm dicit lanam ouium furtiuarū ſi apud furem detonſa eſt vſucapi non poſſe: Si verò apud bonæ fidei poſſeſſorem, cōtrà, nihil aliud vult, quàm hoc poſteriore caſu poſſe eam vſucapi, quoniam in fructu ſit. Quamquam & illud quoq; verum eſt quod ſubijcit vſucapi eam non debere, quia ſtatim emptoris fiat. Quod ita recipi debet vt ſi lanam veluti ſuam conſumpſerit, nihil ab eo peti poſſit, licet ſtatuto tempore lanam non poſſederit, quia cōſumptio tantum ei prodeſt quantum vſucapio. Sed tamen vel conſumptos vel ſi extent vſucaptos eſſe fructus neceſſe eſt, vt non reſtituantur.

Explicatur l. ſi quis reum 5. D. de liberat. legat.

CAPVT XVIII.

SI creditor liberationem legauerit debitori qui fideiuſſorē dederat, liberādus eſt reus acceptilatione nō pacto, quia ſi pacto dūtaxat liberaretur, fideiuſſor non liberaretur, neque ipſo iure, quoniam in pactis factum non ius verſatur. *l. ſic vnus 27. §. pactus nè peteret. D. de pactis.* neque per exceptionem, quia non cum ipſo ſed cum debitore pactum fuiſſe proponitur. Ita igitur fieret vt reus quoque quem teſtator omnino liberatū eſſe voluit, per conſequērias

tias conueniretur, ſcilicet ſi creditoris heres contra fideiuſſorem ageret. Fideiuſſor enim aduerſus debitorem regreſſum haberet, ſicq; ſolius debitoris damno res cederet, *l.cũ lex* § *6.D.de fideiuſſ.l.cùm mãdatu 23.D. de minor.* At liberato reo per acceptilationem fideiuſſor quoq; ipſo iure liberatur, ſublata ſcilicet principali obligatione veluti ſolutionis poteſtate *l.non ſolum 7.§.1.D.de liberat.legat.l.in diem 5.l.ſi accepto latum 19.§.1.D.de acceptilat.* Quid ergo ſi donationis cauſa fideiuſſor interuenerit ita vt aduerſus reum agere non poſsit, vel quid ſi ad fideiuſſorem pecunia peruenerit, & reũ vice ſua dederit, ipſéq; pro eo fideiuſſerit? Hoc caſu reus non acceptilatione ſed pacto liberandus eſt. Acceptilatione liberãdus non eſt, quia per cõſequentiam fideiuſſor liberaretur. Pacto autem liberandus eſt, quoniã ita verendum non ſit ne reus alia ratione conueniatur. (Cùm aduerſus eũ fideiuſſor regreſſum nõ habeat,) vel fideiuſſor ipſe per exceptionem pacti liberetur, quia tale pactum liberationis fideiuſſori prodeſſe non poſsit. Quamquam enim ſolemus dicere fideiuſſori dandam exceptionem pacti quæ reo cõpetit *l.& heredi 21.§ vltim. D. de pact.* hoc tamen in propoſita ſpecie dici non poteſt: quia mens alia eſt legantis, alia paciſcentis. Qui enim legat, eius duntaxat cui legat perſonam inſpicit cùm legata non niſi ob aliquod meritũ relinqui ſoleant, & ne teſtator cũ eorũ qui de ſe bene meriti ſunt iniuria decedere videatur vt Lucius ille Cuſpidius in ſuo teſtamento dicebat. *l. nec adiecit.9.D.pro ſocio.* Heres verò qui paciſcitur de nõ petẽdo, quoniã ita facit ex teſtatoris potius quã ſua volũtate, id tãtũ agere & velle videtur quod teſtator voluit, ideóq; ſicut liberationẽ à teſtatore relictã ita pactũ hoc perſonale eſſe dicimus, nec fideiuſſori prodeſſe, quoniam ita actum eſſe videatur, *l.niſi hoc actum 21.de pact.* At paciſcentiũ debitoris, & creditoris, alia proculdubio voluntas eſt. Nam ad obligationẽ & rem ipſam magis quã ad perſonam obligatam reſpicit, & vt Paulus ait *in d.§. vlt. l. & heredi*, pactum de non petendo in rem eſt, non in perſonam. Vnde fit vt omnibus proſit quorum obligationem diſſolutam eſſe eius qui paciſcebatur interfuit maxime fideiuſſoribus. Et hæc eſt ſententia *l.ſi quis reũ.5. in princip. D.de liberat.lega.* ſatis quidem vt videtur aperta, ſed quæ tamẽ ab Accurſio malè explicata eſt, in eo maxime quod differentiã quam inter legantem & paciſcentem Vlpianus ponit, ipſe non agnoſcit aut potius non intelligit. Deceptus quantum coniicio, ex eo quod in illis verbis, *Atquin ſolemus dicere*, quomodo in Pandect. Florent. & cæteris emendatis codicibus legitur, veteres libri habebant, *Alioqnin ſolemus dicere*, quæ lectio planè mendoſa eſt, & reiicienda. Sequitur verò apud Vlpianum ſi fideiuſſori liberatio legata ſit, pacto eum liberandum eſſe, quia ſi per acceptilationem liberaretur, rei quoque obligatio veluti ſolutione tolleretur. Per pactũ autẽ ſolus fideiuſſor liberatur, nec quę ei cõpetet pacti exceptio reo quoq; competere poterit, ſiue quòd fideiuſſoris perſonam duntaxat ab obligatione eximi, non ipſam obligationem tolli teſtator voluerit, ſiue quod principalẽ obligationem fideiuſſoria ſublata remanere nihil vetet, ideóque difficilius pacta fideiuſſoris reo proſint, quàm rei pacta fideiuſſori. *l.fideiuſſoris.23.D.de pact.* Planè interdũ contingit vt fideiuſſor cui liberatio legata eſt acceptilatione ſit liberandus: ſcilicet quoties reo aduerſus ipſũ regreſſus dandus eſt, quod contingit ſiue fideiuſſor ipſe verus reus fuerit, ſortè quòd ad eum pecunia peruenerit, ſiue in eam rem ſocius reus extiterit. His enim caſibus niſi reus liberaretur, fideiuſſor quoque liberatus non videretur.

Vera lectio & ſententia l.ſi quis dolo 51.§.1. D.de re iudicat.

CAPVT XIX.

PAuli verba hæc vulgò leguntur, *Si quis poſſeſſorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit, ſi venditor præſtiterit creditori quanti eius interfuerit, quæſitum eſt an debitor liberetur.* Et puto improbum eſſe eum, qui velit iterum conſequi id quod accepit. At ex veteribus plerique in illis verbis, *ſi venditor præſtiterit*, pro *venditor* legerunt *vetitor*, Græci *emptor*, Recentiores nonnulli *debitor*, & in illis ſequentibus, *an debitor liberetur*, pro *debitor* reponunt *debito*. Quæſtio igitur eſt, quænam potius lectio ſequenda ſit, quidque ſibi Paulus voluerit. Puto ego Pauli ſententiam hãc eſſe, vt ſi is qui creditorẽ miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſit, creditori præſtiterit quanti eius interfuit, debitor liberetur, & ita Paulum ſcripſiſſe, *ſi præſtiterit creditori*, nulla mentione facta aut vetitoris, aut venditoris, aut emptoris, aut debitoris, ſed eam dictionẽ de qua contenditur ab interpretibus additam eſſe, indéque aliter atque aliter legi cœpiſſe dum illa Pauli verba alij de venditore, alij de emptore, nonulli etiã de debitore, plures verò de vetitore, hoc eſt, qui creditorem miſſum in poſſeſſionem non admiſiſſet, interpretarentur. Nihil enim intereſt, creditor in poſſeſſionẽ miſſus à quo admitti prohibitus ſit, ab extraneo, an ab eo qui à debitore emiſſet ac fundi poſſeſſor factus fuiſſet. Omni ſiquidem caſu ſi is qui poſſeſſione prohibuit, præſtiterit creditori quanti eius interfuit, dico debitorem liberari, nihilque amplius ab eo poſſe exigi. Ratione illa quam Paulus adfert, quòd improbus videatur is qui id quod iam accepit iterũ conſequi velit. Nec quicquã eſt quod huic interpretationi obiicere quis poſſit. Nã quod vir doctiſsimus *Iacobus Cuiacius* ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inuſitatam eſſe, id ego facilè admitto, neque Paulum ita ſcripſiſſe volo. Sed ea quoque dictione ſublata dico verba illa, *Si præſtiterit creditori*, ad alium referri non poſſe quàm ad eum qui creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruãdæ cauſſa nõ admiſerat, quẽ veteres interpretes iidémque viri boni ſignificantiore, licet minus Latino vocabulo, vetitorẽ appellabãt. Exiſtimarũt verò neceſſariã eſſe hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *ſi præſtiterit creditori*, cùm apertius dicere potuiſſet *& præſtiterit creditori*: quo modo ſi dixiſſet nulla ſanè dubitandĩ, & tot modis textũ corrumpendi occaſio ſupereſſe potuiſſet. Quod enim ſecundo loco idẽ vir doctiſſimus obiicit falſam eſſe hanc ſententiam vt creditor conſecutus pœnam ab extraneo qui poſſeſſione prohibuit, à debitore petere nihil poſſit, id planè nego. Quamuis enim pœnalis ſit actio in factum quę datur aduerſus eum qui creditorem in decreto miſſum in poſſeſſionem prohibuit. *l.1.§.hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ. miſſ. eſt*, pœnalis autem actio perimere non ſolear rei perſecutionem. Illud tamen obſeruãdum eſt quod *Cuiacius* non animaduertit, non eſſe hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales eſſe dicimus eas, quæ rei perſecutionem non tollunt. Vt vel ex eo maximè colligi poteſt quod Vlpianus ait in *dict.l.1.§.hæc verba. D.illo titul.* hæc verba edicti, *Quanti ea res erit ob quam in poſſeſſionem miſſus erit*, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius in-

tereſt poſſeſſionem habere, tãtum ei condemnetur is qui prohibuit. Proinde ſi ob falſum creditum vel ſi ob falſam petitionem miſſus ſit in poſſeſſionem, vel ſi exceptione ſummoueri potuit, nihil ei prodeſſe hoc edictum, quia ob nullã cauſam in poſſeſſionẽ miſſus eſſe intelligitur. Facit *l. Fulcinius 7. §. ſi in diem.* & *l. pen. §. vlt. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales eæ ſunt quæ non ad id quod reuera actoris intereſt competunt, ſed ad rei de qua controuertitur æſtimationem, licet actor calumniator ſit, nihilque eius interſit vt in *l. 1. §. vlt. D. ſi quis ius dicent. nõ obtemper. l. ſi per alium 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. eſt vi exim. cum ſimilib.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt, mere pœnalis non eſt, adeóq; rei perſecutionem continet. Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionẽ,* non reſpectu actoris, ſed rei qui propter vim factá ei qui ex Prætoris decreto in poſſeſſionem miſſus erat, pœnam illam patitur, vt ad id quod ipſius intereſt condemnetur, licet nihil ipſe debeat, creditorique aduerſus debitorem ſalua actio ſuperſit, ſi debitom perſequi potius quàm ex edicto agere velit. Ex quo intelligimus neque verũ eſſe quod *Cuiacius* ait, cum cui poſſeſſionem ingredienti vis facta eſt, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo qui vim fecit, cùm ab vtroque nihil petere poſſit preter idipſum quod ſibi debetur. Neque rectum eſſe argumẽtum quod ille ſumit ex interdicto De tabulis exhibendis *l. 3. §. condemnatio. D. de tabu. exhibend.* Nã actio quæ ex illo interdicto datur, licet ad id quod intereſt competat, vt eo loco Vlpianus ait, magis tamen pœnalis eſt quàm hæc de qua diſputamus: imò omnino pœnalis eſt, quoniam in ea id quod intereſt non ex veritate æſtimatur ſed ex quantitate in iudiciũ deducta, id eſt, inſpecto eo duntaxat quãtũ petatur, nõ an id quod petitur debeatur. Quid enim ſi heres qui tabularum exhibitionem poſtulat, hereditatem petat quæ ad ſe non pertineat? Quid ſi legatarius petat legatum quod ſub conditione relictum eſt & cuius condicio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum eum qui tabulas nõ exhibet ac ſi hereditas ad actorem pertineret aut legatum ei purè relictum eſſet, adeò vt neque de reſtituendo legato deficiente condicione cauere teneatur, quia vt Vlpianus ait, hæc pœna contumaciæ præſtatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem ſuã perſequitur, ſed pœnam, hoc eſt pœnæ nomine rei quã petit æſtimationem, quamuis nihil ei debeatur. Inde verò fit, vt ſi à contumace pœnã conſecutus ſit, nihilominus à debitore perinde petere poſſit quod ſibi debetur ac ſi nihil ab alio conſecutus fuiſſet, quia nõ rem ſed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum eſt in interdicto, Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt, quod, vt diximus, pœnale nõ eſt ratione actoris, ſed eius duntaxat qui cõuenitur. Et ideò rectiſſimè ac veriſſimè Paulus reſpondit, ſi is qui vim fecit præſtiterit actori quanti ipſius interſuit, debitorem liberari. Quod tamen ego ſic intelligo, vt per doli exceptionem liberetur. Id. n. apparet cũ ex *d. l. 3. inde quæritur. §. de tabul. exhib.* tum ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus ſit is qui eandem rem bis conſequi velit. Ipſo iure non liberatur, quoniã ipſe nihil ſoluit, & quod ab eo qui in poſſeſſionem miſſum nõ admiſit ſolutũ eſt, proprio ipſius non debitoris nomine ſolutũ eſt. Ergo doli exceptio neceſſaria eſt. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod ſi eorum opinionem ſequeremur, qui Paulũ ſic intelligunt vt debitor ipſe creditori præſtiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non eſſet quin ipſo iure, non exceptionis ope liberatio contingeret: ſoluto quippe eo ipſo quod debebatur & petebatur. Sed & ea interpretatio faceret vt lõgè minus elegans eſſet Pauli ſententia, & extra omnem omnino dubitationem. Cùm, vt diximus, actio hæc in factum pœnalis non ſit ratione actoris, ſed ratione rei duntaxat qui miſſum in poſſeſſionem non admiſit, Prætorique ſufficiat quoquomodo rem ſeruari ab eo qui non niſi rei ſeruandæ cauſa in poſſeſſionem miſſus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quoniam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hîc refellere operæpretium eſſe non arbitramur.

Nihil emendandum eſſe in l. ſub conditione. 16. D. de condict. indeb. & explicatio l. Iulianus. 60. eod.

CAPVT XX.

INter conditionem & diem incertum differentia nulla eſt, ſi de indebiti ſoluti condictione quæratur. Nam ſicut quod ſub cõditione, ita quod ſub die incerto tibi debeo ſi ante diem aut conditionẽ exiſtentem facti errore ſoluam, repetere potero, quia omnino indebitum eſt. Quòd ſi poſt ſolutionem & ante repetitionem dies aut conditio non extiterit, non repetam, quia debitum cœpit eſſe quod prius fuerat indebitum. Iſque ſenſus eſt *l. ſub cõditione. 16. D. de condict. indeb.* quam omnino male explicant, qui à Pomponio differentiam conſtitui putãt inter diem incertum & conditionem: cùm tamen apertè lex dicat exiſtente die aut cõditione repetitioni locum non eſſe. Neque ea verba, *quod autem ſub die incerto.* quibus mouentur, differentiæ notã aliquam præ ſe ferunt vt illi aiũt, ſed tantùm de alia re loqui Pomponium demõſtrant. Prius enim de debito ſub conditione locutus fuerat, poſteà de debito in diem ſubiicit. In vtroque autem idem ius cõſtituit. Nec ratio vlla afferri poteſt cur in poſtremis illis verbis, *die exiſtente*, addita negatione legamus *die non exiſtente.* Falſum enim eſt nec vllo iuris loco comprobari poſſit id quod in diem incertum debetur, ſi ante diem per errorem ſolutum ſit nõ poſſe intereà repeti. *l. ſufficit. 56. D. eod. tit.* Et illi ipſi qui addunt negationem, fatentur eo demum caſu repetitionem impediri, quo certum ſit diem illum incertum aliquando extiturum, puta ſi quid tibi promiſero, *cùm moriar.* Cùm enim certum ſit debitum iri, quod nõdum debetur, conditionis locus non eſt, quaſi indebitum dici non poſſit, quod fieri non poteſt vt non aliquando debeatur, vt in *l. 17.* Vlpianus ait. Sed recta comparatio non eſt caſualis, vt noſtri vocant, conditionis, & incertæ diei quam extituram eſſe incertum ſit. Nam & ſi quod ſub neceſſaria conditione debebatur pendente conditione per errorem ſolutum ſit, dubium non eſt quin intereà repeti non poſſit, vt idem Vlpianus ait *in l. quòd ſi. 18. D. eod.* Siue igitur conditionem omnino incertam cum die prorſus incerto cõpares, ſiue diẽ incertũ, quẽ tamen euenturum eſſe certum ſit cum conditione quæ nõ poſſit non exiſtere, nulla inter conditionem & diem incertum differentia eſt, cùm dies incertus pro conditione habeatur. *l. dies incertus. 75. D. de condition. & demonſtrat.* & conditio appellatur. *l. talis. 30. §. ſed etſi.* D *de legat. 1.* Neque opinioni noſtræ illud obſtat, quod ex Vlpiani verbis *in d. l. 17.* videtur

tur

Digitized by Google

tur poſſe colligi Pomponium in præcedenti lege de eo die locutum eſſe, qui ſit omnimodo extiturus. Illud enim verius eſt *in d. l.* 17. non præcedentis legis exemplum, ſed confirmationem & rationem contineri, quam vix quiſquam hactenus rectè, vt arbitror, explicauit. Ego autem ſic explico, vt cùm Pomponius ſcripſiſſet id quod ſub die incerto debetur, ſi ante diem ſoluatur, die exiſtente non repeti, ratio hæc *in l. ſeq.* ſubiiciatur ex Vlpiano, quia ſi cùm moriar dare promiſero, & antea ſoluam, repetere non poſſum. Hoc eſt, ſi eo caſu quo dies nondum venit quem venturum eſſe certum eſt: ſolutum repeti non poteſt. Multò magis dicendum eſt, id quod in diem prorſus incertum debebatur, ſi ante diem ſolutum ſit, die exiſtente condici non poſſe. Plus enim eſt diem veniſſe, quàm neceſſariò venturum eſſe. Dubitandi autem ratio apud Pomponium illa erat, quòd initio & ſolutionis tempore inſpecto, indebitum per errorem ſolutum eſſet. Sed decidendi ratio eſt, quia cum de condictione quæritur, condictionis tempus inſpiciendum eſt non ſolutionis. Adeò autem ſufficit debitum eſſe cum petitur id quod indebitè ſolutum erat, vt ſi modò debitum iri certum ſit, licet nondum debeatur, perinde habendum ſit, ac ſi pure non in diem vel ſub conditione deberetur. *l. ſi pupillus.* 9. §. *qui ſub condictione. D. de nouat.* Nihil igitur emendandum eſt *in d. l. ſub conditione*, &, ſi quid emendari neceſſe eſſet, dicerem potius in illis verbis, *quod autem ſub die incerto debetur*, pro *autem* legendum eſſe *item*, quanquam ne hoc quidem neceſſe eſt. His verò quæ diximus mirifice conueniunt, quæ Paulus ſcribit in *l. Iulianus verum debitorē* 60. *D. eod. tit. de condict. indebit.* de cuius quoque ſententia non inutile futurum eſt, ſi hic omnia quæ ad rem pertinere videbuntur breuiter exponamus. Illud primum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorem poſt litem conteſtatam manente iudicio ſoluentem repetere non poſſe, quia nec abſolutus nec condemnatus repetere poſſet. Idémq; dicendum eſſe ſi quis ita promiſerit, Siue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit, quia ex vna cauſa alterutrius, origo ſolutionis proficiſcitur. Tum ſubiicit, ſi quis id quod purè debebat ſub conditione nouandi animo promiſerit, magis dubitari poſſe, an pendente conditione ſolutum poſſit repeti. Pleroſque enim putare repetitioni locum eſſe, quoniam ex qua obligatione ſolutum ſit dici non poſſit, vt contingit ſi plures eandem pecuniam alter purè, alter ſub condictione nouandi animo promiſerint. Verùm hoc diſſimile eſſe Paulus ait, quia in ſtipulatione pura & conditionali eundem debiturum eſſe certum ſit. Quemadmodū autem caſus ille cùm quis id quod purè debet ſub condictioné nouandi animo promiſit, Paulo dubitabilior cæteris viſus eſt, ita interpretum noſtrorum opiniones in diuerſas partes diſtraxit. Sunt enim qui repetitioni locum eſſe putent, quam ſententiam *Azo*, *Ioannes*, *Accurſius*, *Bartol.* & cæterique ferè omnes ſequuntur. Alij contra iam olim ex veteribus interpretibus, vt idem *Accurſius* refert, negabant, cum quibus & ego ſentio. Id enim eſt meo iudicio, quod in fine legis Paulus ait ſtipulationem hanc diſſimilem eſſe illi qua plures perſonæ eandem pecuniam purè & ſub condictione nouandi animo promiſerunt. Nam in priore ſtipulatione eundem debiturum eſſe certum eſt ſiue nouationis condictio extiterit, ſiue defecerit, & ideò condicere promiſſor non poteſt id quod omnimodo ſit debiturus: In poſteriore verò incertū eſt ex pluribus quis futurus ſit debitor. Si enim conditio extiterit, Secundus promiſſor: ſi defecerit, Primus debitor erit. Propter quam cauſam merito reſponſum eſt, eum qui pendente condictione ſoluerit repetiturum. Nec poſſum intelligere qua ratione moueantur, qui vt nouam opinionem inducerent, Paulum ſic interpretati ſunt, quaſi ſenſerit hoc caſu repetitioni locum non eſſe. Quæ enim à Paulo affertur ratio in illis verbis, *In ſtipulatione enim pura & condictionali eundem debiturum eſſe certū eſt.* huic interpretationi non ſolùm non conuenit, ſed etiam omnino repugnat. Ineptum etiam eſt argumentum quo *Accurſius* vtitur, vt oſtendat eum qui quod purè debet ſub conditione nouandi animo promiſit, ſi pendente conditione ſoluat, repetere poſſe. Ait enim creditorem puræ obligationi renuntiare videri, & promiſſorem conditionis dilationem inducere, quorum vtrumque falſum eſt. Cùm neque creditor puræ obligationi renunciet, niſi ſub conditione, ſi eam poſteà accipere contigerit, neque debitor conditionem inducat obligationis: imò purè obligatus maneat niſi ſecundæ ſtipulationis conditio extiterit. *l. quoties* 14. *D. de nouat. l. in perſona.* 30. §. *fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum eſſe in illa ſpecie, an perpetua an temporaria futura ſit exceptionis defenſio ex *d. l. ſufficit.* 56. *de condict. indeb.* moltò minus verum eſt. Etenim cùm vtroq; caſu ſiue condictio extiterit ſiue defecerit, futurum tamen ſit vt debeatur id quod promiſſum eſt, fieri certè non poteſt, vt perpetua ſit exceptionis defenſio, ac proinde vel ex ratione Papiniani in *d. l. ſufficit.* condictioni locum non eſſe concludendum eſt. Et verò illi ipſi qui hanc noſtrorum opinionem induxerunt, non alia ratione mouebantur, quàm quòd incertum eſſet ex qua obligatione debitor ſoluiſſet, vt Paulus refert. Sed non inde fit quin certum ſit, ex alterutra obligatione ſoluere eum debere, cùm aut ex pura, aut ex condictionali obligatione eum debiturum eſſe certum ſit, quod ſufficit ad impediendam condictionem.

ANTONII FABRI I.C. CONIECTVRARVM LIBER V.

Explicatio §. vlt. l. vlt. D. de legat. 3.

CAPVT I.

SI pater impuberem heredem ſcripſerit, eique ſubſtitutum dederit, & alio filio emancipato præterito edictum committente pupillus contra tabulas patris bonorum poſſeſſionē acceperit, tum de legatis à ſubſtituto præſtandis controuertatur, certiſſimum eſt diſtinguendū eſſe an ab ipſo impubere data ſint, an à ſubſtituto. Quanquam enim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, teſtamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & vtilitas elicit, vt pupillare ſuſtineatur, adeóque præſtanda ſint omnibus, id eſt extraneis quoque perſonis ea, quæ à ſubſtitutione pater relinquit, *l. ex duobus. 34. §. vltim. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* At quæ ab impubere inſtituto relicta ſunt, ratio iuris, & æquitatis non patitur, vt à ſubſtituto aliis quàm exceptis perſonis debeantur. Nam cùm ex ipſius impuberis defuncti perſona præſtentur, *l. in ratione* 11. *§. quod vulgo. D. ad leg. falci. l. ſeruo alieno* 113. *§. ſed ſi pater. de lega* 1. conſequens eſt vt aliis non præſtentur, quàm quibus ab ipſo impubere præſtari deberent, iis videlicet perſonis duntaxat quas ſpeciali in eam rē edicto De legatis præſtandis exceptas Prætor voluit. Ex quo intelligi poteſt, euidenter errare eos, qui putant Prætoris beneficio inſtitutum filium duntaxat, non etiam ſubſtitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Prætoris edictū in filij inſtituti gratiam, ſed potius legatariorum fauore comparatum eſt, quando certū ſit per bonorū poſſeſſionē contra tabulas rumpi patris teſtamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodò poſſe, præter ea, quorū præſtatio viſa eſt Prætori habere naturalem æquitatem vt Vlp. ait in *l. 1. D. de leg. præſt.* vbi non ineleganter æquitatem edicti nouam appellat, quod valde nouum ſit, ac contra communes iuris regulas vt qui patris iudicia reſcindit, ex eius tamen iudicio & voluntate legata fideicommiſſa quibuſdam perſonis præſtare compellatur. Ergo legata ab inſtituto filio extraneis relicta ne quidem ſubſtitutus præſtabit: idque disertè ſcriptum eſt in *l. filium. 5. D. eod. tit. de legat. præſtan.* Verùm ſicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi cauſam illud præbuit, quod in *l. vlt. §. vlt. de leg. 3.* Scæuola reſpondit in eadem, vt videtur, ſpecie ſubſtitutum legata ab inſtituto relicta non exceptis tantùm, ſed etiam extraneis perſonis debere, ita tamen vt his ex ea duntaxat portione præſtet ex qua inſtitutus fuit, exceptis verò ex reliquo, id eſt, etiam ex eo, quod per bonorum poſſeſſionem contra tabulas acceſſit. Proponebatur enim filius ex vncia tātùm heres ſcriptus, ac Prætoris beneficio ſemiſſem conſecutus. Scio placere viro doctiſſimo *Iacobo Cuiacio* corruptiſſimum eſſe Scæuolæ reſponſum, ac potius de legatis à ſubſtituto relictis accipiendum, quaſi ea verba, *habeat & ſubſtitutū*, alieno loco poſita ſint, & reponenda poſt illa prima, *ſi filius ex vncia heres inſtitutus ſit.* Quod tamen vix eſt vt probabile videri poſſit, cùm cætera quæ ſequūtur, *deinde commiſſo edicto per alium filium accepit partis dimidiæ bonorum poſſeſſionem*, ad filium, non ſubſtitutum referantur: neq; illud verè dici poſſit, ſubſtitutum legata à ſe relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo autem liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo patrimonij quod ad filium peruenit, perinde ac ſi id quod per bonorum poſſeſſionem filius habuit à patre accepiſſet. *d. l. 5. §. quod ſi impubes. de legat. præſt. l. ab exheredato. 126. de legat. 1.* Quare delenda omnino erit tota illa Scæuolæ diſtinctio, *Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus:* quod ſi ita eſt, rectè profectò ſentiunt, qui in libris noſtris locum alium adeò maculatum nullum eſſe aiunt. Quamquam minus maculatus videri poterit ſi his poſterioribus verbis ſublatis, nihil de præcedentibus immutetur. Veriſſimum enim eſt in ea ſpecie quam Scæuola tractat, legata ab inſtituto relicta deberi à ſubſtituto vſq; ad ſemiſſem, *l. etſi contra tabulas 35. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* neque tractandarum rerum ordine quem ſibi pro arbitrio vir doctiſſimus cōminiſcitur, vulgata lectio, quæ rectum ſenſum habet mutari debuit. Sed nec ſequentia illa, quæ inepti interpretis eſſe arbitratur, tollenda eſſe exiſtimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola diſſenſiſſe admitterem, ſi commodius nihil dici aliud poſſet. At ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d. l. 5. de legat. præſtand.* aut alio vllo iuris loco ſcriptum reperio, ſubſtitutum legata extraneis non præſtare ex vncia, ſi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenerit. Improbè namque recuſaret legata extraneis præſtare eo colore, quòd filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas acceperit, quæ ſcilicet ſubſtituto ipſi prodeſt, adeóq; ex teſtatoris voluntate. In quo deterior ſanè eſt conditio ſubſtituti, quàm filij inſtituti. Hic enim non ſolùm quod poſſeſſionis commodo ſupra vnciam habet, ſed & vnciam ipſam ex qua inſtitutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris volūtatem habet, vt non ſine cauſa recuſet ſoluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiam parte ex qua inſtitutus fuit. Subſtitutus verò, tametſi plus conſequatur poſſeſſionis beneficio, quam ei teſtator reliquerat, hoc ipſum tamen ex teſtatoris voluntate habet, qui ſcilicet nō haberet ſi à teſtatore ſubſtitutus non eſſet. Planè improbius facerent legatarij extranei ſi rupto per bonorum poſſeſſionem teſtamēto ampliora legata conſequi vellent, quàm petere potuiſſent, ſi ruptum teſtamentum non fuiſſet, & ad ſubſtitutum vncia duntaxat perueniſſet. Quæ ratio eſſe videtur propter quam Scæuola reſpondit ſubſtitutum non niſi ex vncia extraneis legata præſtare. Aliud verò obſeruandum eſt-ſi nullum ex bonorum poſſeſſione commodum, ad filium & ſubſtitutum peruenerit,

Cur

Cur enim hoc caſu improbè faciat ſubſtitutus qui dicat nolle ſe ex inſtituti perſona ſoluere legata, qui inſtitutus ipſe ſi viueret minimè præſtaret? Idque ſatis apertè, meo iudicio Scæuola voluit, qui in poſteriore reſponſi ſpecie, hoc eſt ſi ex dodrante inſtitutus filius commiſſo edicto ſemiſſis tantùm poſſeſſionem acceperit, ſubſtitutum ex ſemiſſe duntaxat legata debere dixit, nulla diſtinctione adiecta, vt intelligamus hoc caſu nulla ex parte legata extraneis præſtari. Quæ etiam ſpecies eſt *d.l.5.de legat. præſt.* in qua ſolus filius, ac proinde ex aſſe inſtitutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum poſſeſſionem accepiſſe, cõcurſu minus perceperit, quàm ex teſtamento habuiſſet. At eidem Scęuolæ reſponſo illud etiam obſtare videtur quod Africanus ait, *in d. l. etſi contra 35. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* legata ab inſtituto pupillo relicta coniunctis perſonis (ſic enim neceſſariò is locus intelligi debet) & à ſubſtituto præſtanda augeri ex eo quòd filius extraneis nihil debuerit. Nam ſi ita eſt, illud etiam conſequens videtur vt neque ſubſtitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africani, & alia quærenda, cur legata à ſubſtituto perſonis exceptis præſtanda augeantur. Verùm præter id quod Africanus ſecundum Scæuolæ diſtinctionem intelligi commodè poteſt, vt leges aliæ ex aliis ſumunt interpretationem, illud etiam non malè quis ſortaſſe dixerit, poſſe contingere vt legata coniunctis perſonis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodũ Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data ſunt, prę̄ſtentur pro ea parte ex qua filius fuit inſtitutus. Finge eũ qui mille & ducenta in bonis habebat, cùm fortè ſibi longè locupletior videretur, filium in poteſtate ex vncia duntaxat heredem ſcripſiſſe, id eſt in centum, & ab eo legaſſe extraneis ducenta, coniunctis verò perſonis trecẽta quinquaginta. Si poſteà filius commiſſo per emancipatum edicto bonorum poſſeſſionẽ petierit: & ſemiſſem conſecutus ſit, mox ante præſtita legata deceſſerit, dicemus ſubſtitutum quamuis extraneis quoque legata præſtet, non ideò tamen falcidiam deducturum, ex cæteris quæ coniunctis perſonis pręſtanda ſunt. Scilicet quoniã extraneis nihil debet niſi pro vncia, id eſt centũ. Suprà vnciam non debet: quia extraneis filius nihil debuit, atq; ita fit, vt etiam integris ſolutis iis quę coniunctis perſonis relicta ſunt, adhuc centum & quinquaginta iure falcidię ſubſtitutus habeat, quę citra deductionem nõ haberet ſi fili⁹ extraneis debuiſſet: Id enim eſt quod Africanus ait augeri legata quę ab inſtituto coniũctis perſonis data ſunt, hoc eſt, ſine falcidię diminutione pręſtari, quoniam quę per legem falcidiam & ipſo iure minuuntur, ea ſi integra pręſtentur, quodammodo augentur, *l.in quantitat.74.§.vlt.D.ad l. falcid.* quod nos alio loco fuſius explicauimus. Recta verò & interpretationi noſtrę valde conueniens eſt ratio illa Africani, *proptereà quod filius extraneis nõ debuerit*. Cui alia ſubiicienda eſt quę paulò poſt ſequitur in iis verbis, *quemadmodum & ipſe filius plus exceptis deberet*. Siue enim de legatis ab inſtituto relictis & à ſubſtituto pręſtandis diſputamus, ſiue de iis quę ab ipſo ſubſtituto data ſunt, quæ Africanus creſcere ait ſi ex bonorum poſſeſſione plus ad filium peruenerit, accommodatè dici poteſt, augeri ea, quemadmodum & ipſe filius plus exceptis deberet: tametſi in legatis ab inſtituto relictis accommodatius id dici poſſe videatur. Præſertim cùm minus recta ſit hac parte comparatio filij & ſubſtituti. Legata enim ab inſtituto filio relicta augentur, licet non plus ad eum per bonorum poſſeſſionem peruenerit, quoniam extraneis nihil præſtat. Ea verò quæ à ſubſtituto data ſunt, non aliter augentur, quàm ſi plus compendij & commodi ex bonorum poſſeſſione quàm ex teſtamento filius perceperit, cùm extraneis quoque ſubſtitutus legatorum à ſe relictorũ nomine obligetur. Hinc porrò intelligimus quàm parum acutè *Accurſius* ſcripſerit legata ab inſtituto data præſtari à ſubſtituto, quaſi ab ipſo tacitè repetita. *ex l.licet Imperat.70.de leg.1.* Nam vt taceam ius illud De tacita repetitione legatorum Africani & Scæuolæ temporibus certum non fuiſſe ante nouam Seueri & Antonini conſtitutionem: illud etiam me mouet, quòd ſi ea legata ab inſtituto relicta ſubſtitutus præſtaret tanquam à ſe repętita, vtique omnibus ea præſtaret ſicut cætera quæ à ſubſtitutione data ſunt. At quæ ab inſtituto relicta ſunt, non niſi exceptis perſonis præſtat, quia cùm non teſtatori, ſed pupillo heres exiſtat, ad eorum præſtationem tanquam ad æris alieni ſolutionem obſtrictus eſt, *d.l.in ratione.11. §. quod vulgo. D. ad leg. Falcid.* Adeò autem verum eſt legata à filio inſtituto relicta non videri à ſubſtituto repetita, vt nec ſi expreſſè repetita ſint, alio tamen iure debeãtur, quàm quod ſubſtitutus pupillo heres extiterit. *d.l.ſeruo alieno.113.§.ſed ſi pater.de leg.1.* Generaliter igitur diffiniri poteſt conſtitutionem illam Seueri & Antonini quam Iuriſconſultus refert *in d. l. licet*, ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarẽ ſubſtitutionem pertinere.

Emendatio l.legaui.25. D.de liberat.legat.

CAPVT II.

VVlgo ab interpretibus creditum eſt inutile & nullius momẽti eſſe legatum, ſi tibi legauero centum aureos quos mihi debes, & nihil mihi debeas: quaſi deficiente, vt illi aiunt, ſubſtantia & conditione legati, quemadmodum dici ſolet, in illa legati ſpecie, Si tibi cẽtum legauero, quæ mihi Titius debet, cùm nihil ille debeat. *l.ſi ſic legatum.75. §.1.de legat.1.* Mihi verò aliud iudicium eſt, neque dubito quin vtile ſit prius legatum, & quantitas peti poſſit, licet nihil mihi debeas, quaſi falſa demonſtratione adiecta, vt apertis verbis Paulus reſpondit *in l.legauit.25.D.de liberat.legat. Quòd ſi nihil debeat*, inquit, *poterit dici quaſi falſa demonſtratione adiecta, etiam quod comprehenſum eſt peti poſſe.* Nec poſſis niſi valde ridiculè & ineptè ſequentia illa, *Sed poterit hoc dici ſi ita legauit, Centum aureos quos mihi debet*, quæ affirmatiuè cõcepta ſunt, legere cũ interrogatione, vt negationẽ ſubintelligas, quẽadmodũ poſt Ioannem & Azônem vulgò interpretes tradiderunt: aut addita negatione ſcribere, *Sed non poterit hoc dici*, quomodo ex recentioribus *Iacobus Cuiacius* veterũ errorem potiùs quàm emendationem ſecutus legẽdum eſſe arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiam ſequentia. Quis namque caſus eſſe poteſt, quo verum illud ſit quod initio Paulus dixit, licet nihil legatarius debeat, poſſe tamen dici, quaſi falſa demonſtratione adiecta etiam quod comprehenſum eſt peti poſſe, ſi neges valere huiuſmodi legatũ? *Lego Titio centũ aureos quos mihi debet.* Nullũ ſiquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio poteſt. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuris veteris authoritas admiſit, aptiſſimũ ſanè & optimũ hac parte legãdi genus illud fuit, quod per vin-

dicationem dicebatur, vt facilè perſpicere quiuis poteſt. Deinde quod apud Paulum ſequitur, *Quod ſi ſic dixit, Heres meus centum aureos quos mihi Titius debet damnas eſto ei dare, etiam illud tentari poterit, vt petere poſsit, quaſi falſa demonſtratione adiecta, quod mihi nequaquam placet, cùm dandi verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimauerit.* An non oſtendit ſatis in præcedentibus tractaſſe Paulum de vtili legato? Alioqui ſi dixiſſet non valere legatum ita relictum, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*, cur dubitaret quin idem dici poſſet de legato per damnationem cõcepto his verbis, *damnas eſto heres meus ei dare?* Dubitat tamen, & dubitandi cauſam ſignificat, cùm ait etiã hoc caſu tentari poſſe vt legatum valeat quaſi falſa demonſtratione adiecta. Non ergo dubitabat, quin legatum de quo prius dixerat valeret, & falſæ demonſtrationis adiectione non vitiaretur. Idque neceſſariò conſequẽs eſt iuris regulæ quæ habet falſam legati demonſtrationem legatario nõ nocere. *l. demonſtratio. 17. l. falſa. 3. l. quibus diebus 40. §. qui dotalem. D. de cond. & demonſtr.* Neque ad obiectionem hanc reſponderi poteſt, quod quidam reſpondent ex Vlpiano *in d. l. ſi ſic legatum. §. 1. de legat. 1.* inter falſam demonſtrationem & falſam cauſam ſiue conditionem legati multum intereſſe. Quanquã enim id veriſſimũ eſt, ad aliã tamen, quàm ad eam de qua quęrimus legati ſpeciem pertinet. Ad eam ſcilicet, quam illo loco Vlpianus tractat, ſi mihi legaueris centum aureos quos tibi Titius debet, cùm nihil ille tibi deberet. Nam legato nomine certæ quãtitatis, certum eſt nõ quantitatem ipſam, ſed nomen legatum intelligi, ac proinde ad aliud heredem teneri non poſſe quàm ad cedendas & præſtandas actiones, quæ porrò nullæ ſunt ſi nihil teſtatori debebatur. Vnde fit vt legatum ſub ea conditione relictum videatur, ſi Titius tibi debeat, qua conditione deficiente ſubſtantia quoque legati deficit, & conſequenter inutile ac nullius momenti eſt legatum. Sed ſi legauero tibi centum aureos quos mihi debes, manifeſtum eſt legatam eſſe quantitatem non liberationem, quamuis ſi debitor ſis nihil niſi liberationem petere poſſis: & ideò ſi nihil debeas centum nihilominus petes, quia verum eſt centum fuiſſe legata, & falſam adiectam eſſe demonſtrationem. Nec ratio vlla eſt cur ab Vlpiano contrà reſponſum fuiſſe exiſtimemus *in d. l. ſi ſic legatum. §. 1.* vbi eum caſum tractat ſicut diximus, quo mihi legatum eſt à Sempronio id quod ei Titius debebat. In qua ſpecie rectè ait non valere legatum ſi nihil Titius Sempronio debeat, ſiue nullam ſiue certã quãtitatem teſtator expreſſerit. Cùm enim quantitas non eſt adiecta, nihil deberi poteſt, quia vt lex ait, non apparet quãtum fuerit legatum. Quæ res facit, vt quamuis valeat legatum ſi cui legauero centum, quæ Titio debeo, licet nihil ei debeam, quòd hęc falſa demonſtratio non perimat legatũ, inutile tamen ſit ſi ſimpliciter & nulla adiecta quantitate legauero id quod Titio debeo, nempe quia dici non poſſit quantum ſit in legato. Quòd ſi in propoſito caſu teſtator addiderit certam quantitatem, & mihi legauerit centũ quæ ei Titius debet, inutile etiam erit legatum, quòd ea quantitas non tam demonſtrationis, quàm cauſæ & conditionis loco adiecta eſſe videatur. Solet quidem falſa cauſa, itémq; falſa conditio legati legatario non nocere, *l. cùm tale. 72. §. falſam cauſam. & §. falſam conditionem. D. de con. & demon.* Sed Vlpianus eo loco falſam cauſam & conditionem legati eam intelligit, quæ errantẽ teſtatorẽ impulit vt legaret, & ſine qua legatarius non fuiſſet, quæque legato ſic cohæret, vt ſubſtantiam ipſam legati potius quàm legandi rationẽ contineat. Cõcludit igitur Vlpianus *in verſi. Proinde.* Etſi Titio decem quæ mihi Seius debet, legauero, nullum eſſe legatum. Eſſe enim, inquit, debitor debet: cùm etſi viuus exegiſſem extingueretur legatum, & ſi debitori maneret, actiones dũtaxat aduerſus eum præſtare heres meus cogeretur. Neq; probabilis eſt *Bartoli* & cæterorum interpretatio, qui putant in verſic. *Quòd ſi addiderit*, tractare Vlpianum de legato ſic concepto, *Decem quæ mihi Titius debet, lego eidem Titio*, cũ certo certius ſit, perſequi Vlpianum propoſitam ſpeciem de legato relicto alteri quàm ei quem teſtator debitorem eſſe exiſtimabat, vt probant ea ipſa verba, *Quòd ſi addiderit*, quæ ad alium referri certè non poſſunt, quàm ad teſtatorem, quem principio §. poſuerat legaſſe mihi id quod ei Titius debebat, nulla addita quantitate. Nec video quid ex hac noſtra interpretatione quam legis verba euincũt ſequatur incommodi, niſi quòd ſuperuacua & fruſtra adiecta videantur, quæ Vlpianus ſubiicit in *verſic. Proinde*, quod tamen minus mirabitur is qui obſeruauerit Vlpiano Aſiaticum illud ſcribendi genus, placuiſſe potius quàm Laconicum & Papinianeum. Vtut ſit, longè abſurdius fore puto ſi falſam Vlpiani opinionẽ, præſertim quæ ex verbis colligi non poſſit inducamus, quàm ſi fateamur id quod res eſt, eandem ab eo ſententiã ſuperuacuò repetitam eſſe. Sed illud præcipuè interpretes noſtros meo iudicio fefellit, quòd Paulus *in d. l. legaui*, ita ſcribit, quaſi nihil interſit, an tibi legauerim centũ quæ mihi debes, an ita dixerim, Centũ aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas eſto nõ petere. Cùm tamen hoc poſteriore caſu nemo ſit qui negare auſit liberationem dũtaxat certæ quantitatis legatam videri non ipſam quantitatem, ſiue quòd per damnationem legatum relictum ſit, ſiue quòd teſtator non iuſſerit heredem tibi dare, ſed tantùm à te non petere. Idque manifeſtius fit ex eo quod Paulus ſubiicit non valere legatum, & liberationem duntaxat videri relictam, licet dandi verbum teſtator vſurpauerit, quod tamen ad quantitatem legandam aptius eſt, quàm verbum non petendi. Quod cùm ita ſit, puto interpretis eſſe non Pauli totam illam adiectionem, *vt Stichum quem Titius mihi debet, heres meus damnas eſto non petere.* Interpretem verò imperitũ illud mouiſſe aut potius fefelliſſe, quòd putabat fortaſſe, in prioribus iis verbis, *Titio centum aureos quos mihi debet*, deeſſe aliquid ad implendam & perficiẽdam orationem. Aut exemplo centum aureorum, quod Paulus attulerat aliud addendum fuiſſe de Sticho, vt ex eo omnes intelligerent verum eſſe, quod prius Paulus dixerat, nihil intereſſe an centum aureorum, an fundi debiti mutationem teſtator fecerit. Ac ſanè ſi aliud exemplum addere Paulus voluiſſet, vtique de fundo non de Sticho addidiſſet, vt præcedentia cum ſequentibus magis cõuenirent. Deinde, quòd dicimus nihil intereſſe an centum aureorum an fundi debiti mentionem teſtator fecerit, non aliter verum eſt quàm ſi iiſdem verbis legatum conceptum proponatur. Sed non inelegãs dubitatio eſt cur inutile ſit legatum hoc, *Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas eſto ei dare*; potius quàm illud, *Lego Titio centũ aureos quos mihi debet.* Ratio enim illa Pauli cùm dandi verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimauerit, difficilior eſt, quàm vt commodè intelligi & explicari poſſit, quoniam ex præſumpta teſtatoris voluntate potius quã ex verbi vi,

& po-

Digitized by Google

& poteſtate deſumpta eſſe videtur. Niſi dicamus, quod verum eſt, multum referre an certam quantitatem teſtator ipſe dederit, an heredem ſuum dare damnauerit. Hoc enim caſu illud teſtatorem animo agitaſſe veriſimile eſt, vt ſi nihil heredi Titius deberet, nihil Titio heres daret, quòd dare non poſſit eam quantitatem quæ ſibi debetur, ſi nulla debeatur. Cùm verò teſtator ipſe dedit, non de illo quærimus quid heres dare poſſit, ſed quantum teſtator dederit, & ad relictæ quantitatis præſtationem obligari heredem admittimus, quaſi falſa duntaxat demonſtratione adiecta. Atque hæc noſtra interpretatio & emendatio, etſi noua eſt & à communi interpretum omnium opinione aliena, placuit tamen eruditiſſimo Iuriſconſulto *Iohanni Bacheto*, qui propter eximiam qua excellit iuris ſcientiam, non ſolùm Sebuſianis noſtris apud quos Iudicis appellationum dignitatem ſumma cum laude ſuſtinet, ſed exteris quoque omnibus ad quos prouinciæ noſtræ fama peruenit, eam ſui nominis admirationem excitauit, vt facile mihi perſuadeã doctiſſimos quoſq; probaturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excellens comprobauerit.

Veram eſſe receptam lectionem l.pen.D.de conſtit.pecun.

CAPVT III.

AIt lex, Si quis duobus pecuniam conſtituerit tibi aut Titio, ſtricto iure propria actione cõſtitutæ pecuniæ manere eum tibi obligatum, quamuis Titio ſoluerit, ſed tamen per exceptionem adiuuari. Quod ſic accipiendum eſſe omnes conſentiunt, ſi tibi anteà obligatus eſſet is qui conſtituit, alioqui conſtitutum non valeret ſi debitum nullum præceſſiſſet. *l.1.§.debitum autem.l.eum qui.5. §. quod exigimus.l.hactenus.11.D.eod.tit.* Ego etiam ſic intelligo, vt ne ex præcedenti obligatione Titio ſolui poſſet. Si enim cùm tibi aut Titio ſtipulatus eſſes, promiſſor poſteà conſtituerit ſe tibi aut Titio ſoluturum, & Titio ſoluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab vtraque obligatione tam ex ſtipulatu, quàm de cõſtituta pecunia ipſo iure liberetur. Nam & liberaretur etſi conſtituiſſet ſe tibi ſoluturũ nulla in conſtituto facta Titij mentione. *l. ſi ita ſtipulatus.59.D.de ſolu.* vbi ſatis apertè Paulus docet liberationem hoc caſu cõtingere non per exceptionem doli, vt minùs cautè quidã ſcripſerunt, ſed ipſo iure: præſertim cùm dicat nihil intereſſe an ſtipulator iubeat promiſſorem Titio ſoluere, an ab initio ita concepta ſtipulatio ſit, vt ſtipulatori vel Titio ſolueretur. Nemo enim dubitat quin ſi iuſſu ſtipulatoris promiſſor Titio ſoluerit, ipſo iure liberetur. *l. vero procuratori.12.D.eod.tit.de ſolut.l.obligationum ferè.44.§.acceſſio.D.de oblig.& act.* Si igitur qui tibi centum ex ſtipulatione debebat cõſtituerit ea ſe tibi aut Titio ſoluturum, deinde Titio ſoluerit, quæſtio eſt apud Paulum *in d.l.penul.* an tibi nihilominus propria actione conſtitutæ pecuniæ maneat obligatus. De priori actione quæ ex ſtipulatu competebat Paulus nihil quærit, quoniam ſi poſterior de conſtituta pecunia per ſolutionem Titio factam ipſo iure perempta eſſet, vtiq; & prior ipſo iure ſubſiſtere non poſſet. Quanquam enim duplex actio eſt altera ciuilis, altera Prætoria. *§.de conſtituta. Inſtit. de action.* vtraque tamen vnius ſolutionis poteſtate tollitur, quia vnum debitum eſt, quod per conſtitutum ſicut non nouatur, ita neque augetur, *l. item illa verba 18.§.vltim.cum l.ſeq. D. de conſtit. pecun* In quo miſerè errant qui exiſtimant in propoſita quæſtione tolli ipſo iure conſtitutoriam actionem, nec niſi de priore ex ſtipulatu Paulum dubitare, & illud tandem concludere non tolli eam, niſi per exceptionem: indéque animum ſumunt emendandæ legis, vt in illis verbis *propria actione pecuniæ conſtitutæ* non *propria* legamus, ſed *priori*. Cùm tamen & ex iuris ratione quam ſupra diximus, & ex ſequentibus illis verbis, *pecuniæ conſtitutæ*, quæ ipſi non tollunt, appareat manifeſtè non niſi de conſtitutoria actione apud Paulum diſputari. Neque enim prior obligatio erat conſtitutæ pecuniæ, ſed verborum & ex ſtipulatione. Atq; ita rectè veteres omnes interpretes ea verba expoſuerũt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam rationem illud habeat, quod Paulus reſpondit, conſtituti actionem ipſo iure & ſtricto non tolli ſi is, qui tibi aut Titio pecuniam ſoluturũ ſe conſtituerat, Titio ſoluerit, cum adiecto ſolutionis cauſa ſolui poſſe, & debitori ſoluenti liberationem ipſo iure acquiri certiſſimum eſſe videatur, *d. l.59.de ſolu.l.ſed etſi filiofamilias.7.§.1.& l.8.D.de cõſtit pecun.* Ego, ne in recenſendis & refellendis ſingulorum opinionibus fruſtrà ſim lõgior, ſic ſtatuo. Multum intereſſe an promiſſor tibi, aut Titio, an tibi dũtaxat ex ſtipulatione ſoluere debuiſſet. Nam cùm Titius tam in ſtipulatione quàm in conſtituto ſolutionis cauſa adiectus fuit, proculdubio eſt rectè ei ſolui poſſe, & ſolutione obligationẽ omnem tàm ex ſtipulatu, quàm de pecunia cõſtituta ipſo iure extingui, *d.l.ſi ita ſtipulatus.* Et de hoc nimirum caſu Paulus loquitur *in d.l.8.de conſt.pecu.* cùm ait, ſi poſteaquam promiſſor ſoli tibi ſoluturũ ſe conſtituit, Titio ſoluerit, eum nihilominus teneri. Ita innuens liberatum iri eum, ſi tibi aut Titio conſtituiſſet, vel tibi non adiecta dictione illa, *ſoli*. Idque conſtat ſatis ex *d.§.1.l.7.* cui *d.l.8.* coniũgitur. Quòd ſi tibi ſoli ſtipulatus fuerat non adiecta Titij perſona, dico etiamſi tibi aut Titio ſoluturum ſe promiſſor conſtituerit, & Titio ſoluerit, nihilominus eum de conſtituta pecunia ſtricto iure manere obligatum, in eóque perelegantem ſtipulationis & conſtituti differentiam obſeruari. In ſtipulatione cùm Titius ſolutionis gratia adiectus eſt, perinde haberi debet, ac ſi ſtipulator id quod ſibi debetur Titio ſolui mandaſſet, vt Paulus ait *in d.l.59.de ſol.* & cùm promiſſor Titio ſoluit, non tam videtur alteri ſoluere, quàm electionem quę ſibi ex ſtipulatione acquiſita eſt cõplere, *l.qui res ſuas.98.§.mihi Romæ,in fin.D.eo.* Proinde iuris ratio facit vt ſi Titio ſoluat, ipſo iure liberetur, quoniam ita obligationis conditioni ſatiſfaciat. Cùm verò quis conſtituit ſe tibi aut Titio ſoluturum, quemadmodum tibi ſoli acquiritur actio de pecunia conſtituta, *dict.l.8.* ita ſoli tibi nõ etiam Titio ſoluendum eſt vt ipſo iure liberatio contingat, quoniam cõſtitutor Titio ſoluens alteri ſoluit, quàm cui debet, neque conſtituendo electionem ſibi acquirere potuit vtri ſolueret, tibine an Titio, nec facto ſuo quæſitæ tibi obligationis qualitatẽ & conditionẽ immutare. Quòd ſi quis differentiæ huius rationem adhuc quærat, hanc ego puto afferri poſſe, quòd quæ ex conſtituto naſcitur obligatio, tota ex conſtituentis fide: quæ verò ex ſtipulatu, ex ſtipulatoris interrogatione, & congrua interrogationi reſponſione æſtimatur. Hinc.n. fit vt cùm tibi aut Titio ſtipularis, id apertè declares velle te tuo nomine Titio ſolui, eáque voluntas pro iuſſu & mãdatu habeatur. At cùm ſoli tibi ſtipulatus es, & debitor cõſtituit ſe tibi aut Titio ſoluturum, nihil eſt ex quo poſſit colligi voluntate tua ſolui Titio debere. Solus.n. debitor conſtituit, tu nihil dicis. Sed

tamen quoniam imputari tibi poteſt, quod conſtitutum ita factum admiſeris, æquum eſt ſuccurri debitori per exceptionem ſi à te de conſtituta pecunia contra conſtituti formam conueniatur, cùm ſi eum ſoluere Titio voluiſſes, is tibi non Titio ſoluiſſet. Et hęc ſententia eſt *d.l.pen.* in qua Paulus propriam actionem dicit conſtitutæ pecuniæ: non quod alia vlla ſit communis tibi cum Titio, ſed eodem ſenſu ac ſi dixiſſet, *ipſa actione conſtitutæ pecuniæ*, de qua ideò probabilius dubitari poſſe videbatur, quàm de priori obligatione, quòd in conſtituto Titij mentio facta fuiſſet. Verum non ideò fit, vt quaſi iuſſu & mandato tuo ſolutum Titio dici poſſit, alioqui etiā ſtricto iure tam conſtituti, quàm verborum obligationē ſublatam eſſe neceſſariò fatēdum eſſet. Quod verò emendandi occaſionem capiunt ex eo quod in Pand. Florentinis ſcriptū eſſe aiunt, *propria actione*, leuius ſanè eſt, quàm vt mouere eos debuerit. Nemo enim eſt qui neſciat librarij Florentini morem illum eſſe vt cùm poſtrema prioris dictionis litera eadem eſt quæ prima ſequentis, illam prætermittat, hanc verò ſcribat maiuſculo charactere, vt hîc factum eſt. Nec magis ferendus eorum error eſt, qui vt duos Pauli locos qui inter ſeſe pugnare videntur, concilient, ita diſtinguunt vt promiſſor qui poſteaquàm ſoli tibi ſoluturum ſe conſtituerat ſoluit Titio, quē tu in priori obligatione ſolutionis cauſa adieceras, nihilominus teneatur ſtricto iure *ex d.l. 8. de conſt. pec.* ſed liberetur per exceptionem ex *d. l. ſi ita ſtipulatus. de ſol.* Nam quod vno loco Paulus ait promiſſorem teneri, cum effectu ſic accipiendū eſt, vt omnino & vtiliter teneatur, quia Titio ſoluere non debuerat, qui ſoli tibi ſoluturum ſe conſtituerat, quaſi fidē conſtituti frangere videatur, qui cùm prius eligere poſſet vtri ſolueret tibine an Titio, poſteà ſoli tibi cōſtituit, ac nihilominꝰ Titio ſoluit: quemadmodum de illo ſcriptum eſt, qui cùm illud, aut illud deberet, alterum poſteà conſtituit. Hunc enim non eſſe audiendum Papinianus ait, ſi alterum quod prius in electione erat præſtare malit. *l. illud aut illud* 25. *D. eo. tit. de conſtit. pec.* Quod autem alio loco idem Paulus dixit poſſe promiſſorē Titio ſoluere, licet tibi conſtituerit, ſic omnino accipiēdum eſt vt Titio ſoluens ipſo iure liberetur, quemadmodum ſuprà probauimus. Alia igitur conciliationis ratio quærenda non eſt, quàm quæ ab *Accurſio* exponitur, vt vno loco Paulus eam ſpeciē tractet, cùm promiſſor ſoli tibi conſtituit, altero verò, cùm tibi conſtituit ſimpliciter, nō adiecta dictione illa *Soli*, quæ ſola efficit vt electionem quam promiſſor habebat tibi aut Titio ſoluendi, ſibi per conſtitutum ademiſſe intelligatur. At ſi tibi ſimpliciter conſtituerit, etiam Titio ſoluere poterit, quia, vt Paulus ait, tibi ſolui videtur, quod Titio ſoluitur, adeò vt ſi quid indebitum ei ſolutum ſit, tibi quoque condici poſſit, ac ſi tibi non illi ſolutum eſſet.

Explicatur l. cùm ſocietas. 69. ff. pro ſocio.

CAPVT XIV.

OBſcuram ac difficilem eſſe huius legis ſententiam cum ex ipſius contextu & veterum gloſſis cognoſci facilè poteſt, tū vel ex eo maximè quod acutiſſimus & ingenioſiſſimus iurium omnium interpres *Iacobus Cuiacius*, cui nihil difficile videri poſſit, ſibi tamen in eius interpretatione minus ſatisfacit, & à quo tempore iuri ciuili operam dare cepit, nullo ſe loco diutiꝰ tortum fuiſſe ſcriptis ſuis teſtatur. Ego verò etſi tantùm mihi non tribuo vt facilia eſſe putem, quę ille difficilia arbitratur, illud tamen auſim dicere, poſſe quid excogitari quod & probabilius ſit, & ad Vlpiani mentem accommodatius. Vlpianus ita ſcribit, *Cum ſocietas ad emendū coiretur, & conueniret vt vnus reliquis nundinas, id eſt, epulas præſtaret, eóſque à negotio dimitteret, ſi eas eis non ſoluerit, & pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſt.* Quanquam autem in quibuſdam editionibus aliter legitur, *vt vnus reliquis nundinarias epulas præſtaret.* poteſt tamen Florentina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas. Idem enim ſenſus eſſe videtur, vt de nundinariis epulis ab altero ex ſociis præſtandis conuenerit, & *nundinas præſtare* Vlpianus dixerit, pro ea nundinarū impenſa, quę in epulis conſiſtit. Sicut enim de mercatorum conuentione loquitur, ita mirū videri non debet ſi minus propriè locutꝰ, ac mercatorum fortaſſis verbo vſus ſit. Eámque ob cauſam cùm conuentio ita concepta eſſet, vt vnus reliquis nundinas pręſtaret, adiecit Vlpianus, *id eſt epulas*, ne cui inſolens locutio difficilē faceret conuentionis interpretationem. Illa etiam, quæ ſequuntur, *eóſque à negotio dimitteret*, eodē ferè ſenſu ſic intelligo. Conuenisse inter ſocios vt vnus reliquis præſtaret omnia, quæ ad ſocietatis negotiū pertinerent, & eos à negotio dimitteret, hoc eſt efficeret vt à negotio recederent, nulla per eos impēſa facta extra pecuniam communem emendis mercibus deſtinatam. Quòd ſi malis legere, quomodo quidam legunt, *eóſque ad negotium dimitteret*, non valde repugnabo. Nam & bonum ſenſum habet hęc lectio, & ſine dubio ponēdum eſt in hac ſpecie alios quibus epulas pręſtari conuenerat ſolos emiſſe: eum verò qui epulas præſtare debuerat cum venditore non contraxiſſe, vt & *Cuiacius* fatetur. Tota igitur legis difficultas in eo conſiſtit, quod Vlpianus ſubiicit, Si epulas ſocius iuxta conuentionem non ſoluerit, & pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſſe. Illud enim difficile videatur, actionem ex vendito dari ſociis qui nihil ſocio vendiderunt. At neque ex empto agere poſſunt, cùm nihil à ſocio emerint, quicquid *Accurſius* ſentiat, qui verba illa *ex vendito*, ridiculè & perperā interpretatur *ex empto*. Quibus rationibus motus vir doctiſſimus ſcripſit ſocios quibus præſtitæ non ſunt epulæ, aduerſus ſocium eo nomine actionem duntaxat pro ſocio habere, ex vendito autem agere non poſſe, ſed eum tantùm, qui vendidit, quaſi & emiſſe videatur is qui hac de re contracta ſocietate ſocios in negotium miſit, & hanc Vlpiani ſententiam eſſe *in d. l. cùm ſocietas*. Quod mihi probabile nō videtur. Cùm enim ex vendito actio ſit in perſonam & ex cōtractu, fieri non poteſt vt aduerſus eum competat, qui non contraxit. Neque verò ex eo ſolo, quòd quis ſocietatem ad emendum coierit, dici poteſt videri eum emiſſe vt ex empto obligetur: quia ſocietas non efficit, vt quod vnus ex ſociis emit, omnibus acquiſitum eſſe videatur. Iis enim ſolis acquiritur, qui emerunt, nec commune ſit, vt Paulus ait *in l. ſi quis ſocietatem 74. ff. eod. tit.* Vnde illud etiam euenit, vt nec ſi velit aduerſus venditorem ex empto agere poſſit is qui nō contraxit: quamuis eorum qui contraxerunt ſocius ſit, quia verum eſt cum eo neque contractum, neq; negotium aliquod geſtum fuiſſe. Sed & Vlpianus apertè ſcribit, ſociū non niſi propter epulas non pręſtitas actione ex vendito teneri, cùm ait, Si ſocius epulas non præſtet, & pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſſe. Atqui ſecundum *Cuiacij* interpretationem nihil intereſſet, quod pertinet ad actionem ex vendito an epulas ſocius præſtitiſſet, necne. V-

troque

troque enim caſu putat teneri eum venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non videtur, quin ea Vlpiani ſententia ſit, vt ſocius qui epulas non præſtitit, tam pro ſocio quàm ex vendito ſociis eo nomine teneatur. Sed qua ratione motus Vlpianus ita reſponderit, difficilis ſanè eſt, & elegantis dubitationis. Puto autem eam potiſſimum rationem afferri poſſe, quam ſuprà attigi ex *d. l. ſi quis ſocietatem*, quòd cùm plures ſocietatem ad emendum contraxerunt, id quod emitur ipſius fit qui emit, nec cæteris ſociis acquiritur, quamuis emptor eam rem ſocietatis iudicio cogatur iis communicare. Ea verò communicatio certè alienatio eſt, quæ porro alienationis ſpecies niſi quædam veluti venditio? Rem enim accipit ſocius, qui prius non emerat, & iis qui pretium ſoluerunt tantundem præſtat, & cùm pro pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio eſt. *l. naturalis 5. §. 1. D. de præſcript. verb. l. 1. D. de rer. permut.* Quemadmodum igitur ad pretium conſequendum non minus ex vendito, quàm pro ſocio agi poſſet, ita & ad epulas, quarum impenſa propter venditionem facta eſt, ac quaſi pretij pars quædam videri poteſt. Et ſicut per communicationem rei emptæ ſocius veluti emptor efficitur, ita ſocij venditores eſſe videntur, atque ideò æquum eſt habere eos ex vendito actionem, vt conſequi poſſint omne id quod ad rem emendam impenderunt, perinde acſi aliâ rem ſocio vendidiſſent. Habēt igitur actionem pro ſocio, vt lex ſocietati dicta ſeruetur. Habent etiam actionem ex vendito, quod eas epularum impenſas fecerint ad emendum id, quod ſocietatis iudicio communicare & quaſi reuendere compelluntur. *Cuiacij* verò ſententiam & emendationem minimè illud adiuuat, quod idem Vlpianus ex Papiniano ſcribit *in l. Iulianus 13. §. ſi procurator. D. de action. empt.* Si procurator vēdiderit & emptori cauerit, cum domino ex empto agi poſſe vtili actione ſi is rem vendendam mandauerit, exemplo inſtitoriæ actionis, & per contrarium dicendum eſſe vtilem ei ex vendito actionem cōpetere. Eo enim loco Vlpianus de procuratore loquitur, qui mandato, & nomine domini vendidit, quo caſu à domino ipſo facta venditio videtur. *l. ſi procurator 13. D. de acquir. rer. domi.* At in ſpecie *l. cum ſocietas.* de ſociis agitur, qui ſibi emerunt, & tam empti actionem quàm dominium per traditionem iis factum, ſibi non ſocio acquiſiuerunt. *d. l. ſi quis ſocietatem. l. ſi patruus 4. C communi. vtriuſq. iudic. l. 2. C. pro ſocio.* Illud verò obſeruandum eſt *in d. §. ſi procurator.* erratum eſſe in iis verbis, *ergo & per contrarium dicendum eſt vtilem ex empto actionem domino competere*, & legendum eſſe, *ex vendito*, nō *ex empto*, quia domino qui rem ſuam vendi mandauit, ex vendito non ex empto actio competit. Et cùm aduerſus eum ex empto actionem dari Vlpianus ſcripſiſſet, conſequens eſt vt quam illi ex cōtrario cōpetere ſubiicit ex vendito nō ex empto actionē intellexerit, & ſcripſerit.

Additur negatio in l. 3. D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.

Caput v.

FVndum inſtructū libertis patronus teſtamēto legauit. Poſteà codicillis petiit vt morientis ſuperſtitibus partes ſuas fundi reſtituerent. Papiniano placet, quamuis teſtator in fideicommiſſo inſtructi mentionem non habuerit, tamen in cauſam fideicommiſſi talem deductum videri fundum, qualis fuerat legatus, id eſt inſtructum, ſiue, quod hoc caſu idem eſt, cum inſtrumēto. In quo dubitationē illud faciebat, quòd fideicommiſſum generalibus verbis relictū non fuerat. Sed legatarij de ſuis duntaxat partibus legati fundi, iis qui ſuperſtites eſſent reſtituendis rogati eſſe proponebantur, nulla inſtructi, aut inſtrumenti habita mentione. Verùm coniectura voluntatis facit, vt qualem fundum teſtator legauit, talem in fideicommiſſum venire voluiſſe interpretemur, præſertim cùm iis ipſis fideicommiſſum relictum ſit, quibus anteà fundi inſtructi partes fuerant legatæ, indéq; videatur poſſe conijci voluiſſe teſtatorem eum fundum talem in familia perpetuo remanere. Sed de iis quæ medio tempore, hoc eſt ante diem fideicommiſſi cedētem & poſt mortem teſtatoris ac legatariis ſuperſtitibus fūdo acceſſerūt, aut fato diminuta ſunt, quæſtio maior eſt an fideicommiſſo cōtineātur. Quanquā enim Papinianus apertè ſcribit cōtineri, vix tamen eſt vt verè id dici poſſit, & probabilius arbitror vt addita negatione receptam lectionem emendemus, & medij temporis augmenta vt fœtuum & partuum, itémque detrimenta fatalium fide. cōmiſſo nō contineri admittamus. Nam & in fideicommiſſum hereditatis, quod vniuerſale eſt, cámque ob cauſam recipere facilius augmenta poteſt, reſponſum eſt non venire fructus ab herede perceptos pendente fideicommiſſi cōditione aut die *l. in fideicōmiſſaria 18. D. ad S. C. Trebell.* ſicut nec detrimenta earum rerum, quæ fato aut quo alio modo ſine lata heredis culpa perierant. *l. mulier. 22. §. ſed enim. D. eod. tit.* Quo loco etſi partuum acceſſiones in fideicommiſſum venire Vlpianus ait, ſpeciali tamen ratione id fieri ſubiicit, *quia in fructibus hi non habentur*, vt intelligamus cæteras acceſſiones quæ fructuum appellatione continentur, vt fœtus & cętera eiuſmodi in fideicommiſſi reſtitutionem non venire. Quod qua ratione cōſtitutum ſit, idem Vlpianus docet *in d. l. in fideicommiſſaria.* Quoties enim, inquit ille, rogatur quis hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, fructus autē non hereditati ſed rebus ipſis accepto feruntur. Neque tamē id ita accipi debet vt ſi certarum rerum fideicommiſſum relictum ſit, facilius admittendum quis putet fructuum acceſſione fideicōmiſſum augeri. Cùm enim fructus qui pendente fideicommiſſi condicione percipiuntur, iudicio & voluntate teſtatoris ad eum pertineant qui fideicommiſſo oneratus eſt, quemadmodū Vlpianus ait *in d. §. ſed enim.* nulla ratio eſt vt fideicommiſſario reſtituantur, præſertim cùm fundi duntaxat & ſpecialiter mētionē teſtator fecerit, & ex aliis iuris locis cōſtet, nec ſi generaliter heres quicquam quod ad ſe ex hereditate boniſq; teſtatoris peruenerit, id omne poſt mortē ſuam reſtituere rogatus ſit, fructus tamen ante diem fideicommiſſi perceptos deberi. *l. ſcribit. 33. l. heredes mei 57. D. eod. tit. ad S. C. Trebell. l. ſi ita relictum. 43. §. Pegaſus de legat. 2. l. quod his verbis 83. de legat. 3.* Sed & difficilius illud credi poteſt, in ea ſpecie quā Papinianus tractat detrimenta fataliū fideicommiſſo cōtineri, & legatarium cogi reddere id quod non habeat, ſi neque fideicōmiſſo mora facta ſit, neque lata legatarij culpa argui poſſit. *d. §. ſed enim.* Ad rem verò nō pertinet, nec ad receptæ lectionis confirmationem, quod ex aliis iuris locis nonnulli afferunt, ea quæ poſt teſtamentum rei legatæ acceſſerunt plerumque legato cedere, *l. grege 21. l. quod in rerum 24. §. ſi quis poſt teſtamentum. de legat. 1 l. ſi mancipia 29. D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* Non enim de iis loquimur, quæ viuo teſtatore, ſed quæ poſt ipſius mortem viuis legatariis acceſſerūt, quorum longè diſparem, & diſſimilem rationē eſſe, nemo eſt qui nō facilè animad-

K

Digitized by Google

uertat. Atque huic noſtræ emendationi & ſententiæ illud valde conuenit, quod Papinianus iis verbis, *Sed medij temporis augmenta*, diuerſam cõſtituere videtur rationem inſtrumenti fundi, & cæterarũ rerum quæ medio tẽpore fundo legato acceſſerunt. Cùm igitur inſtrumentum fideicommiſſo contineri ſcripſerit, & verum ſit, probabile eſt, vt medij temporis augmenta fœtuum, & partuum, itémque detrimenta fatalium fideicommiſſo non contineri reſponderit. Idque etſi iã olim ante nos Martinus docuit, vt *Accurſius* refert, viſum eſt tamen hoc capite pluribus confirmare, vt Martini opinionem, quam nec ipſe conſtanter defendit, nec interpretes communiter ſequuntur, veriſſimam eſſe omnes poſthac intelligant.

De ſententia & emendatione §. vlt. l. ſi mulier 59. D. de iur. dot.

Capvt VI.

SI eius mulieris nomine, quę libera videbatur, decem in dotem dederis, Marcellus ſcribit in §. *vl. l. ſi mulier 59. D. de iur. dot.* & extra dubitationẽ eſt poſſe te eo caſu habere condictionem, quam habere potuiſſes ſi liberæ mulieris nomine dediſſes, nec nuptiæ ſecutæ eſſent. Verũ enim eſt nõ eſſe ſecutas nuptias, quæ ſcilicet cũ ancilla contractæ non fuerunt. Quòd ſi manumiſſa nupſerit, ita demum doti futurum id quod dediſti, ſi ea mente dederis vt quandocunque ſecutis nuptiis dos eſſet: alioquin nõ ideò impeditur condictio, quòd poſtcà ſecutæ ſint nuptiæ, quæ contractus, & donationis tempore fieri non potuerunt. Igitur, inquit ille, ſi mulieri donaturus dediſti, dominus mulieris condicet, quemadmodum ſi eum qui ſibi donaturus eſſet, mulieri ipſi donare iuſſiſſet. Sic enim legẽdũ arbitror, quemadmodũ in plæriſque libris legitur, non quomodo in Florentinis, *mulieri ipſam donare iuſſiſſet*, quæ nullius ſenſus lectio eſt, nec quomodo ex Gręcorum interpretatione *Cuiacius* reſtituit, *mulier ipſa marito donare iuſſiſſet*. Hæc enim emendatio non ſolùm minus probabilis eſt, ſed etiam facit vt parum elegans Marcelli ſententia eſſe videatur. Quis enim exiſtimaret quicquam intereſſe an iuſſu an iniuſſu mulieris dos marito promiſſa eſſet? aut quid ancillæ iuſſus efficere poſſet? At neque in præcedentibus Marcelli verbis quicquam eſt ex quo poſſit colligi tractare eum de dote marito iniuſſu mulieris data. Sed &, ſi ponas iuſſiſſe mulierẽ id quod ei donaturus eras, marito ſuo donari, non puto acquiri domino condictionem. Cur non enim marito acquiratur, quod tu ei donaueris? Niſi fortè dicas, quod *Cuiacius* ait, in illis verbis, *marito donare iuſſiſſet*, dixiſſe Marcellum *donare* pro *dare*, quod etiam minus probabile, & à verbi proprietate ſatis alienũ eſt. Sed ſi mulieri donaturus marito dediſti, caſus hic longè alius & dubitabilior eſt, quã ſi cùm domino donare velles iuſſu eius ancillæ ipſi dederis. Etſi enim vtroque caſu domino condictio competit, facilius tamen hoc quàm illo, quia maior ratio eſt vt donatum videatur domino, quòd iuſſu eius mulieri donatur, quàm quod mulieris nomine inſcio & ignorante domino, marito donatum eſt.

Ad. §. ex aſſe d. l. ſi mulier de iur. dot.

Capvt VII.

NOn poſſe fideicõmiſſum cedi, hoc eſt à fideicõmiſſario in aliũ trãſferri ius perſequẽdi fideicõmiſſi apertè traditũ eſt in *l. ſi mulieri 59. §. ex aſſe. D. de iu. do.* vbi Marcellus ſcribit, ſi quis ex aſſe inſtitutus rogatúſque mulieri hereditatem reſtituere iuſſu eius id quod debet, doti marito promiſerit, non eſſe eum obligatum, quoniam mulieri in hoc teneatur vt hereditatem reſtituendo transferat actiones, & quas habet, & quibus obſtrictus eſt, quas porrò trãsferre ad alium non poſſit, quàm cui debet fideicommiſſum: adeò vt nec fideicommiſſi æſtimationem incerti actione præſtare debeat, quia non aliter obligari mulieris debitorem æquum ſit, quàm ſi accipere vir poſſit id ipſum quod mulieri debetur. Quamquam autem his verbis ratio non obſcurè à Marcello redditur propter quam dicendum ſit fideicommiſſum cedi non poſſe, ea tamen ab interpretibus percepta non eſt, quibus in difficili eſſe videtur cur ex iuris communi regula, quæ habet, iura omnia cedi poſſe, fideicommiſſi perſequendi ius excipiatur. Ratio autem vera & aperta illa eſt, quòd nõ niſi legis poteſtate fieri poſſit vt qui heres eſt hereditariis actionibus omnibus & actiuis, & paſſiuis, vt magiſtri noſtri loquuntur, perpetuò obſtrictus non remaneat. Illud enim certiſſimum eſt eum, qui ſemel heres fuit ſemper heredem manere. *l. an Prætor. 7. §. ſed quod Papinian. de minor. l. ei qui ſoluendo. 88. D. de hered. inſtit.* eum verò qui heres ſit, & iurium & actionum omnium ſucceſſorem eſſe, quibus poterat defunctus vel experiri vel conueniri. Vt igitur heres qui hereditatem reſtituere rogatus eſt, & reſtituit, hereditariis actionibus poſt reſtitutionem non teneatur, conſtitui neceſſe fuit lege, hoc eſt Senatuſconſulto Trebelliano, quod ius facit, & legis vim obtinet. *l. non ambigitur. 9. de legib.* Porrò Senatuſconſulti Trebelliani verba ad eum heredem accommodari non poſſunt qui hereditatem reſtituit ei cui fideicommiſſarius reſtitui voluit, quemadmodum nec ad eum cui ceſſa eſt fideicommiſſi actio vt in eius perſonam hereditariæ actiones transferantur. Nam de illo herede disertè Senatuſconſultum locutum eſt, qui fideicõmmiſſum ſicuti rogatus eſt reſtituit, & in eos demùm transferri actiones ſenatus voluit quibus fideicommiſſum ex teſtamento reſtitutum fuiſſet. Atqui non reſtituit fideicommiſſum ſicuti rogatus eſt is qui alteri quàm cui debet reſtituit, ſicut nec videri poteſt ex teſtamento reſtitutum ei, cuius nulla in teſtamento facta mentio eſt, & de quo teſtator non cogitauit. Heredem verò qui hereditatem reſtituit nihilominus damnum ſentire, vt acſi reſtituta hereditas non eſſet, à creditoribus conueniatur, iniquiſſimum ſanè eſſet, neque alia res eſt, quæ Senatuſconſulto Trebelliano cauſam dederit, quàm quòd huius periculi metu plærique heredes ab adeundis hereditatibus deterrerentur, vt & Senatuſconſulti verba illa indicant, *quò magis in reliquum confirmentur ſuprema defunctorum voluntates*, & Vlpianus ſcribit in *l. quia poterat. 4. D. ad S. C. Trebell.* Idque eſt quod ſupradicto loco Marcellus ait, non poſſe heredem transferre actiones ad alium, quàm cui fideicommiſſum debeat, id eſt, cui teſtator hereditatem reſtitui iuſſit. Et hæc ſanè nimia iuris ſubtilitas eſt, quemadmodum paulò poſt Marcellus ſubiicit, vt qui obligari voluit, obligari tamen non poſſit, licet neque contra leges, neque contra bonos mores conuentio facta ſit. Mortuo enim teſtatore nihil fit contra Senatuſconſultum ſi ex voluntate fideicommiſſarij hereditatem alteri, quàm cui teſtator voluerit heres reſtituat. Sicut non fit contra legis falcidiæ authoritatem, ſi defuncto teſtatore heres de non deducenda falcidia cum legatariis paciſcatur, aut ſi filius defuncto patre heredi ſcripto legitimæ

por-

Digitized by Google

portionis petitionem remittat, quia legi ſatiſfactum eſt ſi heres ſalcidiam deducere, filius verò legitimam petere potuerit, quamuis viuo teſtatore pactiones huiuſmodi nõ valerent, quòd eo tempore nulla adhuc ſit legis poteſtas. *l. quod bonis 15. D. ad leg. falcid. l. ſi quando 35. §. illud. C. de inoffic. teſt.* Sed quoniam ſola contrahentium voluntate fieri non poteſt, vt actiones ab herede in alium tráſeant propter eam rationem quam diximus, quòd neceſſe ſit liberari iuris poteſtatę eum, qui iuris vi & poteſtate ſit obligatus, euenit neceſſariò vt conuentio illa, qua per delegationem fideicommiſſum alteri promittitur quàm cui debeatur, quaſi iure deſtituta minus ſufficiens ſit ad inducendam obligationem, non tam quod contra Senatuſconſultum facta ſit, quàm quòd authoritate Senatuſconſulti minimè confirmetur. Eámque ob cauſam cùm ad nimiã iuris ſubtilitatem caſus quoque neceſſitas accedat, dici hîc non poteſt quod aliis pleriſque locis dicimus omiſſa iuris ſubtilitate tuendã eſſe ex bono & æquo conuentionem. Nam ſub æquitatis ſpecie ea iniquitas ſubeſſet, quòd heres etiam poſt factam marito fideicõmiſſi reſtitutionem oneribus hereditariis implicitus remaneret contra mulieris & mariti voluntatem. Quemadmodum autẽ in propoſita ſpecie ad fideicommiſſum præſtandum heres non obligatur, ita neque ad fideicommiſſi præſtationem actione incerti tenetur, vt Marcellus ſubiicit. Quod tamen difficilius videbatur, quia cùm in fideicõmiſſi æſtimatione id tantum eſſe poſſit, quod omni ære alieno, cæteriſque oneribus hereditariis deductis reliquum ſit, atque ita nõ tam hereditatem ipſam, quàm id quod ex hereditate ſupererit heres reſtituere videatur; periculum hoc caſu nullum eſt ne propter non tranſlatas actiones damno heres afficiatur, quæ tamẽ ſola ratio facit, vt diximus, ne alteri quàm cui teſtator voluit fideicõmiſſum reſtitui poſſit. At neque hoc Marcellus admittendum putauit, motus tamen alia ratione quàm ſuperiore. Illa ſcilicet quòd mulieris debitorem ita demum marito obligari æquum ſit, ſi accipere idipſum quod mulieri debetur vir poſſit. Neceſſe enim eſt vt heres qui fideicõmiſſum quod mulieri debebat, marito promiſit, vel obligetur ad id ipſum præſtandũ quod debet, vel nullo modo. Nam ſi id ipſum quod promiſit præſtare non poſſit cùm velit, idque propter mariti ipſius cõditionem qui id quod ſtipulatus eſt accipere nequeat, iniquum eſſet cogi eum ad præſtandam æſtimationem, quoniam ita poſito iure fieret vt aliud pro alio ſoluere teneretur. Verùm ne indotata mulier eſſe videatur, quam ſine dote vxorẽ maritus non duxiſſet, Marcellus ait mulieri ex Trebelliano reſtituendã hereditatem, vt eam marito ſuo in dotẽ præſtet. Id verò non fit vi, & poteſtate delegationis, quæ nulla eſt, licet ex recentioribus quędam contrà ſcripſerit (iuris enim effectum nullum producere poteſt delegatio, quæ iure ipſo nõ ſubſiſtit) ſed quoniam ſicut heres Senatuſcõſulti authoritate hereditatem reſtituere cogitur, ſic mulier dicere nõ poteſt cur reſtitutam ſibi hereditatem marito dare non debeat, quam ab herede dari voluerat. *argum. l. cum poſt mortem 43. §. vltim. D. de adminiſtr. & pericul. tutor.* An verò aliud hodie dicendum ſit vt fideicommiſſi perſequẽdi ius cedi poſſit, maioris eſt dubitationis. Et ſcio eſſe qui putẽt correctum hac parte ius vetus noua Iuſtiniani conſtitutione *De heredibus & falcidia*, cuius primo capite illud conſtitutum eſt, vt ſi hereditatem adire heres nolit, liceat adire fideicõmiſſario, neque per heredis manus reſtitui eam neceſſe ſit. Hinc enim fieri videtur vt vel omnino vel ſaltem potiſſima ex parte ſublatum putent Senatuſconſultum Trebellianum, quod ſicut diximus in id præcipuè factum erat vt ad hereditatis aditionem, deinde reſtitutionem cogi heres poſſet. Ego tamen contrà puto. Eo namque caſu quo hereditatem ſponte heres adit, & reſtituit, nihil Iuſtinianus innouauit, nec quæ ratio eum impulit vt fideicommiſſario poteſtatem faceret hereditatis adeundæ repudiante aut cunctante herede, eadem facere potuit vt conſtitueret transferri actiones ab herede in eum cui fideicommiſſarius hereditatem reſtitui mandauit. Nam ad ſolam defunctorum voluntatem tuendam Iuſtinianus reſpexit, quæ intercidere non poteſt ſiue adita ſiue repudiata ſit hereditas, ſi modò hereditatis emolumẽtum, iuráque omnia in fideicommiſſarium transferantur: quod cùm fiat ipſo iure & citra reſtitutionem, vt Iuſtinianus ſanxit, & ſancire legémque facere potuit, promptior & expeditior hæc conſeruandæ defunctorum voluntatis ratio eſt, quàm ſi heres ad adeundam, tum ad reſtituendam ex Trebelliano hereditatem cogeretur. Hoc enim modo fideicommiſſarius heres fit, & aditionis aut pro herede geſtionis ius habet, vt ait Conſtitutio, quod Senatuſconſulti authoritate fieri non potuerat. Quamquam enim ſicut legem, ita heredẽ facere Senatus potuit, *§. quos autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Attamen adita per heredem ſcriptum hereditate, non potuit Senatus facere vt fideicommiſſarius quoque heres eſſet; quoniam eiuſdem hereditatis duo in ſolidum heredes & domini eſſe non poſſunt. Ergo cùm heres adiit hereditatem, dicendum eſt ad conſeruandam defuncti voluntatem non poſſe alteri fideicommiſſum reſtitui, quàm cui teſtator voluit, neque hoc caſu quicquam à Iuſtiniano conſtitutum fuiſſe, cùm Senatuſconſultum Trebellianum ſufficeret.

Emendatio l. Neratius 11. D. de ſeruo corrupt.

CAPVT VIII.

PVTO corruptum eſſe textum *l. Neratius 11. D. de ſeruo corrupt.* & in illis verbis, *nam & verba edicti, Quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt*, pro & legendum eſſe *nec.* Id enim ſuadent & præcedentia, & ſequentia. In principio legis Vlpianus ait veram ſe putare Neratij ſententiam, vt ſi quis agat ex edicto illo Prætoris De ſeruo corrupto, furta poſteà facta in æſtimationem non veniant. Et huius ſententiæ rationem illam reddit, quòd nec verba edicti, *quanti ea res erit*, omne detrimentum recipiant. At ratio repugnaret ſententiæ ſi ſic legeremus, *nam & verba edicti.* Si enim verba edicti omne detrimentum reciperent, etiam furta poſteà facta in æſtimationem venirent. Sed neque verba edicti lectionem hanc patiuntur. Non enim ſic concepta ſunt ſimpliciter, *quanti res erit*, ſed *quanti ea res erit*, id eſt, quanti ideò intererit. Ideò, inquam, id eſt, propter eam perſuaſionem, & corruptionem, vt ex totius edicti contextu intelligi poteſt. *l. 1. D. eod.* Eámque ob cauſam ſi, vt ſtatim exempli cauſa Vlpianus ſubiicit, ſeruo tuo perſuaſerim vt chirographa debitorum corrumpat, vtique tenebor, quia propter perſuaſionem meam id factum eſt. Sed ſi conſuetudine peccandi poſteà & rationes cæteráque ſimilia inſtrumenta ſubtraxerit, vel interleuerit, aut deleuerit, dicendum erit me horum nomine non teneri. Non quòd pro his rebus ſerui corrupti actio non competat, ſi in iis deterior ſeruus factus ſit *d. l. 1. §. vlt.* ſed quia in propoſita ſpecie non tam facto meo & per-

ſuaſione quàm peccandi conſuetudine ſeruus ea delicta commiſiſſe videatur. Ac ſanè ſi hæc quoque omnia in æſtimationem venirent, creſceret penè in infinitum eius quod intereſſet æſtimatio: quod ne fiat, prudens legiſlator cauere ſemper ſolet, quia cùm in rebus omnibus, tum maximè in æſtimando eo quod intereſt, honeſtius modus ſeruandus eſt, non immoderata cuiuſque luxuria ſubſequenda, *l. ex damni 40. D. de dam. infect. l. Titius 43. §. vlt. cum l. ſeq. D. de act. empt.* Quæ verò ab *Accurſio* affertur huius loci quem emendamus interpretatio probabilis non eſt. Ait enim ſic debere Vlpianum intelligi vt ea verba edicti *quanti ea res erit* omne detrimentum præſens recipiant, quod ad Neratij ſententiam confirmandam minus ſufficeret, niſi diceres *præſens duntaxat*, quo admiſſo tollenda eſſet vniuerſalis illa dictio *omne*, quam vtique Vlpianus malè addidiſſet ſi de præſenti duntaxat detrimento ſenſiſſet. Sed & cùm Neratij ſententia vt furta poſteà facta in æſtimationem non veniant, per negationem concepta ſit, conſequens eſt vt rationem quoque negatiuè Vlpianus ſubiecerit, quòd nec verba edicti *quanti ea res erit*, omne detrimentum recipiant. Frequentem verò eſſe errorem hunc in libris noſtris vt pro *&*, ſcriptum ſit *nec*, vel contrà, cùm ex *Cuiacij* aliorúmque recentiorum obſeruationibus cognoſci facilè poteſt, tum ex iis etiam quæ ſequenti capite ſubiiciemus.

Ad l. res quæ 54. D. de iur. dot. & alias.

Capvt ix.

Mirari ſæpe mihi contigit cur ei quod dici ſolet rem, quam ſuo nomine maritus ex dotali pecunia comparauit, ipſius fieri non vxoris, *l. ex pecunia dotali 12. C. de iur. dot. l. vlt. C. de ſeruo pignor. dat. manu.* interpretes vulgò opponant quod ex Caio ſcriptum eſt in *l. res quæ 54. D. de iur. dot.* res quæ ex dotali pecunia comparatæ ſunt dotales videri. Quid enim facilius, quàm illud videre, non loqui Caium de rebus mariti nomine comparatis? Illud namque certiſſimum & veriſſimum eſt res quas ex pecunia dotali maritus ſuo nomine comparauit, ipſius fieri, non vxoris, neque ab vxore aut directa aut vtili actione in rem vindicari poſſe, ſiue ipſius voluntate ſiue inſcia & abſente ea comparatæ ſint, quia iuris ratio facit vt qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, ſed ſibi tã actionẽ empti quàm dominium ſi ei tradita fuerit poſſeſſio adquirat, adeò vt nec ſi velit vxori tamen acquirere poſſit, *l. ſi ex ea pecunia 6. Cod. de rei vindicat. l. qui aliena 8. C. ſi quis alteri vel ſibi. l. ſi patruus 4. Cod. comm. vtriuſque iudic. l. 2. Codic. pro ſocio.* aliiſque innumeris. Neque certiſſimæ huic iuris regulæ exceptio aliqua ſubiici poteſt, niſi in re ex pecunia militis empta *l. ſi vt proponis 8. Codic. de rei vindic.* quæ cùm ait obtentu & fauore militiæ dari vtilem vindicationem militi ex cuius pecunia res empta eſt, apertè oſtendit non idem alio vllo caſu dici poſſe. Quod enim plærique tradunt idem minori priuilegium conceſſum eſſe ſi ex eius pecunia rem aliquam curator comparauerit, ex *l. 3. Codic. arbitr. tutel.* falſum mihi videtur, & illius legis reſponſum ſpecialem ſanè habet rationem, quòd in ea ſpecie decreto Præſidis depoſita eſſet pecunia ad comparandam nomine minoris, vt lex ait, poſſeſſionem, quam tamen curator mala fide ſuo nomine comparauerat. Inde enim fit vt electio minori detur, vtrum pecuniam ſuam cum legitimis vſuris à curatore iudicio tutelæ recipere, an verò negotium ſibi à curatore in emptione geſtum fuiſſe malit, inſpecto ſcilicet eo, quod curator gerere debuit, potius quàm quod mala fide & contra Prætoris decretum geſſit. Quemadmodum & quod nonnulli obiiciunt ex *l. ex facto 52. verſic. planè. D. de pecul.* ad rem omnino non pertinet. Ibi enim pupillo datur vindicatio nummorum quos tutor crediderat, aut ſi conſumpti ſint, condictio, quia eos tutor non ſuo ſed pupilli nomine crediderat, & quamuis ſuo nomine crediſiſſet, ſibi tamen actionem quærere non potuiſſet, cùm ſeruus eſſe ex facto proponeretur. Eam verò rem quæ ex dotali pecunia comparata ſit à marito proprio ſuo nomine, dotalem fieri & vxori acquiri nuſquam ſcriptum eſt & nuſquam traditum. Caius enim in *d. l. res quæ*, loquitur de re vxoris non mariti nomine comparata, vt dictum eſt, & hanc tamen dotalem duntaxat videri ſcribit. Quòd ſi obiicias ea dictione *videtur*, ſignificari non eſſe eam verè dotalem, neque fuiſſe cur de illo Caius dubitaret, ſi vxoris nomine res comparata fuiſſet. Reſpondeo, quòd interpretes non animaduerterunt, differentiam hanc eſſe, Rem ex dotali pecunia vxoris nomine comparatam vxori acquiri, & dotalem effici. Vxori acquiri certiſſimum eſt, atque ita certum eſt vt à Iureconſulto doceri id neceſſe non fuerit. Sed quia non quicquid vxoris eſt continuo & dotale dici poteſt, dubitari poterat non inelegantèr an ea res dotalis eſſet. Videbatur enim dotalem eam non eſſe, quia poſt dotem conſtitutam acquiſita fuiſſet, quamuis ex pecunia dotali: ſicut nec pretium ex re furtiua redactum furtiuum dicimus. *l. qui vas 46. §. vltim. D. de furt.* nec rem pignoratam, quæ ex nummis pignoratis empta eſt. *l. idémque 7. §. vlt. D. qui potior. in pign. habeant.* nec communem vſuram, quæ ex communi pecunia ab altero ex ſociis proprio nomine fœnerata debetur. *l. ſi vnus 67. §. 1. D. pro ſocio.* Ac ſanè dotalis reuera non eſt res quæ ex dotali pecunia empta eſt, ſed tamen videtur eſſe, vt perinde ac ſi in dotem data eſſet dotis iudicio peti poſſit. Idque ſiue maritus ſoluendo ſit ſiue non, eiúſque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti ſubrogata eſt, nec male quis dixerit extare adhuc videri pecuniam, quæ in rem & corpus verſa eſt, arg. *l. Imperator 70. cum ſeq. de legat. 2.* Quòd ſi pacto inter virum, & vxorem conuenerit, vt dos quæ in pecunia numerata eſſet, permutaretur, & transferretur in corpora, certum eſt non ſolùm valere pactionem ſi mulieri proſit, ſed etiam corpora effici verè dotalia. *l. ita conſtante 26. cum l. ſeq. D. de iur. dot. l. ſi mulier. 21. D. de pact. dotal.* ſcilicet ſi ex ea pecunia vxoris nomine empta ſint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum *d. l. ſi ex ea pecunia.* & aliis ſupradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam nõ eſſe verè dotalem, ſiue maritus ſoluendo ſit, ſiue non, vt eos refellam qui putant eo caſu quo maritus ſoluendo non ſit, poſſe rem quam ille ſuo nomine emerit, vindicari ab vxore vtili in rem actione ex *l. vxor marito 55. in fin. D. de don. int. vir. & vxor.* Idque adeò ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res eſt, ſi emptor ſoluendo non ſit: quod tamen & ſine lege dicunt & ſine ratione. Tantum enim abeſt vt eo nomine vtilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta eſt, vt nec Seruiana agere poſſit niſi ſpecialiter vel generaliter de pignore conuenerit. *l. quamuis 17. C. de pignor.* Tametſi cùm de pignore conuenit in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur. *l. licet. 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* Et vt breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ; ſed ſi expreſſam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo il-

lo illud conceſſum eſt vt ex eius pecunia em pta res illi tacitè ſit obligata. *d. l. idémque. in princip. & l. 3. D. de reb. eor. qui ſub. tutel. vel curat. ſunt.* Ex quo magis intelligitur verùm eſſe quod dicimus, rē ex pecunia minoris emptam ipſius non fieri ſed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum eſſet, cùm pupillus fauorabilior ſit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem ſuam poſſet. *l. neque pignus 45. D. de regul. iur.* Quod autem obiicitur ex *d. l. vxor marito*, ad rē non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat, ſed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritū locupletiorem factum ex donatione ſi ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus ſoluendo non ſit, quia hîc non quæramus quod ille deducto ære alieno liberum habeat, ſed quid ex re mulieris poſſideat: & ideò teneri eum condictitia actione, ſi mulier donationem reuocet, quaſi nihil interſit, an ei pecuniam, an rem ipſam vxor donauerit, niſi quod illo caſu vindicare rem directò poſſet, quam iſto non poteſt, quia maritus ſibi non vxori rē emiſſe proponitur. Nec erit, inquit Paulus, deterior conditio viri ſi ei pecunia quatenus res valet non vltrà id tamen quod donatum eſt condicatur, quàm ſi dotis iudicio conueniatur. Ita. n. legendum eſt non vt vulgo legitur, *& erit deterior*. Nam certè deterior non eſt vno caſu quā altero cōditio mariti qui ſoluendo non eſt. Duplici autem ratione Paulus vtitur vt probet condictitia maritum teneri. Prior illa eſt quòd maritus qui ex pecunia ſibi ab vxore donata rem emit, non malè comparandus videatur ei qui rem ipſam ex donatione accepit, quem reuocata donatione condictitia teneri certum eſſet. Altera, quod mariti nihil interſit vtrum condictitia an dotis iudicio ſecum agatur, cum vtroque caſu par illius cauſa & cōditio futura ſit. Tum Paulus ſubiicit nihil prohibere quin etiam in rem vtilis actio mulieri accommodetur, non illa ſolum ratione, quod eius pecunia res empta ſit, (repugnant enim leges, quas ſuprà diximus) ſed quia nihil etiam intereſt an res ipſa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec vltra id quod ſibi donatum eſt condicatur. Idque meo iudicio ſignificant verba illa *nihil prohibet*, quæ ego ſic intelligo, vt maritus ipſe prohibere nō poſſit. Nā ſi eam rem emptam maritus ante reuocatam donationem alteri vendiderit, non puto concedendam mulieri aduerſus extraneum vindicationem aut directam aut vtilem, quia cùm à domino emerit, dominus ille factus eſt, quod ad elidendam mulieris actionem ſufficit, maximè ſi bonæ fidei emptorē proponas, qui emptionis tempore rem illam ex pecunia ab vxore donata, à marito emptam ignorauerit. Cùm. n. nihil ei imputari poſſit, iniquum eſſet damnum eū ſentire, & ei ſuccurri æquius eſt, quàm mulieri cui ſaltem hoc ipſum obiici poteſt, quod marito ſponte donauerit, aut quòd donationem citius non reuocauerit. Quamquam & illud fortaſſe dici poteſt, facilius dandam vxori vtilem vindicationem in ea ſpecie quam Paulus tractat, cùm maritus ex pecunia ſibi donata tanquam ſua rem aliquam ſibi acquiſiit; nec ſoluendo eſt. Quaſi dici poſſit, nō fuiſſe eum ſibi acquiſiturum, at vxori potius, ſi non ſuam ſed vxoris pecuniam eſſe exiſtimaſſet.

Explicatio l. ſi ex pretio. 6. C. ſi cert. petat.

CAPVT X.

LEgis verba hæc ſunt. Si ex pretio debitæ quātitatis facta nouatione per ſtipulationē vſuras dicitas ab eo contra quem ſupplicas, ſtipulatus es, falſa mutuò datæ quantitatis demonſtratione præmiſſa, cum obligationis ſubſtātia nō defecerit, quominus vſque ad placitum modum vſuræ poſſint exigi, nihil nocet. Si verò citra vinculum ſtipulationis tantum mutuam pecuniam datam conſcriptum eſt & eius præſtari fœnus conuenit, ſimulatis pro infectis habitis, huiuſmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione. Apparet igitur legem hanc duabus ſententiis & partibus contineri: quarum prior minus difficilis eſt, & ab omnib. ferè interpretibus rectè ſic accipitur, vt ſi venditor cui pretium ex cauſa venditionis debebatur, animo nouandæ obligationis venditi pretium ſtipulatus poſtcà vſuras ſtipuletur tanquam mutuo datæ pecuniæ & fœnoris nomine (mutuæ namque pecuniæ duntaxat fœnus proprie eſt, alterius verò pecuniæ vſura nō fœnus) vſuras ex ſtipulatu petere poſſit. Quāquam enim falſa mutuò datę quantitatis demonſtratio præmiſſa eſt, cum pecunia ex ſtipulatione non ex mutuo debeatur, tamen vt promiſſæ vſuræ exigi poſſint, ſatis eſt non deficere ſubſtantiam obligationis, id eſt, vt ego interpretor, ſtipulationem interueniſſe, per quam certum eſt rectè contrahi fœnoris præſtandi obligationem. *l. idémque 10. §. ſi Titio. D. mandat. l. ſi pro patre 10. §. ſed vtrum. D. de in rem verſo. l. Titius 24. de præſcr. verb. l. 3. C. de vſur.* Obligationis enim ſubſtantia in eo conſiſtit, vt alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum. *l. 3. D. de obligat. & action.* eámque ob cauſam obligationē iuris vinculum eſſe diffinimus. Neq; eorum interpretatio recipi poteſt qui hìc obligationis ſubſtantiā de pecunia debita dici arbitrantur. Sic enim fieret vt neque in poſteriore legis parte obligationis ſubſtantiam deficere dici poſſet: quam tamen deficere, & ex ſolius ſtipulationis vinculo & poteſtate æſtimandam eſſe probant apertè verba illa, *Si verò citra vinculum ſtipulationis*. quæ ad poſteriorem legis partem pertinent. Si igitur citra vinculum ſtipulationis, duntaxat mutuam pecuniam datam eſſe conſcriptum ſit, ciúſque præſtari fœnus conuenerit, maior dubitatio eſt an vſuræ peti poſſint. Obſcurum enim videtur, quod ad quæſtionem hanc Imperatores reſpondent ſimulatis pro infectis habitis, huiuſmodi placitum nihil de præcedenti mutaſſe obligatione. Nam præcedentem obligationem interpretes omnes intelligunt obligationem venditi, cùm ex pretio debitam fuiſſe quantitatem in legis principio ſcriptum ſit. Indéque nimirum dubitandi cauſa naſcitur, an vſuræ debeantur necne, quia obligationis venditi natura vtramque interpretationem admittere videatur, cùm actione ex vendito vſuræ quæ promiſſæ non ſunt, non aliter peti poſſint, quàm ſi in ſoluendo pretio mora facta ſit. *l. vl. ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. qui per colluſionem 49. §. vl. D. de action. emp. l. mora 32. § in bonæ fidei. D. de vſur.* Debeantur verò etiam, quæ nudo pacto promiſſæ ſunt, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. *l. Lucius 24. in fin. l. Publia 26. § 1. D. depoſ. l. qui negotia 34. D. mandat.* Communiter tamen & rectè creditum eſt eam eſſe Imperatorum ſententiam vt in ea ſpecie ad quam poſterioribus verbis reſpondent, vſuræ non debeantur. Illud enim manifeſtum eſt non niſi de vſuris conſultos eos fuiſſe: de iis verò aliter in poſteriori quàm in priori ſpecie reſpondiſſe: in illa ſcilicet vſuras deberi, in hac non deberi, quod ſimulatis pro infectis habitis perinde ſit acſi de ea re pactum nullum interceſſiſſet. Sed non probo quod vulgo interpretes ſentiunt, in ea facti ſpecie de qua ab Imperatoribus reſponderi exiſtimant, hoc eſt, cùm venditor pecuniæ quæ ſibi ex pretio & venditione

debebatur, tanquam mutuæ fœnus præſtari citra ſtipulationem pactus eſt, promiſſas vſuras non deberi. Dico enim deberi eas, & actione ex vendito peti poſſe: exemplo & argumento eius quod in quæſtione non diſſimili Africanus reſpondet in *d. l. qui negotia* 34. *D. mandat.* vſuras promiſſas quaſi ex pecunia credita, quæ tamen re vera non ex mutuo, ſed mãdati iudicio debebatur, eadẽ mandati actione peti nihilominus poſſe. Cur non igitur, & in ea ſpecie de qua diſputamus venditori ex vendito agẽti præſtabuntur? Nam ſi pactum hoc pro infecto haberi dicas, quia ſimulatum ſit, vt lex ait, nec ſimulationis rationem aliam adſeras, quàm quòd pecunia ex mutuo non deberetur, dicam & in eo pacto quod Africanus valere vult, idẽ tractari poſſe, & in priorę huius legis partę eandem rationem ſi recta eſſet, effecturã, vt neque ex ſtipulatione deberi vſuræ poſſint, quòd ea quoque ſimulata, & pro infecta haberi debeat, cùm in ſtipulatum deductæ ſint vſuræ velut mutuo datæ pecuniæ, quæ tamen non fuit data. N[illegible] n. poſſis reſpõdere, maiorem vim eſſe ſtipulationis quàm pacti quod poſt bonæ fidei contractum incontinenti factum eſt, quódque ipſi contractui ineſſe dicitur, vt ex cõtractu actio detur in id quod pacto eſt comprehenſum. *l. iuris gentium* 7. *§. quinimo & §. adeò. D. de pact. l. in bonæ fidei* 13 *C. eod.* Neque rurſus, ſimulatam ſtipulationem potius quàm ſimulatum pactum tueri poſſis, cùm in ſtipulationibus, cæteriſque contractibus id perpetuum ſit, vt quæ ſimulatè geſta ſunt pro infectis habeantur, nec niſi rei veritas inſpiciatur. *l. 1. & tot. titul. C. plus valer. quod agit. quàm quòd ſimulat. concip.* Ergo quemadmodum nõ eò minus vtilis vſurarum ſtipulatio eſt, quòd pecunia mutuò data non ſit, cùm verè non ſimulatè vſuras emptor promiſerit, ita cùm pacto nudo promiſſæ ſunt vſuræ tanquam pecuniæ creditæ quæ credita non eſt, dicendum eſt promiſſionem hãc veram eſſe non ſimulatam, illud verò duntaxat ſimulatum eſſe, mutuò datam pecuniam, quæ data non fuit, & fœnus promiſſum quod fœnus eſſe non poteſt, ſed vſura. Ac proinde ſicut quæ per ſtipulationem, ſic quæ pacto nudo ſtatim poſt venditionem adiecto promiſſæ ſunt vſuræ, licet falſa creditæ pecuniæ demonſtratio præceſſerit, debentur & actione ex vendito peti poſſunt. Alia igitur legis huius interpretatio quærenda eſt, & illud obſeruandum quod nondum quiſquam fortaſſis obſeruauit, in vtraque ſpecie de qua quæritur proponi factam nouationem obligationis venditi, totamque eam tranſlatam eſſe in verborum obligationẽ, vt probant verba illa, *nouatione facta*, quæ in principio legis poſita in fine repetita intelligi debent. Non enim Imperatores diſtinguunt an quę ex pretio debebatur pecunia per ſtipulationem facta nouatione promiſſa ſit, necne: Sed an facta nouatione obligationis venditi vſuræ quaſi mutuò datæ pecuniæ per ſtipulationem promiſſæ ſint, an pacto nudo, vt ex ſtipulatione peti poſſint, ex pacto nudo non poſſint. Cùm igitur nouatio facta eſſe proponatur, atque ita venditi obligatio perempta, quæri amplius non oportet cur vſurę pacto venditioni adiecto promiſſæ actione ex vendito minimè debeantur. Sublata enim obligatione, quæ actionis veluti mater eſt, nulla aut ad pretium aut ad pretij vſuras ex vendito actio ſupereſſe poteſt. At neque ex ſtipulatione peti vſuræ poterunt, cùm in eam rem nulla ſtipulatio interuenerit. Reſtat vt nulla actione peti eas poſſe concludamus. Nã pactũ quo promiſſę ſunt quia nudũ eſt, nec ſtipulatione aut cõtractus cohærẽtia cõfirmatum, vtile & efficax eſſe non poteſt, præſertim ad inducendam obligationẽ, & actionem: ac ſimulatis pro infectis habitis, hoc eſt ſublata cauſa pacti quo de fœnore præſtando conuenerat acſi pecunia credita fuiſſet, quæ non fuerat credita quod ſupereſt ſcilicet nuda vſurarum promiſſio nihil de præcedenti mutare potuit obligatione, id eſt, efficere non potuit, vt obligatio pretij quod iam non ex vendito ſed ex ſtipulatu debetur vſurarum acceſſione & obligationę augeatur. Alioqui eueniret vt vſuræ nudo pacto & ſine cauſa promiſſæ, atque obligationis ſubſtantia deficiente nihilominus deberentur, quod iuris ratio non admittit. Non ergo pactum ipſum vſurarum ſimulatum eſt, ſicut nec in priore legis parte vſurarum ſtipulatio ſimulata, ſed tantùm cauſa pacti, quoniam nulla mutuò data fuerit pecunia: quæ res facit vt pactum prorſus nudum, & inutile ſit. Ex præcedenti autem obligatione hoc eſt ex ſtipulatu præſtandæ non ſint vſuræ, quæ in ſtipulationem non ſunt deductæ. Sed hîc non inelegans dubitatio illa incurrit. Cur non ex ſtipulatione peti poſſint vſuræ vi & poteſtate pacti, quod incontinenti appoſitum eſt, cùm dici ſoleat pacta incontinenti facta etiam ſtipulationibus ineſſe. *l. lecta.* 40. *D. de reb. cred. l ſi ita quis* 13. *§. Seia. D. de verb. oblig.* Nam de pacto incontinenti appoſito reſcriptum hoc intelligi debere veriſimilius eſt, & ſolent plærumque venditores qui pretium nouandi animo ſtipulantur vt ſibi emptorem ſtrictiùs obligent, de pretij quoque vſuris eodem tempore paciſci, ne dum conditionem ſuam meliorem facere volunt, deteriorem conſtituant in eo quòd ex ſtipulatu non niſi poſt litem conteſtatam conſequi vſuras poſſent, quas ex vendito aut alio bonæ fidei iudicio ſaltem à tempore moræ conſequerentur. Verùm reſponderi poteſt, pactum huiuſmodi de præſtando fœnore ſtipulationi pretij nõ ineſſe, quoniam nec expreſſis verbis ita concipi ſtipulatio potuiſſet, vt pecunia ex pretio deberetur, fœnus verò mutuò datę pecunię præſtaretur: at potius inepta eſſet ea ſtipulatio. *Centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes Cal. Ianuarias proximis dare, & eius pecuniæ nomine quam tibi mutuam dedi, fœnoris nomine in ſingulos menſes denarios tot dare ſpondes?* Solemus autem dicere ea demùm pacta ſtipulationi ineſſe, quæ ipſis ſtipulationis verbis aptè comprehendi potuiſſent, ne alioqui plus pacto, quàm ſtipulationi tribuamus. Vnde fit, vt quod in priore reſcripti parte traditur falſam mutuò datæ quantitatis demonſtrationẽ non nocere, quominus in ſtipulatum deductæ vſuræ peti poſſint, ita accipiendum putem, ſi altera ſtipulatione promiſſę ſint non illa ipſa quæ actionem venditi in verborum obligationem facta nouatione tranſtulit. Idque legis verba non obſcurè demonſtrant, quæ nouationem primùm factam, deinde vſuras per ſtipulationem promiſſas eſſe ponunt. Non eadem ratio eſt pacti, quod ſtatim poſt bonæ fidei contractum interuenit: hoc enim non ex verbis quibus conceptum eſt ęſtimatur, ſed ex natura contractus cui adiicitur, quę conuentionem illam & promiſſionem vſurarum quibuſcumque verbis facta ſit, facilè admittit. Planè ſi quis proponeret in ſpecie quam tractamus debitam fuiſſe ex mutuo pecuniam & nouatione debiti facta per ſtipulationem, incontinenti de vſuris pacto nudo conueniſſe tanquam de fœnore pecunię creditę, non dubitarem quin ex ſtipulatione vſurę peti poſſent: quia licet credita dici non poſſit amplius pecunia, quę ex ſtipulatione non certi condictione propter nouationem debetur, falſum tamen aut ſimulatum dici

dici in totum non poſſet quod veritatis primordiu adiuuaretur, vt in ſimili ſpecie Papinianus reſpondit in *l.cum filius 76.§.heres meus.de leg.2.* neque hic ratio vlla eſſet, cur non ſtipulationi pactum ineſſe dici poſſet,*d.l.lecta.&d.9.Seia.* Cùm enim pactum, & ſtipulatio verbis fiant, nec ferè in alio inter ſe differãt niſi quòd alius paciſcendi, alius ſtipulandi animus eſt.*dict.l.iuris gentium 7.§.quod ferè.D.de pact. l.1.§.eum qui.D.de conſt.pec.* facilè fit vt ſtipulationi inſint pacta incontinenti facta, quaſi animus ille ſtipulandi & voluntas, quæ ſtipulantium fuit in ſtipulando, in pacto quod ſtatim ſecutum eſt ſubeſſe adhuc,& durare videatur. Idque fortaſſis non malè quis colligat ex illis verbis,*ſimulatis pro infectis habitis.* Simulatio enim nulla eſſet,ſi vere pecunia credita fuiſſet, ideóque illud de præcedenti obligatione pactum inmitaſſet,quòd ex ſtipulatione vſuræ peti poſſent,quæ alioqui non potuiſſent. Sanè in certi condictione, quæ ex mutuo competit,aliud iuris eſt. Si enim pecunia mutuò data ſit, & de præſtando fœnore tametſi ſtatim,& incontinenti conuenerit,certi tamen condictio ad vſuras minimè extendetur, quoniam re contrahi obligatio non poteſt,niſi quatenus datum eſt. *l. ſi tibi 17.D.de pact.l.rogaſti.11.§.ſi tibi.D.de reb.cred. l.cum vltra 9 Cod.de non numerat pecun.* Hinc porrò intelligimus, quam magno in errore ij verſentur, qui ſcripſerunt hoc Imperatorum reſcripto confirmatã eſſe Vlpiani opinionem in *l.ſingularia 15. D.hoc tit.* & hodie dici poſſe ex quacumque cauſa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ antè credita non erat. Id enim à veritate, iuriſque ratione adeò alienum eſt vt nec Vlpianus ipſe ita dici poſſe crediderit,niſi duobus illis caſibus, quos refert in *d.l.ſingularia*,hoc eſt, ſi debitorem meum tibi pecuniam dare iuſſero, & ſi quam à me ex cauſa mandati pecuniam habes, conſentiam vt crediti nomine retineas. Quorum alterum Africanus in *d.l.qui negotia.ff.mandat.* fatetur benignè receptum eſſe:alterum vero negat recipiendum: & ab abſurdo ſic argumentatur vt facile ſit intelligere nulli vnquam Iuriſconſulto in mentem veniſſe vt diceret nuda pactione ex quacumque cauſa creditum fieri poſſe. Non enim niſi re contrahitur, vt omnia omnino iure teſtantur, nec vetera duntaxat, ſed ea etiam quæ poſt hanc Diocletiani & Maximiani legem Iuſtinianus in Inſtitutionibus aliiſque locis conſcripſit. Et verò quid abſurdius dici poteſt, quàm ab Imperatoribus confirmatum, aut inductum eſſe id, de quo ne per ſomnium quidem cogitauerunt? Neque enim de illo conſulebantur,an mutuum contractum eſſet, ſed an fœnus promiſſum deberetur. Nec, ſi nuda pactione fieri creditum poſſet, reſcripſiſſent falſam mutuò datæ quantitatis demonſtrationem præmiſſam fuiſſe:neque item verba illa ſubieciſſent *ſimulatis pro infectis habitis.* Siquidem in ea vſurarum conuentione nihil erat,quod ſimulatum dici poſſet, niſi quòd pecuniam creditam eſſe ſcriptum fuerat, quæ tamen credita non erat. Non poſſis in ea ſpecie aliam ſimulationis rationem comminiſci, quæ porrò nulla eſſet ſi nuda conuentione creditum fieri potuiſſet. Illud certè Imperatores innuunt, nulla interueniente ſimulatione; ſi vſura promiſſa fuiſſet non fœnus, futurum fuiſſe vt deberetur, quia tale pactum incontinenti factum ſtipulationi ineſſet. At longè improbabilius eſt,ne dicam abſurdius,quod eruditi quidam viri & benè alioquin de iure noſtro meriti tradiderunt, ita conſtituendam eſſe huius legis ſpeciem, vt Nicander ad quẽ Imperatores reſcribunt maiorem ſummam à ſuo debitore ſtipulatus quàm ei mutuaſſet, paulò poſt ab eodem ex eadem ſumma licitas vſuras eſſet ſtipulatus. In qua ſpecie priorem contractum vſurarium eſſe dicunt,ſecundum non item niſi pro ea parte pecuniæ quæ debitori verè numerata non fuit: ac ſi vſuræ pacto nudo promiſſæ ſint,eas non deberi. Quorum omnium nihil eſt quod ad reſcripti verba, & ſententiam accommodatum videri poſſit. Lex ait debitam fuiſſe ex pretio quantitatem, & falſam mutuò datæ quantitatis demonſtrationem præmiſſam eſſe. Illi contrà ex mutuo debitam fuiſſe aiunt, de pretio tacent. Lex ponit factam fuiſſe nouationem, iſti prætermittunt. Lex ait vſuras in ſtipulationem deductas vſque ad placitum modum peti poſſe, iſti contrà illicitas vſuras fuiſſe promiſſas pro ea parte quam debitori numeratam non eſſe comminiſcuntur. Lex ait obligationis ſubſtantiam non deficere, iſti pro parte deficere interpretantur. Lex dicit ſimulatis pro infectis habitis vſuras nudo pacto promiſſas non deberi, iſti ſimulationem nullam agnoſcunt niſi pro parte vſurarum,neque tamen vſuras aliquas ex pacto nudo deberi volunt. Denique apertiſſimum eſt,quod iam docuimus,non de illo quæſitum ab Imperatoribus fuiſſe an contractus vſurarius eſſet,necne,ſed an ſub falſa mutuæ pecuniæ demõſtratione promiſſæ vſuræ ex ſtipulatione aut nudo pacto deberentur. Quod à ſummis viris acuti & perſpicacis ingenij animaduerſum non fuiſſe miror. Alias aliorum interpretationes æquè aut magis ineptas nec referre nec refellere operæ eſt.

Emendatio §.vlt.l.cùm eſſent 33.D.de ſeruit.ruſt.prædior.

CAPVT XI.

SI per plurium prædia aquam ducis iure ſeruitutis conſtitutæ,quoquomodo ea ſeruitus impoſita ſit, neque eorũ cuius, neque alij vicino hauſtum ex riuo cedere poteris,niſi cùm ſeruitus conſtitueretur pacto vel ſtipulatione conuenerit vt id tibi liceret,quemadmodum Africanus reſpondit *in l.cum eſſent 33. §.1.D. de ſeruit.ruſtic prædior.* vbi eius ſententiæ duplicem eſſe rationem demonſtrat, nempe quod neque prædium ſibi ipſum ſeruire, neque ſeruituti ſeruitus conſtitui poſſit. Nam ſiue alteri ex dominis per quorum prædia aquam ducis, ſiue alij vicino aquæ hauſtum cedas ex riuo per quem aqua ducitur, vtroque caſu euenit,vt prædium ipſum quod aquæductus ſeruitutem debet ſibi ſeruire, & ſeruitutis ſeruitus conſtitui videatur. In quo ſanè errant *Accurſiani*, qui putant ex his duabus Africani rationibus priorem oſtendere, domino prædij in quo riuus eſt, non rectè hauſtum ex riuo concedi, poſteriorem verò,nulli. Etenim illo etiam caſu quo hauſtum ex riuo cedere vis alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis,vera & recta ratio illa eſt,quæ ceſſionem hanc impediat,quòd ita fieret vt vicini prædium quod tuo ſeruitutem aquæductus debet ipſum ſibi ſeruiret,quia licet hauſtus aquæ alteri fundo proſit,ipſum tamen prædium per quod aqua ducitur ſibi ipſi ad hauſtum aquæ ſeruire neceſſe eſt, cùm in eodem fundo aqua & ducitur & hauritur. Hoc verò à ſtricta,ſubtili,& vera iuris ratione omnino abhorret, quoniam fieri non poteſt,vt prædium vel domino ſuo,vel,quod adhuc abſurdius eſt, ſibi ipſi ſeruiat. Præter has rationes,illa quoque afferri poteſt, quòd cùm alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis hauſtum ex riuo concedis, ſeruitutis conditionem efficis duriorem, quod tamen concedendum tibi non eſt,præſertim ſi ita facias ignorante aut contradicente eo cuius prædium illud eſt, quod ſeruitutem

Digitized by Google

debet. Sed difficilius illud eſt, cur non ex bono & æquo, valere admittamus conuentionem ſi illi ipſi per cuius prædium aqua ducitur, hauriendæ ex riuo aquæ ius concedatur. Plærîſque enim aliis exemplis probari poſſet conuentiones multas in conſtituendis ſeruitutibus ipſo iure non valere, quæ tamen ęquitatis ratione & Prætoris auxilio defenduntur. Vt contingit ſi in diem, vel ad diem, aut ſub conditione vel ad conditionem ſeruitus impoſita ſit. *l. 4. D. de ſeru.* Aut ſi conuenerit ne emptor fundi Geroniani contra fundum Botroiſnum quem venditor retinebat piſcationem thynnariam exerceat. *l. venditor. 13. D. commu. præd.* Reſponderi tamen meo iudicio poteſt, quod Papinianus ait *in l. obligationes 27. D. de obligat. & action.* obligationes quæ propriis viribus non conſiſtunt, neque officio iudicis neque Prætoria imperio, neque legis poteſtate confirmari. Hactenus enim æquas & iuſtas conuentiones Prætor tuetur, vt ex iis det exceptiones ad elidendam actionem, aut replicationes ad elidendam exceptionem: non autem vt inducere poſſint obligationem, & actionem, cùm lex iuriſque ratio reſiſtit. Planè ſi in imponenda ſeruitute aquæductus conuenerit per pactum aut ſtipulationem vt tibi liceat hauſtum ex riuo cedere, ſiue illi ipſi per cuius prædium aquam ducis, ſiue alij vicino cuilibet: Africanus ait valere conuentionem, idque, vt ego interpretor, non ex æquitate duntaxat, ſed ſtricto etiam iure, quia hoc caſu dici non poteſt prædium ipſum ſibi ſeruire, aut ſeruitutis ſeruitutem conſtitutam eſſe, aut prædij ſeruientis conditionem fieri duriorem. Vnica enim aquæductus ſeruitus eſt certa conditione & lege conſtituta, quam neque ſeruitutis natura, neque alia ratio vlla impedit. Et in eo etiam *Accurſius* errauit, qui ſcripſit prædium in quo aqua naſcitur hanc hauſtus ſeruitutem præſtare, poſſeque eam conſtitui à domino prædij cui aquæductus debetur, licet fundi ſeruientis dominus non ſit, quoniam ita faciat domini voluntate. Hoc enim ſi verè diceretur, negari certè non poſſet quin prædium ſeruiens ſibi ipſi ſeruiret, & ſeruitutis ſeruitus conſtituta videretur, Aut alia ratio quærenda erit, cur eum aquæ hauſtum cedere non liceat, niſi conſtitutæ ſeruitutis tempore vt liceat conuenerit, maximè verò ſi cedatur ei per cuius prædium aqua ducitur: quod cùm ſit, eius voluntas requiri profectò non poteſt, cuius commodo & vtilitati ceſſio ipſa cederet ſi valeret. Neque tamen Africanus dubitat inutilem & nullius momenti eſſe ceſſionem, ſi ex interuallo poſt conſtitutam aquæductus ſeruitutem facta ſit. Non igitur ad voluntatem domini fundi ſeruientis reſpicit, ſed ad licitam conditionem & legem iure conſtitutæ ſeruitutis, vt *in l. 2. D. de riuis.* Hæc cùm ita ſint, apparet manifeſtè erratum eſſe in poſtremis illis Africani verbis, *neque ſeruitutis fructus conſtitui poteſt*, & pro *fructus* potius legendum *ſeruitus*. Nam pręter id quod ex vtriuſque dictionis affinitate facilè error naſci potuit, vt nemo non videt, illud etiã me mouet, quod de ſeruitutis ſeruitute African' in ea quæſtione diſputat, neque de ſeruitutis fructu intelligi cõmodè poteſt. Si enim admitteres poſſe cedi hauſtũ aquæ ex riuo per quem aqua ducitur, ſeruitutis ſeruitutem efficeres, nec tamen ſeruitutis fructum conſtitueres. Niſi fructũ accipias pro conceſſione cõmoditatis quę ſeruitus quædam eſſe videatur. Sic enim *Paulus Caſtrenſis* interpretatur. Quæ tamen interpretatio ex eo refellitur, quod quamuis ſeruitutis vſusfructus conſtitui non poſſit ſicut nec alia ſeruitus *l. 1. D. de vſufr. leg.* de illo tamen fructu non loquimur, qui ſit ſeruitus, nec poſſit quis rectè dicere conceſſionem commoditatis alicuius, vt ille loquitur, ſeruitutem eſſe, niſi cætera omnia concurrant, quæ ad ſeruitutis conſtitutionem requiruntur. Sed neque illud verum eſt ſeruitutis fructum conſtitui non poſſe. Quid.n. ſi fundi cui ſeruitus debetur, vſusfructus ſit conſtitutus? Aut quid ſi vicino meo inferiori poteſtatem fecerim ducendi in ſuum fundum partem aquæ quæ ex tuo fundo in meum ſeruitutis iure deriuabat? Vtique.n. aquã, quæ fundum meũ ingreſſa eſt, poſſum alteri vicino concedere, in eamq. rem fundo meo ſeruitutem imponere, quæ tamẽ ſeruitutis ſeruitus non erit, ſed duorũ fundorum duæ erunt ſeruitutes, quarum poſterior quæ à me conſtituetur, fructus ſanè erit illius quę fundo meo debetur. Rurſus, quis neſcit ruſticarum ſeruitutum oppignerationem valere? *l. ſed an via 12. D. de pig.* fructum autem eſſe vel pignori dare licere, *l. vlt. D. de vſur. & fruct.* Seruitutis ergo fructus conſtitui poteſt, ſed ſeruitus non poteſt.

Nihil à Pandectarum compoſitoribus immutatum eſſe in l. ante tabulas 5. ff. de iur. co.

Capvt XII.

PApinianus ſcribit in *l. ante tabulas 5. D. de iur. codicill.* codicillos ante tabulas teſtamẽti factos non aliter valere, quàm ſi teſtamento, quod poſteà factum eſt, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur. Quę tamen ſententia non obtinuit, & ipſis Papiniani temporibus abolita eſt reſcripto Imperatorum Seueri & Antonini quo conſtitutum fuit, vt ex codicillis qui teſtamentum pręcedunt, fideicommiſſum peti poſſit, ſi modo appareat eum, qui teſtamentum fecit à voluntate quã in codicillis expreſſerat non receſſiſſe vt Iuſtinianus refert in *§. ſed cum antè. Inſtit. eod. tit. de codicill.*. Ex quo apparet Papiniani ſententiam quæ adhuc extat in *d. l. ante tabulas*, ex diametro aduerſari reſcripto Seueri, duplicémque *Franciſci Duareni* errorem eſſe qui à Pandectarum compoſitoribus immutatam eſſe eã ſcripſit, ne Seueri reſcripto aduerſaretur. Nam quod Iuſtinianus ſupradicto loco refert Papinianum exiſtimaſſe codicillos ante teſtamentum factos non aliter vires habere, quàm ſi ſpeciali poſteà voluntate confirmentur: idem prorſus, in *d. l. ante tabulas*. iiſdem ferè verbis, ſanè eodem ſenſu ex Papiniano traditur. Quid enim aliud eſt codicillos confirmari ſpeciali poſtea voluntate, quàm confirmari teſtamento, quod poſteà factum ſit, aut codicillis poſteà etiam factis? Quod verò Papinianus adiicit, *aut voluntas eorum quęcunque iudicio retineatur*, non ita accipiendum eſt, vt codicilli ante teſtamentum facti ex eo ſolo confirmari intelligantur, quòd à priore voluntate teſtator non receſſerit, ſed ita potius, vt quamuis nec teſtamento nec codicillis teſtator eos poſteà confirmauerit, ſi tamen extra teſtamentum vel codicillos dixerit, nil velle ſe prius factis codicillis derogare, aut alio quouis indicio de ipſius voluntate appareat, perinde codicilli ante teſtamentum facti valeant, acſi ſpecialiter teſtamento aut codicillis poſtes factis confirmati eſſent. Cæterùm confirmationem ſpecialem Papinianus omnimodo requirebat, ſiue ex teſtamento, ſiue ex codicillis, ſiue ex alio quocunque voluntatis indicio colligeretur. Ac Papinianum ea fortaſſis ratio mouebat, quòd is qui poſt factos codicillos teſtamentum aut alios codicillos facit, nec præcedentes vel confirmat, vel reuocat, eorum oblitus fuiſſe videatur, quorum ſi meminiſſet, voluntatis ſuæ indicium aliquod veriſimiliter reliquiſſet, vtrum eos

confir-

confirmatos vellet an reuocatos. At cùm poſt obliuionẽ prioris ſcripturæ codicillos quis facit, aut teſtamentum, priorem ſcripturam contemnimus, & poſteriorem ſolàm attendimus, quia in vltimis defunctorum voluntatibus, non quid aliquando teſtatores voluerint, ſed quid eo tempore quo ſuprema ordinarunt, inſpiciendum & conſiderandum eſt, *l. Seia* 20. *D. de inſtru. & inſtrum. legat. l. quingenta* 12. *D. de probat.* Placuit tamen Seuero & Antonino requirendum non eſſe, vt priores codicilli teſtamento vel codicillis poſteà factis, confirmentur, at illud duntaxat, vt teſtator à priore voluntate non receſſerit, hoc eſt expreſſe prioribus codicillis non detogauerit. Quanquam autem huius reſcripti, quod à Papiniani ſententia alienum eſt, via alia ratio reddi poteſt, illa tamẽ æquitatis & rationis ſpecies ſubeſſe videtur, quòd cùm vtraque defuncti voluntas commode ſeruari poteſt, nec altera alteri contraria eſt, vtramque ſeruari humanius, & vltimis teſtatorum voluntatibus fauorabilius eſſe videatur. Præſertim cùm ea Seueri cõſtitutio ad fideicommiſſorum duntaxat confirmationem pertineat, vt Iuſtiniani verba ſatis apertè demonſtrant, & iuris ratio euincit, quæ non patitur vt ea quæ prioribus codicillis ſcripta ſunt verbis directis, aliter valeant quàm ſi ſpecialiter codicilli teſtamento confirmati ſint, quemadmodum ante nos ſuperioribus annis alter ætatis noſtræ Papinianus *Iacobus Cuiacius* ingenioſè & eruditè, vt omnia ſolet, obſeruauit. Fideicommiſſa autem vt relinquũtur, ita confirmantur facilius quàm cætera quæ nec in codicillis nudè relinqui poſſunt nec niſi verbis directis, cuiuſmodi ſunt legata, tutelæ, libertates, aliáque ſi quæ ſunt id genus. Ad rem verò non pertinet Imperatorum Diocletiani & Maximiani reſcriptum *in l. ſine initio* 6. *C. de codicill.* quo *Accurſius* ſic vtitur, quaſi cum illa Seueri conſtitutione congruat, cùm tamen Papiniani ſententiam potius adiuuet & confirmet. Eo namque loco illud tantùm reſcribitur, ſiue teſtator initio teſtamenti ea omnia generaliter quæ codicillis relicturus fuerat, ſiue nouiſſimè relicta ſeruari mandauerit, confirmatione munitum legatum non iuſtam gerere ſolicitudinem an quæ ſibi relicta ſunt debeantur. Id enim eſt quod Papinianus dicebat tutum eſſe legatarium, aut fideicommiſſarium ſi confirmatione munitus ſit. Ex quo inferri magis poteſt ex codicillis nõ confirmatis nihil peti poſſe. Et cum ea lex ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui poſt Seueri & Antonini tempora imperarunt, facilè ex eo intelligimus ea Seueri conſtitutione quam diximus non fuiſſe inductum generaliter vt quæcumque codicillis ante teſtamentum factis relicta ſunt, valeant citra confirmationem. Alioqui neque illud Diocletiani reſcriptum dubitandi rationem aliquã haberet, neque fuiſſet cur id Tribonianus in Codice relinqueret. Debet igitur Seueri cõſtitutio de fideicommiſſis tantùm intelligi, ſicut diximus, non de cæteris quæ in teſtamento & directis verbis relinquuntur. Nec tamen ſatis peritè facere mihi videtur qui eius conſtitutionis rationem illam afferunt, quòd fideicommiſſa in codicillis relicta valeant, licet nullum poſteà teſtamentum factum ſit. Maior enim ratio ſuadere videtur vt non valeant ſi poſt codicillos teſtamentum factum ſit, & eo teſtamento codicilli non ſint confirmati, quaſi eorum oblitus omnino teſtator exiſtimetur, quę tota Papiniani ſententiæ ratio eſt. Porrò non illud Seueri & Antonini reſcripto factum eſt, nec verò fieri potuit, vt codicilli antè teſtamentũ facti ex eo ſolo confirmentur quòd poſtea teſtamentum vel alij codicilli facti ſint, ſed illud duntaxat vt quamuis confirmati non ſint, perinde tamen fideicommiſſum ex iis peti poſſit, ſi appareat eum, qui teſtamentum vel codicillos fecit, à priori voluntate non receſſiſſe, acſi confirmati eſſent, quomodo Iuſtinianus loquitur *in d. §. ſed cum ante.* In eóque diuerſa ratio eſt, codicillorum qui poſt teſtamentum facti ſunt. Hi enim præcedentis teſtamenti poteſtate omnimodo confirmantur, quamuis teſtamenti tempore de iis teſtator non cogitauerit, quia neque eorum oblitus fuiſſe videri poteſt, quod & iam olim *Accurſius* rectè tradidit *ex l. 3. §. vltim. D. de iure codicill.* Cui ſententiæ non refragatur quod Paulus ait *in l. ab inteſtato* 16. *D. eodem.* ad teſtamentum quod quoquo tempore quis feciſſet, codicillos pertinere. Id enim ita accipi debet, vt codicilli qui valent, & teſtamento confirmati ſunt, teſtamenti ius & conditionem ſequantur ſiue ante ſiue poſt teſtamentum facti ſint, non autem ita, vt ad codicillorum validitatem & confirmationem nihil interſit an teſtamentum ſubſecuti ſint, an præceſſerant.

De quæſtione l. ſi duo 16. D. de legat. præſtand.

CAPVT XIII.

SI duo proponantur eſſe, vnus in poteſtate præteritus, alius emancipatus inſtitutus, conſtat per eum, qui in poteſtate eſt commiſſum eſſe edictum, vt ſiue is bonorum poſſeſſionem petat, contra tabulas, ſiue non petat, emancipatus licet inſtitutus agnoſcere eam poſſit. Vtroque verò agnoſcente, dubitatio nulla eſſe poteſt quod ad eum pertinet qui in poteſtate eſt, quin nec liberis, nec parentibus cæteriſque exceptis perſonis legata præſtet, quoniam rem ab inteſtato habere intelligitur: &, quemadmodum Paulus ait *in l. ſi quis* 15. *D. de legat. præſt.* abſurdum eſſet ideò cogi eum legata præſtare quòd bonorum poſſeſſionem contra tabulas acceperit, quam etſi non accepiſſet, nihilominus hereditatem ſuo iure habiturus fuiſſet. Sed de emancipato maior dubitatio eſt, an poſt acceptam bonorum poſſeſſionem liberis & parentibus legata præſtare debeat. Dubitandi verò cauſa illa eſt, quòd ſi omiſſa inſtitutione bonorũ quoque poſſeſſionem repudiaret, vniuerſa hereditas ad ſuum pertineret, quem diximus nec parentibus nec liberis legata debere. Verius tamen eſſe Vlpianus ait *in l. ſi duo* 16. *D. de legat. præſtand.* vt ſaltem liberis parentibúſque præſtet, neque inter iuris authores controuerſum hoc fuit. Manifeſtam enim rationem habet, quòd emancipatus citra bonorum poſſeſſionẽ omiſſa inſtitutione hereditatem ſuo iure obtinere non potuiſſet. Sed & ſi petita per eum, qui in poteſtate eſt bonorum poſſeſſione, emancipatus hereditatis partem quam rupto per bonorum poſſeſſionem teſtamento conſequi potuerat ea inſtitutione retinuerit, æquè dicendum eſt legata eum liberis parentibúſque debere, vt ibidem Vlpianus ait, multóque magis hoc caſu, quàm ſuperiore, quoniam æquius ſit non omnino à legatorum præſtatione liberare eum, qui ex teſtamento ſuccedat. Eáque ratio facit vt dubitari probabiliter poſſit, an non exceptis tantùm, ſed etiam extraneis & perſonis omnibus præſtare debeat. Cùm enim plena fruatur teſtatoris voluntate, plenum etiam obſequium præſtare teſtatoris iudicio pro ſua parte debet. Atque ita tandem Vlpianus ſupradicto loco concludit, licet primùm addubitet. Magna autem dubitationis ratio videbatur, quia bonorum poſſeſſione contra tabulas per fratrem pe-

teritum petita, Prætor non aliam ob cauſam emancipatum inſtitutum in partem hereditatis tueatur quàm quod ex liberis ſit, qui contra tabulas petere potuerunt. Qua ratione motus Paulus *in d. l. ſi quis. §. ſed ſi ſcriptus*, ait veriorem ſibi videri compluriũ ſententiam, qui putant emancipatum inſtitutum certis & exceptis perſonis, in hac ſpecie legata præſtare debere. Quod ego ſic intelligo vt iis duntaxat non etiam extraneis præſtet. *Nam, & dubitatio longè minor eſt, quin exceptis præſtet quibus præſtaret, etſi bonorum poſſeſſionem accepiſſet. Et ratio illa Pauli non tam eò pertinet, vt exceptis ſaltem perſonis legata ab emancipato præſtentur, quàm vti ne extraneis præſtentur. Hoc enim magis probatum eſſe idem Vlpianus teſtis eſt *in l. filium. 5. §. vlt. D. eo. titul.* & Paulus *in d. §. ſed ſi ſcriptus*, ait ita complures putare. Sed quod ſubiicit id ſibi quoque verius videri, Vlpianus *in dict. §. vltim.* non adiicit, nec quid ſentiat exprimit, ſed communiorem aliorũm opinionem duntaxat refert in Edicti interpretatione. Quam tamen improbat libris Diſputationum, in quibus non tam quid ab aliis probetur, quàm quid ipſe ſentiat, & ſentiendum putet, diligentius exponit, *in dict. l. ſi duo*, vbi ſuæ ſententiæ rationẽ illã adfert, quod æquum ſit, eũ qui plena teſtatoris volũtate fruatur, plenũ quoque obſequium eiuſdẽ iudicio pro ſua parte præſtare. Ac ſane ita ius eſt, vt qui à cauſa teſtamenti diſcedere potuit, ſi eam non omiſerit, voluntati defuncti parere & obſequi habeat neceſſe. *l. Cay Caſſii. 35. D. de fideic. libert.* Sed Pauli ratiocinatio hanc conuincere & refellere videtur: quia quod inſtitutus rupto per contra tabulas teſtamento nihilominus partem hereditatis ex teſtamento retinet, fit beneficio Prætoris qui teſtamenti ius iis conſeruat, quibus ſi id maluiſſent, bonorum poſſeſſionem contra tabulas dediſſet. Proinde eodem iure cenſeri debent, acſi contra tabulas agnouiſſẽt: quemadmodũ eadẽ ratio facit vt certis ſaltem perſonis legata præſtent, quæ vtique præſtarent ſi bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepiſſent. Vlpiani tamen ſententia Africani quoque fuit, qui in *l. ſi ex duobus 14. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* apertè ſcribit, emancipatum inſtitutum, qui contra tabulas petere potuit, ſi teſtatoris voluntatem retineat hactenus conditionem ſuam deteriorem facere, quòd extranea quoque legata præſtat. Fruſtrà itaque diutius quis laboret in iis cõciliandis, qui vltrò & ex propoſito diſſentiunt, in ea præſertim quæſtione, de qua magnis vtrinque rationibus diſputari probabiliter poſſit. Valeat ergo *Accurſius*, qui Paulum loqui ait de ſuo herede inſtituto, aut de iis liberis, qui contra tabulas petere non poſſunt, cùm apertiſſimè & de emancipato loquatur, & ſententiam ſuam ex eo confirmet, quòd is de quo loquitur ſit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt. Valeant etiam, qui diſtinguunt inter eum, qui plena teſtatoris voluntate fruitur, & eum qui non fruitur, interpretantes plena voluntate frui eum, cuius portio concurſu præteriti non minuatur: nec animaduertentes in ſpecie ab Vlpiano tractata, concurſu præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabulas agnoſcentis minui portionem eius: quem tamen omnibus legata debere ait, quod plena fruatur teſtatoris voluntate. Plena enim voluntate frui intelligi eum, qui quicquid habet, ex teſtatoris iudicio, & voluntate habet, non qui id omne habet, quod ſibi teſtamento relictum eſt. His verò quæ diximus finitimum illud eſt, quod idem Vlpianus ſcribit in *l. ſi filius 23. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Si filius qui patris poteſtate manſit heres inſtitutus præterito fratre emãcipato qui contra tabulas poſſeſſionem accipere potuit, vt inteſtati patris hereditatem agnouerit, legata omnibus eum præſtare ex illo edicto, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti: quòd tanquam ſcriptus & ex teſtamento hereditatem habere videatur. Nec eſt contrarium quod idem Vlpianus ſcribit in *l. quia autem 6. §. pen. eo.* ex illo edicto fieri, vt qui accipiendo contra tabulas bonorum poſſeſſionem liberis parentibuſque legata præſtaret, ſi eam bonorum poſſeſſionem omiſerit, & ab inteſtato ſucceſſerit, cogatur ea præſtare, quæ præſtaret ſi contra tabulas accepiſſet, ac proinde ea duntaxat, quæ exceptis perſonis legata ſunt, non quæ extraneis. Alia enim ratio eſt eius qui in fraudem teſtamenti, alia verò eius qui in fraudem duntaxat edicti De bonorum poſſeſſione contra tabulas ab inteſtato ſuccedit. Nam eum qui in fraudem teſtamenti ab inteſtato ſuccedere maluerit, æquiſſimum eſt obligari ad ea omnia, quæ ex teſtamento debuiſſet. Eum verò qui aliter quàm per bonorum poſſeſſionem contra tabulas aut ab inteſtato ſuccedere non poterat, ſi in fraudem edicti poſſeſſionem omittat, & inteſtati ſucceſſionem amplectatur, æquum non eſt plus debere quàm ſi bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas agnouiſſet. Vterque igitur fraudis ſuę pœnas illas luit, vt tantum præſtet, quantum ſi fraudem non feciſſet.

Emendatio l. cum res 29. D. de action. empt.

CAPVT XIV.

IS cui res ſub conditione legata erat, ſi pendente legati conditione imprudens eam ab herede emerit, deinde legati conditio extiterit, quæri poteſt vtrum habere rem videatur ex cauſa emptionis, an legati. Etſi enim prius legata fuit res, quàm empta, prius tamen emptionis, quàm legati iure acquiſita eſt: quia eius legati, quod ſub conditione relictum eſt neque dies cedit, neque acquiſitio vlla intelligitur prius quàm conditio extiterit *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione. D. de legat. 2. l. is cui 42. D. de oblig. & action. l. cedere diem 213. D. de verbor. ſignific.* Sed verius eſt legati & priorem, & potiorem eſſe cauſam quàm emptionis, quoniam exiſtens condicio facit, vt perinde legatum debeatur ac ſi purè relictum fuiſſet, nec tam eius temporis, quo conditio extitit, quàm quo teſtator mortuus eſt ratio habeatur, *l. ſi fundum 105. D. de condict. & demonſtr.* Vnde fit, vt ſi fundo legato mihi ſub condicione pendente legati condicione heres me heredem inſtituat, ac poſteà legati condicio exiſtat, in falcidiæ ratione fundus non iure hereditario ſed legati meus eſſe intelligatur. *l. fundo 4. D. ad leg. falcid.* Eum ſiquidem eram habiturus etiam alio herede exiſtente, idcóque quo tempore mihi defertur heredis hereditas, extra cauſam bonorum eius computatur, arg. *l. ſequens quæſtio 68. de legat. 2.* Cùm igitur in propoſita quæſtione rem legatam emptor habeat ex cauſa legati non emptionis, dubitatio illa naſcitur, Si pretium rei venditæ ſolutum ſit qua actione repetatur, an ex empto, an ex teſtamento. Et placet poſſe vtraque actione emptorem experiri, ita vt vtram volet eligat: diuerſa tamen ratione. Nam actionem ex empto illud inducit, quòd cùm eam rem exiſtente legati condicione ex cauſa legati habere videatur, vt diximus, ex ea cauſa videtur illi euinci, quam ſcilicet non eſſet habiturus ſi alij legata fuiſſet. Euictionis autem nomine vel hoc ſaltem conſequi debet vt ei pretium reſtituatur, quod iam penes venditorem ſine cauſa eſſe incipit. Satiſque venditori in eo parcitur, quòd cætera non præſtat, quæ

ratione

ratione euictionis præſtari aliàs ſolent, quoniam ſcilicet emptori qui rem emptam poſſidet, licet ex alia quàm emptionis cauſa, nihil niſi pretium abeſſe videtur. Quam ob cauſam non de euictione, ſed ex empto agendum eſſe dicimus, quoniam res ipſa hoc caſu non euincitur, imò ſic emptori acquiritur vt euinci ei nunquam poſſit, quomodo Paulus in illa ſpecie reſpondit, ſi ſeruum Titij mihi vendideris, deinde Titius me heredem reliquerit, in *l. ſi vendideris 9. D. de euict.* Actionem verò ex teſtamento ideò emptori accommodamus, quod cùm rem habet, eiúſque pretium ſoluit, non prius habere eam videatur ex teſtamento, & teſtatoris iudicio ſatisfactum eſſe, quàm ei pretium ſit reſtitutum. Itaque licet ex teſtamento ad pretium agi non poſſit: quia teſtamento legata res eſt non eius pretium, neque item ad rem ipſam, quam iam habeat, rectè tamen & vtiliter agetur ex teſtamento vt teſtatoris voluntati pareatur, neque prius abſolui heredem oportebit quàm ſi pretium reſtituerit, & hominem emptoris fecerit, vt Iulianus ait in *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum. D. de legat. 1.* Quòd ſi rem illam legatam emptori venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit, duplici actione ad duplicem cauſam emptori tenebitur, nempe ex teſtamento vt rem præſtet, & ex empto vt acceptum pretium reſtituat: neque enim hoc caſu actione ex teſtamento pretij reſtitutionem conſequi emptor poteſt, cum teſtatoris iudicio ſatisfieri omnino poſſit rei ipſius, quæ legata eſt præſtatione, vt idem Iulianus ſupradicto loco ſcribit. Ex quibus intelligi poteſt verum eſſe quod ſcriptum eſt in *l. cui res 29. D. de action. empt.* eum cui res ſub condicione legata erit, ſi imprudens eam ab herede emerit, actione ex empto pretium conſequi poſſe: ſed tamen falſam & ineptam eſſe rationem quæ ſequitur illis verbis, *quia non ex cauſa legati rem habet.* Imò verò exiſtente condicione legati incipit ex cauſa legati rem habere. *d. l. 4. D. ad leg. falc.* indéque nimirum euenit, vt ad pretium conſequendum habeat emptor actionem ex empto quam vtique non haberet ſi ex cauſa emptionis non legati rem poſſideret. Nec eſt, quod cum Ioanne & *Accurſio* eam rationem ſic interpretêre, quaſi Iuliani ſententia ſit non aliter videri emptorem ex cauſa legati rem habere, quàm ſi pretium ei reſtituatur. Hoc enim ſupplere eſt non interpretari, eáque interpretatio commentitia licet rectam habeat ſententiam, ad id tamen de quo quærimus non eſt accommodata. Nam quod dicimus non prius ſatisfactum videri voluntati teſtatoris, quàm ſi pretium emptori reſtituatur, actionem ex teſtamento duntaxat, non etiam ex empto inducit, vt ſcriptum eſt *in dict. §. qui ſeruum.* Idque iam ante nos *Paulus Caſtrenſis* diſputauit, ſed quomodo locus reſtituendus eſſet ignorauit, ita vt Iulianum potius, quàm Accurſium aut Ioannem reprehendiſſe videatur. Puto autem legendum eſſe, *quia nunc ex cauſa legati rem habet. Nunc*, inquam, id eſt exiſtente legati conditione: neque enim in præcedentibus verbum vllum eſt, ex quo poſſit colligi conditionem legati extitiſſe, quod tamen in illa quæſtione neceſſariò ponendum eſt. Id verò neque breuius, neque elegantius exprimi potuit, quàm dictione illa *nunc*, quæ ſic accipi debet, ac ſi pluribus verbis ſcriptum fuiſſet *exiſtente legati conditione.* Similem errorem ſuperiore libro obſeruauimus, & emendauimus *in l. 2. D. ad SC. Trebell.* Mirum vero videri poſſit, quod Iulianus ponit rem legatam emptam eſſe ab imprudente legatario pendente legati conditione, cùm etſi ſciens emiſſet, non ideò tamen aliud iuris conſtitui deberet, quando nec volens legatarius relictum ſub conditione legatum repudiare prius poſſet, quàm conditio exiſteret. *d. l. 45. §. ſi ſub conditione, de legat. 2.* Atque ita interpretibus omnibus placet in illa Iuliani quæſtione, nihil intereſſe an ſciens an ignorans rem ſibi ſub conditione legatam legatarius pendente conditione emerit. Quod tamen mihi probabile non videtur, quia neque Iulianum fruſtrà de imprudente locutum fuiſſe puto, neque dubito quin legatario qui ſciens rem ſibi legatam ante conditionis euentum emit, ſi poſteà conditio exiſtat ſoluti pretij repetitio ſiue ex empto ſiue ex teſtamento actione denegetur. Quamuis enim traditum ſit neminem poſſe rem ſuam emere, ſiue ſciens, ſiue ignorans emerit, illud tamen certiſſimum eſt ei qui ſciens emit non reſtitui pretium, quod ignoranti emptori reſtituitur, *l. ſuæ rei 16. De contrah. empt.* Cuius namque per errorem ſoluti repetitio eſt, eius conſulto dati donatio eſt. *l. cuius per errorem. 53. D. de regulis iur.* Quod ſi obiicias non fuiſſe illicitam & inutilem venditionem quo tempore contracta eſt, quòd tunc nondum legati conditio extitiſſet, reſpondebo fuiſſe quidem ab initio vtilem, ſed prudentem & ſcientem emptorem iam illud præuidiſſe aut præuidere potuiſſe futurum vt quandocunque legati conditio exiſteret rem illam legati potius, quàm emptionis iure haberet: idcóque ſi pretium lubens ſoluerit nec quicquam de eius repetitione ſit proteſtatus, videtur id donaſſe & omnem repetendi ſpem abiecíſſe. Quamquam autem verum eſt quod interpretes obiiciunt, non potuiſſe eo tempore legatum conditionale repudiari, inde tamen non recte inferas actionem ex teſtamento ad pretij repetitionem ſupereſſe. Iniquum enim eſſet nō aliter abſolui heredē ab actione ex teſtamento, quàm ſi emptori reſtitueret pretium quod ſibi ab emptore ipſo donatum fuiſſe intelligitur: neque enim de ea donatione teſtator quicquam cogitauit: & obſeruandum eſt, etiam *in d. §. qui ſeruum,* de ignorante non de ſciente emptore Iulianum loqui. Illud ſanè facilius concedam etiam cùm ſciens legatarius rem legatam emit, hactenus ſupereſſe ex teſtamento actionem, vt heres, idémque venditor rem illam emptoris facere teneatur, eiúſque dominium in emptorem transferre, quam actione ex empto tradere duntaxat non dare debuiſſet.

Explicatio noua l. cum bona 16. D. de reb. author. iudic. poſſid.

CAPVT XV.

SEquimur libenter vt in cæteris ferè omnibus, ita in titulorum ordine & inſcriptione Pandectas Florentinorum, in quibus de priuilegiis creditorum titulus nullus eſt, ſed quæ in veteribus codicibus eius tituli prima lex erat, decimam ſextam efficit tituli, *De reb. author. iudic. poſſid.* Et eſt *l. cum bona.* cuius nouam explicationem pollicemur, ab *Accurſii*, & veterum omnium interpretationibus alienam. Sic autem Caius ſcribit, Cùm bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & eius, qui creditor cognatúſve ſit, potior habetur creditor, cognatúſve, magis tamen creditor quàm cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debebitur. *Accurſius* duplicem interpretationem afferri poſſe ait. Primam illam vt ſi bona debitoris contingat addici creditoribus, & ex creditoribus alij ſint debitoris cognati, alij extranei, hoc eſt, creditores quidem, ſed non cognati, potior cauſa ſit eorum, qui & creditores

ſunt & cognati : inter eos verò qui creditores tantùm ſunt, non etiam cognati, præferantur cæteris ij quibus maior pecuniæ quantitas debetur. Alteram hanc vt ſi inter plures creditores diſputetur an bona debitoris vendenda ſint necne, eorum creditorum ſententia ſequenda ſit qui vel cognati quoque ſunt, vel maioris pecuniæ creditores. Vtramque verò interpretationem illud refellit, quòd prima legis verba oſtendunt manifeſtè, neque de addicendis, neque de vendendis, ſed de venditis debitoris bonis eo loco tractari: nec de illo ſtipulationem inſtitui cui addicenda ſint bona, aut quorum voluntate vendenda, ſed de hoc potius, cùm poſtulantibus creditoribus venduntur, quis in eorum emptione ſit præferendus. Verba enim hæc ſunt, *Cum bona veneunt debitoris.* quibus neutra *Accurſii* interpretatio conuenire poteſt. Aliud enim eſt bona debitoris vendi, vt ex redacto pretio creditoribus ſatisfiat: aliud verò creditoribus ipſis addici, & velut in ſolutum acquiri, quod aliter fieri non poteſt, quàm ſi nullum emptorē bona inueniant *l. vl. C. ſi in cauſ. iudicat. pignor. capt. ſit.* Quemadmodum & aliud eſt bona debitoris vendi, aliud de iis vendendis aut non vendendis diſputari. Sed & de illo ridiculum eſt dubitare, an bonorum debitoris venditio, per aliquos ex creditoribus quantumuis creditores cognatique ſint impediri poſſit. Siue enim anterior ſit creditor qui bonorum venditionem poſtulat, cuiuſcumque tandem ſummæ ſit creditor, cæteri quominus is debitoris bona diſtrahat niſi debitum offerant, interpellare non poſſunt *l. vlt. & tot. titul. Cod. ſi antiq. credit. pign. vendider.* Siue poſterior ſit creditor, etiam aduerſus anteriores pignoratitios ius offerendi habet, neque anteriorum quicquam intereſſe videtur, at potius iis prodeſſe vt bona diſtrahantur, in quibus præter ius ipſum debiti nullum aliud habeant *d. l. vlt. Cod. ſi in cauſ. iudicat. pign. capt. ſit.* Illud quoque apertum eſt, non de creditoribus duntaxat cognatiſque loqui Iureconſultum, ſed etiam de extraneis, cùm ait, *in comparationem extranei, & eius qui creditor cognatuſue ſit.* Comparat enim creditorem aut cognatum cum eo qui extraneus ſit, id eſt, neque creditor neque cognatus, vt valde ineptum ſit quod *Accurſius* extraneū interpretatur eum, qui & creditor ſit, non tamen cognatus. Nam extraneū neque rectè dicimus eum qui nō ſit cognatus, neque Caius cōparat cū eo qui ſit creditor cognatúſque, ſed cū eo qui ſit creditor, vel cognatus, ſiue creditor tātùm ſit, ſiue cognatus tantùm. *Bartolus* autem etſi rectè animaduerterit non de iis duntaxat intelligi legem debere, qui ſunt creditores, in eo tamen labitur, quòd veteris cuiuſdam interpretis ſententiam ſecutus, putat eum legis ſenſum eſſe, vt in comparatione creditorum inter ſeſe, præferatur is qui creditor cognatúſque ſit. Quaſi verò iure creditoris ius cognationis aliquid poſſit addere, cùm de iure & priuilegio ſine diſpendio creditorum diſputatur. Atqui non ita Caius loquitur, vt eum qui creditor, cognatúſque ſit præferendum dicat ei, qui non niſi creditor ſit, ſed ex contrario ſcribit, extraneo, id eſt, ei qui neque creditor neque cognatus ſit præferri eum, qui ſit creditor, aut cognatus, vt ſi cætera omnia ſint paria, puta ſi vterque bonorum quæ venduntur par pretium offerat, is qui creditor eſt, non cognatus, aut cognatus non creditor ei qui neque creditor neque cognatus ſit, omnino anteponatur. Prius enim habenda ratio eſt neceſſariarum perſonarum ſi idoneæ ſint, *l. Imperator 60. D. de pact.* Sed ſi inter eos quorū alter creditor alter cognatus debitoris eſt, de iure & priuilegio prælationis diſputetur, id obſeruabimus, vt potiorem faciamus cauſam creditoris quàm cognati. Æquiſſimum enim eſt præferri in emptione creditores, quorum præcipuè negotium geritur, ac quibus poſtulantibus bona venduntur. Verùm ſi inter creditores tantùm res agatur, nec quiſquam alius qui creditor non ſit, ad emptionem accedat, magis placet præferri eum, qui maioris pecuniæ ſit creditor, ídque vt ego quidem arbitror, licet ex aliis creditoribus quidam ſint etiam cognati debitoris: quoniam hac parte, vt dixi, ius crediti proculdubio potentius eſt quàm ius cognationis. In eóque cùm vel maximè eluceat creditorum priuilegium, inde fortaſſis ſumpta eſt à veteribus interpretibus occaſio diſtinguendi commentitium illum titulum De priuilegiis creditorum, ab eo qui præcedat De rebus authoritate iudicis poſſidendis, vel venundandis. Denique nullum in tota ea lege verbum eſt, quo probari poſſit potiorem eſſe cauſam eius qui creditor cognatúſque ſit, quàm eius qui ſit creditor tantùm: neque enim de creditore, & cognato coniunctim Caius loquitur, ſed disiunctim his verbis, *creditor cognatúſve*, quod ab interpretibus non obſeruatum communi omnium errori cauſam dedit. Huic verò explicationi noſtræ valde conuenit, quod Sabaudiæ ſtatuto non diſſimiliter cautum eſt, de priuilegio creditoris cuius nomine bona ſub haſta venduntur, vt extraneo emptori ſi par pretium vterque offerat, præferatur. Statuti verba quamuis minus elegantia, quia tamen non omnibus ſunt in promptu hæc quæ ad rem pertinere videntur, ſubiiciemus. Et in ipſo tertio & vltimo foro ſeu ſub vltima ſubhaſtatione, & crida lapſis dictis terminis plus offerenti vendantur & expediantur ipſa bona pro pretio maiori inde oblato ſoluendo victori, ſeu creditori, in cuius fauorem fuerit lata ſententia. Et fiet huiuſmodi executio, vel expedientur ipſa bona eidem creditori ſeu victori ſi maluerit, & ea retinere voluerit pro maiore pretio inde oblato. Ad rem verò non pertinet ſi quis obiiciat, quod *Accurſium* feſelliſſe videtur, non admitti creditorem ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores inueniuntur. *l. 2. C. ſi in cauſ. pignus capt. ſit. l. 3. C. de execut. rei iudicat. l. vl. §. ſin verò nemo. de iur. dominij impetrando.* Hæc enim differentia ſunt, admitti creditorem ad licitationem, & facta licitatione habere eum ius prælationis, aut, vt ſtatutum noſtrum loquitur, retentionis. Non admittitur ad licitationem quandiu alij emptores inueniantur, quoniam abſurdum videretur conſtitui ab eo pretium rei alienæ quæ poſtulante ipſo, & ipſius veluti nomine vendatur. Sed facta licitatione habere eum ius prælationis, nec abſurdum, nec iniquum eſt, cùm neque debitoris quicquam interſit, ad quem res ſua perueniat, dummodo debiti liberationem, & ſi quid prætereà ex pretio ſupererit conſequatur: neque extranei emptoris, cui nihil deperit, liberúmque eſt ſi velit maius pretium offerre, vt creditor qui tantundem offerre nolit, licitatione ſuperetur. Idque debitoris commodo plærumque cedit, cùm extraneus emptor vt creditori retentionis, & prælationis ius auferat, pluris rem licetur, quàm quanti re vera ſit. Hoc verò nec *Bartolus* ipſe animaduertit, certè non explicauit.

Ad §. ſed cùm emptor. l. à Diuo Pio 15. D. de re iudicat.

CAPVT XVI.

ATquid ſi in iudicati executione debitoris cōdēnati bona pignori capta ſint, tum diſtracta, & extraneo emptori addicta, neque tamen emptor pretium

tium ſoluat? qua tādē actione aut ratione creditori cōſuletur? Hæc quæſtio pertinet ad ea, quæ Vlpianus tractat in *l. a Diuo Pio* 15. *D. de re iudic.* in qua cùm multa perobſcura ſunt, & difficilia, tū illud meo iudicio peſſimè ab interpretib⁹ omnibus acceptū eſt, quod ſcribitur in §. *ſed ſi emptor*, iudices qui ſentētiā exequuntur, non debere aduerſus emptorē qui pretium nō ſoluit, manus porrigere, & vltrà procedere, ne vel lōgè res abeat, ſi forte emptor neget, ſe emiſſe, aut exſoluiſſe cōtendat, vt ſe nimis propere iudicetur ac contra ſolitum iuris ordinem ſi in dicta caoſa ſtatim emptor condemnetur & pro iudicato habeatur, *maximè*, inquit Vlpianus, *cum nec habeat actionē aduerſus eum is, cui iudicatum fieri deſideratur*. Sic enim ab interpretibus omnibus verba hæc ſumpta ſunt, quaſi Vlpiani ſententia ſit, victorem creditorē qui ſententiam obtinuit, nullam habere actionem aduerſus emptorem, quòd ſcilicet emptor nō ab eo emerit, ſed ab executore. Quod ſi verè diceretur, non video quo ſenſu poſſit ea ratio ad id quod Vlp. tractat accōmodari. Nā rationē reddere Vlpianus voluit, cur iudicati executores melius faciāt ſi ſe nō interponāt, & manus nō porrigāt aduerſus emptorem qui pretiū nō ſoluit. Quid vero cōmune cū eo habet quod aiunt interpretes, nullā creditori cōtra emptorē actionem dari? Imò potiùs ea ratio facere deberet vt executores emptorē ad pretij ſolutionē cōpellerent, ſi nulla creditori ad pretium recipiendum actio competere poteſt. Alioqui iniuria proculdubio afficietur is, qui creditor eſt & iudicatum fieri deſiderat, ſi neq; aduerſus emptorem agere poſſit, neque ab executore petere, vt ex officio ſuo emptorem condēmnet. Atquin Vlpian. apertè ſcribit nullam ex eo fieri iniuriā creditori. Deinde nō puto verum, quòd illi ſine lege comminiſcuntur venditionem ab executore factam nullū creditori aduerſus emptorem ius acquirere. Parum enim videtur intereſſe an creditor ipſe pignus vendat, an eo poſtulante magiſtratus, qui ſententiā exequitur vēdi iubeat: & hoc caſu, vt aliis pleriſque noſtri tradunt, factum iudicis eſt factū partis, aut potius vt ſcriptum eſt in *l. C. ſi in cauſ. iudicat. pig. cap. ſit.* in vicem iuſtæ obligationis ſuccedit ex cauſa contractus authoritas iubētis. Et eo ſanè iure vtimur, vt ſi pretium non ſoluatur, actio creditori aduerſus emptorem eo nomine detur, neq; alius iuris locus quærendus eſt qui id apertius probet, quam hic de quo diſputamus. Ea enim haud dubiè Vlpiani ſententia eſt, creditori qui iudicatum fieri deſiderat, nullam competere actionem aduerſus executorem, nec videri executorem feciſſe litem ſuam, licet is emptorem pignoris ad pretij ſolutionem non coegerit, neq. tamen ideo iniuriā affici creditorē, cui ſcil. prōpta & parata ſit actio contra emptorem, qui nihil poſſit dicere, cur non ad pretium condemnari debeat, quandoquidem ea eſt publicarum venditionū conditio, vt res pignori captas & diſtractas præſenti pecunia diſtrahi oporteat, non ſic vt poſt tempus pecunia ſoluatur. Neque enim ea mēte venditio fit vt debitoris perſona mutetur, ſed vt debitor liberetur, & vt vetus obligatio perimatur, non noua contrahatur. Emptor igitur, qui ad publicam venditionem acceſſit, eius leges & conditiones vel ignorauit, vel certè ignorare non debuit, ideóque recuſare non poteſt, quominus agenti creditori pretium ſoluat. Actio autem dabitur, vt opinor, in factum, quæ ex iudicato datur. *l. actoris.* 8. *C. de reb. cred.* neque enim vlla alia actio competit quæ nomen habeat, quod cùm accedit, ſubſidiaria in factum neceſſaria eſt. *l. quia actionem.* 11. *D. de præſcript. verb.* Fefellit verò *Accurſium*, cæteróſq; omnes interpretes, quod in libris quibus vtebantur ſcriptum erat, vt in plæriſque etiamnum ſcriptum legimus, *meliùs igitur erit ſi ſe non interponant.* Ea enim lectio faciebat vt verba quæ ſequuntur, *aduerſus eum*, ad executorem referre non poſſent de quo non in ſingulari ſed in plurali numero dictum fuiſſet. Sed in Florentinis, aliiſque emendationibus non *interponant* legitur, ſed *interponas*, mutato plurali caſu in ſingularem, vt aliàs plærumque fieri adſolet, & in præcedente eodémque §. ita ab Vlpiano vſurpatum & factum animaduertimus. Noſtram verò interpretationem illud quoque omnino confirmat, quod ea Vlpiani ratio, quæ ſequitur, *oportet enim res pignori captas, & diſtractas præſenti pecunia diſtrahi non ſic vt poſt tempus pecunia ſoluatur*, alium ſenſum recipere non poteſt, quàm vt propter eam cauſam, creditori aduerſus emptorem actio competat, quæ competere non poſſet ſi res pignori captas & diſtractas præſēti pecunia diſtrahi neceſſe non eſſet. Facilius autem eſt, quod Vlpianus ſubiicit ſi iudices qui ſententiam exequuntur, velint ſe interponere in coercenda mora emptoris qui pretium nolit ſoluere, hactenus debere interuenire vt ipſam rem addictam capiant, & diſtrahant, quaſi non vinculo pignoris liberatam. Neque, n. ad inducendam liberationem ſola venditio ſufficit, niſi pretiū creditori ſoluatur, cui ea res priùs erat obligata. Verùm illud magis mirari quis poſſit, cur iudices qui ſententiam exequūtur aduerſus emptorē, porrigere manus non debeāt. Cùm. n. à Diuo Pio reſcriptum ſit, magiſtratus populi Romani iudiciorū à ſe datorū ſententias exequi debere, magiſtratuum verò pleniſſima eſſet poteſtas, dici ſanè vix poteſt, cur non in executione facere potuerint ea omnia, quæ ex ratione & æquitate facienda viderentur. Niſi fortè quis dicat, eo Diui Pij reſcripto ſublatā potius fuiſſe iudicibus qui de facto cognouiſſent, & ſententiam tuliſſent, exequēdi poteſtatem, quàm impoſitā magiſtratibus qui iudices dederāt, eorum ſententias exequendi neceſſitatem. Et magiſtratus non per ſeipſos ſed per alios iudices datos ſententias exequi ſolitos fuiſſe, & veriſimilius eſt, & ex ipſis verbis Vlpiani *in d. l. à Diuo Pio.* cognoſci facilè poteſt, præſertim *ex §. vlt.* vbi ſcriptū eſt pupillarem pecuniam, licet in arcam repoſita ſit, ad comparationem prædiorum, & citra permiſſum prætoris ab eo qui exequitur iudicatum ſolere capi, & in iudicati cauſam conuerti. Fruſtra enim de Prætoris permiſſu quæreretur, ſi Prætor ipſe ſententiam iudicis à ſe dati exequeretur. Iudex igitur à Prætore datus neque pro iudicato habere poterat emptorē qui non erat condemnatus, neque condemnare ſtatim & in dicta cauſa eum qui aut nō emiſſe aut pretium exoluiſſe ſe contēdiſſet, nec denique de facto cognoſcere qui, non ad cognoſcendum, ſed ad exequendum datus fuiſſet. Quamqoam & in magiſtratu ſi quis volet idem ferè dici poteſt: quia nec pro iudicato habere nec condemnare poteſt priùs quàm proſpecta ſit rei & facti veritas: neque item de facto cognoſcere & iudicare, quòd id à maiorum magiſtratuum imperio & dignitate alienius videretur in id vſque tempus quo ius illud vetus poſteriorū Imperatorum conſtitutione abrogatum eſt in *l. 2. C. de pedan. iud.* Vnde illud eſt quod Cicero ad Quintum fratrem ſcribit, *Prætorem non ſolere iudicare deberi.*

Variæ emendationes.

CAPVT XVII.

SI nauis tua impacta in meam ſcapham damnum

mihi dederit, quæſitum eſt, quænam mihi actio competat. Et placet Vlpiano ex Proculi ſententia in *l. quemadmodum* 29. *§. ſi nauis tua. D. ad leg. Aquil.* ita diſtinguendum eſſe, vt ſi in poteſtate nautarum fuerit ne id accideret, & culpa eorum factum ſit, lege Aquilia cum nautis agatur, quòd parum referat an nauem immittendo aut ſeruaculum ad nauem ducendo, an tua manu damnum mihi dederis: quia his omnibus modis per te damno adficior. Sed ſi fune rupto, aut cùm à nullo regeretur nauis, incurriſſet, quia his caſibus cum nautis agi non poteſt, quorum ſcilicet culpa nulla argui poſſit, cum domino agendum eſſe videatur. Sic enim locus ille ſublata negatione, quæ in poſtremis verbis eſt, legendus videtur & explicandus. Nam cùm ruptis funibus, aut quòd à nullo nauis regeretur damnum datum eſt, imputari certè domino poteſt, qui non proſpexerit vt & ab aliquo nauis regeretur, & bonis funibus eſſet instructa: ideóque à domino nauis factum damnum videtur, quod ipſius culpa contigit. Ex quo reſponderi poteſt, ad id quod *Accurſius* obiicit, pro rebus inanimatis neque noxaliter, neque Aquilia lege agi poſſe. Etſi enim nauis inanimata res eſt, vſum tamẽ & vtilitatẽ nullam præſtat, niſi ab homine regatur & gubernetur: vnde fit vt generaliter diffiniri poſſit, quoties nauis damnum facit dari eo nomine actionem vel aduerſus nautas, ſi eorum culpa factum ſit, vel aduerſus dominum, ſi nihil ſit quod nautis imputetur. Nec video quis caſus excipi debeat, niſi cùm tanta vis naui facta eſt, vt temperari non putuerit, quomodo idem Vlpianus in eadem lege ſcribit *§. ſi nauis alteram*, vbi & *Accurſius* ipſe ſui, vt videtur immemor, notat teneri dominum de damno, quod nauis dedit, niſi caſu fortuito id contigerit. An autem dici poteſt caſu fortuito fieri vt fune rupto, aut cùm à nullo regitur nauis incurrat & damnum faciat? An non potius culpa domini eſt, qui præuidere potuit, & debuit futurũ vt ſi non bonis funibus instructa eſſet nauis, aut à nullo regeretur, facilè in aliam nauim incurrere, damnúmque afferre poſſet? Sed & cõtextus ipſe verborum ſi propiùs inſpicias, id planè demonſtrat. Diſtinguit enim Vlpianus an nautarum culpa damnum factum ſit, necne, & cùm illo caſu dicat cum nautis agendũ eſſe, conſequens eſt vt altero ſcripſerit, non generaliter actionem nullã ſupereſſe, ſed cum ipſis agi non poſſe, at cum domino agendum eſſe, alioqui ita ſcribere debuerat, *Sed & ſi fune rupto*, non ita vt ſcriptũ eſt aduerſatiuè, *Sed ſi &c.* Quas verò leges *Accurſius* ad receptæ lectionis cõfirmationẽ adducit, tam apertũ eſt ad rẽ nõ facere: vt in eo pluribus demonſtrãdo operã ponere nil ſit neceſſe. *In l. ſi quis cũ* 19. *D. de condi. indeb.* abũdãt & tollenda ſunt verba illa, *plus debito*, vtpote quæ ex interpretis alicuius gloſſa & interpretatione ad precedentia illa, *quaſi indebitum*, in textum irrepſerint. Senſus enim eſt heredem qui poterat ſibi cauere à fideicommiſſario, ſi non cauerit, & totam hereditatem ſine cautione reſtituerit, poſſe fideicommiſſum repetere condictione indebiti, tanquam indebitum ſolutum. Non. n. tantùm plus debito ſolutum videri poteſt ex eo quòd cautio prætermiſſa eſt, *l. 3. §. vlti. D ſi cui plus quàm per leg. falcid.* Sed & totum ipſum fideicommiſſum indebitum fuit: quoniam quibus caſibus cautionem præſtare fideicõmiſſarius debet, puta cùm periculum eſt ne heres qui ante reſtitutionem multa adminiſtrauit, iudiciis quibus cõuentus eſt, aut ſtipulationibus quibus neceſſe habuit promittere, obſtrictus remaneat, non prius fideicommiſſum debere videtur, neque id reſtituere cogitur, quàm ſi ei cauestur. *l. cum hereditas* 36. *D. ad S.C. Trebell.* Quamquam & ſi malit, ipſam duntaxat cautionem, quã omiſit, condicet, incerti condictione. *argum. l. hoc Senatuſconſultum* 5. *§.* 1. *D. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſum.*

In l. cũ hic ſtatus 32. *§. ſi nurus* 18. *in fin. D. de donat. int. vir. & vxo.* malè & corruptè nunc in omnibus libris legitur *ratione noua*. Legendum enim eſt, *oratione*, quomodo veteres interpretes legiſſe *Accurſii* gloſſa teſtatur, & ita legendum eſſe quæſtio ipſa quę in eo §. tractatur, oſtendit. Quærit enim Vlpianus an ſi nurus ſocero donauerit, & ſocer ſuperſtite filio, nurúque deceſſerit donatio confirmetur, an extinguatur & finiatur oratione noua Seueri & Antonini, cuius tota ea lege interpretationem facit. Nam quemadmodum ante eam orationem ita ius erat, & adhuc eſt, vt non ſolum inter coniuges prohibitæ ſint quæ inter viuos fiunt donationes, ſed inter eos etiam omnes, in quorum coniuges ſunt poteſtate, vt neque ſocer nurui, neque nurus ſocero donare poſſit. Ita factum eſt ea Seueri oratione, vt donatoris aut donatricis morte, hoc eſt, perſeuerante ad mortem vſque voluntate confirmentur ſicut cęterę donationes, quæ fiunt inter virum & vxorem, ſic ex quas ſocer in nurum aut nurus in ſocerum contulerit, & vt Papinianus dicebat elegãter, quæ ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum implorauit. Sed tamen multum intereſt, an nurus ſocero, an marito ſuo inter viuos donauerit. Etenim ſi in maritum collata donatio ſit, & vxor conſtante matrimonio & durãte voluntate deceſſerit, donatio omnimodo cõfirmatur. At cùm ſocero hoc eſt patri mariti donatum eſt, non aliter confirmatur donatio, quàm ſi nurus ante maritum & ſocerum deceſſerit non mutata donationis voluntate: quemadmodum ex contrario ſi ſocer nurui donauerit, tum donatoris filius deceſſerit, non ideò confirmatur donatio, ſed illud prætereà exigimus, vt ſocer ante nurum durante voluntate decedat. *d. l. cùm hic ſtatus* 32. *§. oratio.* 16. vbi eam Papiniani ſententiam Vlpianus refert, & probat. Verùm quod dicimus donationem à nuru in ſocerum collatam non aliter confirmari quàm ſi nurus ante maritum ſocerúmq; deceſſerit, perpetuum nõ eſt. Quid enim ſi ſocer ante nurum quidem deceſſerit, ſed filium heredem ex aſſe ſcripſerit, quo ſuperſtite nec reuocata donatione nurus poſteà moriatur? Placet Vlpiano valere donationem, ſed ita tamen, vt non iam illa ipſa donatio videatur, quæ in ſocerũ collata fuerat, ſed noua potius quam in mariti perſonã cõtuliſſe videtur vxor, quę cũ ſciret aut ſcire deberet extinctã morte ſoceri priorem donationem, paſſa tamen eſt res donatas à ſocero ad filium eundémq; heredem peruenire, neq; donationem reuocauit quam iam olim in ſocerum mariti ſui contemplatione & fauore, vt lex præſumit contulerat. Ergo ſi maritus non ſit à ſocero inſtitutus, ſed extraneus, neque prior donatio valebit, neque noua facta eſſe intelligetur, quoniam nec ſola maritalis affectio ſufficit ad inducendam mariti fauore donationem niſi ad eum donatæ res perueniant, nec eas res donatas ad extraneum perueniſſe ſufficit, vt donatum ei videatur, id quod non ipſius ſed mariti cauſa donatum fuerat priùs. Idq. eſt, quod Vlpianus ait ſi filius heres patri non ſit, finitam id eſt extinctam eſſe, & non cõfirmatam donationem oratione noua Seueri, & Antonini. Quòd ſi ex parte tantũ filius ſit à patre inſtitutus, non niſi pro parte donatio valebit, vt rectè *Accurſ.* admittit. Quo

exem-

exemplo illud quoque dici poteſt, ſi filio pater res ſibi à nuru donatas legauerit aut quo alio titulo reliquerit, nouam videri in eum collatam douationem, licet nulla ex parte patris heres ſit: quia non ex inſtitutionis titulo donationem inducimus; ſed ex eo duntaxat, quod donatæ res ad maritum peruenerunt, volente & ſciente vxore, quæ iam eius intuitu & fauore donaſſe eas ſocero videbatur. Illam autem Seueri, & Antonini conſtitutionem & orationem Vlpianus nouam appellat, quòd ſuis temporibus facta eſſet & ius vetus correxiſſet. Sic nouam clauſulã Marcellus dixit *in l.3. D.de coniung. cum emancip. liber. eius.* & idem Vlp. nouum edictum *in l.1.§.ſi pater 13. D.de ventr. in poſſ. mittend.* In *l.1.D. de in lit. iurand.* puto ſic legendum eſſe in fine, *non enim res pluris ſit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra res pretium*, expuncta particula *ex*: quæ ſi retineretur ineptam efficeret adeóque falſam legis ſententiam. Quamuis enim creſcere poſſit cõdemnatio per iuſiurandum in litem ex contumacia non reſtituentis, non ideò tamen dicendum eſt pluris eſſe rem, quæ in iudicium deducta eſt, & cuius nomine iuſiurandum deferretur: quia, inquit Vlpianus, non pluris res ſit per hoc, ſed cõtumacia æſtimatur vltra rei pretium. Atqui hæc omnino contraria ſunt, rem ex contumacia æſtimari vltra verum rei pretium. Et rem non fieri pluris per contumaciam. Deinde quis ſic loquitur, rem ex contumacia æſtimari vltra rei pretium? Quare & in quibuſdam libris pro *res* ſcriptum, vidi *eius*, quod ab aliquo Grammatico correctum eſſe videtur, eóque imperito. Debuerat enim ſcribere *ſuum* non *eius*. Confirmat etiã emendationem & opinionẽ noſtrã, quod ſcriptũ eſt in *l. inter hæc verba 179. de verbor. ſignificat.* quam cũ hac coniungendam eſſe vtriuſque inſcriptio demõſtrat. Eſt autem ſic coniungenda, vt iuramento in litem æſtimetur primùm *quanti res eſt*, id eſt verum rei pretium, deinde & vltra pretium, contumacia non reſtituentis. Cæterùm fieri nunquam poteſt vt res pluris quàm quanti re vera eſt æſtimetur, idque Vlpianus dicere voluit in *d.l.1. de in lit. iurand.* In *l. ex facto 43.§.vl. D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* ſcio eſſe qui putant traiecta eſſe verba illa, *vtrum pro ea parte pro qua ſcriptus fuit veniat, an verò pro ea, quam cepit*, & ita reponenda, *vtrum pro ea parte quam cepit, veniat, an pro ea parte pro qua ſcriptus fuit.* Sequitur enim, *ita vt augeatur eius pars in ſubſtitutione.* Tractat verò eo loco Paulus de patre qui plures ſibi heredes inſtituerat, eóſq; filio ita ſubſtituerat, *quiſquis ſibi heres eſſet.* Cùm autem vnus ex heredibus inſtitutis, qui tacitam fidem teſtatoris accommodauerat, vt non capienti partem ex eo quod acceperat daret, deinde ad ſubſtitutionẽ impuberis admiſſus eſſet, quærit Paulus vtrum ex ſubſtitutione admittendus ſit, pro qua parte ſcriptus fuit & inſtitutus, an verò pro ea parte, quam cepit. Neq; enim omnẽ eam partem accepit, ex qua ſcriptus erat, quia quod ei datum fuerat, vt fraus legi fieret, ab eo tanquam indigno ablatũ eſt. Itaq. augebitur pars eius in ſubſtitutione ſi ad ſubſtitutionem admittatur, pro ea parte ex qua ſcriptus fuit, non pro ea duntaxat, quã cepit. Vnde moueor vt illã receptæ lectionis emendationẽ facilè adprobẽ, niſi quis probabilius exiſtimet addendã eſſe negationem in illis verbis, *ita vt augeatur*, & legẽdum *non augeatur*, quomodo *Melchiori de Fillon* Viennẽſi ornatiſſimo & acutiſſimo Iuriſconſulto mecum ea de re aliquando diſputanti videbatur. Alterutram enim emendationem non ſolùm probabilem, ſed etiam neceſſariam & omnino comprobandam eſſe puto. Reſpondet verò Paulus augeri partem in ſubſtitutione, quoniã is qui in fraudem legum fidem accõmodat, heres efficitur, nec ideò deſinit heres eſſe, quòd res, quæ ita relictæ ſunt ab eo auferantur. Sed etſi deſineret heres eſſe, idem nihiſominus iuris conſtitueretur fortè ſi poſt aditam hereditatem, in ſeruitutem redactus eſſet, deinde libertatẽ donatus. Sufficit.n. ex verbis ſubſtitutionis heredem fuiſſe patri eum qui ad ſubſtitutionem vocatus eſt, ſatiſque is qui tacitam fidem accommodauit punitur in eo quod contra leges facit.

Aliæ emendationes.

CAPVT XVIII.

NOta eſt iuris regula, quæ habet teſtamẽtorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere, nõ alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio. 32. ff. de her. inſt.* Ea res facit ne teſtamẽto rogari heres poſſit, vt aliquẽ heredem inſtituat. *l. filiusfamilias. 114. §. vt quis heredem. D. de leg. 1.* vbi tamen Marcianus monet perinde eſſe id habendum atque ſi teſtator hereditatem reſtitui rogaſſet, idque Seuerum cenſuiſſe. Neque enim verba ſpectamus fideicommiſſi ſed ſentẽtiam quibuſcunque verbis conceptam, dum teſtator ſenſerit, vt hereditas reſtituatur. *l. vbi purè. 19. §. 1. D. ad S.C. Trebell.* & in fideicommiſſis vtcumque precaria voluntas quæratur, coniectura poteſt admitti. *l. cum proponebatur. 64. de leg. 2.* Quid ergo ſi heres poſt mortẽ ſuã rogatus fuerit hereditatis ſuæ partẽ quartã reſtituere? Nam vtique permiſſum eſt teſtatori ab herede legatum vel fideicõmiſſum de ipſius heredis rebus relinquere, *l. vnum ex familia. 67. §. ſi rem ſuam. eod. l. heredem. 25. Cod. de fideicomm.* neque hoc caſu de teſtatoris hereditate reſtituẽda rogatus heres videri poteſt quem ſuam propriam reſtituere rogatum proponimus. Sed verius eſſe Marcianus exiſtimat, quod & Scæuolæ, & Papirio Frontoni placuiſſe ſcribit, valere fideicommiſſum, atque ſi de hereditate ſua reſtituenda teſtator rogaſſet. Ac cur valeat fideicommiſſum, dubitari certè propter ea, quæ diximus, minus poteſt. Sed cur de teſtatoris potius quàm de ſua hereditate reſtituenda rogatus heres videatur, id verò maiorem habet atque elegantem dubitationem. Dici tamen poſſit hereditatem teſtatoris ab herede aditam ita confundi cum patrimonio heredis, vt cùm heredis hereditatẽ eo mortuo dicimus, non minus eam, quam à teſtatore accepit, quàm cætera omnia quæ aliũde quæſita moriens reliquit, intelligamus. Vnde fit vt herede rogato reſtituere quartã partem hereditatis ſuæ, eam interpretationem accipiamus quæ & verbis non repugnat, & heredi fauorabilior eſt, cúmque de illa duntaxat hereditate quam à teſtatore habuit non de reliqua reſtituenda rogatũ interpretemur. Nulla enim ratio eſt, vt fideicommiſſi nomine plus præſtet, quàm ad eum à teſtatore peruenerit *l. 1. §. ſi is qui quadringenta. D. ad S.C. Trebell. §. hoc ſolum obſeruandum eſt. Inſtitut. de ſingul. reb. per fideic. relict.* præſertim cùm ea aperta non eſt teſtatoris voluntas. *l. Imperator. 70. §. cùm quidam. de legat. 2.* Cùm igitur heredem rogatum poſt mortem ſuam hereditatis ſuæ quartam partem reſtituere videatur teſtator de ſua duntaxat hereditate reſtituenda rogaſſe: fit, vt eatenus reſtitutio fieri debeat, quatenus hereditas teſtatoris patitur, nec de ſuo præſtare heres debeat quicquã. Imò & hereditatis quadrantem Senatuſconſulti authoritate retinebit. Id enim eſt quod Marcianus ait, eatenus faciẽdã eſſe reſtitutio-

Digitized by Google

nem, quatenus hereditas patitur, ſecundum vulgarē formam iuris. Vulgaris namque forma iuris eſt vt hereditas ex cauſa fideicommiſſi retenta quarta reſtituatur. Hoc verò *Accurſius* non intellexit, qui cū mendoſo codice vteretur, ea verba *ſecundum vulgarem formam iuris*, retulit ad principium §. ſequentis, in quo tractatur de patre, qui filios ſuos emancipare rogatus eſt, & acſi ei inter ſeſe commune aliquid haberent, vulgarem formam iuris ridiculè interpretatur, ſtrictam, nec quis eorum verborum ſenſus ſit explicat, qui tamen ex interpretatione noſtra & Florentina emendatiorique lectione facillimus eſt. Verùm in eo §. quem explicamus miror neminem hactenus emēdaſſe verba illa, *valere fideicommiſſum atque ſi de hereditate ſua reſtituenda rogatus eſſet*, cùm manifeſtiſſimum ſit pro his poſtremis verbis legendum eſſe *rogaſſet*. Quis enim ſenſus eſſe poteſt, cùm dicis heredem qui poſt mortem ſuam rogatus eſt hereditatis ſuæ quartam partem reſtituere, videri de hereditate ſua reſtituenda rogatum eſſe? An nō ea locutio abſurda & inepta eſt. Quare & *Accurſius* ipſe Iuriſconſulti ſententiam, magis quàm vim verborum intelligens, verba illa, *atque ſi de hereditate ſua reſtituenda rogatus eſſet*, de rogantis hereditate interpretatur, quod à dictionis illius *ſua*, proprietate adeò abhorret, & à latini ſermonis ratione, vt nihil dici poſſit alienius. Si cui verò duriuſculum videatur quod emendamus, *rogaſſet*, cùm in præcedentibus verbis nulla teſtatoris mentio facta ſit, cogitare is debebit non diſſimili locutione vſum eſſe Marcianum in principio §. iis verbis *perinde habendum atque ſi rogaſſet hereditatem reſtitui*: quæ ad alium, quam teſtatorem referri non poſſunt, vt & ipſa legis ſententia probat, & quod Vlpianus de eadem quæſtione eodémque ſenſu pluribus verbis ſcribit in *l. ex facto 17. in prin. ff. ad S.C. Trebell. in l. ſi quis inſtituatur 23. §. item ſi conditio n. D. de hered. inſti.* erratum etiam eſt in poſtremis §. verbis, & legēdum *curatores* non *procuratores*. Tractat enim eo loco Pomponius de herede inſtituto ſub conditione cui parere non poſſit, quòd in alterius fortè factum, aut in quendam caſum collata ſit. Et ait tunc poſtulantibus creditoribus conſtituere Prætorem, niſi intra certū tempus hereditas obtigerit, aditáq; fuerit, ſe bona defuncti creditoribus poſſidere iuſſurum, & interim, id eſt, quandiu bona poſſidebuntur, necdum vendentur, ea, quæ vrgebunt per curatores diſtrahi curaturum. Solet enim hoc caſu curator bonis dari, non procurator, cùm nemo dominus ſit, qui procuratorem conſtituere poſſit. *l. 1. & 2. D. de curat. bon. dand.* aliiſque locis quos in hanc rē *Accurſius* citat, vt facilè ex eo appareat legiſſe illum *curatores*: quomodo & in §. *ſeq.* cùm in quibuſdam libris ſcriptum ſit *per procuratorem ſoluendum æs alienum*, in aliis emendatioribus legimus *curator emi*: nato fortaſſis errore ex particula illa, *per*, quam breui nota ſcriptam cùm quidam exiſtimarent ſignificare *pro*, ceperūt legere *procuratores*: deinde, vt ea lectio ſenſum aliquē haberet ſcripſerunt *per procuratores*. In *l. ſi ſeruus 108. §. pe. de leg* 1. puto in illis verbis, *parum quidē aptè ſcribi*, legendum eſſe, *apertè* nō *aptè*. Nā & ſic quidā codices habent, & Africani ſententiā eſſe, cùm in teſtamētō ſcribitur, *Ti Titi rogo, vt acceptis centum, illum ſeruum manumittas, vel Sempronio quid præſtes*, intelligendum eſſe heredis fidei commiſſum vt pecuniam Titio præſtet, quamuis id parùm apertè ſcriptū ſit. Aptè quidem id ſcriptum eſt, ſed non ſatis apertè: quia propoſitis verbis heres pecuniā Titio dare neque iuſſus neque rogatus eſt. Erroris autem cauſa eadem fuit quæ in *d. l. ſi quis inſtituatur*, quod in dictione illa *apertè*; ſyllaba *per*, notata eſſet vnica litera *p*, & breuiter ſcripta. In *l. cùm centum. 9. D. de adim. legat.* manifeſtum eſt in illis verbis, *ſiquidem voluit eſſe hæc quinquaginta*. legendum eſſe *centum quinquaginta*. ſequitur enim, *centū quinquaginta debebuntur*. Et mox *ſin verò quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur*. Id enim Vlp. agit vt doceat tantū deberi quātū teſtator voluerit. In *l. 1. verſ. planè. D. de diuerſ. temp. præſcrip.* nō dubito quin addita negatione legēdū ſit, *Planè is, qui valetudine impeditur vt mādare poſſit, in ea cauſa eſt, vt experiundi non habeat poteſtatem*. Mouet me quod paulo antè lex ait experiūdi poteſtatē nō habere eū, qui neq; experiri ipſe poteſt, neque alteri mandare vt experiatur. At qui valetudine impeditur, vt mandare poſſit, is neque ipſe experiri, neque alteri mandare poteſt. Neceſſariò igitur conſequens eſt, vt experiundi non habeat poteſtatem. Idque adeò apertum eſt vt facilè appareat ab imperito aliquo interprete detractam eſſe negationē, quam reſtituimus, cùm fortè homo ille minimè malus, ſed parum bene loquēdi peritus, iis verbis, *qui valetudine impeditur, vt mandare poſſit*, eum ſignificari crederet, qui valetudine quidē impediatur, ſed ea tamen vt mandare poſſit. At contrà dixit Vlp. *vt* pro *ne* modo loquendi Latinis omnibus, ſed *Ciceroni* maximè familiari, quemadmodum pluribus locis qui omnibus in promptu confirmari facilè poſſet. Scio factum poſteà eſſe, à politiori aliquo interprete, vt legi cœperit, *Is qui ea valetudine impeditur, vt mandare poſſit*: quæ lectio receptæ lectionis ſententiā ſic immutat vt negationem quam deeſſe dicimus nō patiatur. Sed præter id quod locū hunc ab interpretib. corruptū eſſe vel ex eo intelligere poſſumus, quòd in pleriſq; libris ſcriptū legimus, *in ea cauſa eſt vt experiūdi non habeat poteſtatē*, pro eo quod nūc ante *d. verſ. planè* in Pand. Flor. legitur, *experiūdi poteſtatē nō habet*. Illud etiā me mouet, quod in *d. verſic. planè*. probabilius videatur tractare Vlpianum de eo qui experiundi non habeat poteſtatem, de quo & in præcedentibus loquitur, & in ſequentibus. Denique tota ea lex eſt de eo qui experiundi poteſtatem non habet, ac cui proinde vtiles dies, de quibus eo loco diſputatio inſtituitur, cedere non poſſunt. Progreditur autem Vlpianus à facilibus ad faciliora hoc modo: Is, inquit, experiundī poteſtatem non habet, qui vel apud hoſtes, vel in vinculis, vel Reip. cauſa abeſt, vel tempeſtate in aliquo loco detinetur, vt neque experiri, neque mandare poſſit. Illud verò apertius eſt eum, qui valetudine impeditur, vt mādare poſſit, experiri nō poſſe. Hoc autem cur apertius eſt? Nimirum, quia difficilius credatur eum, qui Reip. cauſa abſit, mādare non potuiſſe, quàm eum, qui valetudine impeditus eſt vt id faceret. Verùm illud vtique neminem fugit, hoc eſt, omnium apertiſſimum eſt, experiundi poteſtatē non habere eum, qui Prætoris copiam non habeat, quoniam experiri de iure ſuo niſi apud Prætorem non poteſt. In *l. ſolidum. 85. D. de ſolut.* iampridem obſeruaui reſtituendum eſſe receptæ lectionis inuerſum ordinem, & ſic legendum, *Solidum non ſoluitur non minus die, quàm quantitate*. Nam certè minus ſoluit, qui tardiùs ſoluit, & tempore ſicut quantitate minus ſoluitur. *l. vt ſi cui. 12. §. vlt. D. de verb. ſign.* Ridicula verò eſſet ſententia & indigna omnino elegantia Calliſtrati, ſi quis diceret ſolidum non ſolui, non minus quātitate, quàm die. Quis enim de hoc dubitet? Sed poſtea cōperi *Petrū Fabrū* ſingularis

laris eruditionis & exiſtimationis virum, iuris ſcië-tia & clariſſimorum honorum gloria præfulgentem, locum hunc iam ante nos eadem omnino felicitate, & ratione emendaſſe. Quo nomine tantùm abeſt, vt obſeruati erroris, & elegãtis emendationis laudem nobis peremptam eſſe doleamus, quin potius gloriemur, idem nobis hac in re, quod tanto viro iudicium extitiſſe, idque his noſtris ſcriptis publicè teſtatum facere voluimus, vt debuimus, ne in plagij crimen quod benè natis omnibus maximè fugiendum putamus, vltrò incidiſſe videremur.

Indicantur Triboniani additiones quibuſdam Digeſtorum locis.

CAPVT XIX.

RÉctè & verè doctiſſimi plærique ætatis noſtræ Iuriſconſulti obſeruarunt multos iuris veteris locos à Triboniano pro arbitrio interpolatos eſſe, & immutatos, quibuſdam verbis, atque interdum ſententiis integris vel additis, vel detractis, vel denique intermixtis. Quod quanquam permultis aut parum aut nihil curandum videtur, quorum imperitia & negligentia cæterorum eruditioni atque diligentiæ fortaſſis velit inuidere, ego tamen non ſolum ad diligentiæ laudem, ſed etiam ad ipſam iuris in quo verſamur cognitionem aſſequendam valde referre arbitror, vt ſciamus quid quoque loco ab ipſis iuris authoribus ſcriptum ſit, quidve in eorum reſponſis à Triboniano immutatum. Atque huius quidem rei exemplum elegans, & vt mihi videtur, non obſcurum indicaui ſuperiore libro, in interpretatione *l. actio 47. D. de negot. geſt.* Sed addam hoc capite alia plæraque, nec obſcuriora, meo iudicio, nec obſeruatione indigniora, quæ à nemine adhuc animaduerſa fuiſſe non minus mirandum ſit, quam mihi quòd ea primus obſeruauerim gratulandum. In *l. ſi cum dotem 22. D. ſolut. matrim.* manifeſtum eſt, Vlpianum cuius ea lex eſt, nihil aliud agere quàm vt tractet & doceat à principio vſque ad *§. transgrediamur*, cui competat profectitiæ dotis reſtituendæ exactio, patrine, an filiæ iis caſibus quibus vtriuſque voluntas, & conſenſus concurrere non poteſt. Etſi enim dici ſolet communem eſſe patris, & filiæ dotis profectitiæ repetitionem, tamen id perpetuum non eſt. Quid enim ſi cùm dotem daret pater, in vnum duntaxat caſum pepigerit ſibi reddi, puta in diuortium vel in mortem? Nemo dubitat quin in alium caſum in quem non pepigit, mulieris non patris ſit actio. Aut quid ſi poſt ſolutum matrimonium, ac citra patris voluntatem maritus dotem ſoluerit filiæfamilias, non perdituræ ſed ex iuſtis cauſis, fortè vt liberis aut fratribus egentibus conſuleret, vt eos ab hoſtibus redimeret, in eáſque res dos conſumpta ſit, quis dicat patri aut eius heredibus vllam dotis nomine actionem ſupereſſe? Quid item ſi pater filia abſente de dote egerit, omiſſa ſatiſdatione quæ interponi debuerat de rato, deinde filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit quantum dotis nomine ſatis eſſet, an non æquiſſimum ſit compenſari ei in dotem quod à patre accepit, vt ſi aduerſus maritum agere velit doli mali exceptione repellatur? At ex contrario ſi patri propter cõdemnationem Romæ, vbi dos petatur, eſſe non liceat, cur non admittamus filiæ dotis nomine ſatisfieri oportere, ſi modo caueat ratam rem patrem habiturum? Quid item ſi patris perſona tam turpis ſit, vt vereri debeat iudex ne acceptam dotem malè cõſumat, atque ideò filia latitet ne tali patri cõſentire cogatur, atque vt potius per abſentiam ei verecundè contradicere videatur? Quis eo caſu putet patri agere permittendum citra filiæ voluntatem? Rurſus quid ſi cõſtante matrimonio filia furere cœperit, ac diuortij cauſa pater nuntium miſerit? At non ei concedendum eſt, vt ſoluto per diuortium matrimonio ſibi filiæve ſuæ dotem reddi intendere poſſit? Quid contrà ſi pater ipſe furioſus exiſtat, nec curatoris ſit copia? (ſic. n. legendũ eſt, non *culpa*) Cur non filiæ liceat agere, ita vt caueat de rato, quemadmodum ſi ab hoſtibus pater captus eſſet? Hi omnes caſus ſunt quos *in d. l. ſi cum dotem.* Vlpianus ſigillatim & recto ordine proſequitur, breuibúſque ac elegantibus verbis & ſentẽtiis quid iuris in ſingulis ſtatuendum ſit explicat & demonſtrat. Neque aliud quicquam ab eo tota illa lege tradita arbitror vſque ad *d. §. transgrediamur*, niſi quod in *§. eo tempore*, apertiſſimè monuit eo tẽpore patri conſentire filiam oportere quo lis conteſtatur: atque adeò ſi quæ prius dixerat ſe conſentire ante litis conteſtationem voluntatem mutauerit, aut emancipata ſit, fruſtrà patrem acturum, niſi nouus filiæ conſenſus accedat. Nam intermixtæ illæ quæſtiones, An propter ſuperuenientem furorem alterutrius coniugum, aut ex eo quòd à marito vxor negligatur, vel dotem maritus diſſipet, dotis repetitioni locus eſſe poſſit, & cætera huiuſmodi quæ tractantur *à §. ſi maritus. vſque ad §. item pater furioſæ.* Ea inquam, omnia tam apertè Tribonianum redolent, & ab Vlpiani elegantia abhorrent, vt nihil mihi videatur dici poſſe apertius. Etenim præter id quod eæ diſputationes à præcedentibus & ſequentibus omnibus prorſus alienæ ſunt, & diſcrepantes, ipſa quoque orationis ſtructura lõgis verborũ inuſitatorum ambagibus nouiſque & parum elegantibus loquendi formulis referta & inuoluta ſe prodit ſatis. Neque, puto, de illo quiſquam dubitabit, qui eum textum cũ Iuſtiniani Conſtitutionibus à Triboniano compoſitis conferre velit, & illud etiam animaduertere, Imperatoris nouum ius conſtituentis, potiùs quàm Iuriſconſulti de iure reſpondentis videri verba illa, *licentia erit compotis mentis perſonæ*, itémq. illa ſequentia *tunc licentiam habeat.* quæ imprudenti Triboniano neque ad id quod agebat ſatis attendẽti excidiſſe videntur. Sumpſit verò ille occaſionem hæc intermiſcendi ex eo quod in *d. §. itẽ pater.* Vlpianus de patre filiæ furioſæ loquitur, quem nuntium mittere poſſe, & filiæ nomine diuortiũ facere breuiter, & quaſi extra rem docet: quoniam, vt diximus, tota ea lege tractat de dote ſoluto matrimonio, repetẽda, ſolui verò matrimoniũ nõ poſſet niſi patri furioſæ filiæ nũtiũ mittere liceret, cũ filia quæ propter furorem ſenſu carere intelligitur, mittere ipſa non poſſit. Sed cogitare Tribonianus debebat, planè diuerſum eſſe tractatum, ſi quis quærat, cùm maritus, vel vxor conſtante matrimonio furere cœperint, quid faciendũ ſit, & an ea iuſta diuortij cauſa eſſe videatur. De quo tamen nec dubitandi cauſa vlla erat Vlpiani temporibus, quibus libera erãt diuortia, adeò vt furioſæ quoque vxori maritus, & contrà furioſo marito vxor repudiũ mittere poſſet, vt idem Vlpian. ex Iuliano ſine diſtinctione ſcribit *in l. Iulianus 4. D. de diuort.* Quamquã ea Triboniani diſtinctio non eſt ſine ratione, in eámq. rem certum ac ſpeciale ius conſtitui non erat inutile, ſi accommodatiore loco id Tribonianus feciſſet. Sed & in præcedenti *§. nec non illud quoque*, valde ſuſpecta mihi ſunt verba illa, *ideóque officiũ iudicis interponendum eſt quatenus & filiæ & patri competenter conſuletur*, neque poſſum mihi perſuadere ita loca-

tum eſſe Vlpianum, ſed potius Tribonianum cui familiare eſt eas dictiones *quatenus & competenter* in Constitutionibus frequentiſſime vſurpare, quas vix ac ne vix quidem eo ſenſu in Iureconſultorum ſcriptis adeóque priorum Imperatorum reſponſis reperias. Idémque ferè mihi iudicium eſt de cæteris, quæ in eo §. ſequuntur, aut ſi quid eſt quod Vlpiani elegãtiam ſapiat, id ego Triboniani additionibus, & diſtinctionibus ſic conſpurcatum & immutatum eſſe arbitror, vt vix dignoſci poſſit. In *l. in tempus* 62. §. 1. *D. de hered. inſtit.* imperitè etiam adiecta eſt à Triboniano ea exceptio *niſi ex aliis apertiſsimis probationibus fuerit reuelatum pro qua perſona teſtator ſenſerit.* Nam & verba ipſa Tribonianum ſapiũt, & ad regulam quam eo loco Modeſtinus tradit, quoties non apparet quis heres inſtitutus ſit, inſtitutionem non valere, puta ſi teſtator complures habens eodem nomine amicos ad deſignationem vnius ſingulari nomine vtatur, non potuit exceptio illa adiici, niſi eodem ſenſu ac ſi ſcriptum eſſet, non valere inſtitutionem quoties nõ apparet quis heres inſtitutus ſit, niſi appareat quis ſit inſtitutus: quod quã ineptũ & ridiculum ſit, nemo nõ videt. Præſertim cùm in apertiſſima voluntate teſtatoris nullus dubitationi locus reliquus eſſe poſſit. Nec valde diſſimile eſt quod idẽ Tribonianus, vt arbitror, adiecit *ad l. ſi quis priore* 29. *D. ad S.C. Trebel.* iis verbis, *Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrariũ in ſecundo teſtamento fuerit ſcriptũ.* Quod fiet manifeſtius ſi tota eius legis ſentẽtia breuiter enarretur. Scribit Marcianus, Si quis priore facto teſtamento poſterius aliud fecerit, in eóq. ex certis duntaxat rebus heredes inſtituerit, ſuperius teſtamentũ rumpi, & tolli, nempe quòd inſtituti in certis rebus videantur ex toto aſſe inſtituti *l. coheredi* 41. §. *vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l.* 1. §. *ſi ex fundo. D. de hered. inſtit.* Sed tamen ſi poſteriore teſtamento fideicommiſſi verbis teſtator expreſſerit velle ſe prius valere, teneri heredem ſcriptũ ad hoc vt contentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege falcidia hereditatem reſtituat his qui priore teſtamẽto fuerant inſtituti. Quod Imperatorum Seueri & Antonini ad Cocceium Campanum reſcripto confirmatum eſt, cuius verba eo loco Marcianus refert, itémque Iuſtinianus *in §. ſed & ſi quis. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirment.* vbi cùm Imperator ſcribit iuſſiſſe ſe inſeri verba conſtitutionis, neque tamen exceptionem illam adiiciat, quæ in Marciani lege extat, facilè ex eo intelligitur, non eſſe verba illa, quæ tullimus, Imperatorum Seueri & Antonini, adeóq. malè & perperam adiecta eſſe, quoniam cùm ſecundo teſtamento inſerta ſunt fideicommiſſi verba, quibus vt valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, fieri nõ poteſt vt aliqoid ſpecialiter contrarium eodem teſtamento ſcriptum ſit. Niſi fortè ſtultum & ridiculum proponas teſtatorem qui ſibi non cõſtet, ac cui proinde interdicenda potius teſtamenti factio, quã repugnantes, & ineptas voluntates dictandi poteſtas danda eſſe videatur.

De ſententia, & emendatione l. item quod Sabinus 17. §. *vlt. & l. ex facto. D. de hered. inſtit.*

CAPVT XX.

CErtiſſimi iuris eſt ſi teſtator primo aſſe expleto alium ſine parte heredem ſcripſerit, vocari eum, qui ſecundo loco ſcriptus eſt in ſecundum aſſem, ac duobus aſſibus iuris poteſtate ad vnum reuocatum fieri duos ſemiſſes, quorum vnum primus heres ferat, alterum ſecundus. Idque Vlpianus docet *in l. item quod Sabinus.* 17. §. *ſed ſi ex aſſe expleto. D. de hered. inſtit.* nec vllam res habet dubitationẽ. Sed ſi teſtator dupondiũ diſtribuerit, & tertiũ ſine parte heredẽ ſcripſerit, quæſtio difficilior eſt quã in partẽ venire debeat, vtrùmne in trientem, an in ſemiſſem, vt tantundem habeat ſolus, quantum vteruis, an quãtum vterque eorum, qui ex duobus primis aſſibus ſunt inſtituti. Quamquam enim Vlpianus apertè ſcribit hunc, qui tertio loco ſcriptus eſt, non in alium aſſem venire, ſed in trientem, eámque fuiſſe probabilem Labeonis, Ariſtonis & Auli Caſcellij ſententiam, ſunt tamen eruditi quidam viri, nec inſubtiles quibus id falſum videatur, quique probabilius putẽt non in aliũ aſſem venire eum, ſed in treſſem, hoc eſt vt illi interpretãtur, in ſummam trium aſſium coniunctorum, ita vt huius ſummæ dimidiam partẽ ſolus ille habeat, altera dimidia reliquis duobus attribuatur. In quam ſententiam ex eo præcipuè mouentur, quòd quemadmodũ aſſe completo is qui ſine parte nominatus eſt in alterũ aſſem vocatur, réque ad vnũ aſſem reuocata ſemiſſem aufert, ita, eodémque modo completo dupõdio qui ſine parte inſtitutus eſt re ad aſſem vnum reuocata ſemiſſem quoque debeat obtinere. Indéque occaſionem ſumunt emendandæ vulgaris lectionis, & pro *trientem* reponunt *treſſem.* Quod etſi doctiſſimis quibuſdã viris probari ſcio, mihi tamen neque verũ, neque probabile vnquam viſum eſt. Cùm enim pluribus aſſibus à teſtatore inter heredes diſtributis tota hereditas iuris poteſtate in vnum aſſem reſoluitur, id ſemper ac diligẽter obſeruandum eſt, vt quæ ratio diuidẽdorum inter coheredes plurium aſſium à teſtatore præſcripta eſt, eadem in aſſe iuris (ſic enim appellare placet) diuidendo ſeruetur. Alioqui fieret contra teſtatoris voluntatem ſi iuris aſſem aliter diuideremus, quàm ſi de omnibus iis aſſibus, qui à teſtatore facti ſunt, diuidẽdis ageretur. Inde verò fit, vt cum primo aſſe expleto teſtator tranſit ad dupondium, & Secũdum ſine parte inſtituit heredem, duobus illis teſtatoris aſſibus ad vnum iuris aſſem reuocatis, ſemiſſes fiãt, quia eadem ſit proportio ſemiſſis ad ſemiſſem, quæ eſt aſſis ad aſſem: ac vtroque caſu tantũdem habeat Secundus heres, quantum Primus. Nam quemadmodum qui in primo aſſe inſtituitur ſine parte ex toto aſſe inſtitutus intelligitur: ita poſteaquã placuit poſſe teſtatorem, in quot velit aſſes hereditatem ſuam diſtribuere, qui expleto primo aſſe ſine parte heres ſcribitur in toto ſecundo aſſe ſcriptus videtur, vt eadem ratio ſit in ſecundo aſſe, quę in primo: atque ideò ſicut vnicuique aſſem integrum teſtator dederat, ita ſingulis ſemiſſem pręſtamus, ne inęquales aſſis partes demus iis quibus æquales hereditatis ſuæ portiones teſtator dedit. Et verò, quænam obſecro ei qui poſt completum primum aſſem ſine parte ſcriptus eſt portio dari poſſet, niſi ſemis daretur? At ſi expleto dupondio Tertius ſine parte inſtituatur, nulla ratio eſt, vt ei ſemiſſem demus, quẽ teſtator non in duobus aſſibus ſed in vno duntaxat hoc eſt in tertio heredem inſtituit. Alioqui eueniret vt contra mentem ac ſententiam teſtatoris tantundem haberet ille ſolus, quantum Primus & Secundus ſimul, quibus tamen dimidio plus teſtator dedit, nempe duos aſſes, Tertio verò non niſi vnũ. Alia igitur ratio eſt eius qui ſine parte in ſecũdo aſſe heres ſcribitur, alia eius qui in tertio. Illi enim teſtator tantundem dat quantum ei quem ex primo aſſe ſcripſerat, huic verò tantũdem duntaxat quantũ Primo aut Secũdo, nõ quãtũ duobus ſimul.

Neque

Digitized by Google

Neque enim ſicut in dupondio duplex as ineſt, ita in tertio aſſe duplex dupondium ineſſe dici poteſt. Et qui expleto dupondio heredem ſine parte inſtituit, non tranſit ad quartum aſſem, ſed ad tertium tantùm, quem expleri quoque neceſſe eſt priuſquã quarti ratio vlla habeatur. Sic fit vt qui ex verbis teſtatoris tertium aſſem habiturus erat, ex eiuſdẽ voluntate vnius aſſis ad quem tres illi reuocandi ſunt trientem ſolum habeat, hoc eſt totius hereditatis quam in tres quoque partes ipſe teſtator diuiſerat, partem tertiam. Nec ad rem pertinet quod Vlpianus in *d.l.itẽ quod Sabinus.§.vlt.* negat hunc qui expleto dupondio ſine parte ſcriptus eſt, vocari in aliũ aſſem. Id enim non ita accipi debet vt non vocetur in tertium aſſem, ſed ſic potius vt dupondio in quo Primus & Secundus inſtituti fuerant ad vnum aſſem reuocato, & in ſemiſſes diuiſo, Tertius non admittatur in alium aſſem, vt tantundem ſolus habeat quantũ ex duobus primis aſſibus inſtituti, ſed trientẽ duntaxat. Quæ enim ratio & proportio eſt tertij aſſis ad tres aſſes, eadem proculdubio eſt trientis ad aſſem: ſcilicet partis tertiæ ad totam hereditatem. At difficilior quæſtio eſſe videtur, quam Vlpianus ſubnectit in *l.ex facto.27.D.eod.tit.de hered.inſti.* Si quis vacua parte relicta, puta inſtituto Titio ex ſemiſſe, & Mæuio ex quadrante duntaxat, nullo iis coherede dato heredẽ ita inſtituerit, *Si mihi Seius heres non erit* (quem non inſtituerat) *Sempronius heres eſto.* An hic occupare poſſit vacantem portionem, hoc eſt an Sempronius ad eum quadrantem in quo nemo eſt inſtitutus admittendus videatur. Neq; enim dubito quin de Sempronio, non de Seio accipienda quæſtio ſit, vt quæ ſequuntur apud Vlpianũ explicant, & probant. Sed tamen interpretibus noſtris poſt *Accurſium* vulgo contrà viſum eſt, adeò vt in propoſita ſpecie ſi de Sempronio quæreretur, eũ putent ad vacantem portionem admitti debere, quoniam inſtitutus ſit ſub ea conditione, *Si mihi Seius heres non erit.* quæ haud dubiè, videtur extitiſſe, cùm heres eſſe non poſſit Seius qui non eſt inſtitutus. Atque hic error adeò communis eſt & inueteratus, vt ex interpretum gloſſis in textum irrepſerit, & pleriſque libris legi cœperit *an hic Seius occupare poßit vacantem portionem*, ac ſi de Seio Vlpianus quæſiſſet, qui certè non niſi de Sempronio dubitauit. Et quod magis mirandum puto, impoſuit ea res doctiſſimo, & magni nominis Iuriſconſulto *Antonio Auguſtino*, qui cùm nullius dubitationis quæſtionem eſſe videret ſi ſic cõciperetur, An Seius heres eſſe poſſet, qui nullomodo eſſet inſtitutus, putauit tollendam negationem ex primis illis inſtitutionis verbis, *Si mihi Seius heres non erit.* quòd ea ſublata probabilius dubitari poſſit, an ex ea conditione delata Seio hereditas, eiúſque adeundæ poteſtas data eſſe intelligatur. Quaſi verò tam imperitus iuris fuerit Pegaſus, quẽ Vlpianus refert exiſtimaſſe eum de quo quæritur ad vacantem portionem admitti debere, vt crediderit ex ea conditione, *Si mihi Seius heres erit*, induci Seij inſtitutionem. Cùm tamen certiſſimum ſit non niſi ciuilibus, directis, imperatiuis, & vt noſtri loquuntur, diſpoſitiuis verbis inſtitui heredem poſſe. *l.Gallus.29.§.in omnibus.D.de liber.& poſthum.l.ſi quis eum.16.§.vlt.D.de vulgar.& pupill.ſubſti.l.ſi quis ſub conditione.8.D.ſi quis omiß.cauſ.teſtam.* Verum tamẽ eſt multò minorem, adeóque abſurdiorem fore dubitationem, ſi quis ab Vlpiano quæri putet an ex iis verbis, *Si mihi Seius heres non erit*, Seius heres ſcriptus videatur. Ac proinde multóque magis facias ridiculum Pegaſum ſi putes ex eius ſententia admittendum eſſe Seium ad vacantem portionem tanquam inſtitutum. Vt vel ex eo maximè intelligi debeat, non de Seio, ſed de Sempronio apud Vlpianum diſputari, ac dubitationis plenam eſſe quæſtionem, de qua diuerſæ & diſcrepantes fuerint nobiliorum iuris authorum ſententiæ. Nam quæ ratio ab interpretibus affertur vt probent in ſpecie de qua quærimus, Semproniũ admitti ad vacantem portionem, ea iam olim mouiſſe Pegaſum videtur, neque omnino improbabilis eſt, nempe, quòd illa conditio, *Si mihi Seius heres non erit*, exiſtat, cùm Seius non eſt inſtitutus, videatúrque eſſe ex eo genere conditionum, quæ neceſſariæ dicuntur, nec poſſunt nõ exiſtere, cùm fieri non poſſit, vt heres ſit extraneus, qui ſcriptus non eſt. Sed Ariſtonem, Iauolenum, Pomponium, Arrianum, & Vlpianum, elegãtior ratio mouit, vt Pegaſi ſententiam probare non potuerint. Illa nimirum quòd huic Sempronio ea pars data videatur, quę nulla eſt, ac ſi ſcriptum fuiſſet, *Ex qua parte Seium heredem ſcripſi, ſi ille heres non erit, Sempronius heres eſto*, quo caſu nemo dubitaret quin ſi ex nulla parte Seius heres ſcriptus eſſet, nec Sempronius quoque inſtitutus videretur. *l.2.D.de her.inſt.* Ea namq; pars Sempronio data eſt, quæ Seio data fuerat, proindéque nulla, cùm Seio nulla data eſſet. Caue tamen ne Vlpiani rationem ſic explices, vt Sempronius ideò non admittatur, quòd ſubſtitutus ſit in ea parte in qua nemo erat inſtitutus. Neque enim ſubſtitutum eum, ſed inſtitutum fuiſſe Vlpianus ait, & ſi ſubſtitutus proponeretur, minus elegans eſſet quęſtio, minoriſque difficultatis, cùm ſubſtitutus dici nemo poſſit niſi qui ſecundo gradu ſit inſtitutus, ac cui ſecundo loco hereditas deferatur: quod hic in perſona Seij manifeſtè non contingeret, ante quem nemo eſſet inſtitutus. At quoniam inſtitutus non ſubſtitutus proponebatur, eò faciliùs ſuſtinenda inſtitutio videbatur, neque ex eo ſolo infirmanda quòd Seius heres ſcriptus non fuiſſet. Quod verò dici ſolet eam vulgaris ſubſtitutionis formulam eſſe, *Si mihi Seius heres non erit.* ita verum eſt, ſi Seius ſit inſtitutus. Alioqui certo certius eſt ei qui inſtitutus non ſit vulgariter ſubſtitui non poſſe. Quod à doctiſſimis viris in huius loci interpretatione obſeruandum non fuiſſe miror. Caue etiam ne Sempronium hunc de quo quęrimus, ſimilem eſſe dicas ei, qui aſſe iam expleto & diſtributo ex reliqua parte ſcriptus eſt, quẽ ex nulla parte heredem eſſe Vlpianus ait in *d.l.item quod Sabinus.§.alter atq;* ſi ita ſcripſiſſet. Etſi enim neutro caſu inſtitutio valet, diuerſa tamen huius & illius ratio eſt. Qui namque aſſe iam expleto ex reliqua parte ſcriptus eſt, ideo heres eſſe nequit, quòd reliquum nihil ſit vt Vlpianus eo loco ſcribit. At in propoſita quæſtione hereditatis partem à teſtatore vacuam relictam fuiſſe ponimus, in qua proculdubio vtiliter inſtitui Sempronius potuiſſet, niſi inſtitutionem ea ratio nullam faceret, quod ex teſtamenti verbis illa teſtatoris voluntas fuiſſe videatur, vt non aliam hereditatis partem Sempronius haberet, quàm quæ data eſſet Seio, cui tamen nulla data eſſe proponitur. Atque ita locum hunc ſatis alioquin obſcurum contra interpretum omnium opiniones explicandum arbitramur.

ANTONII FABRI I.C. CONIECTVRARVM LIBER VI.

De legatis ex vetere & nouo iure elegantiæ quædam necdum ab interpretibus rectè explicata.

CAPVT I.

VARIAS olim fuiſſe legatorum formulas ac differentias, eáſque omnes Conſtātini & Iuſtiniani legibus ſublatas eſſe, vt hodie legatorum omnium vna eadémque ſit vis & ſubſtantia, nemo eſt qui ex Vlpiani titulis, Pauli ſententiis, Caij & Triboniani Inſtitutionibus non didicerit. Sed & quæ & quales fuerint eæ differentię, quæve ab Imperatoribus natura legis omnibus tributa ſit, neſcio an tectè & diligenter ab vllo interprete hactenus explicatum ſit: ob eámque rem operæpretium viſum eſt ſi de illo à nobis diſputatio hoc capite inſtituatur. Quanquam autem quatuor legatorum genera fuiſſe traditum eſt, Vindicationis, Damnationis, Sinendi modo, & Præceptionis, mihi tamen attentius intuenti duo tantùm probantur. Eorum ſcilicet quæ per vindicationem & per damnationem dicebantur. Cætera verò quæ ſinendi & pręceptionis modo fiebant, priorum ſpecies fuiſſe arbitror & differentias, potius quam diſtincta genera & ſeparata. Cōſtat enim vindicationis verbo concipi ſolitum fuiſſe præceptionis legatum, neque à legato vindicationis differentiam aliam habuiſſe, quàm quòd per vindicationem legari cuilibet poterat, per præceptionem verò non niſi vni ex heredibus. Formulam autem quæ in legatis per ſinendi modum vſurpabatur, eandem fuiſſe quæ in legatis per damnationem, niſi quod ſinendi verbum adiiceretur, cuius vis ea eſſet, vt hoc legati modo eæ duntaxat res legari poſſent, quæ teſtatoris propriæ eſſent aut heredis, nempe quod non niſi fruſtrà & ineptè damnaretur heres ſinere vt alienam rem legatam legatarius haberet, quam ne haberet prohibere non potuiſſet: Cùm tamen ſi ſinendi verbum adiectum non fuiſſet, heres alienam rem dare dānatus eam redimere, aut ſi volūtate domini vel iuſto pretio id facere non poſſet eius pretium, & æſtimationem præſtare cogeretur. Dicemus igitur tantùm de legatorum Per vindicationem & Per damnationem differentiis, quæ obſcuriores erunt, & difficiliores. Eas verò quatuor præcipuas fuiſſe animaduerti, quarum prima illa erat quòd per vindicationem legari duntaxat poterant teſtatoris res, quæ in rerum natura eſſent. Per damnationem verò res omnes, atque adeò eæ quas nondū natura prodidiſſet, ſi modò ſperarentur, puta *Quod ex illa ancilla natum erit, aut fructus, qui ex illo fundo naſcentur.*

Secunda, quòd per vindicationem legatæ res ſtatim & ipſo iure fiebant legatarij mortuo teſtatore, ita vt non expectato herede rem legatā propria authoritate vindicare & occupare ei liceret. Cùm tamen is cui per damnationem legatum erat per manus heredis legatum accipere cogeretur, neque legatario vlla in rem ipſam actio, ſed ex teſtamento tantùm in heredis perſonam competeret. Tertia, quòd eadē re plurib. per vindicationē legata diſtinguebatur, an coniunctim, an diſiunctim ſeu ſeparatim, hoc eſt an vna pluribúſve orationibus legata eſſet, vt poſteriore caſu ſolidum legatariis deberetur, altero verò concurſu partes fierēt quemadmodum Vlpianus ſcribit. At ſi per damnationem eadem res pluribus legata eſſet. Si cōiunctim quidem partes duntaxat viriles præſtarentur, ſi verò diſiunctim & ſeparatim concurſus nullus fieret, ſed heres vni rem alteri æſtimationem deberet. Quarta denique, quòd ſi cui generaliter homo aut alia res per vindicationem legaretur, legatarij erat electio vtrā petere & vindicare vellet. Si verò hominem aut genus aliud heres dare dānatus fuiſſet, optionem habebat vtram ex pluribus ſpeciebus præſtare mallet. Atque hæ omnes differentiæ, & ſi quæ aliæ fuerunt, licet ex verbis potiſſimū deſcendere videbantur, nō tamen ex nudis verborum differentiis, ſed ex ipſa etiam teſtatoris voluntate proculdubio dimanabāt, cùm vt plurimùm id quiſque demùm voluiſſe videatur, quod verbis expreſſerit. Nam, vt primam repetamus, ex illis verbis quibus legatum per vindicationem concipi ſolebat, *Do, lego, capito, ſumito, habeto, vindicato*, apparet ſanè teſtatoris ita legātis voluntatem eam eſſe vt poſt eius mortem legatarius confeſtim legati dominium & poſſeſſionem conſequatur, eóque nomine vindicationem habeat, quæ non niſi domino ad auferendam poſſeſſionem datur, adeò vt in eam rē nullo heredis facto opus ſit, cum quo ſcilicet teſtator non eſt locutus. Atqui ratio iuris minimè patitur vt eius rei dominium à teſtatore in legatariū transferatur, cuius teſtator ipſe dominus nō erat ne alioqui plus in aliū iuris tranſtuliſſe eum dicamus, quàm ipſe habuiſſet. Summa igitur ratione fiebat vt neque aliena res, neque ea, quæ nondum in rerum natura exiſteret, hoc legati genere relinqui poſſet, quia nec in alienā rem, nec in eā, quæ nō ſit, cadere poſſint ſolēnia illa vindicationis verba, *Hanc rem ex iure Quiritiū meam eſſe aio.* Cùm verò per damnationem legatum eſt, nullū teſtator legatario ius tribuit in re aut ad rem ipſam quam legat, nec cum legatario loquitur, ſed tantùm obligat & damnat heredem ad quem verba dirigit vt ex teſtamento eam rem præſtet quę legatur. Vnde fit vt tam aliena res, quàm ea quæ nōdum in rerum natura ſit, & aliæ id genus quarum dominium tam citò legatarius nanciſci non poteſt, quæq; ideò per vindicationem legari non poſſent, hoc tamen legati genere vtiliter relinquantur, quoniam aliud eſt præſtari quid ab herede, aliud à legatario vindicari: hoc difficilius, illud facilius eſt. Et ſi quādo contingit rem ipſam quæ legata eſt ab herede præſtari non poſſe, ad æſtimationis pręſtationē quę nūquam difficilis eſt, recurrimus, vt vice rei cedat. Hinc porro cæteræ etiam differentiæ fluxerūt, quas ſuprà retulimus. Fieret enim contra teſtatoris voluntatem ſi legatariū vindicationis per manus heredis legatum accipere cogerem' cui teſtator nulla

heredis

heredis facta mentione vindicandi facultatem iuſſq; conceſſit. Nec miretur quis dominium hoc caſu ſine traditione ac nuda quodammodo teſtatoris voluntate in legatarium transferri. Non enim nuda voluntas dici poteſt, quæ legis authoritate confirmatur. Eadem verò lex, quæ ſupremas defunctorũ volũtates confirmat ac cuius poteſtas tanta eſt quãtam eſſe publicè expedit, ſicut cætera omnia, ita dominium transferre ſola poteſt & inter ſex illos veteris iure Quiritium dominij acquirendi modos ab Vlpiano in Titulis enumeratur. Nec rurſus obiici poſſit, nõ eſſe permittendum legatario propria authoritate legatum capere, ac ſibi ipſi condemnando ius dicere. Fruſtra namq; heredis volũtatem, requirat legatarius, cui poteſtas à teſtatore facta eſt heríq; potuit legatum ſine aliquo heredis facto occupandi: Ac tum demũm iure ille eſſe dicimus rem legatam ſine traditione, & voluntate heredis ad legatarium peruenire, cùm ea teſtatoris voluntas fuit, vt ab herede præſtaretur, quemadmodum in legatis per damnationem contingit. Quod autem ex Caio diximus non eſſe expectandũ heredem, vt quod per vindicationem legatum eſt legatario acquiratur, nõ ſic accipiendum eſt, quaſi huius generis legata valeant, quamuis poſteà ex teſtamento hereditas adita non ſit. (Certiſſimum enim non valere: & irrito facto teſtamento irrita quoque fieri omnia quæ in eo relicta ſunt.) Sed id ſignificare volumus, Si quando contingat ab herede ſcripto adiri hereditatem ex teſtamento, legati vindicationem quam antè legatarius fecerit perinde valere ac ſi poſt hereditatis aditionem facta eſſet: quia eam fuiſſe teſtatoris voluntatem ex legati verbis dignoſcimus. Eadémque teſtatoris voluntas facit vt multum referat an pluribus eadem res per vindicationem an per damnationem relicta & coniunctim diſiunctimve legata ſit. Qui enim per vindicationem diſiũctim legat, is vnicuique ex legatariis dominium rei legatæ in ſolidum tribuit, vt non malè Vlpianus ſcripſerit ſingulis legatariis ſolidum deberi, ſcilicet ex teſtamẽti verbis, & iudicio teſtatoris. Sed quoniam fieri nõ poteſt vt eiuſdem rei dominium duobus in ſolidum acquiratur, duplex hoc legatum ita interpretamur, vt quibus ſingulis teſtator totum fundum dedit, iis iam inde ab initio ſemiſſes tantum dediſſe videatur. Et quemadmodum cùm expleto primo aſſe teſtator tranſit ad dupondium, vnumquemque ex heredibus in toto aſſe inſtituiſſe intelligitur, ita tamen vt iuris poteſtate duo aſſes ad vnum reuocentur, & ſinguli in ſemiſſes reſoluantur. *l. interdum 13. § paterfamilias. l. itẽ quod Sabinus. 17. §. ſed ſi aſſe expleto. D. de hered. inſtit.* Sic eum, qui toto fundo iam vni legato eundem alteri ſolidum legat, veluti fundi duplicis rationem habere dicimus, vt ſi rerũ natura pateretur ſinguli legatarij ſolidũ fundũ perciperent ex eius voluntate, quæ tamen cũ effectũ ſortiri nequeat propter difficultatem, aut potiùs, ſi dicere liceat, impoſſibilitatem præſtationis, inde nimirum fit vt iuris poteſtate duo illa eiuſdem fundi legata ad vnũ reuoluantur, & non iam ſingulos fundos ſingulis legatariis, ſed vnicuiq; dimidiũ duntaxat datũ interpretemur. Rationi namque apprimè conſentaneum eſt, vt defunctorum voluntates quæ ſine legis authoritate valere non poſſent, in id ſcilicet tempus collatæ quo rerum ſuarũ dominus amplius nemo eſt, iuris poteſtate ac veluti tẽperamento ad eum modum redigantur, quo effectum ſortiri poſſint. Quod igitur Caius ſcribit eadem re pluribus per vindicationẽ diſiunctim legata, partes duntaxat ſumi à legatariis, contrarium non eſt ei quod ex Vlpiano retulimus ſolidum ſingulis deberi. Longè ſiquidem differentia hæc ſunt, Deberi, & Sumi. Nam deberi ſingulis fundum integrum cùm dicimus, ad teſtatoris iudicium & voluntatem reſpicimus. Sumi verò tantùm partes adiicimus, vt enim effectum ſignificemus, quem ſortiri teſtatoris voluntas poteſt. Ex quo intelligere licet, quanta inter coniunctos legatarios differentia ſit, ſi aut re tantũ, aut verbis duntaxat, aut re & verbo coniuncti proponantur. Si enim re tantùm coniuncti ſint, ea locũ habent quæ diximus, vt legatarij qui ex teſtamenti verbis ſingulis totum fundum haberent, ſi fieri id poſſet partes duntaxat viriles ſumant, non ab ipſo teſtatore, ſed à iure ex neceſſitate confectas. Quòd ſi non niſi verbis eos teſtator coniunxerit, neceſſe eſt iam inde ab initio partes iis teſtamento factas eſſe, quoniam vt ingenioſiſſime ante nos *Goueanus* obſeruauit, verbis tantùm coniungi nõ poſſunt niſi quibus teſtator æquas partes adſcripſit hoc modo, *Titio & Seio fundum pro æquis partibus do, lego. l. penult. D. de vſufru. accreſc. l. re coniuncti. 89. de legat. 3.* Niſi fortè proponas communi plurium ſeruo legatum eſſe, quod cùm ſit ſicut legatum dominis acquiritur, ita coniuncti domini videntur non re, ſed verbo tantùm, nec pro æquis, ſed pro dominicis & inæquis portionibus, *l. & Proculo 20. de legat. 2.* At ſi re & verbo coniuncti ſint legatarij, ſiue per vindicationem ſiue per damnationem, dici non poteſt partes eos ab initio habere quibus teſtator totum legauit, ac quorum ſingulorum ratione teſtatoris voluntas effectum ſortiri poteſt, quouſque alter alteri concurrat: neque enim hoc caſu ſeparatim ſingulis ſolidum fundum præſtari teſtator voluit, cui voluntati ipſa rerum natura, & conſequenter lex quoque reſiſtit: ſed duobus ſimul eundem fundum legauit: in quo nihil eſt abſurdi aut incõmodi prius quàm legatarius quiſque fundum ſolidum vindicare, aut ex teſtamento petere velit. Quare nec ratio aut neceſſitas vlla eſt propter quam ius interponere debeat, vt quibus teſtator totum fundum dedit, iis partes duntaxat adiudicet. Alioqui ne à teſtamenti verbis recederetur, dicendum eſſet vi & poteſtate iuris in id reduci legatum, ac ſi Titio & Seio fundi ſemis legatus eſſet, vnde fieret vt ex iis quiſq; dimidia parte minus perciperet quàm ei legatum eſſet. Non enim poſſis dicere ita interpretãdum legatum ac ſi Titio & Seio fundi ſemiſſes legati eſſent. Nam cùm teſtator in eo legato fundi mentionem ſemel duntaxat fecerit, certè vel nullo modo vel in vnum duntaxat ſemiſſem fundi legatum reſolui neceſſe eſt. Quid enim inter fundum & duos fundi ſemiſſes intereſſet? Neque ſanè vnquam reperias reſolui aſſem vnum in duos ſemiſſes, ſed ita demum duos ſemiſſes fieri ſi in duos aſſes teſtator hereditatem diſtribuerit: nec proinde fundum vnum ſemel legatum in duas dimidias reduci, ſed tunc tantùm cùm duobus duplici legato idem fundus datus eſt. Quo caſu non vt vulgo creditur partes per concurſum fieri poſſunt, ſed iam inde ab initio teſtatoris voluntatem lex adiuuat, & partes facit, vt legatum valeat, quod alioqui propter legatariorum concurſum, qui in ipſa datione fit non valeret. Idque eſt quod Vlpianus docere voluit *in Titul. D. de legatis* multum intereſſe an coniunctim an diſiunctim pluribus per vindicationem eadem res relicta ſit, & vno caſu ſolidum cuique deberi, id eſt vt explicauimus, ſingulis ab initio iuris poteſtate partes fieri: altero verò partes fieri dũtaxat per concurſum. Quã

d.ſſerentiam non agnoſcunt neque explicant,qui vtroque caſu partes concurſu fieri arbitrantur:neque animaduertunt in genere legatorum per damnationem ideo contingere, vt ſi quid pluribus coniunctim relictum ſit, ſingulis legatariis pro parte virili duntaxat legatum debeatur,quibus tamen ſingulis tota res hoc eſt vni res ipſa alteri æſtimatio præſtanda eſſet ſi diſiunctim & ſeparatim legatum fuiſſet. *l.duos.14.D.de vſufruct.leg.* Nempe aliud eſt legatam eſſe rem duobus ſimul, aliud vero legatam ſingulis ſeparatim. Etſi autem io legato per vindicationem illud iuris eſt,vt ſiue coniunctim ſiue diſiunctim legatum ſit,ius accreſcendi locum habeat, quia neutro caſu partes teſtatot fecit,quę verò iuris poteſtate factæ ſunt, eæ voluntatem teſtatoris ex qua ius accreſcendi æſtimandum ac metiendum eſt non impediunt.Attamen eius differentię quam Vlpianus tradit effectus ille erit, vt legatarius quiſque partem tantum rei legatæ vindicare poſſit ac ſi non niſi ſemis legatus eſſet quibus eadem res tota ſeparatim legata eſt. Cùm ſi coniunctim legatum eſſet ſolidam quiſque rem vindicaret, nec niſi concurrente altero legatario parte contentus eſſe cogeretur. Quod ſatis apertè Caius docet cum legatorum Per vindicationem & per damnationem ſimilitudinem illam eſſe dicit quòd eadem re pluribus legata partes tantùm ſumunt legatarij.Nemo autem dixerit quemque ex iis quibus eadem res per damnationem coniunctim legata eſt,totam rē ex teſtamento petere poſſe.Alioqui cùm prius agēti data eſſet,alteri eiuſdem rei æſtimatio præſtari deberet,vt ſit re diſiunctim legata:quod tamē ſecus eſt. Vnde etiam moueor vt putē in legato damnationis coniunctim relicto,nō minus quàm in legato vindicationis iuri accreſcendi locum eſſe ſi fortè vnus ex legatariis legatum repudiauerit,aut ante diem eius cedentem deceſſerit. Perpetuò enim verum eſt quod recentiores iuris magiſtri tradiderunt toties inter legatarios iuri accreſcendi locum eſſe,quoties ab initio qui primus egit minus percepit aut agendo minus percepiſſet quàm ei à teſtatore relictū eſſet. Illa verò cautio duntaxat diligenter adhiberi debet, ne ipſo teſtatore liberaliores ſimus, hoc eſt ne totum demus ei cui teſtator partem tātùm dedit,néve partem augeamus eius,qui ex teſtamenti verbis & defuncti iudicio minorem conſequi debeat. Quæ ratio facit vt inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt iuri accreſcendi locus eſſe nunquam poſſit. Ita enim fieret contra voluntatem, quod ex voluntate proficiſcitur,& ineptus eſſet qui totum daret ei,cui teſtator diſertis verbis non niſi partem dedit: cùm vt ſuprà diximus verbis coniuncti dicantur non etiam re,quibus teſtator eiuſdem rei partes æquas adſcripſit. *d. l.re coniuncti.* Atque in eo differunt qui verbis dūtaxat ab iis qui re tantùm coniuncti ſunt, quòd quanquam omnes ab initio partes habent nō expectato concurſu,hi tamen eas habent quas iuris poteſtas fecit:illi verò non à iure, ſed à teſtatore factas petunt, vnde illa etiam manat differentia, quæ pertinet ad ius accreſcēdi. Ergo quod Vlpianus ſcribit in *l. planè.34.§.ſi coniunctim.de legat.1.* ſi coniunctim legetur partes ab initio fieri,nec ſolū eo partem facere in quorum perſona legatum conſtitit, ſed eos quoque in quorum perſona non conſtitit, puta ſi quis Titio,& ſeruo proprio ſine libertate legauerit, de iis legatariis proculdubio accipiendum eſt qui verbis tantum coniuncti ſunt, quos diximus partes habere ab initio datas,ob eámq; cauſā nullo vnquā caſu inter eos accretioni locum eſſe. Nec me mouet quod in contrariam,vt videtur, ſententiam, Celſus ſcribit *in l.coniunctim.80.de leg.3.* Coniūctim heredes inſtitui aut coniunctim legari hoc eſſe, totam hereditatem, & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri. Non enim de verbo tantum coniunctis id accipiendum eſt, quibus ab initio ſemper partes dantur,neque rurſus de iis quibus diſiunctim eadem res legata eſt.Sunt enim hæc planè differentia,Legari quid coniunctim,& legari diſiunctim. *§.ſi eadem res. Inſtit.de legat.* At tametſi iis quibus diſiunctim eadem res legatur,ſingulis tota res datur,diſiunctim tamen non coniunctim datur,atq; ideò non concurſu, ſed ſtatim partes fiunt ne alioqui concurrere neceſſe eſſet eos,quibus teſtator ne concurrerēt diſiunctim,& ſeparatim legauit. Supereſt igitur vt ad eos legatarios ea Celſi ſententia referatur qui re & verbo coniuncti ſint.De quibus etiam accipiendum eſt, quod Paulus reſpondit *in l.duobus.85.de legat.* 1. fundo duobus coniunctim legato,ſi alter ex iis partis æſtimationem per actionem perſonalem abſtulerit,alterum ſi totum fundū vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repelli.Id enim probat ratio,quæ ſequitur *quia defunctus ſemel ad eos legatum peruenire voluit*,quæ ad eos legatarios accommodari non poteſt quos teſtator verbis diſiunxit,ac quibus eandem quidem rem ſed tamen duplici legato reliquit. Videbatur autem in ea ſpecie totum fundum peti poſſe ab eo cuius legatum cōcurſu collegatarij,qui nullam fundi partem,ſed partis æſtimationem abſtulerat,minui amplius non poſſet. Sed tamen cùm partem ipſam habere videatur is cui partis æſtimatio præſtita eſt,fieret contra voluntatem,ſi tota res daretur vni,quam duobus ſimul,& tantùm ſemel per vindicationē teſtator dedit,ac prætereà partis æſtimatio alteri pręſtaretur.Nam de legato vindicationis non damnationis loqui eo loco Paulum apparet ex iis verbis, *ſi fundum totum vindicare velit.* At neque eorum opinio placet qui Vlpian. *in d.§.ſi coniunctim.* de legato per damnationem intelligunt:quia quod ad ius adcreſcendi attinet,nulla inter ea legata differētia eſt niſi cùm eadē res pluribus diſiunctim & ſeparatim fuit legata:quo caſu vni rem,alteri pretium rei præſtandum eſſe iam ſuprà ex Caio & Vlpiano diximus, ſi per damnationē legatum ſit,partes verò ab initio iuris poteſtate fieri,ſi per vindicationem, ideóque poſteriore hoc caſu iuri accreſcendi locum eſſe,illo non eſſe.Non eſt etiam ſententiæ noſtræ contrariū, quod *in d.§.ſi coniunctim,* Vlpianus ex Iuliano ſubiicit,Si quis in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit quam mihi in ſuo teſtamento dederat, concurſu partes nos habere. Quanquam enim de legatariis re tantùm coniunctis Vlpianum loqui apertiſſimum eſt,in ea tamen ſpecie verum eſſe non poteſt quod volumus partes ab initio inter eos fieri,cùm vni purè,alteri ſub cōditione pupillaris ſubſtitutionis legatum eſſe proponatur,& ad faciendas partes legatariorū concurſum expectari neceſſe eſt, qui ſi vtrumque legatum purum eſſet,expectari minimè poſſet. Quæ tota eius loci ſententia,& elegantia eſt. Cui conſequens eſt quod apud Vlpianum ſequitur,interim igitur hoc eſt pendente conditione pupillaris ſubſtitutionis,& viuo pupillo partem habere me,cui paterno teſtamento legatum eſt. Eam, inquam,partem de qua quæſtio eſt, id eſt, quæ exiſtente pupillaris ſubſtitutionis conditione ad collegatarium eſſet peruentura. Nam de alia parte quis dubitaret? vt proinde neceſſe non ſit textum emendari, quod à quibuſdam factum video, qui pro eo

quod

quod Vlpianus ſcripſit *partem*, legunt *totum*. Idem enim vtriuſq; lectionis ſenſus eſt, quandiu non concurrit is cui in teſtamento pupillari legatum eſt, eius partem habere me cui totum legatum eſt. Quod tamen protrahendum non eſſe ad eos quibus duplici legato eadem res purè legata fuit, ipſa Vlpiani verba non obſcure demonſtrant, ſicut & *Goueani* ad eum locum interpretationem omnino refellunt. Putat enim ille Iuriſconſulti ſententiam hanc eſſe vt re coniuncti partes ab initio ſibi faciant, ſéque mutuò impediant ne vnus fondum totum petere poſſit quandiu alter petere poteſt, quod quanquam in re tantùm coniunctis verè dicitur, tamen ab eius loci quæſtione & interpretatione omnino alienum eſt: cum Vlpianus ſcribat partem fieri etiam ab eo, qui nunquam poſſit concurrere hoc eſt à ſeruo proprio, cui ſine libertate legatum eſt. At qui re & verbis coniuncti ſunt, mutuo ſeſe non impediunt, quominus qui primus agit totum legatum conſequatur quandiu alter non concurrit, licet concurrere poſſit. *d. l. coniunctim. 80. de leg. 3. l. vnic. §. vbi autem. C. de cad. toll.* Et quod ſcriptum eſt à Paulo *in l. ſi ex pluribus. 33. de leg. 1.* Si pluribus eadem res coniūctim legata ſit, etiamſi alter vindicet, alter ex teſtamento agat, non plus quàm partem habiturum eum, qui ex teſtamento aget: de concurrentibus legatariis, & de ipſo concurſus effectu omnino accipiendū eſt. Sanè quæ in eadem lege diſtinctio ſubiicitur in legato pluribus diſiunctim relicto, an teſtator adimendi animo ſecundo legauerit, an verò vni rem, alteri æſtimationem præſtari manifeſtiſſimè voluerit, vt ſi ea non appareat voluntas, vtiles duntaxat portiones cuique præſtentur. Mihi non placet, neque verò ex iuris veteris ratione ita diſtinguere Paulꝰ potuiſſet, ſed tantùm vindicationis legatum ab eo quod per damnationem relictum eſſet ſecernere, quemadmodum Vlpianus & Caius ſupradictis locis diſtinguūt. Neq; dubitari oportet locum illum, Triboniani arbitrio & iudicio immutatū eſſe ex Iuſtiniani Conſtitutione *in d. l. vnic. §. ſin autem diſiunctim*, vbi eadem diſtinctio ex nouo iure contra veteris authoritatem proponitur, vt eo loco Iuſtinianus ipſe gloriatur: quod etiamſi non moneremus, tamē Triboniani ſtylum agnoſcere difficile non eſſet. Apparet igitur ex ea Iuſtiniani lege ita ſublatas eſſe hac parte legatorum differentias vt hodie ſiue per vindicationis ſiue per damnationis verba legatum ſit, idem iuris obſeruetur quod olim conſtitutum erat in legatis per vindicationem: ac proinde diſtinctionem illam Vlpiani quæ in vindicationis legato obtinebat, etiam hodie ſupereſſe, an ſcilicet coniunctim an diſiunctim legatum proponatur. Sed quod ad priores duas differētias pertinet à nobis ſuprà explicatas data ex contrario eſt legatis omnib. ea vis & natura quæ iure vetere fuerat legatorum tantùm Per damnationem, Etenim res omnes tam alienæ, quàm quę nōdum in rerum natura exiſtunt, ac quarum dominium tam citò in legatarium transferri non poteſt quibuſcunq; verbis legari poſſunt, vt non voluntatem ex verbis, ſed verba ex voluntate æſtimemus. *§. non ſolùm. & §. ea quoque res. Inſtit. de legat.* Sic enim puto, tradere eo loco Tribonianum ius illud quod hodie legatis omnibus commune eſt, non quod olim ſingulare & proprium erat ſingulorum generum. Ac quemadmodum iure Digeſtorum legata, quæ per damnationem relicta eſſent per manus heredis præſtari neceſſe erat, ita Iuſtiniano placuit idē in legatis per vindicationem conſtituendum eſſe: vt verè dici poſſit legatis omnibus conuenire diffinitionem illam quę ponitur in princip. *tit. De legatis.* qua legatum diffinitur donatio quædam à defuncto relicta ab herede præſtāda. Nec iis aſſentior qui poſtrema hæc verba reſpuūt, moti ex eo quòd non ſint addita *in l. legatum. 36. de legat. 2.* ex qua ille Inſtitutionum locus deſumptus videtur. Nam quod Modeſtinus addere non potuit propter veteres illas quæ ſuis temporibus obtinebant legatorum differētias, id Tribonianum addere neceſſe fuit vt ex legati diffinitione quænam hodie legatorū omnium hac parte natura eſſet intelligeretur. Neque rurſus contrariū eſt, quod Papinianus ſcribit *in l. legatum. 80. eod. tit.* legatum ita dominium rei legatæ legatarij facere, vt hereditatem heredis res ſingulas. Idque eò pertinere vt ſi purè legatum ſit, nec legatarius repudiauerit defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium trāſeat quaſi numquam factum heredis: quod & traditum eſt *in l. à Titio. 64. in ſi. D. de fur.* Nā de vindicationis tantùm legato quod magis propriè legatū dicitur, locus ille intelligi debet. Aut ſi de omni genere legatorum accipere malis, admittendum eſt, aliam rationem eſſe dominij, aliam poſſeſſionis. Certum enim eſt non licuiſſe legatario rei legatæ cuius dominus eſſet poſſeſſionem propria authoritate occupare niſi cui per vindicationem legatū fuiſſet. Eum verò cui per damnationem legatum erat per manus heredis poſſeſſionem accipere debuiſſe contendo. Alioqui euēturum fuiſſe vt in edictum Prætoris incideret quo propoſitum eſt interdictum Quod legatorū, adipiſcendæ per heredem poſſeſſionis gratia, & reuocādæ à legatariis qui eam propria authoritate, non ex voluntate heredis occupaſſent. Non enim verum eſſe poteſt, quod quibuſdam placet, eo tantùm caſu interdicto locum eſſe, quo legata per legem falcidiam minui neceſſe ſit, vt eam retinere poſſit heres, qui vindicare non poſſet. Nam & legatorum falcidiam vindicari poſſe non dubito. *l. lineam. 26. D. ad leg. falcid. l. penult. C. eod.* & alia ratio edicti quærenda non eſt quàm quæ ab Vlpiano traditur *in l. 1. illo tit.* Quod legat. nempe quod æquiſſimum Prætori viſum ſit vnumquemque non ſibi ipſi ius dicere occupatis legatis, ſed ab herede petere: quæ ratio non minus recta eſt ſi legi falcidiæ locus non ſit quàm ſi de ea retinenda diſceptetur. Eámque ob cauſam eleganter meo iudicio, Caius in Inſtitutionibus dicebat eū cui per vindicationē legatū eſſet, poſſe rem legatā ſtatim poſt mortem teſtatoris non expectato herede ſibi præſumere: quod ſi fecerit non poſſe eū pro præſumpto legato calumniā ab herede ſuſtinere, hoc eſt vt ego interpretor, nō poſſe eū teneri interdicto Quod legatorū: vt intelligamus in alio genere legati quod Per dānationem dicebatur, calūniæ heredis obnoxiū fuiſſe legatariū, ſi nō expectato herede legatū occupaſſet. Nā certè per calūniam facere heres videtur qui rei legatæ à legatario occupatæ poſſeſſionem ſibi reſtitui poſtulat, quā mox eidem legatario reſtituere teneatur, *l. dolo fact. D. de dol. mal. excep.* Quis verò calūniam eſſe diceret, ſi ea res ad falcidiæ quā heres iure publico habere debet retentionē neceſſaria eſſet? At etiam cùm heredis nihil intereſt, viſum eſt Prætori facilius ferendā eā calūniam, quā legatario permittendū vt propria authoritate legatū occupet quod ex teſtatoris voluntate ab herede præſtandum fuit: illud enim ad priuatā legatarij, hoc verò ad reipublicæ iniuriam pertinet, cui periculoſiſſimum futurum ſit ſi ſingulis concedatur ea facere quæ per magiſtratum publicè fieri oporteat. *l. non eſt ſingulis*

176. *de regul. iur.* Quæ tamen ratio in vindicationis legato heredi prodeſſe non poterat, cuius voluntatem fruſtrà legatarius expectaſſet, cui ſcilicet nulla heredis mentione facta legatæ rei vindicandæ, & occupandæ poteſtatem teſtator feciſſet, vt iam ſuprà explicauimus. Idque apertius ex Edicti verbis intelligeretur, ſi extarent, quæ ab Vlpiano nõ fuiſſe prætermiſſa apparet cùm ex præcedentibus, & ſequentibus edictis quorum verba idem Vlpianus refert & explicat, tum ex §. *quod ait prætor, aut dolo deſiit poſſidere.* & ex §. *quod ait Prætor voluntate eius ad quem ea res pertinet.* & rurſus ex §. *quod ait Prætor niſi ſatiſdatum ſit. d. l. 1. ill. tit.* quibus locis quædam Edicti verba ac veluti fragmenta proponuntur. Sed à Triboniano Edicti contextum ſublatum eſſe veriſimile eſt, vt facilius ei eſſet quod in legatis per damnationem duntaxat aut etiã ſinendi modo Prætor conſtituerat ad cętera quoq; legatorum genera protrahere, & hac parte ius idem in legatis omnibus conſtituere. Quod apertius ab eo factum eſt in §. *qui verò ex cauſa præceptionis*, vbi cùm Vlpianus ſcripſiſſet, quantum ex aliis eius ſcriptis & certiſſima iuris veteris ratione coniectura aſſequi poſſumus, Illo interdicto non teneri eum qui ex cauſa pręceptionis, & legati per vindicationem relicti rem legatam occupauit, Tribonianus contrà ſic emendauit. Eum qui ex cauſa pręceptionis rem poſſidet vtique teneri eo interdicto, ſed pro ea ſcilicet parte quam iure legati habet, non pro ea quam quaſi heres à ſemetipſo percipit. Idémq; dicendum eſſe etſi alio genere legati vni ex heredibus legatum ſit, vt hoc etiam caſu pro ea parte qua heres eſt ceſſet interdictum. Quaſi verò eam diſtinctionẽ ſcire multùm intereſſet, de qua ne anus quidem dubitaret. Quid enim apertius, quàm re aliqua vni de heredibus legata, non contineri legato eam partem quam capit à ſeipſo, atque ideò non poſſe pro ea parte interdicto locum eſſe? Planè Vlpiani temporibus interdicto Quod legatorum locum nõ fuiſſe aduerſus eum cui per præceptionem legatum eſſet manifeſtè probatur ex eo, quod idem Vlpianus in Titulis ſcribit, & nos iam ſupra retulimus in hoc legati genere, vindicationis verba vſurpata fuiſſe, ac proinde non alio iure legatum hoc quàm quod per vindicationem relictum erat cenſeri potuiſſe. Sed illud magis mirari quis poſſit cur aliud iuris conſtitutum ſit in mortis cauſa donationibus quàm in legatis. De quo tamen in ſequenti capite dicemus. Supereſt vt ſubiiciamus de poſtrema legatorum differentia, quæ in eo elucebat, vt ſi cui homo aut genus aliud vel duæ res diſiunctim per vindicationem legarentur, legatarij electio eſſet, quam ex contrario heres habebat ſi per damnationem ab eo legatum fuiſſet, *l. legato. 37. l. ſi à ſubſtituto. 45. §. 1. l. planè. 34. §. pen. de leg. 1. l. ſi is cui. 19. l. Lucio. 23. l. ſi ita relictum. 43. §. vltim. de legat. 2.* Et hanc differentiam hodie ſublatam nõ eſſe docti pleriq; viri exiſtimant, cum quib. & ego ſentio, non ea tantùm ratione q; ex teſtatoris voluntate potiùs quàm ex verbis deſcendat (idem. n. de cæteris dici poſſe, nec adeò iuris authores verbis hæſiſſe vt voluntatis rationem ſemper præcipuã nõ habuerint apertiſſimum eſt) ſed quòd apertioribus verbis non potuerit teſtator exprimere vtri electionem datam vellet, heredine an legatario, quàm cum vel legatarium vindicare iuſſit, vel heredem dare damnauit. Idque eſt quod Iuſtinianus ſcribit *in §. ſi generaliter. 22. Inſt. de leg.* Si generaliter ſeruus vel alia res legetur electionem eſſe legatarij, niſi aliud teſtator dixerit, hoc eſt niſi ab ipſo herede legatum dari teſtator iuſſerit. Plerũque enim legata relinquuntur hoc verbo, lego, quomodo per vindicationem olim legabatur. At quid ſi teſtator ita legauerit, deinde ab herede legatum præſtari iuſſerit? vt hodie in teſtamentis ferè omnibus fieri ſolet. Mihi magis placet eo caſu electionem eſſe legatarij quòd primùm vindicationis verbis legatum ſit, quamuis de præſtando ab herede legato poſteà cautum ſit. Quando iam eo iure vtimur, vt etiam quæ per vindicationẽ relicta ſunt, ab herede præſtari debeant vt diximus. Denique in dubio id ſequendum eſſe nemo negauerit quod à Iuſtiniano traditum eſt *in d. §. generaliter.* Legato enim generis tacitè ineſſe videtur legatum optionis, vt eleganter Vlpianus ſcripſit *in tit. De legatis.* Quãquã multũ intererat an tacitè an expreſſè legata optio eſſet. Hoc. n. caſu conditionẽ habere legatũ videbatur, Si legatarius viuus elegiſſet, eámque ob cauſam defuncto ante electionem legatario, in eius heredem legatum non tranſmittebatur, ſicuti Iuſtinianus refert *in §. optionis. eod. tit.* Legatum, inquam optionis, ita vt legatarij heres optare poſſet. Sed rei legatæ petitionem vtram teſtatoris heres præſtare vellet, in heredem legatarij tranſmitti potuiſſe non arbitror dubitandum. Cùm enim teſtator optionẽ legauit hoc modo, *heres meus Stichũ aut Pamphilũ dato Titio vtrũ ille elegerit*, duo ſunt legata, vnũ quod purũ eſt Stichi aut Pamphili, alterum conditionale, optionis. Primi dies cedit ſtatim à morte teſtatoris, ſecundi verò non niſi cõditione exiſtente, id eſt facta per legatarium optione. Igitur ſi legatarius poſt diem primi legati cedentem, id eſt defuncto teſtatore deceſſiſſet: priuſquam tamen legatæ optionis dies cederet, hoc eſt nulla electione facta, iuris veteris ratio faciebat vt legatum purum ad heredem legatarij tranſmitteretur, conditionale verò deficeret. Idque eſt, meo iudicio, quod Paulus reſpondit in *l. illud aut illud. 19. D. de optione legat.* ſi legatum ita relictum ſit. *Illud aut illud vtrum legatarius elegerit*, nullo à legatario electo, & eo decedẽte poſt diẽ legati cedentẽ ad heredẽ legatũ tranſmitti. Neque. n. tranſmitti ait legatũ optionis, cuius dies cùm conditionale ſit ante factã electionẽ cedere non potuiſſet, ſed legatum illud quod erat purũ, ac cuius dies viuo legatario ceſſerat, hoc eſt legatũ earũ rerũ quæ diſiunctim legatæ fuerũt. Quod ſi *Accurſius* & qui *Accurſium* ſecuti ſunt ad noſtrã vſque ætatẽ interpretes intellexiſſẽt, nõ ſcripſiſſent corruptũ eſſe eum locum, & detractã negationem à Triboniano propter Iuſtiniani Conſtitutionem, qua factum eſt, quemadmodum ille refert in *d. §. optionis*, vt eligẽdi poteſtas legatario data ad eius heredem tranſmittatur. Nihil. n. eſt quod hac parte Triboniano imputari poſſit, aut Paulo obiici qui certè non de optione ipſa ſed de legato cuius optionẽ teſtator legatario dederat reſpondit. Niſi fortè quis malit ea verba *ad heredem trãſmitti*, de teſtatoris nõ de legatarij herede intelligere: ac ſi ſcriptũ eſſet, electionem quã legatarius prius quàm optaret mortuus amiſit, trãſferri ad heredẽ teſtatoris vt quã rẽ volet ex plurib. quæ diſiunctim legatæ ſunt heredi legatarij præſtet. Quod etſi verũ eſt, & ad rem ſatis accommodatũ, mihi tamen duriuſculũ videtur, & prior noſtra interpretatio magis placet. Nã ſi de ipſius optionis legato Paulus tractaret, verũ eſſe non poſſet, quod lex ait legatariũ poſt diẽ legati cedentem, necdũ tamen electione facta deceſſiſſe. Tametſi vt liberè dicã quod ſentio, valde mihi ſuſpectum eſt quod Iuſtinianus refert ius vetus ita fuiſſe cõparatũ vt optionis legatũ conditionale eſſet,

Digitized by Google

ſet,nec ad heredem trãſmitteretur. Primùm quia in Digeſtis & Codice nulla eius rei argumenta aut veſtigia extant. Deinde quoniã à ratione prorſus alienũ id videtur vt deterior conditio ſit legatarij cui expreſſis & diſertis verbis optionẽ taſtator legauit, quàm cui tacitè ea data eſt. Quæ.n.tollendæ dubitationis cauſa, & legatarij fauore addita ſunt, ei nocere & heredi prodeſſe æquum non eſt *l.in ratione* 30. *§.tametſi.D.ad leg.falcid.* Poſtremò idẽ Iuſtinianus in princip.*l.vlt.C.comm.de leg.* refert dubitatũ fuiſſe apud veteres an ſi vni legatario optio ſerui vel alterius rei relicta eſſet,& is ante factã electionem moriens plures heredes reliquiſſet qui poſteà in eligendo diſſentirent,quid iuris conſtitui deberet. Cui quæſtioni non video quomodo locus eſſe potuerit ſi ponas optionis legatũ iure Digeſt. conditionale fuiſſe & ad legatarij heredes tranſmitti non potuiſſe. Ex iis porrò quæ diximus,vt tandẽ concludamus, manifeſtum eſt ad quæſtionem illam Quænam hodie legatorũ omnium natura & cõditio ſit,abſolutè & indiſtinctè reſpõderi nõ poſſe:ſed eas diſtinctiones probandas eſſe,quas retulimus & explicauimus.

Ad §.ſi quis ex mortis l.1.D.quod legator.

CAPVT II.

SCribit Vlpianus *in l.1.§.ſi quis ex mortis D. quod legator.* Eum qui ex mortis cauſa donatione poſſideat non teneri interdicto Quod legatorum, cum portio legis falcidiæ ipſo iure apud heredem remaneat,tametſi verò poſſeſſio in donatarium corporaliter tranſlata ſit. An igitur legata, pro quibus interdictum illud competere certum eſt, per legem falcidiam non imminui dicemus? In ò vero ipſo iure,hoc eſt ſola iuris & legis poteſtate minuantur.*l.1.l.in quãtitate 74.§.vlt.D.ad leg.falcid.* Neque enim lex Falcidia liberam teſtandi & legandi facultatem quam leges Furia & Voconia ſuſtuliſſe videbantur ciui Romano reſtituit niſi hactenus,vt hereditatis quadrantem integrum & illibatum heres haberet. An potius eredendum eſt falcidiæ duntaxat retinendæ gratia interdictum dari? Ita ſanè plærique docti viri putant: quorum ſententia numquam probata eſt. Alioquin admittendum eſſet nec legatorum nomine interdicto locum eſſe poſſe: quorum ſcilicet falcidia vt diximus,ipſo iure penes heredem remaneat quemadmodum & donationum cauſa mortis. Et cùm propoſiti interdicti rationẽ Vlpianus reddit, non illam affert quòd falcidiam habere heres debeat, ſed quòd rem legatam ex heredis voluntate accipere legatariũ æquius ac ciuilius ſit,vt proinde dubitari minimè oporteat quin ſiue legi falcidiæ locus ſit, ſiue non ſit,interdicto teneatur legatarius qui propria authoritate legatum accipit. Sic ergo Vlpianum explicandum arbitror, vt in eo diſſimilis ſit condicio legati, & donationis cauſa mortis, de qua ille tractat, hoc eſt quæ par traditionem perfecta eſt,quòd legati poſſeſſio cuius ſolius eo interdicto ratio habetur (eſt enim recuperandæ poſſeſſionis, vt lex ait)neque per teſtatorem neque per heredem legatarium trãſlata dici poſſit:indéque fiat vt à legatario ſine heredis voluntate occupari eam inciuile durùmque videatur. At donatio cauſa mortis ita demum rei donatæ corpus in donatariũ trãſferat ſi rem ipſam donator tradiderit:quod cùm factum eſt, illa reuocandæ à donatario poſſeſſionis ratio locum habere nequit quòd propria authoritate rem donatam occupauerit, aut quòd per heredis manus eam accipere debuerit, quam ſcilicet per ipſius donatoris manus iam acceperit. Ea igitur heredi ad calumniandum ratio ſola ſupereſt vt dicam reſtituendam ſibi rei donatæ poſſeſſionem, lex falcidia locum habeat. Verùm neque hoc poſſit dicere cùm etiam in mortis cauſa donationibus legis falcidiæ poteſtas & authoritas Seueri Conſtitutione inducta ſit *l.2. C. de don. cauſ. mort. l. ſi mortis 5.C.ad leg falci.* Ex quo inferri poſſe arbitror ſi cui per ſtipulationem duntaxat citra traditionem mortis cauſa donatum ſit; iſque poſt donatoris mortem ſine heredis voluntate rem donatam occupauerit, teneri eum interdicto, exẽplo legatarij, cuius hac parte recta cõparatio videri poſſit, ne ſcilicet ſibi in cauſa propria ius dixiſſe videatur. Quemadmodum & Vlpiani temporibus non diſſimilis ratio videri poterat donationũ cauſa mortis traditione perfectarum, & legatorum quæ per vindicationem, aut per præceptionem data eſſent, quòd ſicut ex donatoris voluntate donatarius rem haberet,ita ex teſtatoris iudicio huiuſmodi legata ſine vllo heredis facto occupare legatariis liceret. De quo ſuperiori capite fuſiùs ſcripſimus.

Deprauatiſſimum eſſe textum §. tametſi l. in ratione 30.D.ad leg.falcid. & quomodo emendandus ſit.

CAPVT III.

VERVM eſt quod vulgo ab interpretibus iactatur, eam quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, cùm in aliis plæriſque multum differre ab ea quæ ex fideicommiſſaria hereditate reſtituenda Senatuſconſulti authoritate retinetur, tum in eo præcipuè quòd in illam non imputantur quæ implendæ conditionis cauſa heredi dantur,in hac vero imputantur.*l.ad veterani 40.l.id autem 76.l.in quartam 91.D.ad leg.falcid.* Differentiæ autem ratio illa eſſe videtur,quòd in falcidiam ea tantùm imputari poſſint quæ iure hereditario capiuntur. In quorum numero non ſunt, quæ condicionis implendæ cauſa heres accepit, cùm mortis cauſa potius,quàm teſtatoris iudicio & teſtamenti iure percipi videantur.*d.l.id autem.l.ſi quis ſub conditione 8.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſta.l.Mæuius.55.D.de cond. & demonſtrat.* In Trebellianicam verò imputantur non ea tantùm quæ iure hereditario heres habet, ſed cætera quoque omnia quæ legati,fideicommiſſi, præceptionis, deductionis, retentionis, atque adeò mortis cauſa ad eum peruenerunt,quemadmodum aperiſſimis verbis Marcianus tradit *in d.l in quartam*, licet aliam eius loci interpretationem planéque contrariam magis ſubtiliter quàm verè *Iacobus Cuiacius* obſeruationum libris propoſuerit, quam nos ſequenti capite refellemus. Quòd ſi quis huius quoque diſſimilitudinis rationem pergat quærere,hanc ego afferri poſſe arbitror,quòd ex legis falcidiæ verbis quæ extant *in l. 1. D. ad leg. falcid.* ſatis appareat, liberam illam legandi facultatem, quæ ciui Romano lege duodecim tabularum conceſſa primùm, deinde legibus Furia & Voconia ſublata aut certè imminuta fuerat, non aliter lege falcidia reſtitutam eſſe quàm hactenus vt de ſolo dodrante teſtator leget, quadrantem verò nullis legatis diminutum heredi relinquat. Vnde fieri neceſſe eſt vt ſi quid heredi ipſi vel à coherede legatum, vel fideicommiſſo relictum ſit, vel alio quàm hereditatis iure ab eo acceptum, id in quartam falcidiæ imputari nequeat, quæ ſcilicet iam ei confecta fuit ipſo iure & ſola legis poteſtate prius quàm teſtator vel ipſi heredi vel alij vlli legatum quámue aliam rem relinqueret. Neque ſanè fieri poteſt vt ex legatis,aut fideicommiſſis, aliiſque huiuſmodi rebus quadrans heredi conficiatur quem lex fal-

cidia iam inde ab eo tempore quo inſtitutio facta eſt ſeparat à dodrante, non aliam ob cauſam quàm vt ne legatis diminuatur, & ne quęſtioni poſtcà locus eſſe poſſit, ex quibus rebus reduci, ac confici eum oporteat. At Senatuſcõſulti Pegaſiani non eadem quæ legis falcidiæ verba fuerunt. Etenim ſi Iuſtiniano credimus, cuius tantùm teſtimonio hac in re vti poſſumus, ſcribit ille *in tit. De fideicommiſſ. heredit. §. ſed quia heredes*; eo Senatuſconſulto duntaxat factum & cõſtitutum fuiſſe, vt ei qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere perinde liceret quartam partem retinere atq; per legẽ falcidiam ea legatis retinere conceditur. Ergo retinendi tantùm quadrantis ex hereditate reſtituenda poteſtatem heredi Seiatus fecit, teſtatori verò fideicommittendæ totius hereditatis facultatem non eripuit. Hæc autem iudicio meo longè diſſetẽtia ſunt an quis dicat Rogatũ heredẽ de vniuerſa hereditate reſtituẽda quartã deducere aut retinere poſſe, quod verũ eſt, an quis neget hereditatẽ de tota hereditate reſtituẽda rogari poſſe, quod falſiſſimum eſt. Alioqui dicendum eſſet etiam poſt Senatuſconſultum Pegaſianum, & ante Iuſtiniani tempora numquam ex eo Senatuſconſulto reſtitutionem fieri potuiſſe: ſed tantũ ex Trebelliano, quemadmodum contingebat ſi non plus, quàm dodrantẽ hereditatis reſtituere heres rogatus eſſet, vt idem Iuſtinianus *in §. ergo ſi quidem, eod. ti.* ſcribit. Multum igitur intererat an de totius hereditatis, an de dodrantis duntaxat reſtitutione heredem teſtator rogaſſet, ſicut & valdè referebat an ex Trebelliano an ex Pegaſiano Senatuſconſulto hereditas reſtitueretur, propter actionum tranſlationẽ, & ſtipulationũ partis & pro parte, aut emptę & vẽditę hereditatis interpoſitionem. Cùm tamẽ nihil vnquã interfuerit an de tota hereditate, an de dodrante tantum teſtator legauerit, quoniam licet totius hereditatis & patrimonij æſtimatio legatis eahauſta ſit, tamen de ſolo dodrãte legatũ intelligitur, de quadrãte verò nihil, quia nec de eo quicquam legari poſſet, lege ſcilicet reſiſtẽte ac repugnãte. Propter quã cauſam dicimus legata per legẽ falcidiam ipſo iure minui *l. lineam. 26. l. in quãtitate 73. §. vlt. l. quoties 67. D. ad leg. falcid. l. in imponenda 6. C. eo.* & ſi per errorem facti integra ſoluta ſint, quartæ repetitionẽ eſſe *l. error. 9. l. pen. C. eod.* id eſt vindicationẽ *d. l. lineam.* Atqui fideicommiſſum vniuerſale hereditatis per Senatuſconſultũ ipſo iure minui & ſoluto eo per errorem ſine quadrãtis deductione vindicationi aut repetitioni quartæ locum eſſe nuſquam ſcriptum reperias. Imò verò fideicommiſſarium poſſe totam hereditatem petere, nec niſi per doli exceptionem quartam ab herede retineri, atque adeò ſi per errorẽ totum fideicõmiſſum reſtitutum ſit nõ ſolius quartæ ſed vniuerſę hereditatis repetitioni locũ eſſe Põponius ſcribit, *in l. heres* 21. *D. ad S.C. Trebell.* quod in Falcidia legatorum omnino diuerſum eſt, quę nõ aliam ob cauſam dicitur capi iure teſtamenti *l. qui duos* 42. *D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* hoc eſt iure hereditario *l. pater* 14. *D. ad leg. Falcid.* quàm quòd heredi ex teſtamento relinquenda ſit priuſquàm à teſtatore quicquam legetur vt proinde ad eius retẽtionem doli exceptio neceſſaria non ſit, quemadmodũ libri quarti capite ſexto explicauimus. Hinc illud etiam fortaſſe deſcẽdit quod Vlpianus ex Celſo ſcribit, *in l. 5. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* ſi maritus rogatus ſit præcepta certa quantitate vxori ſuæ hereditatem reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, magis videri functum eum pleniore officio præſtandæ fidei, quàm donationem in vxorẽ contuliſſe, quia donare quis nequeat eam rem quam nondum adquiſiuerit, licet in eo ſit vt ſi velit, poſſit acquirere, *§. ſi maritus* 13. *ea. leg.* Quarta autem quæ ex fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur, dici non poteſt heredi acquiſita priuſquam retineatur, quam ſcilicet Senatuſconſultum nõn dat, ſed eius tantùm retinendæ poteſtatem heredi facit. At ſi maritus heres inſtitutus legatis in vxorem collatis ſupra dodrantem grauatus ſit, eáque integra ſoluerit, vereor ne dici poſſit non tantùm plenius obſequium teſtatoris iudicio præſtitum, ſed etiam vxori donationem factam videri, cum marito heredi inſtituto non quadrantis deducendi poteſtas, ſed quadrans ipſe iam per legem deductus & confectus eſſet acquiſitus. *argum. l. cum per errorem, de regul. iur. & l. ſi patronus* 20. *§. de illo. D. de donat.* qui tamen locus niſi me fallo, Tribonianum potius quàm Marcellum redolet, ac fortaſſis immutatus eſt propter *l. vlt. C. ad leg. falcid.* Verùm vtut ſit, non alia ratione pertinat quæſtio illius *§. ad tit. dejdonatienatienbus*, quàm quod donare videatur is qui quod per legem falcidiam retinere poterat, non retinuit. Denique non potuit ſaluo Senatuſconſulto Trebelliano fieri vt per Pegaſianum legis falcidiæ poteſtas ad fideicommiſſa vniuerſalia produceretur. Nam Trebelliano non prohibebatur teſtator heredem rogare vt vniuerſam hereditatem reſtitueret, quòd potius in id tantùm factum eſſet vt hoc caſu actiones omnes hereditariæ in fideicommiſſarium transferrentur. Pegaſianum verò Trebelliani vim non ſuſtulit, ſed tantùm addidit ea quæ Trebelliano deeſſe videbantur. Non igitur Senatus ſanxit nę teſtatori ſupra dodrantem fideicommittere liceret, ſed ſi ſupra dodrantem hereditatis reſtituendæ fideicommiſſum eſſet, quadrantis retentionem heredi permiſit. Ex quo intelligi poteſt quomodo accipiendum ſit quod Iuſtinianus ſupradicto loco ſcribit Pegaſiano cautum eſſe vt heredi rogato hereditatem reſtituere perinde liceret quartam partem retinere, atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Neque enim illud dicere Iuſtinianus voluit nullam inter legatorum & fideicommiſſorum falcidias differentiam eſſe, ſed tam ex fideicommiſſis vniuerſalibus de quibus eo loco tractat quàm ex legatis quadrantem retinẽri, quamuis non eadem omnino ratione retineatur. Lex namque falcidia ad heredum fauorem reſpexit qui cùm iuris ſucceſſores ſint, proculdubio legatariis longè ſunt fauorabiliores. Senatuſconſultum verò Pegaſianum non heredibus conſultum voluit, quibus iam Trebelliano ſatis conſultum videbatur, ſed fideicommiſſariis qui repudiãtibus heredibus ad quos nullũ ex hereditate lucrum perueniret fideicommiſſorum iacturam faciebant, quorum tamen cauſa fauorabilior quàm heredum eſſe deberet, vel eo maximè nomine quòd totius hereditatis ius fructúſque in eos transferatur, ideóque effectu ipſo heredes ſint, nec niſi nudum heredis nomen penes heredem remaneat. Cùm verò non aliam ob cauſam vt diximus, Senatuſconſultum Pegaſianum factum ſit quàm vt aliquo præmio heredes ad adeundã hereditatem inuitarentur, dici non poteſt cur in eum quadrantem quem heres retinet ea tantùm imputari debeant, quæ ab eo iure hereditario capiuntur, qui ſi minore aut nullo lucro quave alia ratione ad aditionem inuitari potuiſſet, nulla certè quadrantis retinendi poteſtas ei facta fuiſſet. Etſi enim non magis bonorum quàm hereditatis quartam partem habere heres debet, non tamen rectè ex eo inferas in eam imputanda eſſe quæ hereditario tantùm iure apud heredem manent, cùm

non

Digitized by Google

non quicquid capitur ex hereditate, aut propter hereditatem idem confeſtim dici poſſit capi iure hereditario niſi præterea ex teſtatoris iudicio ac voluntate, & heredis iure capiatur. Nam & legatum delibari dicitur ex hereditate, & propter hereditatem capiuntur quæ conditionis implendæ cauſa heres à legatariis aut fideicommiſſariis accipit, neque tamen legata aut mortis cauſa capiones iure hereditario capi exiſtimãtur. Veriſſimũ igitur eſt quod Marcianus ſcribit in *d. l. in quartam.* Quod implendæ conditionis cauſa fideicommiſſi heredi datur (ſic enim legendum puto) in quartam quam Trebellianicam dicimus imputari. Si verò, quid heres implendæ conditionis cauſa accipiat à legatariis in falcidiæ computationem id non prodeſſe, quoniam id extra hereditatem habeatur, quæ mortis tempore fuit, ac cuius quadrans iam à tempore teſtamenti per legem falcidiam heredi confectus & relictus eſſe intelligatur. Neque in toto iure vllus locus eſt qui aduerſus ea quæ diximus pugnare videatur, niſi quod ex Marciani libro octauo Fideicommiſſorum ſcriptum legimus in *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad leg. Falcidiam.* Tametſi in ratione legis falcidiæ quæ conditionis implendæ cauſa heredi dantur, in quartam non computantur: tamẽ id quod non figura conditionis heres accipere iuſſus eſt ab eo qui hereditatem reſtituere rogatus eſt, Celſo & Iuliano placere computari, quemadmodum ſi ea ſumma heres vendere eas res iuſſus eſſet, quia non conditionis implendę cauſa, ſed quodammodo pro pretio inferre ſunt iuſſi. Hæc enim Marciani verba ſunt, ex quibus apparet loqui eum de falcidia quæ ex fideicommiſſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ retineantur, neque tamen admittere vt quæ conditionis implendæ cauſa heredi dantur in quartam aliter computentur quàm ſi figura conditionis non expreſſa heres accipere iuſſus ſit. Quod ſi ita eſſet, dici profectò non poſſet, quid inter legis Falcidiæ & Senatuſconſulti Pegaſiani quadrantem hac parte intereſſet. Nam quæ conditionis implendæ cauſa heredi ſic data ſunt, vt tamen conditionis figuram teſtator nõ expreſſerit, ea certum eſt in legatorũ quoque falcidiam imputari propter rationem illam quam Marcianus reddit, quod non tam conditionis implendæ cauſa quàm veluti pro pretio pecunia præſtari videatur, ac ſi eas res quæ legatæ ſunt illa ſumma certóque pretio vendere heres iuſſus eſſet. Quod enim pro rei pretio heredi præſtatur, id non minus iure hereditario capi dicitur, quã res ipſa hereditaria caperetur ſi eam vendere heres iuſſus non fuiſſet: vt eadem *l. in* §. *vendere*, Marcianus ſcribit, & Iulianus in *l. qui fundum* 78. *D. eod.* Sed non poſſum mihi perſuadere loqui Marcianum in *d.* §. *tametſi*, de falcidia quæ Senatuſconſulti authoritate retinetur. Nam tractari potius de illa ipſa Falcidia de qua in præcedentibus tractatum fuerat oſtendunt prima ea verba *tametſi autem*, quæ non tam nouam diſputationem inſtitui, quàm inſtitutam & inchoatam abſolui præ ſe ferunt. Deinde quæ ſequuntur *in legis falcidia ratione*. Quanquã enim eam quoque quartam quæ ex Pegaſiano retinetur Falcidiam aliquando appellari ſcio, quod vtraque quarta ſit, & quadrantis potius quàm maioris aut minoris portionis retinendę exemplum lex Falcidia dederit: Nuſquam tamen reperio legem Falcidiam dici à Iuriſconſultis pro Senatuſconſulto Pegaſiano niſi pręcedentia aliqua, de reſtituenda hereditate tractari demonſtrent, & ſi verum eſt quod iam probauimus non eandem legis, & Senatuſconſulti poteſtatem fuiſſe, confundi certè vtriuſque iura & nomina non potuerunt. Sed & me illud maximè mouet quòd illa Marciani verba in *d.* §. *tametſi. quemadmodum ſi ea ſumma heres vendere eas res iuſſus eſſet, quia non conditionis implendæ cauſa, ſed quodammodo pro pretio inferre ſunt iuſſi*, tantum abeſt vt commodè explicari poſſint, vt nec Grammaticam conſtructionem recipere poſſe videantur. Quò enim referas *eas res*, cum de nullis rebus ac de ſola hereditate reſtituenda rogatum eſſe heredem in præcedentibus proponatur? Nam ſi dicas *earum rerum* appellatione hereditatem ſignificari, obiiciam hereditatem ab ipſis rebus hereditariis toto genere differre. Res enim corporales eſſe, hereditatem verò non in rebus & corporibus, ſed in iure conſiſtere, atque ideo ſi teſtator res ſuas omnes ab herede reſtitui fideicommiſſario iuſſerit, non aliter ex Trebelliano reſtitutionem fieri, vt actiones in fideicommiſſarium transferantur, aut cogi poſſe heredem vt adeat quàm ſi de ipſa hereditate & ſucceſſione reſtituenda teſtator ſenſerit. *l. nam quod* 14. §. *vlt. l.* 15. *&* 16. *in princip. D. ad S.C. Trebellia.* Deinde vix eſt vt *eas res* Iuriſconſultus ſcripſiſſet, ſi de omnibus rebus hereditariis ſenſiſſet. Rurſus, ad quas perſonas referri poſſint verba illa *inferre ſunt iuſſi*, niſi ad illos ipſos quibus viciſſim heres quid præſtare iuſſus eſt? Atqui non plures eos fuiſſe ſed vnum duntaxat Marcianus ſcripſerat iis verbis, *ab eo cui hereditatem reſtituere rogatus eſt*. Scribendum igitur fuerat in ſingulari numero *inferre eſt iuſſus*. ſi Grammaticarum præceptionum obſeruationes amamus, & curamus. Denique iuris ratio non patitur vt regula aut ſententia quæ initio §. ponitur, Ea quę conditionis implendæ cauſa heredi dantur, in quartam computari, ad quartam Trebellianicam referatur de qua in præcedentibus ne verbum quidem Marcianus fecerat. Ergo exceptio quæ ad regulam illam ſubiicitur ad aliam quàm legatorum, falcidiam pertinere poteſt. Quibus rationibus victus cogor dicere, quod à tot tantiſque Iuriſconſultis qui de eius loci ſententia diſputarunt hactenus obſeruatum non fuiſſe & miror, & doleo, corruptiſſimum eſſe Marciani textum tam in eo §. quàm in præcedentibus, & peritiſſimi artificis manum requirere vt priſtinæ ſanitati & integritati reſtituatur. Etſi autem iudicio meo minus tribuo, quàm vt tam ancipitis curationis periculum fide mea eſſe velim, coniecturam tamen meam dum amplius delibero proponam, vt quomodo mendum tollendum ſit, ſi non omnino dixiſſe & docuiſſe, ſaltem eruditioribus & diligentioribus videar indicaſſe. Puto igitur erratum eſſe in illis verbis *ab eo cui hereditatem reſtituere rogatus eſt*, & legẽdũ potius *ab eis quibus certas res reſtituere rogatus eſt*, tum in verſic. quo loco, tollenda verba illa *& recipere hereditatem*, & in gloſſam imperiti interpretis vnde emanarunt reiicienda. Sic enim fiet vt rectiſſimè omnia, & inter ſe & cum præcedentibus conueniant in quibus iam de certarum, & incertarum rerum legato tractatum legimus *in* §. *certis verò corporibus, &* §. *incerta res.* Facilis porrò & lubricus error fuit ſi fortè ſcriptum fuiſſe ponas quomodo in Florentinis Pandectis ſcribi ſolet, *ab eis Cuib. certas REStituere.* Fieri enim potuit, vt qui hanc ſcribendi rationem non intelligeret, ſcriptum putaret *Cui heredit. reſtituere*, aut in hanc ſententiam locum, qui corruptus videbatur reſtituere, deinde in illis ſequentibus *an fideicommiſſarius quoque inuitus cogatur dare eam ſummam*, adiiceret ea verba *& recipere hereditatem*, quæ tamen palam eſt niſi inepte & ſuperuacuò adiici non potuiſſe. Neque enim

quæſtio eſt an fideicommiſſarius inuitus hereditatem recipere cogatur, ſed an cogi poſſit dare heredi eam ſummam, pro qua veluti certo pretio certas res fideicommiſſario præſtare heres rogatus eſt. Ita verò ſi legas quomodo reſtituimus, efficies longè aliam planéque diuerſam: ſed veriſſimam Marciani ſententiam, quæ non de quarta Pegaſiana, ſed de Falcidia intelligetur. Quamquã enim de fideicõmiſſo ſingulari nõ de legato Marcianũ diſputare admittimus, neque negamus retentionẽ ex fideicõmiſſis ſingularibus Senatuſcõſulto Pegaſiano inductã eſſe, ſicuti Iuſtinianus, & Theophilus ſcribũt, attamẽ lõgè alia ratione de ſingularibus, quàm de vniuerſalibus fideicommiſſis Senatuſconſulto cautũ & conſtitutũ eſſe contendimus. Nã legis falcidię poteſtatem ad fideicommiſſa ſingularia Senatuſconſulto tractã eſſe, itã vt quemadmodum legare ſic fideicõmittere res ſingulas ſupra dodrantem non liceat, & quæ ex fideicommiſſis ſingularibus Falcidia retinetur eã non Trebellianicam ſed Falcidiam dicimus, vnde fit vt legatorum & fideicommiſſorum ſingularium iura promiſcue tractata ſint in titulis Digeſtorum & Codicis de legatis, & ad legem Falcidiam, De vniuerſalibus verò diſputatum ſeparatim *in tit. ad S.C. Trebell.* Quo etiam pertinere arbitror, quod ex Vlpiano ſcriptum eſt *in l.1. de legat.* 1. Per omnia eſſe exæquata legata fideicommiſſis nempe ſingularibus & in falcidiæ retentione, quomodo ex legis inſcriptione à *Iacobo Cuiacio* rectiſſimè obſeruatum eſt, quamquã in eo ille labitur quòd fideicommiſſa vniuerſalia à ſingularibus non diſtinguit. Cùm tamen neque eo titulo neque in tractatu De lege Falcidia, mentio ex propoſito vlla fiat vniuerſalium fideicommiſſorum. Et ipſo Senatuſconſultò Pegaſiano aliam vniuerſalium aliam ſingularium rationem habitam fuiſſe vel ex eo maximè appareat, quòd pro ſingularibus fideicommiſſis conſeruandis non magis cogi poſſit heres ad adeundam hereditatem, quàm pro legatis. Sicut enim legatarij, ita fideicommiſſarij ſingulares non ſunt iuris ſucceſſores. Et vt breuius dicam, nonniſi verbis legata differunt à fideicommiſſis ſingularibus, effectu autẽ ipſo præſertim cùm de lege Falcidia quæritur omnino cõueniũt. Cúmq. lex Falcidia ſufficere poſſet cui fraus alioqui parata fuiſſet ſi poſt inducta & confirmata fideicommiſſa ea in ſingularibus fideicommiſſis ſibi locum non vindicaſſet, ſatis fuit legis poteſtatem interpretatione & authoritate Senatuſconſulti ad ſingularia fideicommiſſa extendi: neque de iis ius nouum conſtitui neceſſe fuit, quòd aliud diuerſúmque conſtitui non potuiſſet. Quamquam nec illud nouũ eſt, vt priores leges ad poſteriores trahantur. *l. 26. & 27. D. de legib.* ſcilicet per interpretationem eadem iuris & æquitatis ratione ſubnixam. Itaque quamuis Senatuſconſulti Pegaſiani verbis nullam legis Falcidię mẽtionem factam fuiſſe admitterem, ſed inductam dũtaxat quartæ ex fideicommiſſis ſingularibus retentionem, fiari tamen potuit Iuriſconſultorum interpretatione vt ad eius retentionem eadem iura, eędémque regulæ traherentur, quæ ex lege Falcidia in retentione quartæ ex legatis obtinebant, propter maximam illam per omnia & in omnibus legatorum, & fideicõmiſſorum ſingularium ſimilitudinẽ. Ergo cùm quæretur Quęnam res in falcidiam imputari debeant, non diſtinguemus an ab herede legata an fideicommiſſa ſingularia teſtator reliquerit, ſed id ſemper obſeruabimus, vt ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis ſingularibus quarta deducenda ſit, in eam non imputentur niſi quæ hereditario iure capiuntur. In neutram igitur imputabuntur, quæ conditionis implendæ cauſa heredi data ſunt ab eis quibus certas res aut per legatum aut per fideicommiſſum præſtare iuſſus eſt: neque enim hæc teſtamenti aut hereditario iure capiuntur. Sed huic ſententiæ ſubiicienda exceptio eſt quam Marcianus tradit, niſi figura conditionis non expreſſa heres pecuniam accipere iuſſus ſit, puta ſi teſtator non ita dixerit *Acceptis centum à Sempronio fundum Cornelianum ei data* aut *reſtituito*, ſed ſic potius *Heres meus accipito centum à Sempronio, & fundum ei reſtituito*. Hoc enim caſu, inquit ille, non tam conditionis implendæ cauſa, quàm quodammodo pro pretio fundi Sempronius centum dare iuſſus videtur, parúmque intereſt an fundum eo pretio vendere iuſſus ſit heres, an centum accipere & fundum reſtituere. Iam autem ſuprà diximus heredem certo precio vendere rem hereditariam teſtator voluerit precium in falcidiam imputari, tanquam iure hereditario perceptum, *d. l. in ratione. §. vendere.* At ſi figura conditionis expreſſa ſit hoc modo, *Heres meus Sempronio fundum dato ſi tibi centum dederit.* negari certè non poteſt quin ea centum mortis cauſa, & implendæ condicionis nomine capiantur. Idémque iuris conſtituendum puto, licet teſtator dixerit *Acceptis centum à Sempronio fundum ei data*, non expreſſa quidem figura conditionis ſed demonſtrata dãtis perſona. Nam & hæc cẽtum mortis cauſa capi Papinianus ſcribit *in l. acceptis 93. D. ad leg. falcid.* Etſi verò Papinianus eo loco diſtinguendum ait an perſona dantis demonſtrata ſit néc-ne, cum heres de reſtituenda hereditate rogatus eſt, mihi tamen in propoſita quæſtione hoc eſt cum ſingulare fideicommiſſum heres præſtat, diſtinctio hæc non probatur. Quod enim ille ait non demonſtrata dantis perſona, quaſi perceptam & retentam pecuniam videri, id dici nequit ſi ſingularis aliqua res legata ſit, aut per fideicommiſſum relicta. Nimirum quoniam pecunia facilè ex hereditate retineri poteſt, ex ſingulis verò corporibus nullomodo poteſt: ac proinde ſemper neceſſe eſt capi eam extra hereditatem & mortis cauſa, niſi cùm teſtator heredem eam pecuniam accipere iuſſit, & pro ea viciſſim quaſi venditionis iure legatario aut fideicommiſſario fundum præſtare. Ex illa autem Papiniani lege magis intelligimus verum eſſe quod volumus in Trebellianicam imputari ea etiam quæ mortis cauſa capiuntur ex diui Pij Conſtitutione, ſi modò penes heredem remaneant: atque ideo in §. *tametſi.* de Trebellianica Marcianum intelligi non poſſe vbi generaliter & indiſtinctè tradit in quartam non imputari quæ conditionis implendæ & mortis cauſa accipiuntur, ſed eam tantùm pecuniam quæ à legatario aut fideicommiſſario ad heredem pro pretio rei hereditariæ & hereditario iure peruenit. Quod cùm ita ſit, parum etiam acutè faciunt qui quod à Marciano contra ſcriptum eſt generaliter in *d. l. in quartam.* Ea quæ conditionis implendæ cauſa à fideicommiſſario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, de iis duntaxat accipi volunt quæ ſine figura conditionis relicta ſunt, & ab herede veluti pro pretio accepta. Quaſi verò fieri poſſit vt eadem pecunia & pro pretio & conditionis implendæ mortíſque cauſa accipiatur, quæ tamen ex diametro aduerſari oſtendunt ſatis illa Marciani verba *non conditionis implendæ cauſa, ſed quodammodo pro pretio.* Denique perpetuò verum eſt quæ conditionis implendæ cauſa capiuntur numquam in falcidiam legatorum aut fideicommiſſorum ſingularium imputari. In quartam verò fideicommiſſorum vniuerſalium ſemper imputa-

ri,

ti, præterquam in caſu *d.l.acceptis*. Sed non perpetuo verum eſt ea, quæ extra bereditatem à legatario aut fideicommiſſario ſingulari percipiũtur, implendæ conditionis, mortíſque cauſa capi: nempe ſi quaſi pro rei hereditariæ pretio capiantur. Dixi *Fideicommiſſario ſingulari*, quia quod à fideicommiſſario vniuerſali heres accipere iuſſus eſſet his verbis, *Accipito centum à Sempronio & ei reſtituito hereditatem*, non tã pro pretio hereditatis quàm pro quartę cõmodo acciperetur *l.ſi heres 9*. *D.ad legem falcid.d.l. acceptis in fine*. Alioqui retẽto ab herede pretio hereditatis, ipſa hereditas reſtitui non videretur. Nec quicquam refert an heres accepta certa quantitate vniuerſam hereditatem reſtituere iuſſus ſit, an verò quantitatem accipere, & hereditatẽ reſtituere, quia neutro caſu de vendenda ſed tantùm de reſtituenda hereditate cogitaſſe teſtatorem dici poteſt, cùm tamen in legatis & fideicommiſſis ſingularibus ea diſtinctio neceſſaria ſit ſecundum Mæciani ſententiam. Ferè enim eſt vt videatur heres iuſſus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommiſſario accipere iuſſus eſt pro ea re quam etiam iuſſus eſt dare, & ea neceſſitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi coniecturam iniunctæ venditionis inducit arg. *l.5.§.1.D. de praſcr. verb*. Quod verò apud Mæcianum ſequitur fideicommiſſarios in propoſita ſpecie cogi non poſſe vt eam pecuniã, & quantitatẽ præſtent, optimam rationem habet, quòd talis oratio ipſorum cauſa non contra ipſos poſita videatur. Nec contrarium eſt quod Vlpianus in eadem vt videtur ſpecie reſpondit duplex fideicommiſſum eſſe in *l.fideicommiſſa 11.§.cum eſſet.D. de legat.3*. Nam vt rectiſſimè *Accurſius* animaduertit, multùm intereſt, vtrum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis reſtituere rogatus ſit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommiſſum nihil aliud ex teſtamento acceperit. Priore caſu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniæ quãtitatem cogitaſſe teſtator videtur, neque minus grauare potuit fideicommiſſarium eundémque coheredem vt pecuniam daret, quàm alterum vt portionem reſtitueret. Poſteriore verò dici non poteſt teſtatorem obligare voluiſſe aut potuiſſe eum, cùm teſtamẽto nihil aliud dederit quàm illud ipſum legatum aut fideicõmiſſum cuius nomine quantitatem ab eo viciſſim præſtari voluit. Quis enim legatum vel fideicommiſſum ſibi relictum agnoſcere, aut propter defuncti voluntatem quam agnouerit quicquam præſtare compelletur? Atque hoc rectè, vt dixi, *Accurſius* explicauit. Sed cætera de quibus hoc capite diſputauimus, & quæ in ſequenti ſubiiciemus, non reperi adhuc ex interpretibus qui benè explicuerit.

Emendatio l.in quartam 91. & explicatio l.Titia 86.D.ad leg.Falcid.

CAPVT IIII.

POſtulant quæ ſuperiore capite diximus vt cætera quę pertinent ad inſtitutam diſputationem De iis quæ in legatorum & fideicommiſſorum falcidias imputãtur, explicemus. Quę quęſtio pertinet ad interpretationem *l.in quartã 91. D.ad leg.falcid. l.Titia 86.D.eod.l.filium.C.famil.ercifcun.* quibus vix alię vllę ſunt in toto iure difficiliores, & variis interpretũ noſtrorum Cõmentariis factę obſcuriores: atque ideò nobis diligentius elaborandum erit, vt non magis in aliorum opinionibus refellendis quàm in noſtris proponẽdis, & cõfirmãdis ingenioſi videamur. Sed cùm aduerſus omnes omnino interpretes dimicandum nobis eſt, tum præcipuè aduerſus Doctorum ætatis noſtræ ſine controuerſia Principem *Iacobum Cuiacium*, qui primus docuit, quod nemini vnquam anteà in mentem venerat, eandem omnino vtriuſque falcidiæ rationem eſſe, nec plura imputari in eam quartam, quæ ex reſtituendæ hereditatis fideicommiſſo retinetur, quàm in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam ſententiam præcipitem eum egit quod à Marciano ſcriptum credidit *in l. in ratione 30.§.tametſi. D.ad leg.falcid.* ea quæ conditionis implendæ cauſa heredi data ſunt in quartam fideicommiſſorum vniuerſalium non imputari. Quod tamen quàm ſit à veritate alienum & ab illius loci ſententia, ſuperiore capite, vt nobis videmur, apertè demonſtrauimus, & pluribus argumentis probauimus veram eſſe quod Marcianus contrà ſcribit in *d. l. in quartam*. Ea quæ implendæ conditionis cauſa à fideicommiſſario heredi dantur, in Trebellianicam imputari. vs proinde Baſilicorum authoritas qua vir doctiſſimus potiſſimum nititur, neque tot librorum authoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino conſtat anteponenda videatur. Si quid enim in iure certum, ſanè illud certiſſimum eſt in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommiſſi, vel conditionis implendæ cauſa. Sed in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda ſiue legatum vel fideicommiſſum datum ſit heredi, ſiue præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt in quartam id ei imputari, quemadmodum diſertis verbis Marcianus ſcribit in *d. l. in quartam*. Neque poſſis dicere cum *Goueano* in illo loco *Sed in fideicommiſſaria*, legendum eſſe *Sed &*, aut cum *Cuiacio*, totum eum verſiculum generalis prioris ſententiæ explicandæ non reſtringendæ cauſa ſubiectum eſſe. Verba enim omnino repugnant niſi in illis ſequentibus *in quartam id ei imputatur*, negationẽ addas quæ in libris omnibus deeſt. At neque verum eſt priorem legis ſententiam generalem eſſe, quæ non niſi de ea quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia eſt inter legem Falcidiam & Senatuſconſultum Pegaſianum, tantam inter eas quartas differentiam eſſe neceſſe eſt. Sed, cùm differentiæ rationem ſatis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea res vt ſublatam diſſimilitudinem illi voluerint qui diſſimilitudinis cauſam non intellexerunt. Docuimus autem in ſuperioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priuſquam à teſtatore aliquid legetur vel fideicommittatur, ideóque nõ poſſe confici eum ex legatis fideicommiſſis & aliis huiuſmodi ſi qua ſunt quæ ad eum alio quam hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cùm accedant quadranti iam confecto, extra & ſupra quadrantem eſſe debere. Pegaſiano verò Senatuſconſulto non confici quartam heredi ſed permitti duntaxat vt illam ſibi is conficiat ne omnino infructuoſa hereditatis aditio videatur, & potius ſpe alicuius lucri, & commodi ad adeundum inuitetur, eámque ob cauſam Senatuſconſulto ſatisfactum eſſe, ſi quartam heres habeat vndecunque tandem ſibi illam confecerit. Inde igitur fit, vt ſi accepta pecunia hereditatem reſtituere heres rogatus ſit, eam pecuniam illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius conſtituerit, quamuis non iure hereditario ſed mortis cauſa capi Papinianus ſcribat *in l.acceptis 93. eod.* ad quam neſcio certè

qua ratione reſponderi poſſit. In eadem cauſa ſunt quæ heres retinere, deducere & præcipere iuſſus eſt. Hæc enim etſi ex hereditate capiuntur, non tamen iure hereditario, quoniã heres ea percipit non hereditaria, ſed retentionis, deductionis & præceptionis iure, & vt cum Iuſtiniano loquar quaſi ex legato. *§. ſi quis vna. Inſtit. de fideic. heredit.* Etenim teſtatoris voluntas eſt vt quaſi extra hereditatem hæc accipiantur, ipſa autem hereditas reſtituatur. Ac ſane ſi ſubtilius inſpicias, tantùm abeſt vt quæ hereditario tãtùm iure capiuntur in quartam imputari debeant, vt nec ſi maximè heres velit imputare, tamẽ ea poſſit: quia quæcunque ab herede hereditario iure capiũtur, ea cùm ſint hereditatis in reſtitutionem venire neceſſe eſt. *l. in fideicommiſſaria 18. §. 1. & vlt. D. ad S.C. Trebell.* Quanquam enim non quicquid fuit hereditatis id ſtatim hereditario iure percipitur, ſed ita demùm ſi heredis iure & ex teſtatoris voluntate heres capiat, fieri tamen non poteſt vt quicquã capiatur iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditariæ locũ ſucceſſerit. Heres autem qui rogatus eſt hereditatem reſtituere id omne reſtituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Neceſſe igitur eſt vel quandrantẽ nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quę iure hereditario nõ capiuntur, ſi modò ad quartam conficiẽdam ſufficiant. Si quid enim heres iure heredis retineret, eueniret vt ex Trebelliano reſtitui hereditas non poſſet, hoc eſt vt partem aliquam iurium & actionum hereditariarum penes eum remanere neceſſe eſſet, quemadmodum accidit ſi retenta quarta hereditatẽ reſtituere ſit rogatus, quod tamen Iuſtinianus aperte negat in *d. §. ſi quis vna,* eo colore quòd illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iuſſus eſt non tam hereditario quàm legati iure hoc eſt extra hereditatẽ, ac quaſi à fideicommiſſario præſtita percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iuſtinianus ait, ita vt ſi quartæ ſufficiant, reſtitutio facienda ſit ex Trebelliano ſine vlla quartæ deductione. Verum igitur non eſt in Trebellianicam non imputari niſi quæ hereditario iure capiũtur. Rurſus quæro, ſi *Cuiacij* ſententia recta eſt quomodo explicari poſſit quod Marcianus ſcribit & vir doctiſſimus nõ negat ſiue legatum ſiue fideicommiſſum heredi datum ſit id in reſtituendę hereditatis quartam imputari? Dices fortaſſe, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario non pro ea quæ accipitur à coherede vt ſequentia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obſeruandum eſt de fideicommiſſo id dici non poſſe, cuius ſiquidem nulla pars capitur iure hereditario. Cùm in eo differãt legata quæ coheredi relinquuntur à fideicommiſſis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, niſi pro ea parte quam ex coheredis portione lex ſumit. Hæc verò non niſi ex portione eius, qui rogatus eſt poſſunt detrahi, quoniam fruſtrà coheredis fidei teſtator committat vt fũdum hereditarium præſtet coheredi ſupra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid ſi vnus tantùm heres inſtitutus ſit, & alicuius legatarij aut ipſius fideicommiſſarij fidei teſtator commiſerit vt heredi aliquid præſtet? Quis dixerit accipi hoc caſu partem aliquam fideicõmiſſi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani ſententia quæ generalis eſt, fideicõmiſſum huiuſmodi in quartã imputari? Poſtremò cum certi iuris ſit legatum quod vni ex heredibus relinquitur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à ſemetipſo capit. *l. & quidem 18. de leg. 1.* An non abſurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam ſententiam, ſi quod ille ſcripſit in Trebellianicam imputari quicquid heredi legatum eſt, de ea tantùm legati parte accipiamus quæ non niſi inutiliter legata eſt, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, inquies, Cogunt ea quæ ſequuntur apud Marcianum, vt hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, *Pro ea verò parte quam accepit à coherede, extra quartam, id eſt quod à coherede accipitur.* Hic verò verſiculus eſt, qui totius legis interpretationem adeò difficilem fecit vt ſi quis receptam lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio ſupereſſe poſſit. Nullus namq; in toto iure locus eſt qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tametſi vir doctiſſimus id probari putet ex *l. filium 24. C. famil. erciſcun.* De cuius quoque ſententia ob eam cauſam nobis ſequenti capite tractandum erit. Sed probabilius quis moueatur ex *l. Titia 86. D. ad leg. falc.* quæ cùm per ſe difficillima & obſcuriſſima eſt, tum maximè opinioni noſtræ aduerſari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cùm Titia teſtamento ſuo Titium fratrem ex parte tertia heredem inſtituiſſet, fideique eius commiſiſſet vt hereditatem retenta quarta parte reſtitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegaſſet. An Titius illa quæ prælegata ſunt etiam pro ea parte hereditatis quam reſtituere rogatus eſt, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum eſt non *an integra.* Reſpondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prędiorum. Sed ſi non eſſet adiectum vt pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputandum eſſe, quoniam contra ſententiam matrisfamiliæ lex falcidia induceretur. Illa igitur Iuliani ſententia eſt, in quartam hereditariæ portionis reſtituendæ non imputari tota prædia quorum ſcilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, ſed eam duntaxat portionem quæ ad eum iure hereditario peruenit, hoc eſt trientem: At ne quidem totum trientem, ſed duodecimam tantùm partem ſi retenta aut quod idem eſt deducta quarta hereditatem reſtituere iuſſus ſit. Quæ omnia quam rationem habeant difficilius eſt dicere, quàm vt omnibus hac in re ſatisfieri poſſe videatur. Priuſùm enim illud à iuris ratione alienum videtur eſſe legata integra ab herede retineri. Cùm certi iuris ſit eam legati partem quam heres à ſeipſo capit non tam legati quàm hereditario iure percipi, *l. heredes 25. §. vltim. cum l. ſeq. D. famil. erciſcund. l. miles ad ſororem 75. §. vltim. de legat. 2. l. eum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. aufer.* atque ideò in fideicommiſſi reſtitutionem venire, *l. in fideicommiſſariam 18. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* Nec placet *Goneani* diſtinctio inter legata & prælegata, quaſi nulla prælegati pars in reſtitutionem venire debeat quod nihil tam contrarium ſit reſtitutioni quàm retentio. Nam & prælegata venire in reſtitutionem conſtat, ſi heres portionem reſtituere iuſſus ſit. *l. 3. §. vlt. D. eod. tit.* aut quicquid ad eum ex hereditate peruenerit, *l. cum virum 16. Cod. de fideic.* Quòd ſi hereditatis tantùm mentio facta ſit, ſateor eam prælegati partem quæ legati iure capitur in reſtitutionem non venire, quoniam ſcilicet hereditatis appellatione legata non continentur. *l. ſi Titius ex parte 96. de legat. 3.* Sed eam partem quæ iure hereditario capitur ſiue legatum ſiue prælegatum ſit reſtituendam eſſe non dubito: quoniam pro ea parte nec legatum valeat, nec prælegatum. Quam ob cauſam Iulianus in *d. l. Titia,* ea prædia quæ prius prælegata

dixerat,

dixerat, poſteà legata vocat, vt intelligamus nihil hac parte legata differre à prælegatis. Sanè ſi heres ex parte inſtitutus portionem ſuam repudiauerit, multùm intererit an legatum ei ſit an prælegatum. Nam legatum totum ad eum nihilominus pertinebit, prælegatum verò non niſi pro parte coheredis, *d.l. & quidem totum. de legat. 1. d.l. nihiles. §. vlt. de legat. 2. dict.l. eum qui §. vltim. de his quæ vt indign. aufer.* Cuius diſſimilitudinis illa fortaſſis ratio eſt quòd iis etiã qui heredes non ſunt legamus, ſolis autem heredibus prælegamus: adeò vt quicquid heredi legatur id ſi hereditas quandocunque adeatur, promiſcuè legatum & prælegatum dici poſſit. Nam & quod heredi legatur id ille præcipuum habet ac præter portionem hereditatis, non minus quàm ſi eſſet prælegatum, & ex contrario prælegatum non minus quàm legati pars ex hereditate capitur, & iure hereditario. At in quæſtione *dict. l. Titia*, non puto quicquam intereſſe vtrum Titio heredi ex tertia parte ſcripto legata eſſent prædia an prælegata. Et vtroque caſu puto reſponſurum fuiſſe Iulianum legata integra retineri, nec vllam eorum partem venire in reſtitutionem. Nempe quia vt rectiſſimè iam olim veteres omnes interpretes animaduerterunt, quoties de hereditate reſtituenda heres rogatus eſt priuſquam ei quicquam legatum, aut prelegatum ſit, non poteſt videri teſtator voluiſſe vt quod poſt iniunctum fideicommiſſum heredi reliquit fideicommiſſario reſtitueretur, ſed potius vt preſtito fideicommiſſo ea res legata, aut prælegata ab herede retineretur. Etenim dici ſolet parùm aut nihil curandum eſſe ordinem ſcripturę, accidit tamen aliquando vt ex ordine ſcripturę coniectura diuerſę voluntatis inducatur. *l. cum pater 77. §. à te peto. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. vltim. D. ad S.C. Trebellian.* & in eo de quo quærimus fieri non poteſt vt heres rogatus videatur id reſtituere quod nondum acceperit. Quanquam & alia ratione moueri Iulianus potuit. Nimirum quòd veriſimile eſſet teſtatricem quæ retinēdæ ex portione reſtituendæ quartæ poteſtatem heredi feciſſet, multò magis voluiſſe integra ab eo retineri legata quæ ſcilicet ex hereditate delibata eſſent non aliam ob cauſam quàm vt extra hereditatem, & reſtituendi neceſſitatem conſtituerentur. Sed illud difficilius eſt, quod Iulianus ſubiicit in partem quartam imputari oportere duodecimam duntaxat partem prædiorum. Nemo enim dubitat quin tam in Falcidiam, quàm in Trebellianicam ea ſaltem imputentur, quæ iure hereditario capiuntur: Atqui prædiorum quæ prælegata proponuntur non tantùm duodecima ſed tertia pars iure hereditario percipitur, cùm ex parte tertia Titius inſtitutus eſſet. Cur non igitur ſaltem tertia aliorum pars imputabitur? Etſi verò Iuliani verba oſtendunt ſatis rationem aliam quærendam non eſſe, quàm quòd ex teſtatricis iudicio, & voluntate quarta deduceretur, hoc ipſum tamen obſcurum eſt, cur non & hoc caſu in quartam imputentur ea omnia, quæ iure hereditario capiuntur, quemadmodum contingeret ſi de dodrante tantùm hereditatis reſtituendo heres rogatus eſſet. Quòd ſi quis dicat teſtatoris hereditatem ſuam reſtitui iubentis retenta quarta, voluntatem illam videri vt ex iis tantùm rebus quarta detrahatur quæ reſtituentur prælegatum autem nō reſtitui. Inde igitur fieri, vt quæ pars hereditatis capitur iure hereditario non ideò in quartam imputetur. Quæro, Cur ergo pars aliqua prælegati imputetur cùm nulla reſtituatur? Aut ſi pars aliqua imputanda eſt, cur duodecima potius quàm alia portio? Scio *Goueanum*, cuius extant præclari & eruditi in hunc titulum Commentarij, in ea eſſe opinione vt putet illam duntaxat partem imputari ſine qua heres quartam non retineret. Sed quid ille ſibi velit tam obſcuris verbis, ego planè non intelligo. Nam & nō imputata illa parte duodecima nónne Titius quartam ex illa ipſa hereditate quæ reſtituitur retinere poſſet, atque ita plus quàm totius hereditatis quartam haberet? Aut ſi quis abſurdum putet plus quàm quartam eum retinere, An non & imputata illa duodecima præcipuum & ſupra quartam habet quadrantem qui in prædiis prælegatis hereditario iure capitur, quique nec reſtituitur, nec imputatur? Dicendum igitur eſt eam partem imputari quæ imputaretur, ſi prædiorum portio quæ iure hereditario capitur, in reſtitutionem veniret. Voluit enim teſtatrix retineri quartam ex hereditate, hoc eſt ex iis omnibus quæ hereditario iure ad Titium fratrem pertinerent, in quorū numero triens ille eſt quem in fundis prælegatis à ſemetipſo Titius accipit. Trientis igitur quartam hoc eſt prædiorum duodecimam imputare eum neceſſe eſt. Nec ad rem pertinet quod nulla prædiorum pars fideicommiſſario reſtituatur. Non enim reſtitutionis & imputationis iura confundi debent, nec quæ ratio reſtitutiooem impedit, eadem impedire poteſt imputationem. Nulla pars reſtituitur, quia, vt diximus, poſt iniunctum hereditatis fideicommiſſum, prædia ſunt prælegata, atque eorum ratiooe imminutum fideicommiſſum, ex veriſimili teſtantis voluntate. Imputatur tamen duodecima, quoniam illa teſtamenti verba *retenta quarta*, non minus ad quartam trientis pertineot qui in prædiis prælegatis iure hereditario capitur, quàm ad quartam reliquæ totius hereditatis, neque ex eo quòd fideicōmiſſū prius relictū eſt quàm prælegata eſſent prædia, voluntatis coniectura capi poteſt, quaſi alia ratione imputationem fieri teſtatrix voluerit quàm ſi primum prælegaſſet, deinde fideicommiſſum hereditatis reliquiſſet. Illud ergo duntaxat mirandum ſit quod Iulianus ait, Si non eſſet adiectum vt quarta deduceretur, futurum vt totus ille triens in quartam imputaretur. Cur non enim totum pretium prædiorum imputatur, ſi verum eſt quod nos defendimus in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda non ea tantùm heredi in quartam imputari quæ iure hereditario capit, ſed illa etiam quæ iure legati aut fideicommiſſi? Atque ob eam cauſam putabam aliquando corruptum eſſe Iuliani textum in iis verbis *totum trientem prædiorum*, & pro *trientem* legendum potius eſſe *pretium*. Sed mihi nūc probabilius videtur vt diſtinguamus quomodo in prima legis quæſtione diſtinximus. An prius heredi fideicommiſſum iniunctum quàm prælegatum relictum ſit, an ex contrario prius prælegatum ſit, quàm fideicommiſſum. Priore ſiquidem caſu puto teſtatoris voluntatem efficere vt ea tantum prælegati pars in quartam imputari debeat, quæ iure hereditario capitur, non quæ à coherede. Illa fortaſſis ratione, quòd videatur teſtator voluiſſe, vt etiam reſtituta hereditate nihilominus prælegatum heres haberet, qood tamen habere oon videretur prælegati iure, ſi totum id in falcidiam imputaret: Nec Senatuſconſulti beneficium implorare heres prohibeatur, vt ex reſtituenda hereditate quartam deducat, licet ea deducta futurum ſit vt ex bonis teſtatoris plus quàm quartam habeat, quia ſicut fideicommiſſo oneratus eſt prius quàm ei prælegatum eſſet, ita quartæ retentionem ei permitti neceſſe eſt, ante quàm de prælegato diſputetur. Qund tamē ſimiliter dici non poſſet, ſi prius heredi prælegatum eſſet quàm eius fidei cōmiſſum

vt hereditatem reſtitueret; Tunc enim licere non deberet heredi quartam ex fideicõmiſſaria hereditate reſtituenda retinere quam ei teſtator ipſe iam dediſſet, & ante iniunctum onus fideicommiſſi confeciſſet, *argum. l. cùm quo 56. §. vltim. D. ad leg. falcid.* Denique ſi ea legati aut prælegati pars, quæ à coherede accipitur in quartam hereditatis reſtituendæ non imputaretur, nulla hac parte differentia eſſet inter Falcidiam & Trebellianicam, quæ tamen apertiſſimè ponitur in *d. l. in quartam.* vt qui apertioribꝰ verbis concipere eam vellet planè neſciam quomodo id facere poſſet. Nec ratio vlla ſatis recta reddi poteſt eius diſtinctionis quam interpretes noſtri verbis legis potiùs quàm iuris ratione coacti induxiſſe videntur. An legatum quod heredi relinquitur tale ſit quod totum à coherede accipiatur, puta ſi legata ſit pecunia quæ tota ex coheredis portione confici poteſt, *l. cùm pater 77. de legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis. ad S.C. Trebell.* An verò pars hereditario iure capiatur, pars à coherede, vt ſi hereditatis prædium legatum proponatur. Nam quod dicunt poſteriore hoc caſu non imputari eam partem quæ capitur à coherede, ne alioqui eueniat vt vna eademque res diuerſo iure cenſeatur, ad rem ſanè non pertinet. An non enim id etiam multò magis contingat, ſi dicas eiuſdem rei partem in quartam imputari, partem aliam non imputari? Aut quæ ratio eſt cur ea pars quæ à coherede legati iure capitur in quartam non imputetur, ea verò quæ nec hereditario nec legati nec teſtamenti iure, ſed tantùm mortis cauſa capiuntur, imputentur. *dict. l. in quartam. & l. acceptis* Sed interpretes omnes præcipites egit vnicus ille verſiculus *pro ea verò parte quam accepit à coherede extra quartam, id eſt, quod à coherede accipitur*, quem tamen cùm in Pandect. Florentinis aſteriſco notetur, vel omnino tollendum, vel ſaltem emendandum eſſe ſuſpicari licet: eóque magis quod ex illis ipſis qui receptam opinionem, & interpretationem amplectuntur, quidam non negant locum corruptum eſſe, & ita emendant *non pro ea parte quam accepit à coherede: extra quartam enim eſt quod à coherede accipitur.* Ego verò neque dubito quin recepta lectio emendari debeat, neque video quomodo probabilius emendari poſſit, quàm ſi vel totum eum verſiculum tollamus, vel ſic legamus *pro ea etiam parte quam à coherede accepit*, mutata dictione *verò* in hanc quam repoſuimus *etiam*: deinde ſequentia illa omnia deleamus *extra quartam id eſt quod à coherede accipitur.* Contecturam iuuat quod *Goueanus* teſtatur vidiſſe ſe in libris manuſcriptis articulum *verò* ſcriptum hac nota ṽ. quæ facilè corrumpi potuit cùm fortè ſcriptum eſſet *etiam* his literis ẽt, quomodo in veteribus libris dictio *etiam* breuiter ſcribebatur. Cùm autem corruptè legi cœpiſſet *verò* pro *etiam*, factum poſteà eſt ab imperito interprete, qui mancam & imperfectam loci ſententiam eſſe exiſtimabat, vt addita ſint illa, quæ ſequũtur, *extra quartam, id eſt, quod à coherede accipitur.* Nam articulus *verò* differentiæ alicuius notam, & ſignificationem habet. Differentia autem non aliter explicari poteſt, quàm ſi admittas extra quartam eſſe eam legati partem, quæ à coherede accipiatur. Verùm cogitare debebat quiſquis fuit ille interpres, non potuiſſe fieri vt ita Marcianus ſcriberet, qui ex contrario dixerat in præcedentibus, ſiue legatum ſiue fideicõmiſſum heredi relictum ſit in quartam id illi imputari. Neque enim poſſis dicere imputari quidem ſed pro ea parte quam heres capit à ſemetipſo, & iure hereditario: Cùm pro ea parte ne quidem legatũ quicquam videatur, quia, vt diximus, heredi à ſemetipſo legari non poteſt. *dict. l. & quidem tantum. de legat.* 1. Perinde igitur eſſet, acſi Marcianus ſcripſiſſet. Si heredi legatum ſit in quartam imputari quatenus legatum non valet. Siue quod idem eſt, imputari in quartam legatum, quod legatum non eſt, quo quid abſurdius aut ineptius dici poſſet? Prætereà ſi cætera inſpicias quæ in ea lege ſequuntur, ſatis videas Marcianum nihil aliud agere quàm vt doceat omnia omnino quæ heres accepit, quocumque tandem titulo & iure acceperit in Trebellianicam imputari. Ac ſanè ſi quid eſſet quod non imputaretur ea maximè extra quartam eſſent, quæ conditionis implendæ & mortis cauſa capiuntur. Hæc enim non ſolùm hereditario iure non capiuntur, ſed neque ex hereditate, neque ex teſtamento, nec denique ex iudicio & voluntate teſtatoris. Atqui hæc imputantur vt apertiſſimè Papinianus ſcribit in *d. l. acceptis. 93. ad leg. falcid.* Quid igitur eſſe poteſt, quod imputari non debeat? idque etſi apertius erit ſi verſiculum, *Sed & quod implenda*, retineamus, tamen & eo ſublato non alia Marciani ſententia futura ſit. Nam & quod ſcriptum eſt in §. *ſed etſi accepta.* ſi heres accepta pecunia hereditatem reſtituere rogatus fuerit, in quartam id imputari ex Hadriani Pij Conſtitutione non tãtùm ad eam pecuniam pertinet quæ ex hereditate & bonis teſtatoris accipiatur, ac quaſi retinetur: ſed de illa etiam intelligi debet quæ ab ipſo fideicommiſſario conditionis implendæ cauſa præſtatur & ab herede mortis cauſa accipitur, vt probat ſupradictus Papiniani locus. Quæ ratio facit vt poſt eum verſiculum, *Sed etſi accepta*, accommodatè ſubijci potuerit quod ſequitur in §. *ſi quid verò implenda*, nec enim neceſſe erat, vt apertioribus verbis Marcianus ſcriberet ea quæ cõditionis implendæ cauſa capiuntur in quartam imputari, quàm quomodo ſcripſit in *d. §. ſed etſi accepta.* Quod tamen ab ignaro interprete non intellectum fecit fortaſſis, vt addendum ille exiſtimauerit verſic. *Sed & quod implenda.* Quem ſi velis protſus tollere, non tanquam falſum, ſed potius quaſi ſuperfluum, facilè id concedam: vt admittam non defuiſſe interpretes, qui textum legis corrumpere & deprauare auſi ſint: indéque etiam colligas verba illa quæ tollimus *extra quartam, id eſt quod à coherede accipitur*, quę aſteriſco notantur quęque abſurdam efficiunt legis ſententiam & orationis conſtructionem, ab eodem interprete addita fuiſſe, & vt rectè omnia inter ſe cohæreant, tollenda eſſe.

Ad l. filium 24. C. famil. erciſc.

CAPVT V.

IN huius loci explicatione, refutanda primùm nobis eſt eorum ſententia qui fundum de quo agitur, prælegatum fuiſſe interpretantur, itémque aliorum, qui filium de reſtituenda ſua hereditatis portione rogatum fundum ex ea retinere iuſſum eſſe ponunt. Nam & verba illa *habentem fundum* neſcio quid aliud præ ſe ferunt: Et ſi fundus aut prælegatus, aut retineri iuſſus proponeretur, falſum eſſet quod lex ait eas partes fundi, quæ à coheredibus percipiuntur, quibus nihil viciſſim filius præſtat, reſtituendas eſſe. Siue enim ita intelligas, vt pro iis partibus fundus veniat in reſtitutionem hereditatis, falſum eſt illam prælegati partem quæ iure legati capitur in reſtitutionem venire. §. *vltim. l. in fideicommiſſariam 38. D. ad S. C. Trebellian.* Siue quod probabilius eſt, eam legis ſententiam eſſe putes vt iudicio familiæ erciſcundæ partes illæ reſtituantur: Certum eſt ad arbitri familiæ

erciſcundæ

erciſcundæ officium pertinere vt ex voluntate defuncti prælegata & retentiones integras ei adiudicet ſeruétque precipuas cui teſtator dedit. *l. heredes 25. §. vltim. cum l. ſequen. & l. ſi ita 42. D. famil. erciſcun. l. cùm pater. 77. in princip. de legat. 2.* Verius igitur eſt quod iam olim plærique ex interpretibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte reſtituenda rogatus proponitur, neque prælegati, neque retentionis iure, ſed in peculio habuiſſe fundum, de quo diſputamus. Quicquid enim viuo patre filius habet, id ſi aliud non appareat ex cauſa peculij habere eum neceſſe eſt. Certúm autem eſt peculia liberorum poſt mortem patris in hereditatem diuidendam ad communionem eſſe reuocanda. *l. certum. Codic. famil. erciſc.* De illo igitur Imperatores conſulti ſunt, qua ratione fundus ille peculiaris poſt patris mortem factus hereditarius inter coheredes diuidendus eſſet, ac quomodo falcidiæ ratio poni deberet à filio quem pater portionem hereditariam reſtituere rogaſſet. Septem verò coheredes inſtitutos fuiſſe, quod ante nos *Arnaldus Ferrerius* obſeruauit, ipſa legis verba demonſtrant, atque vnum ex iis filium ſcilicet qui fundum in peculio habebat rogatum vt partem ex qua inſtitutus erat fratribus ſuis ac prætereà quibuſdam aliis duobus puta extraneis reſtitueret. Quare ſpeciem & cauſæ conſtitutionem ſic ponendam exiſtimo. Teſtator cùm ſeptingentos aureos in bonis haberet, ac inter cætera bona fundum octo & viginti aureis dignum quem vni ex filiis ſuis in peculium viuus conceſſerat, teſtamento ſeptem heredes inſtituit, tres filios Titium, Lucium, & Sempronium, & quatuor extraneos, Caium puta, Mæuium, Seium, & Cornelium. Titium rogauit vt portionem hereditatis fratribus Lucio & Sempronio, itémque extraneis Caio & Mæuio coheredibus reſtitueret ſub ea conditione, Si nauis ex Aſia veniſſet. De fundo nihil dixit, idcóque in diuiſionem hereditatis venire cum ſicut cæteras quoque res hereditarias ambigi non poteſt. Rurſus quin fideicommiſſum valeat, reſtituendæ portionis hereditariæ, cùm conditio extiterit, poſtquam placuit in ſingulis heredibus legi falcidiæ locum eſſe nemo dubitat. Itaque cùm falcidiæ nomine Titius ex portione ſua, quæ centum aureorum eſt viginti quinque retinere debeat, eam conficiendæ quartæ rationem inibimus, vt ſeptimam partem prædij quæ iure hereditario ad eum pertinet, id eſt, quatuor aureos imputet. Eas verò portiones, quæ hereditatis iure in eo fundo ad Lucium, & Sempronium fratres, itémque ad Caium & Mæuium extraneos pertinent quibus portionem ſuam reſtituere rogatus eſt compenſet cum pari quantitate quam ex portione reſtituenda retinere alioquin poſſet. Sic fiet vt quatuor ſeptimas fundi partes, quę ſexdecim aureos efficiunt cum falcidia compenſet, & tam ex ſua, quàm ex coheredum portionibus in eo fundo viginti ſibi conficiat, quę quoniam ad quartam integram non ſufficiant, cùm ea quinque & viginti aureorum eſſe debeat, id quod quartę deeſt, nempe quinque aureos in ſupplementum deducet ex ipſa portione hereditaria reſtituenda. Atque ita confecto quadrante partim retentione, partim compenſatione, partim etiam deductione cogetur id, quod à cęteris coheredibus Seio & Cornelio, quibus reſtituere rogatus non eſt, in eo fundo ſoluitur, id eſt duas ſeptimas quas iam ſupra quartam habet, iis reſtituere, non quidem ex cauſa fideicommiſſi quod Seio & Cornelio nullum relictum proponitur, ſed iudicio familię erciſcundæ, de quo titulus ille eſt. Neque enim cum falcidia compenſare Titius poteſt eas partes fundi quę ad Seium & Cornelium pertinent, quibus nihil ipſe viciſſim præſtat. Quæ ſanè veriſſima & faciliima eſt, licet noua, necdum tradita huius legis ſententia, ex qua intelligimus nihil eam pertinere ad id de quo præcedenti capite quærebamus, An prælegati aut retentionis pars quæ à coherede accipitur in Trebellianicam imputetur. Et toto cœlo errare eos, qui legis ſententiam illam eſſe putant, vt Titius de fundo reſtituendo rogatus quartam ex eo retineat, in quam imputet quod à fideicommiſſarius accepit ſi tantum acceperit, quàtum ad quartam ſatis ſit, ſin minus, ex ipſo fundo fideicommiſſario deducat quod ad quartam deeſt. Quod ſi plus acceperit, reddere id compellatur. Nam de portionis hereditarię non de fundi ſubſtitutione rogatus Titius proponitur. Neque rurſus paria ſunt, vt illi putant, an in falcidiam imputetur, an cum quarta compenſetur, quod à coheredibus percipitur. Quæ enim à coherede accipiuntur, ea in legatorum falcidiam minimè imputantur, quia iure hereditario non capiuntur, nec tamen ideò minus compenſantur. *l. qui non militabat 78. D. de hered. inſtit. l. Neſennius 22. D. ad leg. falcid.*

Emendatio l. ob hac verba 20. D. de his qui notant. infam. & l. fundum 20. D. de euictio.

Capvt vi.

OCcurrunt plæraque in libris noſtris librariorum errata ex tranſpoſitione literarum aut verborum, quæ niſi diligentius attendenti non facile eſt animaduertere, vt ex iis quæ hoc capite docebimus intelligetur. In *l. ob hac verba 20. D. de his qui not. infam.* Papinianus ſcribit, Ob hæc verba ſententiæ Præſidis prouinciæ *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*, pudorem potius oneratū quàm ignominiam irrogatam videri. Tum rationem ſubiicit, *Non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur*. Quæ ratio quomodo accipienda ſit, & quo ſenſu ad Papiniani reſponſum accommodari debeat, *Accurſius* & alij interpretes non explicant. Illud tantùm notant, eum qui exhortatur non mandare atque in eam rem ſimilia plætaque congerunt, quæ à Papiniani ſententia certè omnino ſunt aliena. Cur enim Præſes prouinciæ mandatoris opera fungeretur? Aut cur eum in quem prolata ſunt verba illa ſententiæ Præſidis exhortatorem duntàxat, non etiam mandatorem accuſationis fuiſſe diuinamus? Imò inſtigatorem dixit Præſes prouinciæ non exhortatorem aut mandatorem. Indéque nimirum dubitandi cauſa naſcebatur, propter quam non pudor tantùm oneratus, ſed infamia quoque irrogata videretur; quòd certi iuris ſit non eſſe hac parte diſſimilem calumniantis inſtigatoris, & accuſatoris rationem *ex l. 1. §. incidit. D. ad S. C. Turpill.* Qui locus apertiſſimè conuincit ſententiam exiſtimantium eos qui falsò & per calumniam accuſationem inſtigarint, non fieri infames. Tam enim infames fiunt, nec minus in Senatuſconſultum Turpillianum incidunt ſi ab inſtigatione deſiſtant, quàm qui per calumniam accuſationem inſtituerunt aut inſtitutam accuſationem proſequi deſtiterunt. Omnes namque calumniatores Prætoris edictum infames facit, *l. 1. D. de calumniat.* Nec poſſis Papiniani reſponſum quod contrarium videtur ex eo defendere, quòd *Bartolus* diuinat verba illa ſententiæ Præſidis, quæ Papinianus refert, prolata fuiſſe priuſquàm de cauſa cognoſceretur. Vnde infert ille verba iudicis vituperioſa (ſic enim loquitur) ſi non prolata ſint cauſa cognita infamiam non irrogare. Quis enim *Bartolum* admonuit in ea ſpecie,

Digitized by Google

quæ Papiniano ex facto proponebatur, nullam cauſæ cognitionem præceſſiſſe, & Præſidem prouinciæ ad ſententiam de accuſatione ferendam ſine vlla cauſæ cognitione contra omnem omnium iudiciorum exercendorum ordinem ac ritum proſiluiſſe? Aut cur ſententiæ appellatione Præſidis interlocutionem intelligere volumus, quæ propriè ſententia dici non poteſt, *l. quod iuſſit 14. D. de re iudicat. & titu. Cod. de ſent. & interloc. omn. iudic.* Probabilius ergo eſt loqui Papinianum de ſententia Præſidis diſſinitiua lata ſuper accuſatione per calumniam inſtituta, & in eum qui accuſationis inſtigator dicebatur direxiſſe Præſidem verba illa, *Callida commenta videris accuſationis inſtigator fuiſſe*, quibus ignominia ei, tamquam calumniatori irrogata videbatur. Sed hanc non irrogatæ ignominiæ rationem Papinianus adfert, quod is qui exhortatur damnatoris opera non fungatur. Lego enim *damnatoris* pro *mandatoris*, prioribus duntaxat literis quæ inuerſæ & tranſpoſitæ erant, in priſtinum ſuum locum reſtitutis. Senſus verò eſt & perelegans & apertus, Præſidem prouinciæ iis verbis quæ proponuntur, non tam id egiſſe vt inſtigatorem de calumnia condemnaret, quàm vt eum exhortaretur ne in poſterum callidis eiuſmodi commentis ad inſtigandas accuſationes abuteretur. Infamia igitur, & ignominia irrogata non eſt cùm nulla condemnatio ſecuta ſit. Nam vt calumniator infamia notetur, non ſufficit calumniatum eſſe eum, ſed illud præterea requiritur, vt calumniæ cauſa ſit condemnatus, *l. athletas 4. §. calumniator. l. non alia 19. D. de his qui not. infam.* Sicut & in ceteris criminibus ſiue priuatis, ſiue publicis accidit, vt numquam ex ipſo crimine, ſed ex ſententia tantùm quæ de crimine lata eſt infamia irrogetur. *l. quid ergo 13. §. vltim. D. eo. l. infamem 7. D. de public. iudic.* Ita fit vt multum intereſſe dicendum ſit an Præſes prouinciæ ſic pronunciauerit, *Per calumniam accuſationis inſtigator fuiſti*, an quomodo Papinianus ponit, *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*. Illa enim verba, ſententiæ & condẽnationis, hæc verò exhortationis potius ſpeciẽ præ ſe ferunt. Deniq; ad boni iudicis officiũ pertinet non tantũ vt abſoluat, aut cõdemnet, ſed etiam vt interdum exhortetur, præſertim ſi quando probationes minus plenas eſſe videat, quàm vt iis moueri poſſit ad condemnandum eum, quem tamen aliquod delicti ſuſpicione non omnino vacare ex litis indiciis & argumentis intelligit. Hæc ad Papinianum, nunc ad Pomponium. Is in *l. fundum 20. D. de euiction.* ita ſcribit, Fundum meum obligaui, deinde alienaui tibi, vt eo nomine non obligeris. Si eum poſtea abs te emam, & ſatis pro euictione mihi des, excipiendum cautione, quòd pro me obligatus ſit: quia etiam non excepto eo, agendo, eo nomine contra te, doli mali exceptione poſſim ſummoueri. Dico tollenda eſſe verba illa, *vt eo nomine non obligeris*, & in ſequentibus ſic legendum, *excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quòd pro me obligatus ſit.* Nam conuentione fieri non poteſt vt fundum quem obligaui tibi alienem hac lege, ne tu eo nomine obligeris. Pignoris enim obligatio rem ipſam obligatam, non perſonam obligantis afficit, & alienatio cùm fit, eam neceſſe eſt fieri cum ſua cauſa, ne alioqui eueniat, vt ſit in poteſtate debitoris pignus alienando ſoluere obligationem, in eóque deteriorem facere creditoris conditionem. Rurſus quamuis in fundi obligati venditione dictum non ſit vt tu eo nomine non obligeris, nemo tamen dubitat quin creditore fundum iure pignoris euincente ſim obligatus aut ex ſtipulatione duplæ ſi interceſſerit, aut ex empto propter naturam contractus bonæ fidei ex quo vacuam poſſeſſionem tradere tibi debeo, & præſtare vt eam rem quam vendidi habere tibi liceat. Ergo inutilis & nullius momenti eſt ea venditionis conditio vt tu pignoris nomine non ſis obligatus. Aut potius inepta & ridicula eſt conuentio, cùm fieri non poſſit vt pignoris nomine emptor obligetur. Quamquam enim pignoris obligatio rei obligatæ alienatione non extinguitur, ipſa tamẽ emptoris perſona non, ideò obligatur, vt nulla cauſa ſit paciſcendi ne emptor pignoris nomine obligetur. Sed neque rectum ſenſum habet quod ſequitur *excipiendum cautione quòd pro me ſit obligatus*, niſi cum *Accurſio* ſuppleas quæ nos addenda eſſe contendimus: & ſic legas, *excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quòd pro me ſit obligatus.* Id enim apertè ſibi vult Pomponius. Si fundum obligatum quem tibi vendidi poſtea abs te emam & tu euictionis cauſa ſatiſdes, excipiendum eſſe cautione & promiſſione ne tu ex ſtipulatione aut venditione obligeris eo nomine quòd pro me fundus ſit obligatus, ſi quando contingat eum pignoris iure per creditorem euinci. Æquum autem eſſe vt cautione id excipiatur probat Pomponius hac ratione, quòd etiam non excepto eo agendo hoc nomine contra te, doli mali exceptione poſſem ſummoueri. Quoties enim facto meo res quam abs te emi euincitur, nullam ob eam rem aduerſus te actionem habere poſſum. *l. hoc iure 27. D. eod. tit.* Propter quam cauſam mihi videbatur aliquando corruptum eſſe Pomponij textum & addita negatione legendum *non excipiendum cautione* quaſi monere is voluiſſet non eſſe excipiendam cautione vt eo nomine non obligeris, quandoquidem & non excepto eo ſi ex ſtipulatione agere vellem doli exceptio mihi noceret. Fruſtrà enim excipi videtur quod quamuis exceptum non ſit pro excepto tamen habeatur. Sed me nunc in contrariam ſententiam illud vocat, quòd expreſſæ exceptionis vtilitas illa futura ſit vt ipſo iure nulla mihi actio ex ſtipulatione competat quæ tamen ex verbis competeret, ſi cautione & promiſſione nihil exceptum eſſet. Alioqui doli exceptio obiici non poſſet ſi actio nulla competeret quæ per exceptionem elideretur. Atqui longè commodius & vtilius eſt ipſo iure tutum eſſe, quàm per doli exceptionem, quod poſt actionem propoſitam multa accidere poſſint quæ exceptionis vim & poteſtatem, vel impediant, vel remorentur, vt non tantùm Iuriſconſultis ſed pragmaticis quoque notum eſt.

De purgatione moræ.

CAPVT VII.

MOram contrahi certum eſt vel ex perſona, vel ex re ipſa, vel ex die. Ex perſona contrahitur ſi interpellatus quis opportuno loco & tempore non ſoluerit quod debet, vel non acceperit quod ſibi debetur. In quo genere contrahendæ moræ ſi quando diſputetur an ea contracta ſit, facti plærumque quæſtio eſt, potiùs quàm iuris, Ita vt neque conſtitutione vlla, neque iuris authorum quæſtionibus decidi id poſſe videatur, quemadmodum Marcianus ſcribit in *l. mora 32. D. de vſur.* vbi illud etiam adiicit non ſufficere ad probationem contractæ moræ vt debitori, vel creditori ſuo quis denunciauerit, ſed illud præterea requiri, vt non omittatur debiti repetendi aut offerendi inſtantia ſi ſui poteſtatem facere cœperit is, cui denunciatum eſt. Non quòd ad contrahendam moram ſæpius interpellatum quem eſſe neceſſe ſit, vt vulgo plærique exiſtimant (vnica namque interpella-

terpellatio ſufficit ſi modò ſolenniter hoc eſt teſtatò facta ſit. *l. Titia Seio* 8. §. *vſuras. de legat.* 2. *l. qui Roma* 122. *in princip. D. de verbor. obligat.*) ſed vt intelligamus moram, quæ ex perſona eius qui interpellatus eſt contracta fuit facilè ex perſona eius qui interpellauit purgari ſi is debiti repetendi aut offerendi inſtantiam remittat. Ex re ipſa moram fieri dicimus, Si quis fortè inſulam ædificare promiſerit, neque tamen ædificauerit intra id tempus quod ad ædificandam inſulam ſufficere potuiſſet. Quemadmodum enim ſtipulatio illa *Inſulam ædificari* quæ verbis pura eſt, ex re ipſa dilationem capit vt non prius actio incipiat, quàm tẽpus tranſierit intra quod ædificari inſula poterit *l. interdum* 73. *D. de verbor. obligat.* Ita fit vt ſi promiſſor intra id tempus inſulam non ædificauerit re ipſa moram contraxiſſe intelligatur, licet interpellatio nulla præceſſerit. *l. ſtipulationes* 72. §. *vltim. D. eod.* Quanquam diſſenſiſſe videntur Iureconſulti in quæſtione illa, An ex huiuſmodi ſtipulatione agi poſſit priuſquàm temporis tantum præterierit quanto inſula fabricari potuerit, cùm Pomponius & Marcellus ſcribant non prius agi poſſe. *l. ſi ita ſtipulatus eſſem* 14. *l. exiſtimo* 98 §. *vltim. D. eod.* Vlpianus verò contrà in *dict. l. ſtipulationes*, magis eſſe putet, vt ſtatim atque mora faciendæ inſulæ fieri cœpit ſtipulationis dies cedat, agique ex ea poſſit. Quod tamen quomodo accipiendum ſit, quoniam variis Doctorum noſtrorum contentionibus valde agitatum & controuerſum eſt, neque ad inſtitutam diſputationem omnino pertinet alio loco explicabimus. Poſtremò ex die mora contrahitur ſi quis ad certam diem daturum ſe facturúmve aliquid promiſerit, neque dederit vel fecerit intra diem præſtitutum. Hoc enim caſu ſicut & ſuperiore nulla interpellatio requiritur, ſed ſolo temporis curſu & diei aduentu mora contrahitur. *l. pecunia* 9. §. *vſurarum. D. de vſur. l. magnam. Cod. de contr. & committ. ſtipul.* Adeò vt Paulus ſcripſerit ad diem ſub pœna promiſſa pecunia, & ante diem mortuo promiſſore pœnam committi, proindéque moram contrahi licet adita non ſit eius hereditas. *l. ad diem* 77. *D. de verbor. obligat. l. vltim. D. de nautic. fœnor. l. traiectitia* 23. *D. de obligat. & action.* Et, quod magis mirum videri debeat, ſi ante diem creditor moriatur, nec exiſtente die quiſquam ſit cui pecunia ſolui poſſit, ea diei adiectæ vis & poteſtas eſt vt moram nihilominus contrahere promiſſor videatur, quamuis totius eius temporis quo ſolui non poteſt mora ſit inculpata, & non damnoſa, *dict. §. vſurarum.* Sicut autem variis rationibus mora contrahitur, ita ſi contracta ſit aliter atque aliter purgatur. Nam ſi ex perſona id eſt per interpellationem contracta fuerit, conſtat debitorem quandocumque offerentem ante litis conteſtationem liberari, atque ita moram purgari acſi contracta non fuiſſet *dict. l. interdum* 73. § *vltim. l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur. D. de verbor. obligat. l. qui decem* 72. *in princip. &* §. 1. *D. de ſolut.* Neque diſtinguemus an in ſtipulationem pœna deducta ſit, aut an creditoris cœperit intereſſe, necne. Omnimodo namque mora purgabitur, & ſibi imputare creditor debebit quòd citius litem conteſtatus non fuerit. Idémque iuris erit ſi ex re ipſa moram debitor contraxerit, quòd fortè inſulam non ædificauerit intra id tempus quod ædificandæ inſulæ ſufficere potuiſſet. Sufficit enim ſi ante litem conteſtatam ædificauerit, aut ædificare cœperit *l. ſi inſulam* 84. *D. de verb. obligat.* Atque huius iuris ratio & aperta eſt, & elegans. Nimirum, quòd debitor qui non niſi ad dandum vel faciendum aliquid obſtrictus erat, obligationi ſatisfecerit quocunque tandem tempore dederit vel fecerit quod debebatur. Verum enim eſt datum vel factum fuiſſe quod dari vel fieri debuerat. Cur non igitur liberatio continget? At ſi mora ex die contracta ſit, verius eſt vt poſteà purgari numquam poſſit, nec aliter debitor liberetur, quàm ſi ea omnia præſtet, quæ poſt litem conteſtatam præſtanda eſſent. Perpetuò enim verum eſt intra diem obligationi adiectum datum aut factum non fuiſſe id quod vt intra diem illum daretur, vel fieret, conuenerat. *l. Celſus ait* 23. *D. de recept. arbitr.* Nihil igitur debitori proderit, ſi poſt diem dare vel facere velit quod intra diem iam datum vel factum eſſe oportuerat. Neque probo ſententiam diſtinguentium an ſtipulationi pœna aliqua adiecta ſit an nulla, Quaſi maior & ſeuerior ſit ſtipulatio pœnæ quàm eius, quod intereſt, cũ illa cõmittatur ſui natura ſtatim ipſo iure ex ſolo die tardæ ſolutionis, hæc neque ex die committatur, neque ex interpellatione qualibet facta extra iudicium, ſed tantùm ex lite mota vel conteſtata. Niſi ex mora, inquiunt, ius actoris deterius factum ſit. An non enim obligationi dies fruſtrà præſcriberetur, ſi poſt diem purgare moram liceret? An non ſemper verum eſt intra diem præſcriptum ſatisfactum non eſſe? Deinde cùm ſtipulatio *Quanti res eſt* non niſi eius quod intereſt obligationem contineat. *l. vlt. D. de prætor. ſtipulat.* nec proinde poſſit eiuſmodi ſtipulatio committi niſi ſtipulatoris intereſſe cœperit, An non abſurda eſt exceptio illa? *niſi ex mora ius actoris deterius factum ſit.* Perinde enim eſt, ac ſi diceres ſtipulationem ex qua debetur id, quod intereſt non committi, niſi ſtipulatoris cœperit intereſſe: quod etſi verum eſt, tamen ad propoſitam diſputationem non pertinet. Quærimus enim an mora ex die contracta, oblatione poſt diem purgetur. Mora autem contrahi non poteſt ex ſtipulatione ex qua agi numquam potuerit. *l. ſi pupillus* 127. *D. de verbor. oblig. l. nulla* 88. *de regul. iuris.* nec rurſus agi ex ſtipulatione *Quanti res eſt*, priuſquam interſit. Et ſi admittas, quod omnino admittendum eſt, moram contractam ex ſtipulatione *Quanti res eſt* non poſſe purgari poſteaquàm cœperit intereſſe ſtipulatoris; fateri te neceſſe eſt numquam purgari poſſe, quia nec antequàm interſit contracta videri poteſt. Ac quemadmodum de bonorum poſſeſſione decretali ſcriptum eſt in *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.* non poſſe eam repudiari priuſquàm decreta ſit quia nec dum delata eſt, poſteà verò quàm decreta eſt ſeram eſſe repudiationem quia iam eſt acquiſita: Ita de ſtipulatione *Quanti res eſt* dici poteſt non poſſe ex ea moram contrahi ante quàm ſtipulatoris interſit quia nec prius commiſſa eſt ſtipulatio. Poſtquam autem cœpit intereſſe nimis ſeram eſſe obligationem, cùm ſtipulatoris ius ex mora iam deterius factũ ſit. Quod tamen ita verum eſt, ſi diem ſtipulationi adiectum eſſe proponas. Nam ſi dies adiectus non ſit, benigna interpretatione placuit non prius commiſſam videri ſtipulationem quàm ſi ex ea lis conteſtata ſit, *l. cùm quærebatur* 13. §. *proinde D. iudicat. ſolui. l. nulla* 5. *C. de contrah. & committ. ſtipular.* quemadmodum contingeret ſi in obligatione factum duntaxat deductum eſſet non ſubiecta ſtipulatione *Quanti res eſt*, *vt in d. l. ſi inſulam* 84. *de verbor. obligat.* Parum enim refert an diſertis verbis promiſſum ſit, Quanti ſtipulatoris intererit, an verò in locum obligationis faciendi ſuccedat obligatio eius quod intereſt. *l. quoties* 81. *D. eod. l. ſi quis ab alio* 13. §. *vlt. de re iudicat.* Et cũ vtroque caſu dies adiecta non ſit, debitorem ad purgandam morã vſque ad litis conte-

ſtipulationem audiri admittimus. Die verò adiecta nullum poſt diem obligationi locum ſupereſſe contendimus ſi iam ſtipulatoris interfuit, ne alioqui fatendum ſit inutilem eſſe dici adiectionem, quod à contrahentium voluntate & contractus verbis omnino alienum eſſet. Nec ſententiæ noſtræ aduerſatur quod à Scæuola reſponſum legimus in *l. ſi ita quis* 135. §. *Seian. de verbor. obligat.* etiam die ſtipulationi adiecta moram purgari poſſe ſi non multo poſt diem offeratur, nec ſtipulatoris propter moram quicquam intereſſit. Non enim de ſtipulatione pœnali aut *Quanti res eſt* apud Scæuolam tractatur, ſed de pacto incontinenti poſt ſtipulationem adiecto vt intra Calendas Apriles primas vniuerſam ſummam mandator numeraret & hortos acciperet. In qua ſpecie meritò reſponſum eſt paucorum dierum moram nocere non debere vt in *l. ſi in lege* 24. §. *colonus. D. locat.* cùm neque ſtipulatoris quicquam interſit, neque ob cauſam dies adiecta ſit, vt ſi intra eam diem promiſſioni non ſatisfieret pœnam aliquam eo nomine promiſſor pateretur, ſed ideò duntaxat vt ad dictam diem ſatisfaceret: Satisfeciſſe porrò videtur ſi non multò poſt tempore ſatisfecerit, cùm nihil dum ſtipulatoris intereſſet. Neque poſſis dicere inutilem hoc caſu videri dici adiectionem, quando neque litis conteſtatæ tempus, neque longum interuallum expectandum erit, vt moræ purgatio impediatur, quod tamen expectari eſſet neceſſe, ſi dies adiecta non fuiſſet. At magis tempus videtur quod Caius ſcribit *in l. etſi poſt tres* 8. *D. ſi quis caution. in iudic. ſiſtend. cauſ. fact. non obtemp.* Etſi poſt tres aut quinque pluréſve dies quàm iudicio ſiſti reus promiſit ſecum agendi poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum ſit conſequens eſſe dici debere eum per exceptionem defendi. Non enim probo quod obiectionis tollendæ aut vitandæ cauſa, vir doctiſſimus *Iacobus Cuiacius* admonuit eam legem de ſtipulatione Quanti res eſt, non de pœnali accipiendam eſſe. Nam quamuis pœnæ in ſtipulationem deductæ mentio non fiat, attamen vt rectiſſimè *Accurſius* animaduertit, non niſi de pœnali ſtipulatione intelligi Caius poteſt, cùm vt ſupradictum eſt pœna nulla adiecta ſtipulatio Quanti res eſt quæ in Prætoriis præcipuè ſtipulationibus, eius duntaxat quod intereſt promiſſionem continet *l. vltim. D. de Prætor. ſtipulat. & dict. l. quoties* 81. *de verbor. obligat.* priùs committi non poſſit quàm ſtipulatoris interſit, nec ſi dies ſtipulationi adiecta iam venerit. Quomodo enim aut qua fronte id quod ſua intereſt petere poſſit is, cuius nihil interſit? Pœnam igitur promiſſam fuiſſe ponendum eſt, quæ & ſubiici plerumque ſolet ſtipulationibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis. vt *in l. 2. l. ſi duo* 5. §. 1. *l. ſi ſeruus* 9. §. 1. *l. ſi eum* 19. §. 1. *l. pen. D. eod. tit. ſi quis caution.* idque ex conſilio Iuriſconſulti *in d. l. vlt. de Prætor. ſtipulat.* ne ſtipulatori neceſſe ſit probare intereſſe ſua, & quanti interſit, quæ probatio vt plurimùm perdifficilis eſt. At cùm dici ſoleat adiecta pœna non eſſe quærendum an & quatenus ſtipulatoris interſit, ſed illud tantùm inſpiciendum, quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis. *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri. D. de verbor. obligat.* quid illud eſt quod Caius ait ſtipulatori poſt diem agenti obſtaturam doli exceptionem ſi poſt tres aut quinque pluréſve dies promiſſor ſecum agendi poteſtatem fecerit, necdum ſtipulatoris quicquam interſit? An quod huiuſmodi ſtipulatio ſit ex numero cautionalium ſtipulationum quæ priorum actionum quas nouant & perimunt: naturam tamen induunt & vicem repræſentant, ſicut primo libri tertij capite explicauimus?

vt proinde non prius agi poſſit ex ſtipulatione quàm ſtipulatoris interſit, quia & nulla ſtipulatione interpoſita non niſi ad id quod actoris intereſſet agi poſſet. Sed non ita eſt. Id enim tum demum verè dicitur cùm in ſtipulationem deductum fuit duntaxat Quanti res eſt nulla pœna adiecta. Pœnæ adiectio efficit vt amplius quærendum non ſit an aut quantum interſit ſtipulatoris, neque item ſtipulationis pœnalis natura patitur vt vllo caſu nouet præcedentem obligationem. Ratio igitur alia afferri non poteſt, quàm quòd hæc ſtipulatio non tam in promiſſoris odium interponatur, aut in vtilitatem ſtipulatoris, quàm propter neceſſitatem iudicij. Iudicium namque nullum datur niſi poſt litem conteſtatam, nec rurſus conteſtatio fieri poteſt, quin aduerſarius in ius vocatus ſit & venerit. §. *omnium. Inſt. de pœn. temer. litigant.* Propter quam cauſam ſcriptum eſt in *l. 1. D. de Prætor. ſtipulat.* ſtipulationes iudicio ſiſti communes eſſe, hoc eſt non tantùm cautionales, ſed etiam iudiciales quia propter iudicium vtrumque fiat interponuntur. Cui conſequens eſt vt is qui à reo niſi ſteterit pœnam ſtipulatus eſt non tam id ſolum animo agitaſſe videatur vt reus iudicio ſiſteret certa die, quàm vt ſibi poteſtas fieret ea die experiendi, & agendi. Quid verò refert an ea ipſa die, an poſt triam, pluriúmve dierum moram reus ſecum agendi poteſtatem faciat, ſi modò actoris ius ex mora deterius factum non ſit? Nam etſi reus iudicio ſtitiſſet ad dictam diem, non ideò actor lucrum aut commodum aliud obtinuiſſet, quàm vt citius egiſſe videretur. Iudicio igitur duntaxat moram facit, qui ad diem non ſiſtit: fieri verò poteſt vt iudicio mora fiat neque tamen ſtipulatoris ius lædatur: quod cùm accidit æquum eſt actionem quæ ex pœnali ſtipulatione commiſſa ſtricto iure naſcitur elidi per exceptionem ſi poſt modicum tempus, quod arbitrio & religioni iudicantis æſtimandum relinquitur, promiſſioni ſuæ reus ſatisfaciat. Si quidem & iudicium omne, ex ſe moram habet & tractum temporis. Idque eò æquius eſt quòd in Prætoriis omnibus ſtipulationibus cùm pœna promittitur non tam ad coercendam ſegnerius promiſſoris moram, quàm ad taxationem eius quod intereſt promiſſa intelligitur, *d. l. vltim. de Prætor. ſtipulat.* Et ea quoque ſoluta non ideò minùs iudicio ſiſtere reus debet vt iudicium exerceatur, & Prætoris imperio contumacis promiſſoris cedat. Vnde fit vt eò facilius elidi poſſit pœnæ petitio quòd valde durum & iniquum videatur pœnam omnimodo deberi ab eo qui non niſi paucorum dierum moram contraxerit, quique pœna ſoluta nihilominus iudicio ſiſtere adhuc debeat, & promiſſioni ſatisfacere. Non idem eſt ſi quis traiectitiæ pecuniæ nomine ſi ad diem ſoluta non eſſet pœnam ob operas eius, qui eam pecuniam peteret in ſtipulationem deduxerit. Aut ſi arbiter ex compromiſſo pœnam certo die dari iuſſerit, quibus exemplis Africanus vtitur in *l. traiectitia* 23. *D. de obligat. & act.* His enim caſibus pœna omnino in odium promiſſoris & moræ tantùm coercendæ gratia promittitur, & cùm ea ſoluta erit, promiſſor neque ob operas ſerui qui ad petendum ſua die pecuniam miſſus eſt, neque ex arbitri ſententia quicquam præſtare compelletur: ac proinde aut minor certè, aut nulla potius æquitas ſubeſt, quæ faciat vt pœnæ petitio quæ ſtricto iure competit elidi debeat per exceptionem? Id namque citra ſtipulatoris iniuriam fieri non poſſet, qui nihil niſi pœnam in ſtipulationem deduxit, ac cui nec ſi eius intereſſet alia vlla ratione conſultum eſſet. Obſeruanda verò eſt exceptio quæ

ponitur

Digitized by Google

ponitur in *d. l. etſi poſt tres. ſi actoris ſue ex mora deterius factum non ſit*, quam ego ſic explico, Si actoris nondum intereſſe cœperit, nō quomodo *Acturſius*, ſi actionis ius deterius factum non ſit. Aliud enim eſt actoria ius deterius fieri, aliud actionis. Actoria ius deterius factum videtur cùm eius iam intereſſe. *l. vſque 22. D. de recept. arbitr.* licet ipſius actionis ius tale ſit, quale anteà fuerat. Cùm verò cœpit intereſſe, nulla ratio eſt vt contractæ moræ purgatio admittatur, quæ nec ſi pœna adiecta non eſſet, poſt diem tamen hoc caſu admitteretur. *d. l. ſi ita quis 135. §. Seia. D. de verbor. oblig.* Multò igitur minus cū pœna adiecta eſt ad taxationem eius quod intereſt, quemadmodum ſuprà diximus. Quamuis enim maior quantitas in ſtipulationem deducta ſit quàm quanti re vera intereſt, non ideò tamen minus præſtari debet, ſicut & ea contrario ſi pluris intereſſet, maior quantitas peti non poſſet, quàm quæ pœnæ nomine promiſſa eſſet. Nō probo etiam quod *Bartolus* tradidit, conſtituendam eſſe hac parte differētiam inter ſtipulationes Prętorias & conuentionales, quòd in Prætoriis facilius admittat Prætor purgationem moræ ea æquitate quæ in conuentionalibus quas nō ea mente ſua, & pro arbitrio vt Prætorias, ſed ex contrahentium verbis & voluntate interpretatur. Etſi enim verum eſt in conuentionalibus ſtipulationibus contractui formam dare cōtrahētes, Prætorias verò legem accipere de mēte Prætoris qui eas propoſuit. *l. in conuentionalibus 52. D. de verbor. obliga.* pœnæ tamen adiectio in Prætoriis quoq. ſtipulationibus ſicut non fit Prętoria imperio ſed ſtipulantium voluntate, ita ea ſtipulationis verbis, & contrahentiū mente interpretanda eſt, neque aliam Prætoris quàm contrahentium mentem eſſe dici poteſt. Sanè probabilius erit ſi quis dicat ſtipulationes Prætorias ſic eſſe comparatas, vt ex iis ſi nō ſatisfiat agatur in id quod ſtipulatoris intereſt, atque ideò facilius admitti purgationem morę etiam poſt diem, & pœna adiecta, ſi nihildum ſtipulatoris interſit. Quaſi in huiuſmodi ſtipulationibus pœna adiiciatur, non tam vt peti poſſit quamuis nihil interſit, quàm vt ne ſtipulator cogatur probare quanti ſua intereſt, ſi modò vel aliquantulum intereſſe cœperit.

Triboniani error in §. ſi cui fundus alienus. Inſtitut. de legat.

CAPVT VIII.

NOn rectè à Triboniano accepta aut explicata mihi videtur Iuliani ſententia, quæ extat in *l. non quocumque 82. §. fundus. de legat. 1.* Eo loco Iulianus ſcribit, Si fundi alieni quem mihi teſtator legauerat proprietatē cinero detracto vſufructu, ac poſteà fructuario capite minuto aut defuncto vſusfructus ad me pertinere cœperit, tū ex teſtamento egero, iudicē tāti litē ęſtimare debere, quātū mihi abeſt. Tribonianus verò in §. *ſi cui fundus alienus. Inſtit. de legat.* Iulianum ſcripſiſſe refert in propoſita ſpecie rectè me agere & fundum petere; quia vſusfructus in petitione ſeruitutis locum obtineat: ſed officio iudicis contineri vt deducto vſufructu, ac proinde nudæ proprietatis præſtari iubeat æſtimationem. Quod ſanè à Iuliani ſupraſcriptis verbis & mente omnino alienum eſt. Neque enim ille eo loco qui vnus in hanc rem extat ita loquitur, vt dicat me rectè agere ſi fundum petam, aut vſumfructum quaſi ſeruitutis iure petere, ſed illud duntaxat ait, agere me ex teſtamēto poſſe. Id verò ego ſic intelligo, vt tamen neque fundum poſſim petere, neque fundum detracto vſufructu. Illo namque caſu in petitione contineretur id quod iam ex lucratiua cauſa haberem, id eſt vſusfructus, qui ad proprietatem meā reuerſus morte aut capitis minutione fructuarij mihi vltrò & gratis acquiſitus eſt, atque ita obſtaret iuris regula, quæ negat duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & eundem hominem poſſe concurrere. *l. Mænius. 56. §. duorum. D. eod. l. omnes. 17. l. ex promiſſione. 19. D. de obligat. & action.* At ſi nudam proprietatem peterem, id ipſum quoque peterem quod iam haberem, quódque poſteà quàm meum factum eſt licet ea cauſa emptionia, quę onerosa eſt, mihi tamen amplius præſtari, magiſque meum fieri non poteſt. Quare nec vllo iuris loco ſcriptum reperias cum cui res aliena legata eſt, ſi viuo teſtatore eius rei dominus ex cauſa emptionis factus ſit, legatam rem nihilominus ea teſtamento petere poſſe: ſed ſi ea teſtamento agat, poſſe pretium conſequi. §. *ſi res aliena. Inſtit. de legat. 2.* Sed nec in propoſita ſpecie pretium poſſe me petere nudæ proprietatis palam eſt, quoniam ita fieret vt neque rem ipſam peterem, quæ mihi legata eſſet, cùm legato fundo pecunia legata non intelligatur. *l. debitor. 82. de legat. 2.* neque ipſius rei quæ legata eſt, ſed alterius cuiuſdam æſtimationem, Fūdum enim cùm dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ea diametro aduerſatur. Multóque minus verū eſſe poteſt quod Tribonianus ait & Triboniani errorē ſecuti interpretes omnes exiſtimant vſumfructū in hac petitione ſeruitutis locum obtinere. Quomodo enim fieri poſſit vt is, qui nihil niſi fundū petit eum vſumfructum petere videatur qui ſit ſeruitus, cùm fundi appellatione alius vſusfructus contineri non poſſit quàm qui cum proprietate cōiunctus eſt, plenámque proprietatem efficit: is verò qui ſeruitus eſt non alius intelligatur, quàm qui à proprietate ſeiūctus ſit, & ſeparatus? *l. vtifrui. 5. D. ſi vſusfru. pet.* Ergo in ea ſpecie de qua diſputamus alia petēdi ratio mihi nulla ſupereſt, quàm vt ex teſtamēto agam, & heredem in id quod mihi ea teſtamento præſtare debet condemnari poſtulem. Fieri ſiquidem non poteſt vt malè ex teſtamento agam, ſi nihil aliud petā, quàm quod mihi ex teſtamento debetur. Quemadmodum & in alio caſu contingit, de quo idem Iulianus tractat in *l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum. de legat. 1.* cùm ignorans legatarius ſibi legatam rem teſtatoris emit ab herede. Non enim Iulianus ait poſſe rem ipſam ex teſtamento peti, ſed ſi legatarius ex teſtamento agat, non aliter abſolui heredem oportere, quàm ſi pretiū reſtituat, & rē emptoris faciat. His itaque caſibus, & cæteris ſi qui ſunt ſimiles, officio iudicis continetur, vt quoniam certa res non petitur, æſtimet ille quid deducendum ſit in cōdemnationem, vt in §. *curare. Inſt. de actio.* Verum igitur nō eſt quod Tribonianus refert, Iulianum ſcripſiſſe rectè me agere ſi fundū petā, & vſumfructū in hac petitione ſeruitutis locum obtinere. Sed cùm Tribonianus ea Iuliani verba, *ſi ex teſtamento egero*, ſic accepiſſet, ac ſi Iulianus ſcripſiſſet, *ſi ex teſtamento fundum petiero*, & tamen ea petitione vſumfructum quoque contineri videret, qui iam legatario eſſet acquiſitus, comminiſci eum neceſſe fuit quod ille de ſuo adiecit, in huiuſmodi petitionem vſumfructum deduci iure ſeruitutis, non proprietatis. Neque defendi hic error poteſt eo argumento, quod à nonnullis adduci video, qui ſic ratiocinantur, vt petere fundum poſſim quia eum vſumfructum, qui ſeruitutis ſit, & à proprietate disiunctus non habeā: eum

verò qui non ſit ſeparatus habere non poſſim ex alia cauſa, quàm ex qua habeo proprietatem, id eſt ex cauſæ emptionis, quæ cum oneroſa ſit, nõ impediet quo minus eandem ex cauſa lucratiua rurſus conſequi mihi liceat. Nam vt illud taceam, poſteriorem huius dilemmatis partem apertè falſam eſſe, quia vſumfructum qui cum proprietate cõiunctus ſit, habeo gratis non ex cauſa emptionis, cũ poſt emptionem mihi acceſſerit, vt & Tribonianus fatetur, cur non ex cõtrario rectius & verius argumentari quis poſſit, Num eſſe mihi permittendum vt fundum petam, quia iam habeam vſumfructum cum proprietate coniunctum, eum verò qui ſit ſeparatus petere non poſſim, quia non ſit mihi legatus? Et verò qua ratione peti poſſit ſeruitutis iure is vſusfructus qui petitionis tempore à proprietate ſeparatus nõ eſt? Deinde an nõ prorſus abſurdum eſt ſi quis dicat legato fundo cum vſumfructum videri legatũ qui ſit ſeruitus, aut me qui fundi proprietatem habeo vſumfructum petere poſſe iure ſeruitutis, cùm proprietarius eum vſumfructum, qui ſeruitus eſt, habere nunquam poſſit? Sanè ſi quis fundum ſuum cuius tamen vſusfructus alienus eſt, mihi legauerit, Papiniano placet poſſe nihilominus vſumfructũ ab herede peti, *d. l. Maximus 66. §. fundo. de lega. 2.* Quod ſic accipiendũ videtur, vt neque petatur tanquam ſeruitus, neque tanquam pars fundi ſed tanquam emolumentum legati. Itaq. ſi fundum ex teſtamento petam qui legatus eſt, non aliter heres liberabitur, nec prius teſtatoris voluntati ſatisfeciſſe videbitur, quã ſi præſtet vt fundo mihi frui liceat, quoniam vſusfructus, tametſi in iure potius quàm in parte conſiſtat, atque ideò nulla fundi pars abeſſe videatur mihi cui vſusfructus abeſt, rei tamen emolumentum continet, neque ſufficit ad liberationem heredis vt legata res præſtita ſit, niſi præſtetur etiam omne rei emolumentum, quod ex legato conſequi legatarius poſſit. Hanc verò noſtram ad Iulianum interpretationem mirificè illud adiuuat quod ad eum Marcellus notat, Si fundi alieni, qui mihi legatus eſt partẽ emero, & pars alia mihi donata aut legata ſit, non poſſe me niſi partem petere. Ita innuẽs, ſatis, vt mihi videtur, apertè nec in Iuliani ſpecie fundum totum peti poſſe: alioqui diſſimile exemplum eſſet, quod Marcellus tanquam ſimile proponit.

Ad l. 1. D. de rer. permutat.

CAPVT IX.

Diſputarunt veteres iuris authores an permutatione rerum emptio & venditio contrahi poſſet quemadmodum Iuſtinianus ſcribit in *§. 1. Inſt. de loca. & conduct.* Diſputationi verò cauſam illud dediſſe videtur, quòd origo emendi vendendique à permutationibus cœperit. Nam vt Paulus ait in *l. 1. D. de contrah. empt.* cùm priſcis temporibus nondum eſſet nummus, fieri non poterat vt cùm viciſſim quid alter alteri præſtabat, aliud merx, aliud pretium vocaretur, ſed vnuſquiſq. ſecundum neceſſitatem temporũ, ac rerũ, vtilibus inutilia permutabat, quãdo plerumq. euenit vt quod vni ſupereſt alteri deſit. Sed quia non ſemper nec facile concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego deſiderarem, inuicẽ ego haberem, quod tu accipere velles, electa materia eſt, cuius publica aut perpetua æſtimatio difficultatibus permutationũ æqualitate quantitatis ſubueniret: nec amplius vtrumque merx, ſed alterum pretium vocatur. Neq. tam ẽ deſitum eſt dubitari an ſine nummis vẽditio dici hodie poſſit, veluti ſi ego togam dederim vt tunicam acciperem. Sabinus. n. & Caſſius emptionem & venditionem eſſe putabant. Nerua autem & Proculus magis probabant, vt hoc caſu permutatio rerum non emptio contraheretur. Quorum ſententia poſt multas contentiones tandem obtinuit, atque adeò Sabinianis ipſis placuit, teſte Paulo qui Sabinianus fuit *in d. l. 1. de contr. empt. l. naturalis 5. §. 1. D. de præſcript. verb.* Contra enim Sabini ſententiam idem Paulus multis verbis diſputat *in l. 1. D. de rer. permutat.* ſed ita tamen vt in re non difficili perobſcurus meritò plæriſque videatur. Quam ob cauſam operæ pretium viſum eſt ſingula eius verba Accurſiano more, ſed tamen longe aliter quàm *Accurſius*, & alij hactenus fecerint, explicare. Primùm autem ſeribit aliud eſſe vendere, aliud emere, alium emptorem, alium venditorem, aliud quoque pretium, aliud mercem. Etſi enim veteres in emptione venditioneq. appellationibus huiuſmodi promiſcuè vſos fuiſſe, itemq. in locatione & conductione Caius refert *in l. veteres 19. & ſeq. De actio. empt.* hoc eſt vt eum qui emiſſet venditorem plærumque dicerent, & cum qui locaſſet conductorem & contrà. Certum tamen eſt venditionem eam demùm dici quæ à venditore contrahitur, emptionem verò quæ ab emptore. Rurſus venditorem eũ eſſe qui rẽ alienat certo pretio: emptorem verò eũ qui ad pretij ſolutionem ſe obligat. Pretium deniq. illud eſſe quod pro merce datur, mercem autem eam rem, quæ pretio æſtimatur. At in permutatione, inquit, diſcerni non poteſt, vter emptor vel vter venditor ſit, vt ex eo inferamus, permutationem igitur nec emptionem eſſe, nec venditionem. Sed priuſquàm probet nõ poſſe in permutatiõne diſcerni vter ſit emptor vel vter venditor, mouet iis verbis *multúmque differunt præſtationes* non ſine cauſa quæri vter ſit emptor aut venditor, quia venditoris alia, emptoris longè alia obligatio ſit, & quamuis mutuo vtriuſque conſenſu concurrente, vtrimque obligatio naſcatur, alias tamen eſſe venditoris, alias emptoris præſtationes. Emptor enim niſi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito: at venditori ſufficit ob euictionem ſe obligare poſſeſſionem tradere & purgari dolo malo, ita vt ſi res aliena vendita, & tradita ſit necdum euicta, nihil eo nomine vẽditor debeat. Quod & ſcriptum eſt *in l. ex empto. 11. D. de action. empt.* aliiſque pluribus locis. Huius verò differentiæ quæ inter emptorem & venditorem conſtituitur, ratio à paucis inueſtigata, nondum ab vllo cuius ſcripta legere mihi contigerit rectè tradita & explicata eſt. Quod enim ab *Accurſio* ſcriptũ & *à Bartolo* probatum video, emptorem non niſi generis debitorem eſſe, venditorem verò ſpeciei, & cùm in eo durior ſit venditoris conditio, debere in alio meliorem eſſe, in eo ſcilicet vt ſpeciem tradere duntaxat non etiam dare teneatur, mihi totum id ineptum & nugatorium videtur. Neque enim ex æquitate tantùm vt illi ſentiunt, ſed ex vera ac neceſſaria iuris ratione differentiam hanc proficiſci dubitandum eſt. Deinde quiſnam hac parte venditoris fauor eſſe poteſt cũ ſi rem alienam tradiderit quæ poſteà euicta ſit, obligetur in id omne quod emptoris intereſt? quod plerumque nõ tantùm pretium conuentum egreditur ſed & veram rei ipſius æſtimationem *l. 1. D. de action. empt. l. in interdicto 6. D. de vi & vi armat.* Nõ igitur venditoris fauore vllo id conſtitutũ eſt, ſed quia ius ipſum nõ patitur vt venditor rei venditæ dominium in emptorẽ transferre teneatur, aut vt emptor ex alienis nũmis ſoluere pretium poſſit. Venditor tradere duntaxat, nõ dare cogitur, quia inter emptorem & venditionem

non

non id agitur præcipuè, vt dominium transferatur, ſed ita demùm ſi dominus ſit is qui vendit. Qui enim rem emit, non tam de dominio quàm de venditoris iure acquirendo cogitat, quem ſcit futurum ſibi ſatis abundéque obligatum ſi aliena res vendatur, tum euincatur. Nec inutilis dici poteſt rei alienæ emptio, ex qua & vſucapiendi cauſa acquiritur, & indemnitati emptoris præſtatione eius quod intereſt omnino conſulitur. Emptor verò nummos venditoris facere tenetur, non tam quòd inter emptorem & venditorem id maximè agi videatur, quã quòd ſi aliter ius conſtitutum eſſet, ita fieret vt euicta pecunia quæ pretij nomine ſoluta eſſet quaſi decepto, & illuſo venditore, emptor ad id quod venditoris intereſſet teneretur, quemadmodũ ſi vendita & tradita ſit res aliena venditor ex contrario ad omne id quod emptoris intereſt obligatur. Atqui cùm pretium ſemper in pecunia numerata conſiſtere debeat, ſic eueniret vt ratione nummorum ageretur ad id quod intereſſet, quod tamen vix vllo caſu ciuilis legiſlator admittit, niſi cũ obligationi dies, aut locus adiectus eſt, *l. nummis 3. D. de in lit. iur. ad.* Credo, quod ſi ex obligatione pecuniæ ad id quod intereſſet agere liceret, facilè in infinitum quãtitas condemnationis excurreret, niſi diei aut loci alicuius adiectione concludatur, ac veluti coerceatur. Eſt enim pecunia rerum omnium menſura, præterquã ſui ipſius, ſi eam æſtimationem quæ publico populi cõſenſu, aut principis placito certa ſtatuta eſt egrediatur. Quam ob cauſam conſtitui neceſſe fuit, vt creditori pecuniæ non id quod intereſt ſed vſura præſtetur. Ne igitur emptor qui pretij & pecuniæ numeratæ debitor eſt, vel ſoluendo ex nummis alienis omnino liberaretur, vel ad id quod venditoris intereſſet, contra iuris rationem obligaretur, non aliter ius comparari potuit, quàm vt nummos venditoris facere cogeretur, vt ſi alienos ſoluerit, quorum dominium proinde in venditorem non tranſtulerit, non minus teneatur actione ex vendito, quàm ſi nihil præſtitiſſet. Sequitur apud Paulum, *In permutatione verò ſi vtrumque pretium eſt, vtriuſque rem fieri oportet, ſi merx, neutrius.* Quæ verba omnino malè explicant, qui putant ſecundam à Paulo conſtitui differentiam inter emptionem & permutationem, quòd in emptione venditor rem tradere, emptor pretiũ dare teneatur. In permutatione verò eo iure vtamur, vt ſi vtrimq. pretium datũ ſit, vtriuſq. rẽ fieri oporteat: ſin merx, neutrius. Quomodo enim fieri poſſit vt vtrimque pretiũ detur, niſi admittas quod Paulus mox negat dici poſſe, vnam eandémq. rem & mercem, & ſui ipſius pretium videri? Deinde quis neſciat permutationem non aliter contrahi poſſe, quàm ſi vtraque ex parte rerum quæ permutantur dominium transferatur? Sed neque minus errant, qui putãt Paulum his verbis illud agere, vt probet permutationem neq. emptionem eſſe, neque locationem. Emptionem non eſſe, quia ſi emptio eſſet vtrimque dominium tráſferri oporteret, quod illi abſurdum eſſe aiunt. Locationem non eſſe, quia in permutatione non id agatur, vt vtraque res detur loco mercedis: mercedẽ enim ita dari vt in eius vicem res accipiatur: at in permutatione ab vtroque rem dari. Nam quod abſurdum eſſe aiunt in permutatione vtriuſque rẽ fieri oportere, non modò non abſurdum ſed etiã veriſſimum & certiſſimum eſt, cùm Paulo cæteríſque Iureconſultis placeat Pedij ſententia exiſtimantis alienam rem dantem, nullam contrahere permutationẽ. Quod verò ſubiiciunt de locatione, omnino ridiculum & ineptum eſt. Neque enim locationis aut mercedis vlla apud Paulum mentio fit, niſi forte illi mercedem pro merce vel intellegũt vel legũt. Pauli ergo ſententia eſt, vel in eo maximè dignoſci emptionis & permutationis differentiã, quod cũ in emptione merx tradatur, & pretium detur, in permutatione vtrimque rem dari oporteat: quod tamẽ falſum eſſet, ſi permutatio emptionis iure cenſeri poſſet. Dicendum namq. eſſet ſi merx vtrimq. permutaretur nulla ex parte dominium transferri, ſed eo tantùm caſu quo pretium vtrimq. daretur, quemadmodum in emptione & venditione contingit, vt qui mercem debet, non niſi ad tradendum, qui verò pretium, etiam ad dandum ſit obligatus. Probat autẽ Paulus fieri non poſſe, vt in permutatione vtrũq. quod permutatur pretiũ ſit, vt ex eo inferat: Nullo igitur caſu dominiũ in permutatione tráſferri poſſe ſecundum eorum ſententiam, qui putant emptionem eſſe permutationem, cùm tamen fateri eos neceſſe ſit in permutatione vtrimque rem dari, & dominium transferri oportere. Argumẽtum quo Paulus vtitur eſt in illis verbis, *Sed cùm debeat & res & pretium eſſe, non poteſt inueniri quod eorum merx & quid pretium ſit, nec ratio patitur vt vna eadémque res & veneat, & pretium ſit emptionis.* Senſus eſt, non aliter emptionem cõtrahi poſſe quàm ſi ex vna parte res, ex altera pretium præſtetur. Id enim nec Sabinus ipſe negabat, ſed pretium non ſolùm in pecunia numerata, at in alia qualibet etiam re conſtitui poſſe contendebat. Cur igitur, inquit Paulus, debeat & res & pretiũ eſſe in emptione ſcilicet & venditione, non poteſt inueniri in permutatione cũ res pro re datur, vtra res mercis, vtráve pretij locum obtineat. Ratio autem non patitur vt vna eadémq. res & veneat & pretiũ ſit emptionis, neq. rurſus vt res vna potius quàm altera alterius pretiũ dici poſſit. Concedendum ergo eſt in rerum permutatione ſicut non conſtat qua in re pretium conſiſtat, ita dici non poſſe cuiuſnam rei dominium alienetur, ac proinde huius incertitudinis ratione neutram rem dari ſed vtramque duntaxat tradi. Quod ſi ita eſt, ſequitur ſanè permutatione rerum nullam contrahi emptionem: quando certum ſit in emptione dominium tráſferri ex altera parte, nempe emptoris qui pretium dare tenetur. *Vnde ſi ea res quam acceperim vel dederim poſtea euicta ſit, actionem in factum dandã reſpondetur.* Atqui ſi emptio & venditio eſſet, nõ in factum ſed ex empto euictionis nomine agi oporteret. *d. l. ex empto. & l. ſi venditione 61. & paſ. D. de euict.* Emptio igitur rerum permutatione conſtitui non poteſt. Sanè quoniam permutatio vicem emptionis obtinet, idem ferè effectus eſt actionis illius in factum, qui actionis ex empto. Nimirum vt qui permutationis titulo tradidit rem alienã quæ poſteà euicta ſit, in id omne quod alterius intereſt teneatur, quemadmodum ex empto teneretur. *l. ſi permutationis 29. D. de euict.* Cui contrarium non eſt quod in *l. 1. C. de rer. permut.* reſcriptũ eſt, diſtinguendum eſſe an venalis res fuerit quæ tradita & euicta eſt, & is qui venalem habebat velut pretij nomine aliam rem, licet non taxata pretij quantitate acceperit. An cùm venalis non eſſet permutationis nomine tradita ſit ab eo, qui dominus non erat. Nõ enim diſtinctionis huius effectus ille eſt vt vno potius quàm altero caſu euictionis nomine in id quod intereſt agatur, ſed ille potius vt ſi quidem venalis poſſeſſio fuerit, non niſi ad id quod ſua intererit agere poſſit is cui res euicta eſt. Si verò cùm venalis non eſſet permutatio facta ſit electionem actor ha-

beat, an id quod ſuæ intereſt agere, an potius rē à ſe datam cōdicere malit quaſi re, & cauſa dādi non ſecuta. Sic enim verba illa interpretor, *Si hoc elegeris*, id eſt, niſi malis in id quod tua intereſt experiri. Differentiæ autē ratio eſt, quod quāuis vtroq. caſu permutatio ſit non emptio, cùm de certo pretio in pecunia numerata non conuenerit: Illa tamen permutatio ad emptionem propius accedit, quæ facta eſt ab eo qui rē venalē habebat, quíque pretij nomine non aliā accepit, licet non taxata pretij quantitate. Vnde fit vt, quemadmodum in vēditione, ſi euictio rei venditæ facta ſit, non ad pretij dati reſtitutionē emptor agit, ſed ad hoc vt ſibi quod ſua intereſt præſtetur. Ita in hoc permutationis exemplo ius idem obſeruetur, & à natura actionis, quæ ex permutatione oritur nonnihil recedatur. Euicta enim re quæ permutata fuerat, duplici ratione conſulere ſibi poteſt is à quo euicta eſt, nimirū actione in factū ad id quod intereſt, & condictione dati ob cauſam cauſa non ſecuta. Quarū actionū electio ex conuentionis interpretatione & æquitate deneganda videtur ei qui permutationem ſic contraxerit, vt pro re quæ venalis erat rem ſuam pretij nomine dederit. Illud namque inter contrahentes actum videtur, vt res pretij nomine data cōdici nunquam poſſet, quemadmodum nec ſi pretiū verè eſſet vllo caſu condiceretur. Secundam emptionis & permutationis differentiā Paulus hanc ſubiicit, quòd emptio ac venditio nuda conſequentiū volūtate cōtrahitur: permutatio autē non niſi ex re tradita initium obligationi præbeat. Alioquin, inquit, ſi res nōdum tradita ſit, nudo cōſenſu obligationem conſtitui diceremus: quòd in his duntaxat negotiis receptum eſt, quæ nomē ſuū habent. Etſi enim nō omnes contractus qui nomen ſuum habent, conſenſu perficiuntur, omnes tamen qui conſenſu perficiuntur ſuum & proprium nomen habent. Facilius namque fuit legiſlatori negotia omnia præuidere quæ conſenſu ſolo contrahuntur, quàm ea quæ rei traditione perficiuntur. Nēpe quòd non niſi certis modis & perpaucis naſci poſſit iure ciuili actio ex nudo cōſenſu, poſtquam placuit nudorum pactorum nullam omnino rationem haberi. At vix vllus caſus eſt, quo res aliqua tradatur, quin ex traditione confeſtim obligatio naſcatur, vel eam maximè ob cauſam, quòd æquum non ſit ex re alterius alium locupletari. Cauſæ autem tradendi ſunt penè innumeræ & infinitæ. Cōtractus igitur innominatos plæroſque admitti neceſſe fuit. At dubitari video, cur permutatio quę tam elegās nomen habet nullum habere exiſtimetur. An quòd minus generale nomen ſit, vt emptionem quoque, locationem ac cæteros ferè omnes contractus complectatur? Minimè verò. Neque enim vllo iuris loco videas permutationis verbo ſic abuti Iuriſcōſultos, vt contractus nominatos ea appellatione ſignificari velint. An potius quod ipſum nomen permutationis non tam contractum ſignificet quàm cauſam ex qua contractus conſtituitur? Neque enim permutationis contractus vllus eſt: ſed rerum permutatione contractus fit, qui nomen nullum habet. Atque ita mihi ſanè videtur, vt rerum permutatio perinde ſit cauſa eius contractus, quem innominatū dicimus, atque conſenſus in conſtituendo certo rei venditæ pretio cauſa eſt emptionis. Itaq; ſi ex vna tantū parte traditio facta ſit, quia nondū permutatio eſt, non poterit is qui tradidit agere ex cauſa permutationis in id quod ſua intereſt illam rem accepiſſe de qua conuenit, ſed tantùm vt res data reddatur condictioni locus eſt, quaſi re non ſecuta, vt apertis verbis Paulus ſcribit *in d. l. 1. in fine. de rer. permut.* Nec poſſum concoquere interpretationem Accurſij, qui ad verba illa *non in hoc agemus* adiicit *tantùm*, quaſi in poteſtate & electione ſit eius, qui ex placito permutationis rem tradidit an agere velit præſcriptis verbis ad id quod intereſt, an potius eam rem quam dedit condicere. Imò verò in electione eſt eius qui rem accepit vtrum ex parte ſua contractum implere velit, an verò quod accepit reſtituere. Sanè alterutrum facere compellitur. *L. cum precibus 4. C. eod.* At ſi traditione facta ex vna parte, naſceretur actio ad id quod intereſt, non daretur reo poteſtas eligēdi an quod accepiſſet reſtituere mallet. Quēadmodum in venditione contingit vt venditor qui pretium accepit nec rem tradit, pretij reſtitutione non liberetur, ſed omnimodo ad id, quod emptoris intereſt teneatur. *l. 1. D. de action. emp.* Et hæc tertia inter emptionem & permutationem differentia eſt. Accurſium autem, cæteróſque interpretes illud fefellit, quod ab eodem Paulo ſcriptum eſt *in l. naturalis 5. §. 1. de praeſcript.* Si rem tibi dederim vt rem accipiam naſci obligationem ciuilem, & in actionē id venire non vt reddas quod acceperis, ſed vt damneris mihi quanti intereſt mea illud de quo cōuenit accipere. Etſi enim de contractu Do vt des locus ille eſt, tamen recepta eſt interpretum ſententia cōtractum illum à permutatione vel omnino non differre, vel in eo duntaxat quòd contractus Do vt des velut genus ſit, permutatio autem ſpecies. Secūdùm quam ſententiam dicendum eſt omnia quæ in contractu Do vt des locum habent, etiam in permutatione obtinere. Neſcio an quiſquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu Do vt des, quòd permutatio nō eſt priuſquàm res quæ permutantur viciſſim dentur. At cōtractus Do vt des fit ex eo ſolo quòd ego tibi do ea lege, vt viciſſim mihi des. Itaque quamuis non dederis, attamen accepiſſe te ſufficit vt ex contractu tanquam perfecto ſis obligatus, vt proinde mirum non ſit teneri te in id quod mea intereſt ſi ex parte tua dare nolis. Præſertim cùm rem ipſam dare præciſè cogi non poſſis: quia in id nō ſis obligatus. At ex cōtractu permutationis fieri nō poteſt vt obligeris priuſquàm permutatio facta ſit: neque rurſus vt permutatio facta videatur antequàm res vtrinque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit rei ſuæ dominium in accipientem tranſtulit, condictioni locum eſſe neceſſe eſt, vt quod datum fuit repetatur. Quam ob cauſam traditio quæ ex vna tantùm parte facta eſt obligationi initium præbere dicitur, non quòd agi in id poſſit vt viciſſim res detur, vel vt quod intereſt præſtetur, ſed quòd obligatus eſſe incipiat is qui accepit vt quód ſibi datum eſt reſtituat, niſi permutationem implere malit. Contractus igitur Do vt des, non permutatio eſt, ſed principium permutationis, quæ tum demum perficitur cùm poſtquàm ego dedero tu viciſſim dederis. Denique permutatio non eſt cùm Do vt des, ſed cùm do, quia tu dediſti. Vterque quidem contractus innominatus eſt, ſed ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendam: permutatio ab vtroque factam demonſtrat. In contractu Do vt des negotium contrahitur inter dantē & accipientem. Neque enim poteſt quis dare vt ſibi detur, quin is qui accepit, accipiat ea lege vt det viciſſim. Permutatio autem non requirit datū eſſe ab vno vt ab altero daretur: Sed ſi permutationis placitum præceſſerit, deinde alter ex contrahentibus dederit purè, hoc eſt nulla dationi lege adiecta,

permu-

Digitized by Google

permutatio erit ſi quod ab eo qui accepit dari conuenit, poſteà detur. Neq. præceſſiſſe videbitur contractus Do vt des, quia dationi non proponatur adiecta ea lex vt viciſſim accipiẽs quicquam daret. Aliud enim eſt permutationis placitum præcedere, quod ex traditione quæ poſteà vtrimque fiat vires ſumit. Aliud verò dari quid à me vt alia res mihi detur. Denique permutatio non fit ſine præcedente pacto permutandi, vt dignoſci poſſit an ea contrahentium voluntas fuerit, vt permutationem potius quàm aliud negotium contraherent. At contractus Do vt des præcedentem conuentionem nullam deſiderat. Satis enim quid agatur demonſtrat is qui dicit ſe rem dare vt rem accipiat. Et qui accipit ea lege idipſum velle ſe, ſi non verbis certè facto teſtatur. Hinc verò fit vt quamuis ex vtroque contractu permutationis & Do vt des, ſicut ex cæteris innominatis naſcatur actio præſcriptis verbis: ea tamẽ quæ ex permutatione oritur bonæ fidei ſit, illa verò quæ ex cõtractu Do vt des ſicut cæteræ omnes præter æſtimatoriam, ſit ſtricti iuris. *§. actionem. Inſti. de action. l. 2. C. de rer. permutat. l. 2. D. eod.* Nẽpe quòd contractus permutationis non tantùm ex traditione ſed etiam ex placito permutandi quamuis non nudo æſtimetur; quod placitum ſi bonam fidem ſpectes & contrahentium voluntatem vix differat à placito emptionis in alio quàm quòd in permutatione pretium nullum ſit, ſine quo tamen emptio eſſe non poteſt. Contractus autem Do vt des non ex voluntate contrahentium verbis, & conſenſu mutuo declarata, ſed ex ſola dationis lege & ex acceptione conſtituitur, longéque minus quàm permutatio ad emptionem accedit. Nec ſuperioribus contrarium eſt quod in *l. quoniam. & l. emptionem 7. Cod. de rer. permut.* ſcriptum eſt eum qui ex contractu Do vt des conuenitur vel contractum implere vel quod accepit reſtituere debere: quaſi in ipſius poteſtate ſit, vt eligat vtrum præſtare malit: quam tamen electionem Paulus non dat in *d. l. naturalis. §. 1. D. de praeſcript. verb.* & nos ſuprà monuimus dãdam non eſſe niſi permutationis placitum præceſſerit. Obſeruandum enim eſt iis legibus cõſultos fuiſſe Imperatores, an ei qui rem ſuam dediſſet ſi viciſſim nihil daretur condicere liceret, nõ autem, an ad id quod ſua intereſſet agere is poſſet, vt probãt verba illa *Sicut poſtulat & pro deſiderio tuo.* Reſpondẽt verò actione præſcriptis verbis poſſe agi vt quod datum eſt reſtituatur, niſi reus ex parte ſua contractum implere velit. Sed non negant præſtandum eſſe omnimodo actori quicquid eius intereſt, ſi in eã rem actio præſcriptis verbis inſtituatur. Id enim apertè Paulus ſentit, *d. l. naturalis §. 1.* Supereſt vt verſiculum illũ *l. 1. de rer. permut.* explicemus. *Ideóque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Quem ego exiſtimo tranſpoſitum eſſe, & poſt illa præcedentia verba reponendum, *in factum dandam actionem reſpondetur.* Voluit enim Paulus Pedij authoritate confirmare quod dixerat de emptionis & permutationis differentia quæ vel in eo maximè elucet, quòd qui vendit, non niſi tradere: qui permutat etiam dare tenetur. At cum eo quod poſteà ſubiicitur, in permutatione ex re tantùm tradita initiũ obligationis conſtitui, illa Pedij ſententia nihil omnino commune habet, quicquid Accurſius cauſetur, & in contrarium laboret. Cur verò is qui alienam rem dat nullam contrahat permutationẽ, ratio quę obſcura pleriſq. videtur, aperta meo iudicio eſt, quòd natura & verbũ ipſum permutationis, rei ac proinde proprietatis & dominij permutationem præ ſe ferat: quæ porrò nulla fieri poteſt, ſi is qui permutat dominus non ſit. Quod enim alterius eſt dominium, ei ignoranti aut inuito auferri non poteſt, neque ab eo qui dominus non ſit in alium transferri: ob idque dominij permutatio hoc caſu nulla contrahitur: ſed in factum actio duntaxat naſcitur ſi aliena res permutata antẽ completam vſucapionem euincatur: aut ſi ante euictionem is qui accepit alienam eſſe reſciat, quaſi permutatio nulla interuenerit, quod à ſe datum erit condicere poterit, ac ſi nihil ei traditum fuiſſet: quia non ſufficiat traditum eſſe id quod dari oportuit, *l. vlt. D. de cond. cauſ. dat.* de cuius quoque ſententia quoniam & ſatis obſcura eſt, & ad ea quæ hoc capite diximus valde pertinet, dicendum eſt, quid nobis videatur.

Ad l. vlt. D. de condict. cauſ. data.

CAPVT X.

Dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares. Quærit Celſus vtrum id genus cõtractus pro portione emptionis & venditionis ſit, an nulla alia obligatio naſcatur, quàm ob rem dati re non ſecuta? Non diſputat an contractus ille emptio ſit, ſed an ſit emptioni ſimilis. Contractum eſſe certum eſt, quia negotium geritur inter dantem & accipientem, ac proinde συνάλλαγμα fit, quemadmodum eidem Celſo Ariſtonem eleganter reſpondiſſe Paulus refert in *l. iuris gentium. 7. §. 1. D. de pact.* Emptionem verò eſſe nemo dixerit, quia licet ego pecuniam dederim vt tu mihi Stichum dares, emptio tamen eſſe non poteſt ſi pretium nullum ſit, vt ſuperiore capite diſputauimus: Non autem pecunia omnis quæ ſic datur, vt viciſſim res detur pretium eſt, ſed ea demùm quæ prò rei pretio datur. Pretiũ porrò illud tantùm eſt, de quo vt pretium eſſet inter emptorem & venditorem conuenit. Et vt apertius dicam, pretium non ex pecuniæ quæ datur qualitate, neque ex ipſius dantis voluntate, verùm ex vtriuſque contrahentium conuentione, & conſenſu, qui quidem dationem præceſſerit, æſtimatur. Neq; quiſquam dubitat quin ita accipiendum ſit; quod ſcriptum eſt *in l. naturalis. §. 1. D. de praeſcrip. verbor. & in fact. act.* ſi pecuniam dem vt rem accipiam, emptionem eſſe: nempe ſi de pretio conuenerit, tum pecunia pretij nomine detur. Omne pretium in pecunia numerata conſiſtit: ſed non omnis pecunia numerata pretium eſt. Videbatur autem illud contractus genus de quo Celſus diſputat, ſimile eſſe emptioni & venditioni, ſiue quòd pecunia pro re data eſſet, ſiue quod permutatio ſaltem cõtracta videretur. Eſt enim permutatio ſimilis emptioni, *l. 2. D. de rer. permu. l. 2. C. eo.* Negat tamen Celſus contractũ illum, qui proponitur eſſe pro portione emptionis & venditionis. Negat igitur eſſe permutationem: & in id procliuior eſt, vt nulla alia obligatio ſit, quã ob rẽ dati re nõ ſecuta. Permutatio enim eſſe non poteſt prius quàm vtrinque datum ſit, præſertim ſi permutationis placitum nullum præceſſerit, an igitur contractus erit do vt des? Ita ſanè eſt, Idque Celſus nõ obſcurè ſignificat, cùm ait nullam hîc aliam obligationem naſci, quàm ob rem dati re non ſecuta. Non ait naſci duntaxat condictionem, ſed obligationem, ex qua ſcilicet agi poterit, non tantùm vt quod datũ eſt reſtituatur, ſed etiã vt præſtetur quod mea intereſt accepiſſe eam rem, de qua conuenit, *d. l. naturalis. §. 1.* Si contractus eſt do vt des, ergo permutatio non eſt, ſi vera ſunt quæ ſuperiore capite in hanc rẽ diximus. Subiicit vero Paulus differẽtias tres inter hoc cõtractus genus, & em-

ptionem, vt planè ridiculi videantur qui ſcribunt, a qua ex parte ſimile illud eſſe emptioni. Prima differentia eſt in illis verbis, *Et ideò ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideò tibi dedi vt mihi Stichum dares.* Nam ſi contracta venditio eſſet ac ſoluto pretio Stichus periiſſet, neque ad Stichũ petendum, neque ad pretium repetendum actio vlla ſupereſſet. Ad emptorem enim rei venditæ periculum pertinet ſtatim atque contracta venditio eſt, quamuis ante traditionẽ pretiiquẽ ſolutionẽ aut ſatisfactionem dominus factus non ſit. §. *cum autem. Inſtit. de empt. & vendit.* Idque ſecundo Coniecturarũ libro pluribus iuris locis ac rationibus comprobauimus aduerſus eorum ſententiam, qui contra omnes omnium prudentum & interpretum opiniones nouam inducere voluerunt, decepti falſa interpretatione *l. ſi fundus D. locat.* vt hîc repetere nihil ſit neceſſe. At in eo contractus genere, de quo diſputamus, Celſus ait periculo tuo eſſe Stichũ quem dare mihi debeas, ita vt ſi mortuus ſit priuſquàm dederis tibi pereat, & pretiũ quod accepiſti reſtituere tenearis: quod ſanè ſecus eſſet ſi periculo meo Stichus fuiſſet: eáque contractus huius innominati natura eſſe videtur, vt ſi ex vna parte datum ſit, rei quæ ex altera dari debet periculum eius ſit qui non dedit. Non ſolùm quia regulare ac ferè perpetuum illud ſit vt caſus fortuiti ad dominos pertineant, ſed etiã quod neque iuris neque æquitatis ratio vlla patiatur, vt factum eius, qui dedit, quod ad inducendam pro eo obligationem profuit, eidem noceat, & damni quod in re nondum data contingere poterit, periculum adferat. Præſertim cùm ad petendam rem ipſam, quæ dari debet actionem nullam habeat, quam emptor habet aduerſus venditorem. Denique quod ego tibi dedi vt mihi Stichum dares, fieri nõ poteſt vt reſtituere non debeas, niſi contractum ex parte tua impleueris & Stichum mihi dederis. Atqui contra ſentire Paulus videtur, in *d. l. naturalis.* §. 1. vbi ait Si ſcyphos tibi dederim vt Stichũ mihi dares, periculo meo Stichum eſſe, niſi ad eum caſum Pauli ſententiam coarctes, ſi quod ego tibi dedi tale ſit, quod facilè amitti poſſit. Ne alioqui accidat vt vtriuſque rei, eius ſcilicet quã accepiſti, & alterius quam dare debeas periculo præſtando onereris. Quod ſane iniquum videatur, maximè ſi culpa tua nulla intercedat. Finge dediſſe me tibi Romæ ſcyphos, vt tu Stichum mihi dares qui tum erat in prouincia. An non iniquum eſſet præſtare te periculum Stichi, ſi fortè paucis poſt diebus in prouincia deceſſerit, cùm accidere facilè potuerit vt eodem tempore ſcyphos quoque quos tibi Romæ dedi amitteres? At ſi pecuniam tibi dederim, quæ cùm in genere & quantitate conſiſtat, non in ſpecie perire numquã poteſt, aut rem aliquam immobilem, quæ non facile peritura ſit, vt tu mihi Stichũ dares, nulla ratio eſt vt periculo meo Stichus viuat priuſquam mihi detur: ne melior conditio ſit eius qui cõtractum implere vel recuſat vel differt, quàm eius qui in implendo diligentior fuit. Atque huius diſſimilitudinis argumentum non obſcurũ illud præbet, quod Paulus poſteaquam ſcripſit poſſe me ſi velim repetere quod dedi ſi tu dare ceſſes, ac proinde eius rei quam tu dare debeas periculum ad me non pertinere, (nam ſi pertineret, vtique repetitioni dati indiſtinctè locus eſſe non poſſet) ſubiicit quaſi diuerſum quid, obſcurè tamẽ ſuo more. *Sed ſi ſcyphos tibi dederim, &c.* ne quis putaret condici id quod datum eſt perpetuò poſſe. Igitur ſi rei quam ego dedi, & eius quam tu viciſſim dare debes perdẽdæ æquale periculum ſit, neque culpa tua vlla interuenit ęquius eſt quod Paulo placet, ſicut rei quæ tibi à me data, tuáque facta eſt periculum tuum eſt, ita eius quam viciſſim mihi dare debeas periculum ad me pertinere. Cùm verò Celſus hanc ſententiæ ſuæ rationem adferat, quòd ideò tibi pecuniam dederim vt mihi Stichũ dares, intelligimus non fuiſſe eum aliud reſponſurum, ſi quis propoſuiſſet dediſſe me tibi pecuniam vt mihi Stichum traderes. Nam & hoc caſu verum eſt me tibi pecuniam dediſſe ob rem quæ non eſt ſecuta: qua ratione ſola Celſus mouetur vt dicat condici poſſe pecuniam ſi Stichus antequam detur, moriatur. Et errant meo iudicio qui interrogati, Cur in hac ſpecie quam Celſus tractat emptio nõ ſit, nihil aliud habent quod reſpondeant, quàm quòd inter nos conuenerit vt tu mihi Stichum dares quem ex natura venditionis tradere duntaxat deberes. Non enim tam ad dandi verbum Celſus reſpicit, quàm ad contractus ineundi rationem quæ hîc talis eſſe proponitur, vt neque conuentio vlla & contrahendæ emptionis conſenſus pecuniæ dationem præceſſerit, neque de pretio conuenerit, ex quo tamẽ præcipua emptionis ſubſtantia conſiſtit. *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Siue igitur de danda, ſiue de tradenda re cõuenerit emptio nõ erit, ſed vel contractus Do vt des, ſi vt res detur: vel Do vt facias, ſi vt tradatur tantùm cõuenerit. Quo poſteriore caſu nõ magis locatio erit licet pecunia interueniat, quã priore, emptio. Nimirũ quia mercedis nomine pecunia data eſſe non proponitur: quod ad contrahendam locationem non minus requiritur, quàm pretij conuentio ad contrahendã emptionem. Sanè quod Celſus ſubiicit his verbis, *Finge alienum eſſe Stichũ, ſed te tamen eum tradidiſſe, repetere à te pecuniam potero,* aliam rationem nõ habet, quàm quòd de dãdo, non de tradendo Sticho inter nos actum ſit: vt ille probat ratione quę ſequitur, *quia hominem accipientis non feceris.* Dare enim nihil aliud eſt, quàm ſic tradere vt facias accipientis. *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig. l. ex empto. 11. §. 1. de act. empt.* Et hæc ſecũda differentia eſt inter emptionem, & id cõtractus genus de quo diſputamus, cũ venditor nõ niſi ad rẽ tradendã dolúmq. malũ præſtandũ teneatur. *d. l. ex empt.* Tertia ſequitur apud Celſum cùm ait, *Et rurſus ſi tuus eſt Stichus & pro euictione eius promittere non vis, nõ liberaberis quo minus pecuniam à te repetere poſsim.* Quamuis enim reuera hominem meum feceris, quia tamẽ cõtractus tempore neſciri poteſt an quiſquã alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortaſſe, non immeritò euictionis periculũ timere videor ſi tu ob eã rẽ nolis promittere: nec videris rem omnimodo dediſſe niſi caueas etiam de euictione. Verùm nónne & ob eam rem cùm emptio contracta eſt competit ex empto actio? ita vt ſi duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli ſit condemnandus? Sic ſanè Paulus ſcribit in *l. 2. D. de euict.* Sed differentia quę à Celſo hac parte conſtituitur inter emptionem & hoc contractus genus, ſic explicanda eſt, quòd ſi tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares, & Stichum dederis, neque tamen pro euictione eius promittere velis non poſſim in id agere vt de euictione caueas: ſed tãtùm liceat mihi pecuniam quę data eſt cõdicere, quaſi nõdũ dederis quod dare debeas. At ſi emptio cõtracta eſſet pretium cõdici certè nõ poſſet: ſed ex empto actio mihi ad hoc cõpeteret, vt tu pro euictione promitteres, & ſi promittere nolles eo nomine cõdemnareris. Perpetuò enim verũ eſt, pretium quod ſemel ſolutum fuit, condici numquã

poſſe,

poſſe, quia ſcilicet non datur ob rem, quæ ſequi debeat, ſed potius ob rem quæ præceſſit, neque ad inducendam obligationem, ſed ad tollẽdam eam quæ ex parte emptoris ſolo conſenſu & pretij conuentione contracta eſt: quemadmodum & cùm emptor contra venditorem in id agit vt venditam rem tradat, non ideò agit, quòd pretium ſoluerit, ſed quòd venditor ad rem tradendam ex ipſo venditionis cõtractu ac priuſquàm pretium ſolueretur iam eſſet obligatus.

De ſententia §. ſi ſub conditione. l. facta. 63. D. ad S.C. Trebell. & obſeruata Tribentani additio in l. ſi cui. 31. §. vlt. eodem.

CAPVT XI.

SI heres ſub cõditione inſtitutus & hereditatem alij reſtituere rogatus, ſuſpectam hereditatem dicat, atque ideò conditionem implere nolit, quæſtiò eſt: qua ratione fideicommiſſario reſtitutionẽ hereditatis poſtulanti conſultum, & ſuccurſum eſſe oporteat. Et ſi quidem dandi cõditio adſcripta ſit, facilè expediri res poteſt. Offerre enim fidèicommiſſarius heredi poterit id quod teſtator dari iuſſit, atq; ita fiet vt commodo & incommodo fideicommiſſarij ab herede conditio impleatur, nullúmque ex ea re damnum heres alieni lucri & compendij cauſa ſentiat. *l. ſed ſciendum. 7. l. apud Iulianum. 11. l. ſi cui. 31. §. vlt. l. facta. 63. §. ſi dandæ. D. ad S.C. Treb.* Sed ſi inſtitutionis conditio in faciendo conſiſtat, non ita commodè videtur res explicari poſſe. Neque enim ſicut pecuniam ita factum heredi fideicommiſſarius offerre poteſt. Heredem verò cogi ad faciendum vt ex eo facto fideicommiſſarius lucrum accipiat, durum quodammodo & inciuile videatur. Verùm placuit iuris authoribus diſtinguendum eſſe qualem conditionem heredi teſtator adſcripſerit. Nam ſi impoſſibilis conditio ſit, quęſtioni locus nõ erit, poſteaquàm placuit & obtinuit cõditiones impoſſibiles in teſtamentis adiectas pro non ſcriptis habendas eſſe. *l. 1. D. de cond. inſtit. l. obtinuit. 3. D. de cond. & demonſtr.* At ſi ex contrario facilè ac ſine impendio & incommodo vllo impleri conditio poſſit, malitiæ heredis indulgendum non eſt, vt ſi conditionem implere recuſet, audiatur: at potius Prætoris qui de fideicommiſſo cognoſcet imperio cogendus erit, vt id faciat ex quo nullum ille damnum aut incommodum, magnum verò fideicõmiſſarius lucrum ſentire poſſit. *d. l. ſi cui. §. vl. & l. facta. §. ſi ſub conditione.* Ergo quęſtioni eo tantùm caſu locus eſt, quo turpis, aut difficilis cõditio adſcripta eſt. Quod cùm euenit, non ſine cauſa heres conditionem alterius gratia implere recuſat, & apertè iniquum eſſet cogi eum vt impleat, quemadmodum Caius ſcribit in *d. §. ſi ſub conditione.* Quid igitur? An cogi heres poterit vt ſpreta conditione & perinde ac ſi nulla adiecta eſſet hereditatem adeat, tum fideicommiſſario reſtituat? Minimè verò. Plus enim à Prætore tribui ei qui fideicommiſſum petit quàm teſtator voluerit abſurdum eſſet. Vtique autem teſtator niſi expleta conditione, neque ſcriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per eum fideicommiſſario reſtitui voluit hereditatem, & ob eam nimirũ cauſam huiuſmodi conditiones remitti ab initio viſum eſt: & ad Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictionem atq; officium pertinet vt eas, ſi implementum heredi turpe aut difficile futurum eſſe videat, ſtatim ab initio remittat, hoc eſt priùs quàm heres adimplere recuſet. Si enim adimplere primũ heres iuberetur deinde recuſaret: alterutrum Prætorem facere neceſſe eſſet, nempè vt vel inuitum heredem ad conditionis turpis aut difficilis implementum fideicommiſſarij gratia compelleret, vel vt conditionem quam primum implendam iudicaſſet, & verò impleri iuſſiſſet, quaſi per errorem & imperitiam id factum eſſet poſteà remitteret: quorum alterum à Prætoris ęquitate, alterum ab eiuſdem imperio & authoritate alienum videretur. Non igitur ita ius conſtitutum eſt, vt huiuſmodi conditiones non aliter remittantur, quàm ſi adimplere ęas heres recuſet, ſed vt ab initio remittantur: & heres ad adeundam hereditatem ſtatim atque fideicommiſſarius id poſtulat quaſi nulla conditione adiecta compellatur. Id verò cùm ſit non plus à Prætore tribuitur fideicommiſſario, quàm teſtator voluerit. Cõditio enim quæ à Prætore remittitur perinde habetur ac ſi adiecta non eſſet: atq; ideò quemadmodum ſi purè heres inſtitutus eſſet, purè hereditatem adire cogitur: neq; in eo quicquam fieri intelligitur contra teſtatoris voluntatem. Fieret ſanè, ſi conditio neque remitteretur, neq; impleretur: ſed quæ remittitur implenda non eſt, alioqui inutilis eſſet remiſſio, quæ non ob aliã cauſam ſit quàm vti ne conditionẽ impleri neceſſe ſit: & remitti conditionem nihil aliud eſt, quàm, quod ad cõditionem pertinet negligi voluntatẽ teſtatoris. Rectè igitur & verè Caius ſcripſit remitti ab initio conditionem ne ſi aliter ius cõſtitueretur, accideret vt Prętor liberalior eſſet teſtatore. Aut ſi quis rationem hanc minus rectam eſſe putet, fateri eum neceſſe eſt nunquam permittẽdum eſſe Prætori vt conditionẽ quæ in teſtamento adiecta eſt remittat: quandoquidem id facere nequeat quin à teſtatoris volũtate recedat. Quæ cùm ita ſint, abſurdè, meo iudicio, faciunt qui in illis verbis *& remitti eam ab initio viſum eſt*, erratum eſſe putant & legendum *abſurdum* non *ab initio*. Nam abſurdum potius eſſet huiuſmodi conditiones quę heredi turpes aut difficiles futuræ ſunt ab initio non remitti. Sic enim fieret vt vel fideicommiſſum intercideret, vel cõditionem alterius cauſa ſuóq; damno implere heres cogeretur. Neq; dici poteſt quod illi aiũt implendam eſſe per fideicommiſſarium conditionem. Nullo ſiquidem caſu permittitur fideicommiſſario implere conditionem quæ ipſius heredis perſonæ adſcripta eſt. Adeò vt quamuis in dando conſiſtat, ſi fortè heres ita ſcriptus ſit, Si Titio decem dederit, non tamen liceat fideicommiſſario implere conditionem, ſed eum neceſſe ſit heredi offerre primum, vt ille poſteà Titio dando conditioni & teſtatoris voluntati ſatisfaciat. *d. §. ſi dandæ.* Illud enim perpetuò verum eſt implendas eſſe conditiones eo ipſo modo quo teſtator iuſſit, & vt noſtri interpretes loquũtur, in forma ſpecifica: nec heredis & fideicommiſſarij perſonæ ſic confundi poſſunt, vt quod ab herede vel heredi dandum eſt, id à fideicommiſſario vel ipſi detur. *l. qui heredi. 44. in princip. & §. 1. D. de cond. & demonſt.* Multò igitur minus permittetur fideicommiſſario implendæ conditionis cauſa id facere, quod teſtator ab ipſo herede fieri voluit. Quæ enim faciẽdi ſunt conditiones eæ magis perſonam eius, cui adſcriptæ ſunt afficiunt, quàm quæ in dando conſiſtunt, arg. *l. quod dicitur. 130. D. de verbor. oblig.* Verùm ſupradictæ emendationi quam refellimus cauſam illud dediſſe videtur, quod à Marciano ſcriptum legimus *in d. l. ſi cui. §. vltim. Recuſante autem herede factum implere licentia dabitur fideicõmiſſario ſecundum imitationẽ dationis factum implere, & tunc neceſſitas imponitur adire hereditatẽ.* Ego

verò non dubito, quin ea omnia Triboniani ſint, potius quàm Iuriſconſulti. Nam & verba ipſa parum elegantia Triboniani manum produnt ſatis, & nullo alio iuris loco ſcriptum reperias cōditionem quę heredi adſcripta ſit per fideicommiſſarium impleri poſſe, ſiue in dando, ſiue in faciendo conſiſtat. Verùm contrà ſępius traditum eſt per heredem implendam eſſe, præſertim in *d. §. ſi dandæ.* vbi hac de re Caius eleganter & accuratè tractat, & proinde inepta & falſa ſit ratio illa Triboniani, *Secundum imitationem dationis.* Sed & in ipſo *§. vlt. d. l. ſi cui.* an non apertiſſimè Marcianus ſcribit, Si facti conditio ſit debere heredem parêre, & adire & reſtituere? Heredem verò parêre debere quid aliud eſt quàm ab illo ipſo implendam eſſe conditionem? Quod ſi ita eſt cur eam recuſantem audiet Prætor quem inuitum vt pareat iuriſdictione ſua poſſit compellere? Aut ſi qua recuſandi iuſta cauſa eſt propter conditionis fortaſſe turpitudinem, An non abſurdum & iniquum ſit cogi fideicommiſſarium à Prætore vt rem turpem faciat? Ita ſanè eſt: & eo ſaltem caſu nemo negauerit, Prætorem ab initio remittere cōditionem debere *dict. §. ſi ſub conditione.* vbi tamen cùm eandem turpis & difficilis conditionis rationem Caius conſtituat, eo ipſo probat manifeſtè, difficilem conditionem à fideicommiſſario impleri non poſſe: quæ ſi poſſet, vtique heredi non remitteretur. Comparatur hac parte difficilis conditio ei quæ turpis eſt quòd vtraq; per Prætorem remittatur: & vel ex eo maximè intelligimus malè interpretes noſtros turpem conditionem ab impoſſibili nō diſtinguere, cuius tamen longè diſpar, diuerſáq; ratio eſt. Impoſſibilis enim pro nō ſcripta habetur, ideóq; nec remitti poteſt, Turpis verò non pro non ſcripta habetur, ſed pro non implenda: atque iccirco remitti eam à Prętore neceſſe eſt. *l. conditiones. 9. l. conditiones. 14. D. de cond. inſtit.* Sed & diſtinguendæ & ſeparandæ ſunt eæ conditiones quæ ipſo Prætoris edicto remittuntur, cuiuſmodi eſt conditio iuriſiurandi. *l. quia ſub conditione. 8. D. eod.* ab aliis quarum nulla mentio edicto facta eſt. Non enim omnes turpes conditiones edicto Prætoris remittūtur, ſed quæ edicto non remittuntur, eæ decreto remittendæ ſunt. Idq; eſt quod Caius diſputat in *d. §. ſi dandæ.* verſ. *Quod ſi conditio adſcripta ea eſt quam Prætor remittit ſufficere edictum Iuſtiani ait.* Loquitur enim de conditionibus, quæ ipſo edicto remittuntur, & ait ſufficere edictum Prætoris, hoc eſt eſſe neceſſarium decretum Prætoris fideicommiſſarij, quod prius neceſſarium eſſe dixerat ſi difficilis conditio heredi adſcripta ſit, aut ſi turpis quæ edicto nō remittatur. His igitur omnibus caſibus quoniam conditio non à iure ciuili, ſed Prætoris tantùm vel edicto vel decreto remittitur, adiri iure ciuili hereditas non poteſt, & hactenus duntaxat iubendus & cogendus eſt heres, vt conſtituat Prætoriis actionibus vti, aut petat bonorum poſſeſſionē ſecundum tabulas vt ita nactus actiones, tum reſtituta hereditate transferat eas ex Senatuſconſulto. Et valde probo, ꝙ communi interpretum noſtrorum voce iactatur, etiam hodie poſt tot Iuſtiniani Conſtitutiones quibus correcta aut potius ſublata ſunt vetera ferè omnia iura, quæ extabant De bonorum poſſeſſionibus, neceſſariam eſſe hoc caſu bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Idémq; iuris eſſe Caius ſubiicit ſi heredi adſcripta conditio ſit ferendi nominis ſiue honeſtum illud ſit, ſiue turpe. Etſi enim inter cōditiones honeſti, & turpis nominis ferendi hoc intereſt, ꝙ hanc ſtatim ab initio Prætor remittit, illam verò non aliter quàm ſi heres nomen ferre recuſet, propterea quòd nihil mali eſt honeſti hominis nomen adſumere, neque ideò vel pauperior vel ignobilior ſit qui adſumit. Recuſante tamen herede nomen ſumere nulla iure ciuili adeundæ hereditatis ratio ſupereſt, ſed neceſſariò recurrendum eſt ad remedium & beneficium bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas. Multùm ergo intereſt an honeſti nominis ferendi, an rei difficilis conditio adſcripta ſit. Nam cùm difficultatem & impendium aliquod habet conditio, non interrogat heredem Prætor an conditionem implere velit, necne: ſed quoniam iniquum eſſe videt impleri eam alterius gratia ſtatim ab initio remittit. At quia neque iniquum neque malum eſt honeſti hominis nomen adſumere, conditionem hanc non ſtatim ab initio remittit, ſed prius heredem interrogat vtrum conditionem explere velit, & ſi recuſet tunc demùm Prætor eam remittit. Rectè igitur & non ſine cauſa Caius in pręcedentibus ſcripſit *remitti eam ab initio viſum eſt*, vt intelligamus non eandem omnium conditionum remittendarum rationem eſſe: & alias edicto Prætoris remitti alias decreto & ab initio, alias decreto & ex poſt facto, poſt heredis ſcilicet recuſationem. Non poſſum mihi temperare quin ſubſcribam eandem me Triboniani manum & orationem agnoſcere in *d. l. facta. §. ſi heres antè.* ab illis verbis *& hoc eſt fatendum* vſque ad finem §. neque id obſeruare difficile eſt ſi ea verba conferas cum præcedentibus & ſequentibus, quæ longè ſunt elegantiora, & ornatiore contextu ſcripta.

Ad l. 4. §. 1. D. de ſtatulib.

CAPVT XII.

CVm inter vltimas voluntates & contractus differentiæ multæ ſunt, tum illa maximè quòd in contractibus impoſſibilis conditio actum vitiat, *l. non ſolum. 31. D. de obligat. & action.* In vltimis verò voluntatibus reiicitur, nec heredem impedit inſtitutiones, aut legata, aut fideicommiſſa, aut libertates. *l. 1. D. de cond. inſt. l. 3. D. de cond. & demonſtr. §. impoſſibilis. Inſtit. de hered. inſt.* Cuius diſſimilitudinis ratio non obſcura illa eſt, quòd in contractibus obligatio naſci non poteſt, niſi ex vtriuſq; contrahentium cōſenſu, & in ea re, quæ ex duorum pluriúmve conſenſu agitur, omnium voluntas ſpectanda eſt. Porrò contrahentium talis cogitatio eſſe videtur, vt nihil agi exiſtiment appoſita ea conditione, quā impoſſibilem eſſe ſciunt, *d. l. non ſolùm.* At in teſtamentis cæteriſque vltimis voluntatibus nihil niſi voluntatem teſtatoris intuemur, quem certè veriſimile non eſt fruſtrà & inutiliter teſtari voluiſſe, vt proinde longè vtilius & humanius ſit impoſſibilem conditionem reiici, quàm ſuprema defuncti hominis iudicia, quæ amplius reformari non poſſunt intercidere: quæ ex contrario exitum habere, non teſtatorum tantùm cauſa, ſed publicè quoque expedit, *l. vel negare. 6. D. teſtament. quemad. aper.* Pręſertim cùm nemini id fraudi eſſe poſſit, quando ex alterius teſtamento nemo niſi volens & ſponte obligator. Quæ cùm ita ſint, non abs re quis miretur, quod Paulus ſcribit *in l. cùm heres. 4. §. 1. D. de ſtatulib.* non eſſe ſtatuliberum eum cui libertas in tam longum tempus data eſt, vt eo tempore viuere non poſſit: aut ſi tam difficilem, imò penè impoſſibilem conditionem teſtator adiecerit, vt aliunde libertas obtingere non poſſit, Veluti, inquit, ſi heredi millies dediſſet, aut ſi teſtator ſeruum cùm moreretur

liberum

liberum eſſe iuſſiſſet. Difficilius verò eſt quod ille rationis loco ex Iuliani ſententia ſubiicit, *quia his caſibus nec animus ſit danda libertatis*. Cur nō enim eadem ratione quis contendat, quoties impoſſibilis conditio teſtamento adiecta ſit teſtatori animum non eſſe vel heredis inſtituendi, vel legata aut libertates relinquendi? Sed tamē apertè Paulus docet non idem de difficili quod de impoſſibili conditione dici poſſe, illis verbis, *ſi tam difficilem, imò penè impoſſibilem conditionem adieceris*. Et verò quamuis difficillima, impoſſibilis tamen nō eſt cōdicio illa, *Si heredi millies dederit*. Reſpicit enim ad facultatem dandi, & recedit multum ab impedimento naturali, vt Venuleius loquitur, *in l. continuus. 137. §. illud. D. de verbor. obligatio.* Impoſſibilis autem conditio ea demū habetur, cui natura ipſa impedimento eſt quominus exiſtat, *§. impoſſibilis. Inſtit. de inut. ſtipul.* At finge relictam ſeruo libertatem poſt mille annos, in quod vſque tēpus certū eſt per rerū naturā vincere cū nō poſſe, an non impoſſibilis rei adiectio illa eſt, *Poſt mille annos*: & cùm impoſſibilis ſit, cur nō æquè reiicitur, atque ſi ſeruo libertas data eſſet ſub illa cōditione, ſi digito cœlum tangeret? Nec enim per rerū naturam magis poſſibile eſt ad milleſimum vſque annum viuere, quàm digito cœlum tangere. Neque *Accurſii* diſtinctio placere poteſt exiſtimantis conditiones, quæ per rerum naturam impoſſibiles ſunt ab eis quæ de facto, vt ille loquitur, impleri non poſſunt ſeparandas eſſe, vt illæ reiiciantur, hæ non reiiciantur. Nam generaliter traditum eſt, impoſſibiles conditiones pro nō ſcriptis haberi: & cōditio illa, *ſi ad milleſimum annum peruenerit*, non tantùm de facto, ſed etiam per rerum & hominū naturā impoſſibilis eſt: quemadmodum ex contrario illa, *ſi heredi millies dederit*, neque natura, neque facto impoſſibilis, ſed difficilis duntaxat eſt. Videamus igitur ne dici poſſit, non videri ſub impoſſibili conditione datam libertatem ei cui in tam longum tempus collata eſt, vt eo tempore viuere non poſſit, his verbis, *Stichus poſt mille annos liber eſto*: multūq; intereſſe an ita libertas data ſit, an hōc modo, *Stichus ſi digito cœlum tetigerit, liber eſto*. Hac enim formula datur libertas ſub conditione impoſſibili, illa verò datur in diem certum, qui tamen viuente Sticho venire non poſſit. Si libertas ſub conditione impoſſibili data ſit, dico valere dationem, & ſtatuliberum quidem nō eſſe eum cui ſic data libertas eſt, ſed ſtatim liberum acſi purè data eſſet, reiecta ſcilicet conditione, quæ impoſſibilis eſt. At ſi poſt *mille annos* libertas data ſit, conditio nulla eſt, ſed certus dies: ac quamuis fieri nequeat vt ſi poſt mille annos liber ſit is, qui in id vſque tempus viuere non poſſit: teſtatoris tamen voluntas non patitur, vt libertatem quæ poſt mille annos data eſt, purè datam eſſe dicamus: cùm omnino contraria hæc ſint, dari libertatē purè, & dari in diē. Quòd ſi quis obiiciat, puræ dationi libertatis nō minùs cōtrariā eſſe eā, quæ ſub conditione, quàm quę in diē eſt, Reſpondebo, diei & conditionis differentiam illam eſſe quòd in cōditione ſiue poſſibilis ea ſit, ſiue impoſſibilis, alia conditio nulla continetur. In tempore verò, tempus aliud quod breuius ſit comprehenditur, ita vt qui poſt mille annos liber eſſe iuſſus eſt, idem non niſi poſt tres, quinque, decem, viginti, pluréſque annos liber eſſe iuſſus videatur. Nam in mille annis tres, quinque, decem, viginti, pluréſque anni expreſſè inſunt. Vnde fit vt ſi ex ea datione libertatis, *Stichus ſi digito cœlū tetigerit, liber eſto*, tollas id quod impoſſibile eſt, conditionem omnino tollas, nihilque ſuperſit præter puram libertatis dationem. Sed ſi Stichus poſt mille annos liber eſſe iuſſus ſit, non poſſis tollere tempus illud in quod vſque impoſſibile ſit Stichum viuere, quin tempus aliud ſuperſit, in quod vtiliter dari libertas potuerit. Nā ſi nō poſt mille, falſū quòd poſt tres, quinq; decem, pluréſve annos libertas vtiliter dari poteſt. Quis verò poſſit dicere in quod vſque tempus data videatur libertas, cùm eius temporis quod teſtator ipſe præſcripſit, ratio nulla habetur? Conſequens igitur eſt non competere libertatem propter incertum temporis quod ex teſtatoris voluntate, neque omnino reiici, neque cuiuſmodi ſit ab alio quàm ab ipſo teſtatore diffiniri poſſit: vt non malè Iulianus dixerit, libertatis dandæ animum habere non videri eum, qui in tam longum tempus libertatis dationem confert, vt eo tempore in hominum natura eſſe nequeat is cui data libertas eſt. Longéque alia ratio eſt teſtatoris, qui Stichū poſt annos liberum eſſe iuſſit, nullo annorum numero adiecto. Hinc enim libertatem poſt biennium dediſſe videri idem Iulianus ſcripſit in *l. libertas. 17. §. vlt. de manum. teſtam.* non illa tantùm ratione quòd fauor libertatis id exigat, ſed etiam quòd eam interpretationem teſtatoris verba patiantur. Quam tamen non patiuntur illa, *poſt mille annos liber eſto*, quoniam in mille annis non magis biennium, quàm quinquennium, aut decennium continetur. At conditionum alia ratio eſt. Neque enim iis aliæ conditiones inſunt, atq; ideò ſublata, ſi dicere liceat, impoſſibilitate, quod ſupereſt quemadmodum poſſibile eſt, ita commodè ex teſtatoris voluntate impleri poteſt.

Emendatio l. 2. D. qui potior. in pignor. habeant.

Capvt XIII.

QVod Papinianus reſpondit in *l. 2. D. qui pot. in pign. habeant.* eum qui generaliter bona debitoris pignori accepit, potiorem eſſe illo cui poſteà prædium aliquod ex iis bonis obligatum eſt, quamuis ex cæteris pecuniam ſuam redigere poſſit, pugnare omnino videtur cū reſcripto Imperatorum Seueri & Antonini in *l 2. C. de pignor.* quo cōtinetur vt priori creditori qui in omnibus debitoris bonis æquale ius habet, denegetur tamen pignoris perſecutio in iis quæ ſecundo creditori ſpecialiter obligata ſunt, ſi cætera debito exoluendo ſufficiant. Nec dici poteſt quod *Accurſius* primùm tentat Papinianum de ſtricto iure, Imperatores verò de æquitate reſpondiſſe. Quamquā enim æquitatis potius quàm ſtricti iuris rationē Imperatores habuiſſe vel ex eo maximè conſtat quod lex ait creditorem qui prior generalem hypothecam accepit æquale ius in omnibus bonis habere, ſed iuriſdictionem temperandam eſſe: mihi tamen probabile fieri nō poteſt, Papinianū de ſtricto iure aduerſus æquitatem reſpondiſſe: cuius cætera reſponſa omnia rationis & æquitatis pleniſſima fidem faciunt præcipuam eum vtilitatis & æquitatis cauſam habuiſſe: & ſtrictum ius ſi quando ab æquitate diſſideret ſemper neglexiſſe. Quare nec *Accurſius* conciliationem hanc probat, ſed ſubiicit quod verius eſt, Papiniani ſententiam ad eum creditorem referri, qui debitoris bona omnia generaliter pignori acceperat: ſpecialiter verò nulla. At Imperatores de eo creditore cōſultos fuiſſe cui generaliter bona omnia, ac præterea ſpecialiter quædam obligata eſſe proponebantur, quemadmodum apertè legis verba demonſtrant. Hunc, qui ſpecialiter quædā bona pignori accepit, videri quo-

dammodo ac ſub tacita conditione à generali obligatione receſſiſſe,& conueniſſe,vt non prius ea,quę generaliter obligata eſſent pignoris iure vindicaret,quàm ſi ſpecialiter obligata pecuniæ debitæ ſolutioni non ſufficere appareret. Illum verò, cui generaliter duntaxat bona omnia pignori data ſunt, nihil feciſſe ex eo coniici poſſit ab eo iure, quod in bonis omnib. æquale habere cœperit,recedere eum voluiſſe, *l.ſi generaliter.6.C.qui pot.in pign habeant.* Neque ſane aut verior aut elegantior earum legum cōciliatio aut afferri aut requiri poteſt. Sed difficilius eſt,quod apud Papinianum ſequitur in illis verbis; *Quòd ſi ea conuentio prioris fuit, vt ita demum cætera bona pignori habeantur ſi pecunia de his, quæ generaliter accepit ſeruari non potuiſſet, deficiente ſecunda conuentione, ſecūdus creditor in pignore poſteà dato non tam potior quàm ſolus inuenietur.* Hic verò *Accurſius* caſum tentari ſcribit,& incipere Papinianum loqui de eo creditore,qui ex generali conuentione pignoris bona quædam excepit,quæ obligata noluerit niſi ſub ea conditione ſi ex iis quæ generaliter obligata eſſent, pecunia ſeruari non poſſet. Quod quanquam veriſſimum videtur,Papiniani tamen verbis nullomodo conuenit, qui *cætera bona* paulò antè dixit ea quę generaliter obligata ſunt vt & in *l.1.D.de diſtract.pig.* Et cùm in præcedentibus nō poſuerit bona aliqua ſpecialiter aut excepta aut obligata fuiſſe ei,qui generalem hypothecam acceperat,vix eſt vt *Cætera* commodè interpretari poſſimus ea,quæ ſpecialiter excepta ſunt, niſi ante generalem hypothecam ſpecialem aliquam conſtitutam eſſe comminiſcamur. At rurſus ſi *Accurſii* interpretationem reiiciamus,fatendum erit ineptam eſſe conuentionem illam,vt ita demùm generali hypothecæ locus eſſet,ſi pecunia de bonis generaliter obligatis ſeruari non poſſet. Quomodo enim ſeruari poſſit quin prius admittas generali hypothecæ locum eſſe? Quamob cauſam placuit viro doctiſſimo *Iac.Cuiacio* emendari debere Papin.contextum in illis verbis, *ſi pecunia de his quæ generaliter accepit ſeruari non potuiſſet.* & pro eo quod ſcriptum eſt, *generaliter* legendum eſſe *ſpecialiter*, quomodo in quibuſdā exemplaribus ſcriptū eſſe teſtatur. Quod ſi ita eſt,prioris creditoris conuentionem illā fuiſſe dicemus, vt ita demùm generali hypothecæ locus eſſet ſi ex bonis ſpecialiter obligatis pecunia ſeruari minimè poſſet. At iam ſuprà diximus, obligatis generaliter bonis omnibus & ſpecialiter quibuſdam potiorem eſſe ſecundum creditorem cui ex bonis generaliter obligatis pignus datum eſt. *d.l.2. C.de pignor.* quaſi tacitè facta ea conuentione inter debitorem & priorem creditorem,quam tamen expreſsè fieri Papinianus requirit. Diſſidentem igitur omnino faciamus Papinianum ab Imperatoribus, nec conciliationis ratio vlla recta afferri potuerit niſi ad eam confugiamus, quam ſupra ex *Accurſio* priore loco retulimus & refutauimus. Quamobrem non puto dubitandum, quin aliter emendanda ſint Papiniani verba & illo loco *Cætera bona*, non *cætera* legendum,ſed *Certa*. Hoc enim & probabilius eſt, & ad ſuperiores omnes obiectiones diluendas accōmodatius. Papiniani verò ſentētia & apertiſſima & veriſſima hæc erit, Obligatis generaliter bonis omnibus,ſi ex iis poſteà prędiū aliquod ſecūdo creditori in pignus datum ſit,multū intereſt an prioris creditoris conuentio generalis pura fuerit, an verò cōditionem hāc habuerit,vt ita demùm certa bona pignori eſſent ſi pecunia de his quæ generaliter accepiſſet ſeruari non poſſet. Priore caſu omnimodo potiorē eſſe cauſam prioris creditoris in re poſteà obligata,licet ex cæteris bonis tantùm redigi poſſit quantum ad eius quod debetur ſolutionem ſit ſatis: poſteriore non item. Secundum namque creditorem in pignore ſibi dato nō tam potiorē, quàm ſolum inueniri,deficiēte ſecunda cōuentione, hoc eſt ſi ex bonis generaliter obligatis debitum ſeruari poſſe appareat. Ponimus.n. ſecundo creditori pign⁹ datum eſſe ex ijs bonis quæ non niſi ſub conditione quæ defecit fuerant obligata. Et ſecundam conuentionem Papinianus intelligit conditionalem,ad differentiam eius qua cætera bona omnia generaliter & purè obligata ſunt. Obſeruandum autem eſt multùm intereſſe an quis bona ſua omnia generaliter obligauerit, & quædam ſpecialiter. An verò ex generali bonorum obligatione pura quædam exceperit quæ obligari noluerit niſi ſub ea conditione, ſi cætera non ſufficerent. Priore caſu ſi ex bonis ſpecialiter obligatis ſecundo creditori pignus datum ſit,& ex iis quæ generaliter obligata ſunt prioris creditoris pecunia redigi poſſit, ſecūd⁹ creditor in ſuo pignore non ſolus ſed potior inuenietur,poſteriore verò,non potior ſed ſolus, vt Papinianus ait: quod tamen non ſatis animaduerſum videtur ab iis qui Imperatorū Diocletiani & Maximiani reſcriptū Papiniani ſententiæ omnino congruere ſcripſerunt: cùm neque congruat,neque repugnet, ſed ad aliam facti ſpeciem & quæſtionem pertineat, ſi emendationem noſtram non improbabilem ad tuendam *Accurſii* interpretationem, quæ veriſſima eſt, amplectare.

Emendatio §.vlt.l.2.D. de ſuis & legit.hered.

CAPVT XIIII.

SCripſerat Vlpianus *in §.proximum. l.2. D. de ſuis & legit. hered.* proximum agnatum cùm de inteſtati ſucceſſione agitur,nō eū dici qui tunc fuit cùm paterfamilias moreretur,ſed eum qui tunc fuit cùm inteſtatum deceſſiſſe certum eſt. Indéque fieri vt interdum etiam vlterior agnatus admittatur. puta ſi quis fortè teſtamentum fecerit, cùm patruum & patrui filiū haberet, quo exemplo vtitur Vlpianus *in §.præcedenti.* Nam ſi deliberante herede ſcripto patruus deceſſerit, mox heres ſcriptus hereditatem repudiauerit,patrui filius admittetur. Et generaliter ſi mortis tempore ſuus aut alius erat, qui præcedebat, nec tamen quiſquam eorum viuit cùm repudiatur hereditas, proximum eum accipiemus qui eo tempore quo hereditas repudiatur primus erit. Tum ſubiicit Vlpianus *in §.vlt.* bellè quæri poſſe,an etiam poſt repudiationē adhuc demus inter agnatos ſucceſſionem. Difficilius enim eſt vt poſt repudiationem quàm vt poſt mortem ſucceſſio detur, quòd inter tempora mortis & aditæ hereditatis, aut repudiatæ ab herede ſcripto nullū ius quęſitum dici poſſit iis quos ad inteſtati hereditatem lex vocat, cùm ſucceſſioni ab inteſtato locus eſſe nequeat quādiu ex teſtamēto acquiri hereditas poteſt. At ſtatim atq; hereditatem ſcriptus heres repudiat, lege duodecim tabularum ex cauſa inteſtati proximioribus ea defertur,nec videtur fieri poſſe vt non deferatur ei qui eo repudiationis tempore proximior reperiatur. Ac ſanè plerumque ita ſe res habet. Sed tamē aliquando contingit vt repudiante ſcripto herede non ideò locus fiat ſucceſſioni ab inteſtato. Finge rogatum eſſe heredem ſcriptum vt Titio hereditatem reſtitueret. Certum eſt repudiantem eum cogi poſſe per Prætorē vt hereditatem adeat deinde reſtituat: idq; tā authoritate Senatuſcōſulti Pegaſiani, quàm

quàm reſcripti quod à Diuo Pio poſt Senatuſconſultum factum eſt: cuius & mentio fit in *l. nam quod 14.§.1.D. ad S.C. Trebell.* Cùm verò is quoque qui inuitus & compulſus hereditatem adit, heres nihilominus ex teſtamento fiat, vt teſtatori etiam ex teſtamento hereditas poſſit: Apparet non poſſe hoc caſu per ſolam heredis repudiationem teſtamentum irritum fieri, niſi fideicommiſſarius quoque fideicommiſſum repudiet: ac proinde quandiu cogi heres poteſt, vt hereditatem adeat, tandiu quærendum non eſſe quis agnatus proximior ſit, ſed eo demum tempore quo acquirendæ ex teſtamento hereditatis nulla ſpes ſupererit. Pone igitur heredem ſcriptum poſt repudiationem ſuperuixiſſe centum diebus, & interim proximum deceſſiſſe, mox & eum qui reſtituere cogatus erat. Dicendum eſt, inquit Vlpianus, poſteriorem admitti, id eſt eum qui eo tempore quo heres ſcriptus mortem obiit proximus fuit, licet repudiationis tempore ab alio anteuerteretur. Nēpe quia nō niſi moriente herede certum eſſe cœpit ſucceſſioni inteſtati locum factum eſſe, cùm is quandiu vixit, cogi potuerit adire ex teſtamento hereditatem. Sanè quin eius morte præciſa & ſublata ſit ſpes omnis teſtamentariæ ſucceſſionis ſani iudicij nemo, vt opinor, negauerit. Quēadmodum enim veteris nouique iuris regula eſt hereditatem non aditam non tranſmitti. *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. toll.* ita verum eſt heredis heredem cogi non poſſe, vt hereditatem fideicommiſſariam adeat, præſertim quæ à defuncto repudiata eſt. *l. ille à quo. 13. §. quid ergo. D. ad S.C. Treb.* Fateor hereditatem à ſcripto herede aditam, necdum fideicommiſſario reſtitutam poſſe per heredis heredem reſtitui, adeóque cogi eum debere vt reſtituat. *l. quāuis. 40. §. perſona. l. ſi eum. 64 §. ſi quis rogatus. D. eod.* Sed aditionis & reſtitutionis iura diſtincta ſunt propterea quòd heredis heres hereditatem, quę ſibi delata non eſt adire non poteſt: At eam hereditatem quæ ſibi ex cauſa ſucceſſionis & ex perſona defuncti acquiſita eſt cum onere fideicommiſſi, reſtituere omnino debet, ne meliore conditione ſit quā defunctus qui ad reſtitutionem tenebatur ex Senatuſconſulto Trebelliano. Coactio adeundi fit ex Pegaſiano, reſtitutio ex Trebelliano. Et ridiculus eſt *Accurſius* cùm pleriſque locis diſputat an heredis heres ad adeundam hereditatem cogi poſſit. Nullus enim omnino iuris locus eſt quo moueri quis poſſit, vt putet Senatuſconſultum Pegaſianum, quod de cogendo herede factū eſt ad heredis heredem porrigi debere. Iuſtiniani namque conſtitutio *in l. vlt. §. cùm autem. C. ad Trebell.* qua in eam rem *Accurſius* vtitur, non de aditione, ſed de reſtitutione hereditatis loquitur, & præterea ſingulare ius inducit ſola Iuſtiniani voluntate contra omnem iuris veteris rationem conſtitutum. Sed neque dici poteſt quod à viro doctiſſimo ſcriptum aliquando legere puduit, repudiante herede ſcripto in fraudem fideicōmiſſarij, & gratiam legitimi heredis, nihilominus fideicommiſſum ab herede legitimo pręſtandū eſſe quod ab inſtituto diſertis verbis relictum fuerat. Iuris enim certiſſima regula eſt fideicommiſſum ab herede ſcripto datum hereditate ex teſtamento nō adita ſic intercidere vt à ſuccedentibus ab inteſtato peti nō poſſit, niſi vel ab iis nominatim repetitum ſit, vel ſimpliciter, hoc eſt nulla heredis mentione facta relictū. *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. 1. C. de fideic. lib.* Et verò ſi ita ius eſſet vt hereditate ex teſtamēto nō adita legitimus heres fideicommiſſum præſtare teneretur, quid cauſæ eſſet cur ex Pegaſiano hereditatē adire ſcriptus heres cogeretur? Aut quo iure cogi poſſit is qui ab inteſtato, & præter voluntatem teſtatoris ſuccedit, vt quicquam pręſtet ex teſtamēto quod irritum factum eſt? Denique an non abſurdum eſt repudiationem ſcripti heredis efficere vt fideicommiſſarij melior conditio ſit quàm ſi ſcriptus heres nec adita nec repudiata hereditate deceſſiſſet? Aut ſi repudiatione heredis fideicommiſſarij ius augeri & legitimi heredis minui contra iuris rationem admittere volumus, quid illud eſt quod Vlpianus ait in *d. §. vltim. l. 2. de ſuis & legit. hered.* cogi nihilominus heredem poſſe vt ex teſtamento hereditatem adeat tum reſtituat ex edicto Diui Pij? An non heredi ſcripto iniuria fieret ſi repudiatā hereditatē adire cogeretur, cùm fideicōmiſſarij nihil intereſſet, & à legitimo quoque herede fideicommiſſum pręſtandū eſſet? Sed neque Vlpianus ponit repudiatā eſſe hereditatē ab herede inſtituto in fraudem fideicōmiſſarij & gratiā legitimi heredis: neque verò de eo legitimo herede intelligi poteſt, qui cum ſcripto herede fraudem participauerit. Ponit enim deceſſiſſe eum cui repudiationis tempore deferri potuit hereditas, & ad inteſtatā ſucceſſionem vocari ait eum, qui repudiationis tempore proximus non erat. His itaque rationibus moueor, vt dicam quod ante me nemo dixit, verum eſſe non poſſe quod *in d. §. vlt.* ex Vlpiano proponitur poſteriorem agnatum teneri ad reſtitutionem fideicommiſſi, neque dubito quin poſtrema illa legis verba *cum onere fideicommiſſi* quæ virum doctiſſimum fefellerunt delenda ſint, & imperitiſſimo alicui interpreti potius quàm Vlpiano tribuenda. Nihil enim aliud agebat Vlpianus quàm vt probaret poſteriorem agnatum admitti: neque erat cur de fideicōmiſſo quicquam ſubiiceret, de quo nec dubitare quiſquam poterat, pręſertim cùm idem Vlpianus in pręcedētibus ſcripſiſſet heredem ſcriptum qui hereditatē repudiauerat cogi potuiſſe vt eā adiret & reſtitueret ex reſcripto Diui Pij: quod ſanè rationem nullam haberet ſi eo repudiante hereditas ad legitimū heredem non niſi cū fideicommiſſi onere perueniret. Quare nec Accurſius in eius loci interpretatione leges vlla habet quas pro tuenda Vlpiani ſentētia congerat, ſed Mæciani tātùm authoritate nititur qui in *d. l. ſi eum. 64. §. ſi quis rogatus. D. ad S.C. Trebell.* ſcribit, Si quis rogatus hereditatem reſtituere deceſſerit priuſquā reſtituat, heredem eius reſtituere poſſe, & ex Trebelliano tranſituras actiones. Verùm iam ſuprà monuimus ita demùm id verè dici ſi hereditatem ſcriptus heres adierit. Priùs enim quàm ſi hereditas adita ſit de reſtitutione quęri numquam poteſt. Nihil ergo intereſt an ſcriptus heres hereditatem repudiauerit, an ea neque adita neque repudiata deceſſerit: & vtroq; caſu fatendū eſt fideicōmiſſum intercidere, & ſucceſſioni ab inteſtato ſine onere fideicōmiſſi locū eſſe. Alioqui dicendū eſſet fruſtrà legatorū & fideicōmmiſſorū ſeruandorū cauſa propoſitum à Prætore Edictum, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſideat: cui ſcilicet locus aliter eſſe non poteſt, quàm ſi hereditas ex teſtamento repudietur, tum ab inteſtato poſſideatur *l. 1. § prætermittere eſt. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* & quamuis nō ſim neſcius aliis etiā modis quā repudiatione omitti hereditatem poſſe, ea tamen omiſſio non niſi tacitæ repudiationis iure plærumque cenſeri poteſt. Quòd ſi fideicommiſſum iure ciuili intercidit, cùm heres ſcriptus hereditatem repudiat in fraudem fideicommiſſarij, quamuis idem ipſe ab inteſtato poſſideat hereditatem, ob eámque cauſam

Digitized by Google

vel ad Prætoris edictum, vel ad Senatuſconſulti Pegaſiani remedium neceſſariò recurrendū eſt. Quantò magis admittendum ſit, fideicommiſſum omnino intercidere: ſi hereditatem ſcriptus heres repudiet, eáque ad proximiorem agnatum deuoluatur, quia neq; Prætoris edicto, neq; Senatuſconſulti authoritate teneatur? Neq; verò recta comparatio eſſe poteſt legitimi heredis & eius, qui ex teſtamēto coheres eſt. Huic namque coheredis repudiantis, aut aliter omittentis portio cum fideicommiſſi onere perpetuo accreſcit poſt conſtitutionem Seueri, qua factum eſt, vt ab inſtituto relicta fideicommiſſa à ſubſtituto repetita intelligantur, *l. licet. 74. de legat. 1.* Coheres enim coheredi ex tacita teſtatoris volūtate ſubſtitutus videtur, *l. ſi Titio. 61. §. 1. de legat. 2.* ac proinde quaſi ſubſtitutus fideicommiſſum quod ab eo relictum fuerat, qui heres non eſt, in omnem cauſam fideicommiſſo præſtando obſtringitur. Huius verò diſſimilitudinis inter coheredem teſtamentarium, & legitimum heredem ratio aperta illa eſt, quòd non aliter legitimus heres admittitur, quàm ſi teſtamentum repudiata aut alio modo omiſſa ex teſtamento hereditate irritum factum ſit, ac proinde fideicommiſſum interciderit. Coheres verò teſtamento datus ſi portionem ſuam adeat teſtamentum ſuſtinet, atque ex aſſe heres fit, ſi alius coheres ex parte heres eſſe vel nolit, vel non poſſit: quod cùm euenit ratio facit, ne plus iuris habeat in ea portione quæ accreſcit, quàm habuiſſet is qui ex ea portione fuerat inſtitutus. Ergo ſi ab eo qui heres non fuit fideicommiſſum relictum proponatur, fideicōmiſſum à coherede præſtabitur: & conſequenter ſi is qui heres eſſe noluit, cùm hereditariam portionem reſtituere rogatus eſſet poſtulante fideicommiſſario per Prætorem adire coactus & iuſſus ſit, tum priuſquàm adiret deceſſerit, fiet vt quemadmodum ex eius perſona coheres præſtare & reſtituere fideicommiſſum tenetur, ita quartam Pegaſianā detrahere nequeat, quam is qui adire iuſſus erat, detrahere non potuiſſet. Idémq; meo iudicio, iuris erit, ſi poſt repudiationē, licet ante iuſſum Prætoris deceſſerit is, à quo fideicōmiſſum teſtator reliquit. Non enim Prætoris iuſſus, ſed ſola heredis repudiatio facit ne ex reſtituenda hereditate falcidiæ commodum ſentire heres debeat, quando certum ſit nec volentem eum poſſe hereditatem poſteà adire quàm repudiauerit, niſi à Prætore ita facere iubeatur. Sed multum intererit an coheres portionē reſtituere rogatus iubente & cogente Prætore hereditatem adierit, ac poſteà priuſquàm reſtitueret mortuus ſit: an verò poſt iuſſum Prætoris nondum tamen adita hereditate deceſſerit. Hoc enim caſu iuri accreſcendi locus eſt & fideicommiſſum à coherede omnimodo præſtari debet. Priore verò ſpecie fieri non poteſt, vt fideicommiſſum coheres debeat, cui adita coheredis portio accreſcere non potuit, ſed heredis heres iubendus erit, vt eam portionem quam fideicommiſſario poſtulante defunctus adire iuſſus fuerat & adierat ille ex Senatuſconſulto reſtituat. Quæ ſententia eſt *l. non iuſtam. 4. C. ad S.C. Treb.* in qua proponitur coheredem repudiantem adire iuſſum deceſſiſſe prius quàm adiret aut pro herede gereret. Et ob eam cauſam reſpondetur repudiatam portionem coheredi accreſcere, ita tamē vt fideicommiſſum nulla deducta falcidia præſtare teneatur. Errant verò miſerè, qui in ea lege ſeparant aditionem à geſtione pro herede. Quaſi ad ſcrupuloſam illam, quæ priſcis temporibus obtinebat aditionis & geſtionis pro herede differentiam, potiùs quàm ad rei effectū Imperatores reſpexerint. Aut quaſi ad acquirendam hereditatem, & impediendum ius accreſcendi ſola aditio non ſufficiat niſi pro herede geſtio etiam ſubſequatur: quo abſurdius nihil ſanè dici poteſt. Tam enim per aditionem quàm per geſtionem acquiri hereditatem certum eſt, & ſiue hoc ſiue illo modo acquiſita ſit iuri accreſcendi locum non eſſe. *l. vnic. §. his ita definitis. C. de cad. tollen.* ſicut nec vulgari ſubſtitutioni. *l. poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Rectè igitur Accurſius in *d. l. non iuſtam.* coactionem iuſſum eſſe interpretatur. Cogitur enim adire qui à Prætore iubetur, neque tamen ideò adit & acquirit hereditatem, niſi Prætori pareat & pro herede gerat. Dixi *Pro herede gerat*, quoniam ſi aditionem eam intelligas, quæ olim certis & ſolemnibus cretionū verbis fiebat, nulla ratio eſt cur Prætor heredem iubeat adire, & ea ſolemnia verba proferre: quibus vix aliter locus erat, quàm cùm iure ciuili hereditas acquirebatur, & ita demùm ſi teſtator ſic heredem inſtituiſſet, vt hereditatem intra centum puta dies adiret cerneréque, ſicuti Vlp. ſcribit in tit. *Qui hered. inſtit. poſſ.* Quid verò Prætoris intereſt an ea cretionum verba heres proferat, an rem aliquam hereditariam attingat? Id ſiquidem duntaxat Prętor curat, vt hereditatem heres acquirat, quod cum per geſtionem pro herede facilius minoréque incommodo quàm per aditionem fieri poſſit, credēdum eſt Prætorem iubere ſolitum, vt heres pro herede gereret potius quàm vt per cretionem adiret. *arg. l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. D. ad S.C. Treb.* Vt vel ex eo maximè appareat Imperatores *in d. l. non iuſtam.* veteris illius inter aditionē & pro herede geſtionem differentiæ rationē nullā habere voluiſſe: neq; dubitandum eſſe, quin ita demùm repudiata coheredis portio coheredi cum onere fideicommiſſi adcreſcat, ſi is qui poſt repudiationem hereditatem acquirere iuſſus eſt, ante acquiſitionem quoquomodo factam deceſſerit. At ſi neque adita hereditate neque adire iuſſus deceſſerit, ſiue portionē ſuam repudiauerit, ſiue voluntatem ſuam minimè declarauerit, fideicommiſſum ſanè non intercidet, ſed à coherede ac ſi coheredi ſubſtitutus eſſet præſtabitur, cum ea tamē diſtinctione, vt ſi fideicōmiſſaria portio repudiata fuerit falcidia ex fideicommiſſo retineri non poſſit. Sin repudiata non fuit, eam portionem quæ adcreuit, coheres deducta quarta reſtituat.

Ad l. Micinius. 61. D. de rei vindic.

Cap. XV.

CVM quis ex aliena materia ſpeciem aliquam ſuo nomine fecit, ſi de rei dominio diſputetur, vtrum ad eum pertineat qui materiæ dominus ſit, an ad eum qui ſpeciem fecerit, diſſentientes fuiſſe legimus Proculianorum & Caſſianorū opiniones. Proculo namque placebat dominū eſſe eum, qui fecerit quòd ea ſpecies prius quā facta eſſet neq. in rerū natura, neq. in bonis vllius eſſet. Caſſius contrà, naturali rationi cōuenientius eſſe putabat vt qui materiæ dominus extitiſſet, idem eius quoque dominus eſſet quod ex ea materia factum fuiſſet, quoniam ſine materia ſpecies effici non potuiſſet. *l. adeò 7. §. cùm quis ex aliena. D. de acquirend. rer. domin.* Vtraque igitur opinio ſicut magnos aſſertores habuit, ita ratione pereleganti, & probabili inducta, & confirmata fuit. Ob eamque cauſam, qui Proculum & Caſſium ſecuti ſunt Iuriſconſulti neutrius opinionem omnino exploſam voluerunt, ſed diſtinctione po-

tius

tius vtramque ſic conciliari poſſe crediderunt, vt dicerent ſi materia ex qua ſpecies facta eſt talis ſit, quæ in ſua initia redigi poſſit, Caſſij ſententiam præualere, & materiæ magis quam ſpeciei & formæ rationem habendam eſſe. At ſi ex contrario materia per ſpeciem adeò immutata ſit, vt à ſpecie & forma quam accepit ad priſtinam ſuam ſubſtantiam & qualitatem reuerti nequeat, Proculi opinionem obtinere, & materiæ quaſi in rerum natura eſſe deſierit dominiũ ad eum omnino ſpectare qui ſpeciem fecerit. Et hæc media Erciſcundorum ſententia, quam ſupradicto loco Caius refert ſicut æquior & verior eſt, ita magis communiter à iuris authoribus probata fuiſſe videtur ſi Paulo qui Caſſianus fuit credimus in *l. in omnibus 14. D. eo.* & Iuſtiniano in *§. cum ex aliena. Inſtit. de rer. diuiſ.* Quid ergo ſi ex meis tabulis nauem feceris? Tuam nauem eſſe Paulus reſpondit *l. ſed ſi 26. de acquir. rer. domin.* non alia ratione quàm quòd facta naui cupreſſus non manſerit, ſed cupreſſeum corpus factũ ſit: quemadmodũ, inquit, ſi ex mea lana veſtimentum à te confectum eſſet, tuum non meum eſſe deberet: quoniam lana non maneret, ſed laneum corpus efficeretur. Sed Iulianus in *l. Micinius 61. D. de rei vindicat.* Micinium interrogatum contrà reſpondiſſe refert. Nauim quam tu ex meis tabulis ædificaueris tuam non eſſe, ſed meam: eiúſque ſententiæ rationem illam ſubiicit, quòd totius nauis proprietas carinæ cauſam ſequatur. Diſſentit ergo Iulianus à Paulo non in quæſtione illa Sabinianorum, & Proculianorũ, quæ Erciſcundorum diſtinctione ſublata eſt, ſed in ſpeciali hac contentione, De dominio nauis ex alienis tabulis compactæ. Aliam enim Iulianus & Micinius nauis rationem eſſe voluerunt: aliam cuiuſlibet alterius ſpeciei quæ ex aliena materia facta ſit. Fatentur regulare ac ferè perpetuum illud eſſe, vt qui ex aliena materia ſpeciem fecit, rei dominus ſit ſi materia in ſua initia redigi non poſſit. Fatentur cupreſſum ex qua nauis tabulæ confectæ ſunt non manere, & ad priſtinam ſpeciem reuerti non poſſe. Sed in eo diſſimilem nauis, & cæterarum rerum rationẽ conſtituunt, quòd totius nauis proprietas carinæ cauſam ſequi debeat: in cæteris verò rebus nihil ſit, pręter materiam & formam ex quo rei dominium & proprietas æſtimari poſſit. Paulus contrà, pinguius meo iudicio, minúſque ſubtiliter *in d. l. ſed ſi*, ſic diſputat vt differentiam illam quæ à Iuliano inter nauim, cęteráſq. res conſtituitur, non tam reprehendere, quàm prætermittere videatur: quæ tamen ſi attẽtius intueare & perelegans eſt, & vera. Neque. n. aut Erciſcundi aut Proculiani ipſi materiæ dominium aliter amitti exiſtimarũt, quàm ſi ex ea materia ſpeciem aliquã nõ dominus feciſſet. Ea enim ratio ſola eſt qua Proculus mouebatur quòd ſpecies quæ ex aliena materia facta eſt, in nullius bonis anteà eſſet. Nondum igitur confecta ſpecie, ne Proculus quidẽ negabit materiæ dominum manere eum, qui anteà fuiſſet. Atqui cùm ex meis tabulis carinam nauis extruxiſti, nondum tamen nauis facta eſt. Neque enim nauis carina, nauis eſt, ſed pars nauis, quemadmodum area pars ædificij. Carinam igitur ex meis tabulis factam fateri te neceſſe eſt meam eſſe: cùm materia tota mea ſit, forma autem nulladum acceſſerit, ne carinæ quidem priuſquam totam nauim conſtruxeris. Hoc verò ſi ita eſt, illud quoque fateri te oportet quicquid ſuperædificatur meum eſſe debere, quoniam carina veluti nauis area & ſolum eſt: cui ratione tum naturali, tum ciuili ſuperficies cedit, quia neque ędificium ſine area, neque nauis ſine carina ſubſiſtere poſſet. Quemadmodũ ergo accidit vt ſi quis in alieno ſolo ædificauerit, ædificium non ad eũ cuius impenſa factũ eſt ſed ad ſoli, & areæ dominum pertineat: ita ſi tabularum corpus illud connexũ ex quo nauis carina facta eſt meũ ſit, totã quoque nauim meã eſſe & carinæ cauſam ſequi omnino neceſſe eſt. Eáque rectiſſima ſanè eſt nauis & domus comparatio, itémque areæ & carinæ: qua & pleriſque aliis locis Iuriſconſultos vti videas, vt in quęſtione illa quam Vlpianus tractat *in l. quid tamẽ. 10. §. in naui. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* Si nauis vſusfructus ad aliquem pertineat, eáque per partes refecta, aut omnino diſſoluta ſit, an vſusfructus extinguatur. Ait enim: Si per partes nauis refecta ſit vſumfructum non interire, quoniam eadẽ nauis exiſtimanda ſit licet adeò ſępe refecta eam proponas vt nulla tabula eadem permanſerit, *l. proponebatur. 76. D. de iudic.* Sed ſi diſſoluta ſit quamuis poſteà reſtaurata iiſdem omnino tabulis nulla prętereà adiecta, extinctum tamen eſſe vſumfructum, quòd non ea ipſa cuius vſusfructus alienus erat, ſed alia nauis eſſe exiſtimetur. Tum ſubiicit Vlpianus, *nã etſi domus fuerit reſtituta vſusfructus extinguitur.* Eadẽ omnino extinguendi vſusfructus ratione ſcilicet rei mutatione, propterea quòd domus diruta licèt poſteà ex iiſdem lapidibus & lignis reſtituta alia domus eſt: cùm tamen ſi per partes ſæpius refecta ſit, lapidibus & lignis omnibus vſque ad vnum immutatis, nihilominus eadem domus eſſe cenſeatur. Quamquam hac parte in eo fortaſſe diſſimilis domus & nauis ratio eſt, quòd ſi nauis diſſoluta ſit ea mẽte vt ex iiſdẽ tabulis reficeretur, nõdũ intercidiſſe videtur, & cõpoſitis tabulis rurſus eadem eſſe incipit, *l. inter ſtipulationem. 83. §. ſacram. D. de ver. oblig. l. qui res. 98. §. aream. D. de ſolut.* At ſi domus ad aream vſque depoſita & diruta ſit, licet ex eadem materia poſteà reſtituatur, alia erit. *d. §. ſacram. in fi.* Nec diſtinguemus an diruta ſit ea mente vt ex eadem materia reficeretur. Quæ enim ſemel omnino diruta eſt refici non poteſt, cùm ex ædificio nihil ſuperſit pręter aream, quæ tamen nec pars dicenda eſt ædificij quod amplius nullum eſt: vt proinde ſi in eadem area rurſus ædifices, aliam domum fieri, non veterem refici dicendum ſit. Nam ex lapidibus, & lignis ſine area domum efficere non poſſis: neque igitur reficere. Cùm autem nauis diſſoluta eſt, quę tota ex tabulis conſtabat, tabulę ipſę ſuperſunt ex quibus refici poſſit non ſecus acſi non omnes tabulæ refixæ eſſent. Et ſi ea mente refixas eſſe proponas vt rurſus componerentur, ſolus ille reficiendi animus facit vt nondum intercidiſſe nauis videatur, quia nondum interciderint omnia ex quibus nauis conſtabat, id eſt tabulæ quarum vel minima principium reficiendæ nauis eſſe poſſit. Dices neque aream diruto ędificio intercidere, quæ tamen domus pars quoque eſt, *l. ſolum. 50. D. de rer. vindic. l. eum qui. 23. D. de vſucap.* Verùm reſpondeo, non eadem ratione aream partẽ aut principiũ domus dici poſſe, qua tabulam partem aut principiũ nauis eſſe dicimus. Fit enim nauis ex tabula & ſicut ita fit ita reficitur. Ex areâ verò neque fit neque reficitur domus, ſed cùm aream partem aut principium domus eſſe dicimus, ad id reſpicimus quòd ſine areâ domus ſubſiſtere & ędificari non poſſet. Denique tabula fit ad vſum nauis, area non fit ad vſum domus, ſed ea vtitur qui domũ ædificat, & eo demũ tẽpore quo ædificatum eſt, aream partem ædificij appellamus. Et hanc domus & nauis diſſimilitudinem Paulus non obſcurè docet *in dict. §. ſacram*, cùm na-

uim quæ diſſoluta eſt ea mente vt ex iiſdem tabulis reficeretur comparat tignis ædium quæ depoſita ſunt ea mente vt reponerentur: Nauim verò quæ eo animo reſoluta eſt vt ad aliū vſum tabulæ deſtinarentur, licet mutato conſilio reficiatur comparat ædibus quæ ad aream vſque depoſitę, poſteà reſtitutę ſunt. Cæterùm vt ad inſtitutam Micinij diſputationem reuertamur, quemadmodū ſi ex meis tabulis nauim ædificaueris ratio facit vt nauis mea ſit, quia totius nauis proprietas carinæ cauſā ſequi debeat: Ita ſi nauim quæ tua erat ex meis tabulis refeceris, eadem ratio euincit, vt nauis tua maneat, quoniā carina tua remaneat, ſiue refecta ea non ſit, ſiue per partes refecta ſit, ſiue etiā omnino diſſoluta, ea mente tamen vt ex iiſdem tabulis reficeretur. At ſi omnino reſoluta ſit eo animo vt in alium vſum tabulæ deſtinarentur, quamuis mutato conſilio carina reficiatur, quia tamē alia eſt, mea efficietur, tum quæ naui ædificabatur carinę cauſā ſequetur, & mea erit, non tua. Atque ita Micinij & Iuliani ſententiā explicandam eſſe exiſtimo, quam nec Azo nec Accurſius, nec alij interpretes perceperunt.

Emendatio l. etſi non adſcripta 9. C. de fideicommiſſ. libert.

CAPVT XVI.

PAter filiis ſuis teſtamēto tutorem ſeruum proprium dedit, nec libertatē adſcripſit. Placet, ac iam olim prudentibus placuit libertatem quoque datā videri, quòd non aliter ſeruus tutor eſſe poſſit, quàm ſi liber primùm fiat. Nam vt rectè Seruius dicebat, nihil aliud tutela eſt, quàm vis & poteſtas in capite libero iure ciuili data & permiſſa *l. 1. D. de tutel.* Eorū verò omnium, quę iuris ciuilis ſunt vſq. adeò incapaces ſunt ſerui vt pro nullis & mortuis habeantur *l. quod attinet 32. D. de regul. iur.* & quod magis eſt quadrupedibus comparentur. *l. 2. §. vt igitur. D. ad leg. Aquil.* Eadémq. ratio facit vt etſi alieno ſeruo tutela ſine libertate data ſit, nihilominus data libertas exiſtimetur, *l. ſi hereditas 10. §. vlt. D. de teſtam. tutel. l. etſi non adſcripta 9. C. de fideic. libert.* Quod ius nō ſolum libertatis fauore inductum eſt, ſed etiam pupilli, cuius vel maximè intereſt tutorē habere: nec minus ea res ad publicam vtilitatem pertinet vt libertates & pupillorum bona conſeruentur. Sed quęſtio eſt & difficilis & elegās an tacita ea libertas directa dicenda ſit, an fideicōmiſſaria. Et ſi quidem alienus ſeruus tutor datus ſit, non niſi fideicommiſſariæ libertati locum eſſe poſſe nemo dubigit: quoniam iuris ratio non patitur, vt teſtamento manumiti poſſint, niſi qui teſtamēti & mortis tempore teſtatoris ſerui fuerunt. Nam quemadmodum Vlpianus in titulis ſcribit, Vt teſtamento manumiſſi liberi fiant, lex duodecim tabularum facit ex ea parte qua confirmat quicquid teſtamento datum, & legatum eſt. Lex verò patrifamilias legandi poteſtatem facit de ſua duntaxat pecunia non de aliena. *l. verbis legis 120. de verbor. ſignificat.* At ſi ſeruum proprium tutorem dominus dederit, magis eſſe puto vt directa libertas competat perinde acſi ſeruus & liber, & tutor eſſe iuſſus eſſet. Fauor namque libertatis ſanè poſtulat, vt ſi directa libertas competere poſſit, fideicommiſſaria non debeatur, ne patronum ſeruus manumiſſus habeat, quem Orcinum, hoc eſt nullius libertum eſſe paterfamilias voluit. Cur autem directo iure liber non ſit, quem teſtator manumittere & voluit & potuit? Non inficior aliquando accidere vt qui teſtamento liber eſſe iuſſus eſt fideicommiſſariam duntaxat libertatē conſequatur. Sed id tū demum accidit cùm directa competere non poteſt, fortè ſi quis ſeruo pignorato directā libertatē dederit, quo caſu quia ſubtili iure directa libertas impeditur, cum fieri nequeat vt ipſo iure liber ſit qui pignoris iure & vinculo tenetur, ad fideicōmiſſariam neceſſariò recurrendū eſt, quaſi tacitè rogato herede vt pignus luat, deinde ſeruum manumittat. *l. generaliter. 24. §. ſi quis ſeruo. D. de fideicommiſſ. liber.* Quoties autē iuris ratio directam libertatem non impedit, nullo iuris loco ita conſtitutum reperias vt ex fideicōmiſſo libertatem petere liceat ei quem teſtator ipſe manumiſit. Imò verò ius noſtrū nō patitur vt in ſerui electione ſit, vtrā petere malit, ſed vel directam ipſo iure competere neceſſe eſt, vel fideicōmiſſariā deberi. Directa libertas ipſo iure cōpetit, & quæ iam competit, deberi non poteſt. Fideicommiſſaria ex cōtrario nō competit, ſed debetur. *d. l. generaliter. § ex teſtamento.* Directam dat teſtator, & lex duodecim tabularū confirmat. Fideicommiſſariam nec teſtator dat, nec lex confirmat, ſed heres præſtat. *l. ſi ſeruus. C. eod.* Denique fieri nullomodo poteſt vt qui ipſo iure ex teſtamento liber eſt, quaſi nondum liber ſit libertatem ſibi ex fideicommiſſo præſtari poſtulet. Ergo ſi quis ſeruo ſuo ſine libertate tutelam dederit, quia perinde eſt acſi libertatem quoque dediſſet, quod ſine libertate tutelæ datio non valeret, dicendum eſt ſicut tutelam directis verbis teſtator dedit ita directam quoque libertatem dediſſe eum videri nō fideicommiſſariam: & quemadmodū eo caſu ſeruus tutor neceſſarius efficitur, ita & neceſſariò liberum eſſe: ac proinde directo iure non per fideicommiſſum: quandoquidem is cui fideicommiſſaria duntaxat libertas debetur, non niſi volens & petens liber fieri poſſit. Quò etiam pertinet quod Vlp. ſcribit *in d. l. generaliter. §. ſi quis tutorem.* Aliud eſſe tutelam libertati patrocinari: Aliud verò libertatem ex fideicommiſſo deberi, vt intelligamus quotiex tutela libertati patrocinatur, directæ libertati, non fideicommiſſariæ locum eſſe. Atque ita Iuſtinianus apertè ſcribit, itémq. Theophilus *in §. 1. Inſtit. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* & Paulus *in §. vlt. l. quæro. 32. D. de teſtam. tutel.* illis verbis *an poſſit libertatem ſibi vindicare*, & aliis ſequentibus *& liberum quidem ab adita hereditate eſſe.* Directa enim libertas illa eſt, quæ vindicatur: fideicommiſſaria non vindicatur, ſed petitur: & cùm ab herede petenda ſit, qui non niſi poſt aditam hereditatem heres eſt, fieri certè nequit vt ab adita hereditate liber ſit, cui ex fideicommiſſo tantùm libertas debetur. Nec eſt quòd quis dicat in ea ſpecie directam libertatem ideò competere, quod Eros ſeruus cū liberi hominis prænomine Lucius Eros teſtamēto dictus eſſet. Ea nāque ſola adiectio facere non poteſt, vt libertatem directā ſeruo dare teſtatur voluerit, potius quàm ſi Erotem ſimpliciter dixiſſet, neq. verò ex teſtamenti verbis, ſed ex ſola tutelæ datione libertatem quoq. datam videri Paulus interpretatur. Ob eámque cauſam ſic loquitur vt dicat libertatē directam datam videri, non quòd verè data non ſit, ſed quòd nonniſi ex tacita teſtatoris voluntate, & iuris interpretatione data intelligatur. Ac ſanè ita ius eſt, vt ſi fideicommiſſi verba nulla ſint directa libertas cōpetat, niſi ſtricta aliqua iuris ratio teſtatoris volūtati refragetur, indéq. fiat vt ad fideicommiſſariam deflectendum & recurrendum ſit. *d. §. ſi quis ſeruo.* vbi quod dicitur ita conſtitutum eſſe fauore libertatis contra communes iuris regulas, oſtendunt ſatis regulam illam eſſe, vt in vnā eādémque perſonā vtriuſque libertatis directæ ſcilicet & fideicōmiſſariæ ius cōcurrere

non

non poſſit. Quæ cùm ita ſe habeant, non immeritò quis miretur quod contra ſcriptum eſt in *d. l. etſi 9. C. de fideicom. libert.* Etſi non adſcripta libertate tutorem quis ſeruum propriũ teſtamẽto dederit, receptũ tamen eſſe vt per fideicommiſſum manumiſiſſe videatur. Repugnãt enim ij iuris loci quos ſuprà citauimus. Repugnat iuris ratio quam attulimus. Repugnãt denique ipſa legis verba ſi ſubtilius intueare. Neque enim teſtator ipſe ſeruum manumiſiſſe videretur, ſi non niſi ex fideicommiſſo libertas deberetur, cùm eo caſu manumiſſio ab herede fieri debeat non à teſtatore. *d. l. ſi ſeruus. C. eod.* Vnde fit vt ſeparati ſint tituli De manumiſſis teſtamento, & De fideicõmiſſariis libertatibus, quòd iis qui teſtamento manumiſſi ſunt non fideicõmiſſaria libertas debeatur, ſed directa competat. Sed & Iuſtinianus *in l. quidã 5. §. cum igitur. Cod. de neceſſ. hered. inſti.* apertè ſcribit ius ciuile ita comparatum fuiſſe vt ſeruus qui tutor à domino ſcriptus eſſet directam quoque libertatem accepiſſe videretur. Sic enim eum locum accipiendum eſſe conſtat, & quod lex ait *iure noſtro* non ius nouum & Iuſtinianeum ſignificar, vt à nonnullis interpretatum video, ſed ius ciuile vetus quod ante Iuſtiniani tempora obtinebat, & cuius argumento Iuſtinianus vtitur, vt probet ſumma ratione niti quod ille ea conſtitutione inducit. Nimirum vt ſeruus qui heres eſſe iuſſus eſt, non adſcripta libertate, nihilominus omnino ciuis Romanus exiſtat, hoc eſt directam libertatem nanciſcatur. Siquidem fideicommiſſariam ab aliquo petere eum neceſſe eſſet, quam porrò à ſeipſo petere nõ poſſet. Quare ſic mihi perſuadeo in *d. l. etſi.* tollenda ea verba *per fideicommiſſum*, addita fortaſſis ab imperito interprete in iuris noſtri principiis parùm aut malè verſato. Quem ex eo deceptũ veriſimile eſt quòd poſita lex ſit ſub titulo De fideicommiſſariis libertatibus, & quòd in ſecunda legis parte quæ eſt de alieno ſeruo tutore dato, ſcriptum ſit eo caſu *æquè fideicommiſſariam libertatem datam videri*, quaſi in priore ſpecie de fideicommiſſaria quoque non de directa libertate reſponſum fuiſſet. Verũ facilis erit ad obiectionem reſponſio ſi quis dicat legis ſententiã illã eſſe, vt ſiue proprio, ſiue alieno ſeruo tutela data ſit æquè libertas data videatur, ſed tamen priore caſu directa, poſteriore fideicommiſſaria. Sic enim Vlpianus *in d. l. ſi hereditas 10. §. vlt. de teſtam. tutel.* nihil intereſſe ait an proprio an alieno ſeruo tutelam teſtator dederit: cùm tamẽ certo certius ſit hactenus intereſſe, quod ſi alienus ſeruus tutor datus ſit, ſub ea conditione datus intelligitur, *cũ liber erit*, quæ in ſeruo proprio tutore dato, neque tacitè ineſſe creditur, nec niſi inutiliter & fruſtrà expreſſè adiici poſſet. *§. ſeruus autem alienus. Inſtit. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* Et perperam locum illum accipit qui ea verba *poteſt igitur & huic fideicommiſſaria libertas deſendi*, de ſeruo proprio interpretatur, cùm non niſi de alieno Vlpianus tractet. Non enim argumẽtum ducit à ſeruo extraneo ad propriũ, ſed ex contrario à proprio ad extraneum, vt quemadmodũ proprius ita alienus ſeruus tutori datus libertatẽ conſequatur, quòd vtroq. caſu eadẽ ſit voluntas teſtatoris. Sed ex eo rectè inferre nequeas, eandem vtriq. libertatem cõpetere. Directam namque à fideicommiſſaria diſtinguit nõ voluntas duntaxat teſtatoris, ſed etiam poteſtas. Seruo alieno nec volens directam libertatem dare teſtator poteſt: ſeruo autem proprio tutori dato nec ſi velit fideicõmiſſariã: quia vt eleganter Theophilus ratiocinatur, neq. pupillus manumittere ſeruũ poteſt ſine tutoris authoritate; neque ſeruus aut ante acceptam libertatem tutor eſſe aut in rem ſuam pupillo authoritatẽ præſtare. Nec poſſis dicere, quod quidam putant, ſublatum hoc incommodum Senatuſconſulto Damuſiano quo cautum eſt de iis qui ex iuſta cauſa abſunt, vt nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his qui fraude careant, *l. neque 36. §. 1. D. de fideic. libert.* Quamquam enim pupillus qui tutorem non habet, abſentis loco eſt, non aliis tamen libertatibus Senatuſconſulto Damuſiano, aut Rubriano ſubuentum fuit, quàm quę ex cauſa fideicommiſſi ſic deberentur, vt vel intercideret vel impedirentur niſi Senatuſconſulti authoritas difficultati præſtationis ſubueniret. *d. l. neque. & l. cùm verò. 26. §. ſubuentum. D. eo.* Sed ad directas libertates Senatuſconſultum non pertinet, quæ cùm ipſius legis duodecim tabularum poteſtate omnino confirmentur, Senatuſconſulti auxilium implorare non poſſunt. Qui ergò fatentur, quod ex Iuſtiniani, Theophili & Pauli ſententia veriſſimum eſt ſeruum proprium, tutorẽ teſtamento datum directam libertatem vindicare poſſe, eos fateri quoque neceſſe eſt nullum Senatuſconſulto ad conſeruandam libertatem eo caſu locum eſſe, ac proinde fideicommiſſariam libertatem impediri, directam verò ex teſtatoris voluntate & iuris ratione omnimodo competere.

Venditoris rem tradere nolentis, dolus quomodo æſtimetur.

CAPVT XVII.

DEciſa eſt ex Pauli ſententiis vetus illa inter Martinum & Ioannem tot locis tractata quæſtio, An venditor qui rei venditæ tradendæ poteſtatem habet ad tradẽdũ cogi poſſit, an verò eius quod emptoris intereſt præſtatione liberetur. Scribit enim ille cogendũ eſſe venditorẽ vt tradat, nec indulgendũ ei eſſe, vt ſi quicquid emptoris intereſt præſtare malit, audiatur. Quæ fuit iam olim Martini opinio, à cæteris tamẽ interpretibus iuris ferè omnibus improbata. Quibus fortaſſis ignoſcendum eſſet, ſi nulla in libris noſtris quos præ manibus habebat, in eam rem argumenta extarent. Pauli namque ſententias eius ſeculi infelicitate, velut in tenebris ſepultas nõdum quiſquam in lucem reuocauerat. Sed videamus ne & manifeſta iuris ratione & aliis plæriſque Digeſtorum locis Martini ſentẽtia comprobari poſſit. Atque vt cætera omittam, quæ ille iam olim non ineleganter diſputauit. Ea præcipuè ratio mouere Ioannẽ debuit, quòd venditor eo ipſo quod vendere ſe dicit, hoc vnum præcipuè promittere intelligatur, traditurum ſe vacuam rei venditæ poſſeſſionem. Quod verò non propter non traditam rem, aut propter rei traditæ euictionem præſtat aliquando quicquid emptoris intereſt, id non tam fit vi & poteſtate obligationis quàm æquitate iudicij quod bonæ fidei eſt, & eam tãtùm ob cauſam quòd obligationi non ſatisfecerit ſiue rem nõ tradiderit, ſiue eam tradiderit cuius poſſeſſio iure auocata ſit, quam perinde haberi lex ait acſi tradita non eſſet. *l. 3. l. ex empto. 1. D. de actio. empti. l. ſi in venditione. 61. de euict.* Quod cùm ita ſit, dici non poteſt ex bona fide permittendum venditori vt non præſtet quod pręſtare debeat cùm poſſit: ne alioqui meliorem eius condicionem efficiamus, quàm ſi ex contractu ſtricto ad rem dandam teneretur. Melior enim conditio eſt eius qui electionem habet ex pluribus rebus veram præſtare malit, quàm eius qui certæ rei præſtandæ omnino obſtrictus eſt. Atqui nemo dixerit eum qui fundum Tuſculanum dari ſtipu-

Google

lanti ſpoponderit eligere poſſe, vt ſi id quod ſtipulatoris intererit præſtare malit liberetur. Fundum namq. ipſum dare debet & præſtare vt eius dominium ſtipulatoris omnimodo efficiatur. *l. vbi autem 75. §. vl. D. de verb. oblig.* neque pro ea re quæ ex ſtipulatu debetur id quod intereſt vnquam petitur, aut præſtatur niſi cum faciendi obligatio eſt *l. ſi quis alio 13. §. vlt. D. de re iudic. l. quoties 81. de verb. oblig.* Non alia ratione quàm quòd cõtractus ſtricti iuris præſtationem illam eius quod intereſt quæ ex bona fide proficiſcitur, recipere nõ poſſit. Cur ergo venditori concedamus, vt mala fide rem retineat quam præſtare debet potéſtque, præſtet verò quicquid emptoris intererit, cùm ad id quod intereſt non aliter ſit obligatus quàm ſi id ex bona fide eſſe videatur? Sanè ex bona fide eſt, vt venditore rem tradere nolẽte cũ poſſit, emptori liceat petere quicquid ſua intereſt rem traditam eſſe: in quo non vera duntaxat rei venditæ æſtimatio continebitur, ſed & ſi quid prætereà interſit. *l. 1. de act. emp.* Sed ſi rẽ ipſam habere emptor malit, eadem bona fides facit vt ei omnimodo præſtari debeat, adeóque obligationis iure & poteſtate non ſecus ac ſi ex contractu ſtricto deberetur. Quòd ſi obiicias tradendi obligationem qua venditor tenetur, facti eſſe: in huiuſmodi verò faciendi obligationibus perpetuò ſic obſeruari vt ſi non fiat quod conuenit præſtandum ſit id quod intereſt, quemadmodum ſuprà diximus. Reſpondebo factum quod in traditione verſatur non eſſe ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi non poſſit ſine vi & impreſſione: quale illud eſt vt tu mihi tabulam pingas, aut pro me Romã eas: in quo demùm faciẽdorum genere ne libero homini & ciui Romano vis fieret, conſtitui rationis fuit vt in locum obligationis faciendi, obligatio & præſtatio ſuccederet eius quod creditoris intereſſet. At cũ res aliqua tradenda eſt, non tam illud agitur vt tradentis factum aliquod interueniat, quàm vt in eũ cui tradi res debet poſſeſſio transferatur, quod ſi facto eius ipſius, qui ad tradendum obligatus eſt, non fiat iudicis authoritate auocari poſſeſſio poterit, & in eũ cui tradi res debuerat, transferri, adeóque manu militari ſi exequendæ iudicis ſententiæ ratio alia non ſuperſit vt in *l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicat.* Alioqui poſſet quis nõ diſſimili ratiocinatione concludere, eum qui rem aliquam dare promiſit, ad dandum cogi non poſſe, quia dare hoc eſt dominiũ transferre nequeat, niſi per traditionem: cogi verò vt tradat & faciat, citra vim & impreſſionem non poſſit. Quod tamen Vlpianus negat in *d. §. vlt. l. vbi autem 75. de verb. oblig.* Quemadmodũ & cogi quem poſſe dicimus vt rem alienã quã poſſidet reſtituat, *d. l. qui reſtituere*, quãuis qui reſtituere tenetur, vtiq. ad faciẽdum obligatus ſit, non minus quàm qui ad tradendum. Atq. hanc Marciani ſententiã eleganter illud probat quod Paulus reſpondit in *l. ſi quis 46. D. de actio. emp.* eũ qui rem alienã vendiderit ſi mediò tẽpore, hoc eſt ante traditionem domino rei heres extiterit cogendũ eſſe vt impleat vẽditionem. Hoc enim quid aliud eſt quàm cogendũ eum eſſe vt rem tradat? Nam etſi domino rei heres non extitiſſet: tamen ad id quod emptoris intereſſet obligatus fuiſſet. Cum igitur rei venditæ dominus factus ſit, non liberabitur ſi emptori præſtare velit quanti eius intereſt alienam rem venditam nõ eſſe, ſed venditionem implere & rem ipſam tradere omnimodo cõpelletur. Nec diſſimile eſt quod Proculus reſpondit in *l. ſi cum fundum 68. §. vlt. D. de contr. empt.* ita demum venditoris rem tradere nolentis dolum æſtimari ſi aliquo modo accidat ne rem ipſam tradere poſſit. Vt ex eo intelligamus poſſe venditorem præciſe cogi vt rem tradat, ſi eius tradẽdæ poteſtatem habeat, quamuis Accurſius ad eum locum Ioãnis opinionem ſecutus reluctetur. Verùm quid ſi rem ipſam tradere venditor nequeat? Id enim multis modis accidere Proculus ait, & veriſſimum eſt, puta ſi venditoris dolo res quæ tradi debuerat perierit, aut eius poſſeſſio in alium tranſlata ſit, aut ſi fortè rem alienam quis ſiue ſciens ſiue imprudens vendiderit. His ſane caſibus de obligatione tradendæ rei quæ tradi nõ poſſit fruſtrà contendatur, & ad præſtationem eius quod emptoris intereſt neceſſariò recurrendum eſt, idipſum aliter atque aliter æſtimandum. Nam ſi venditor dolo careat, dignus certè eſt cum quo mitius agatur, nec iuris aut æquitatis ratio patitur vt in plus quàm quanti reuera emptoris intereſt teneatur. Emptori igitur incumbet probandi onus quanti ſua interſit, quæ probatio plærumque difficilis eſt, & probationum inopia res vt plurimum ad exiguam ſummam deducitur. *l. vlt. D. de Prætor. ſtipul.* At ſi venditoris dolus aliquis arguatur, magis eſt quod Proculus ait vt dolus æſtimari debeat, ac præter id quod reuera emptoris intereſt etiam doli nomine venditor condemnetur. An ergo emptori iuſiurãdum in litem iudex deferre poterit? Dici enim ſolet in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. *l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand. l. 1. §. in depoſiti. D. depoſit. l. ſi cui 48. §. 1. D. locat.* propterea quòd ex bona fide ſit vt dolus cui nihil magis contrarium eſt quàm bona fides, ipſius iudicij bonitate & æquitate vindicetur. Quę res facit vt & doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicamus. *l. ſed etſi 21. D. ſolut. matri. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum. D. de legat. 1.* Nec melior alia coercendæ cõtumaciæ ratio eſt quàm ſi actori permittatur vt iureiurando æſtimet pro arbitrio rem quam petit. *l. 1. D. de in lit. iurand.* Atqui in contrarium, cum de actionibus empti & venditi, tot iura in libris noſtris cõſcripta extent, nuſpiam tamen legimus, aduerſus venditorem iurari in litem, multóque minus cõtra emptorem, qui non niſi pecuniæ debitor eſt, cuius ratione, ſicut alio loco ſuprà monuimus, vix eſt vt id quod intereſt pręſtetur: ſed venditorem ad id quod emptoris intereſt, emptorem verò ad pretij vſuras teneri paſſim ſcriptum eſt: de iureiurando in litem ne verbum quidem. Quin extat Imperatorum Valeriani & Gallieni reſcriptum quo continetur, Si rei venditę traditio iuxta contractũ emptionis procacia & dolo venditoris non fiat, quanti intereſſe cõpleri emptionem & rem tradi arbitratus fuerit Pręſes prouincię, tantum in condemnationis taxationem deducere eum debere *l. ſi traditio 4. Cod. de action. emp.* Qui locus omnium apertiſſimus eſt, & ab iis interpretibus rectè acceptus, quibus viſum eſt ex eo probari in actione empti iuramento in litem locum nõ eſſe. Si quo enim caſu aduerſus venditorem iurari poſſit, tunc ſanè iurare licet cùm venditoris procacia, & dolo rei venditæ traditio recuſatur. Iurare tamen eo caſu licere negant imperatores, qui taxationem, & condemnationem eius quod intereſt iudicis non emptoris arbitrio & religioni permittunt. Ac ſanè ſi eam rationem inſpicias, quę iuriſiurãdi in litem ęquitatem induxit, facilè videas ita ius conſtitui non poſſe, vt in actione empti iuretur. Ea ſiquidem ratio iuſiurandum hoc ſuaſit, quod æquum non ſit inuitum quem ſuo pretio res ſuas vendere. *l. non enim 9. D. rer. amot.* & vero pretio, id eſt quanti reuera res eſt litem ęſtimari, cùm & contu-

macia

macia punienda ſit, & arbitrio domini potius quàm alterius pretium rei ſtatuendum, vt Marcellus ait. *in l.ſi utor 8. D. de in lit. iur.* Vnde fit vt in actionibus in rem, tametſi bonæ fidei nõ ſint, ſed ſtricti iuris in litem iuretur. *d.l. in actionibus. l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicat. l. ſi fundus. 16. §. in vendicatione, D. de pignor.* Nimirum quoniam qui in rem agit, ſiue dominium ſiue ius pignoris vendicet ius ſuum adſerit, quod in ipſa re habet: quod ius cùm ei inuito per rei contumaciam auferatur, æquum ſanè eſt actoris arbitrio & religione æſtimari. Non idem dicendum eſt ſi aliena res petatur in qua nullum ius actor habeat, tametſi eius nomine in perſonam experiri poſſit, quemadmodum contingit in actionibus ex ſtipulatu, ex teſtamento, & aliis quæ ſunt ſtricti iuris, præter in rem actiones. Minor namque iniuria ſit ei cui alienæ, quàm cui propriæ rei, aut in qua ius aliquod proprium habeat, reſtitutio denegatur. Cui conſequens eſt, vt neque in empti actione, quamuis bonæ fidei ſit, in litem iuretur: quia in re vendita nihil iuris emptor habeat priuſquàm tradita ſit, licet in perſonam venditoris actionem habeat, ad hoc ipſum vt ſi tradi res poſſit, omnimodo tradatur. *§. cum autem. Inſtitut. de empt. & vendit. l. Quintus 40. D. de action. empt.* Satiſque venditoris contumacia ac dolus in eo coërcetur, quòd emptori præſtat, ſupra quam reuera interſit. Et id eſt meo iudicio, quod Proculo placet, venditoris dolum æſtimari, ſcilicet officio & arbitrio iudicis, non emptoris iureiurando. His enim modis æſtimari ſolet id quod intereſt, quoties non curat iudex vt quatenus verè interſit, inſpiciatur, hoc eſt quoties ratio & æquitas poſtulat vt condemnatio ex rei dolo & contumacia augeatur. *l. ſemper 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. ſi quando 9. C. unde vi.* Ex quo intelligimus perpetuò veram non eſſe quod plæriſque locis traditum eſt, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. Nam & contrariæ depoſiti, commodati, & ſimiles aliæ actiones bonæ fidei ſunt: neque tamen in iis iurare in litem actori conceditur. *leg. ei apud quem 5. D. depoſit.* vbi rationem elegantem Vlp. reddit, quòd in huiuſmodi iudiciis non de fide rupta agatur, ſed tantùm vt actori indemnitas præſtetur. Ita innuens, non quemlibet dolum, aut quamlibet æquitatem locum facere iuramento in litem, ſi ex contractu agatur, ſed illud præcipuè requiri vt de fide rupta conqueratur is qui iuſiurandum ſibi deferre poſtulat, non vt de indemnitate duntaxat conſequenda decertet. Fidem verò ruptam intelligere debemus, cùm is qui depoſitum aut commodatum ab alio accepit reſtituere recuſat: in quo ſingularis quædam perfidia èlucet, ac lõgè maior quàm cùm quis rem ſuam quam dare, vel tradere promiſit non præſtat. Nam ſi fidem ruptam Vlpianus intelligeret quoties non fit quod dictum aut promiſſum eſt, fidem ſanè omnium maximè rumperet, qui id quod ſtipulanti promiſiſſet, præſtare nollet: atque ita ex Vlpiani verbis admittendum eſſet in actione ex ſtipulatu iurari in litem, ſi fortè Stichum ſeruum tuum mihi ſtipulanti promiſeris: nec dare velis: quod tamen Iuriſconſulti negant, niſi eo ſolo caſu quem Marcianus refert, ſi poſt moram à te factam Stichus deceſſerit: propterea quòd ſine delatione iuriſiurãdi non poſſit iudex æſtimare rem, quæ non extat. *dict. l. in actionibus. §. vltim. cum l. ſeq. D. de in lit. iur.* Quæ ratio oſtendit neque ex æquitate, neque ad dolum vindicandum iuſiurandum eo caſu permitti, vt in bonæ fidei iudiciis: ſed ex neceſſitate potius, quòd aliter cõdemnatio fieri non poſſit. Quanquam enim nouum non eſt vt æſtimetur etiam res quę non extat, quemadmodum contingit in actione legis Aquilię, & aliis plæriſque, fieri tamen non poteſt, vt defuncto poſt promiſſoris moram Sticho qui dari debuerat, iudex per ſe æſtimet quanti Stichus fuerit mortis tempore, cuius ſolius temporis ratio habenda eſt quoties in condemnationem deducenda eſt æſtimatio quæ in humanis eſſe deſiit. *l. pen. D. de cond. tritic.* Nam cùm debitoris mora obligationem ſic perpetuet, vt Stichus qui dari debuit poſt moram mortuus peti nihilominus poſſit, acſi in rerum natura extaret. *l. ſi ſeruũ 91. §. ſequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* inde fit vt ſtipulator qui Stichum petit onerari non poſſit, vt probet veram quæ fuit mortis tempore Stichi æſtimationem quam ſcilicet non petit, quomodo petit is, qui legis Aquilię actionem proponit. At quoniam iudex promiſſorem condemnare non poteſt vt præſtet eam rem, quam per rerum naturam præſtare nequeat, neceſſe eſt Stichi æſtimationem quæ petita non fuerat, in condemnationem deduci, & ab ipſo iudice rem æſtimari: quam tamen verè æſtimare non poteſt, cũ non extet, ſine iuriſiurandi delatione. Cùm verò res petita extat, facilè iudex æſtimare eam poteſt, præſertim cùm in facienda ęſtimatione condemnationis tempus inſpiciendum ſit. *dict. l. penul. D. de condic. tritic.* ideóque hoc caſu iuſiurandum in litem neceſſarium non eſt. Diuerſum erit ſi rei quæ non extat æſtimatio petatur, vt in actione legis Aquiliæ. Tunc enim petentem neceſſe eſt probare æſtimationem quam petit, ídque teſtibus aut aliis probationibus in eam rem idoneis, non iureiurando. Atque ita difficilis ille necdum rectè explicatus Marciani locus explicandus mihi videtur. An igitur, vt ad propoſitam diſputationem reuertamur, ſi Stichus venditus poſt venditoris moram, ac priuſquam traderetur, deceſſerit, emptori iurare in litem permittetur? Minimè verò. Neque enim hic æſtimandus eſt Stichus qui nõ extat, ſed omne id quod emptoris intereſt, quod quantum ſit non minus mortuo, quàm viuo Sticho ſciri poteſt: & emptori onus incumbit, vt probet quanti ſua interſit, quoniam ex natura actionis empti eſt, vt ſi res vendita non tradatur, id quod intereſt præſtetur, & qui ex empto agit, licet neque rem ipſam nominatim petat, neq. id quod intereſt, petit tamen quicquid ex bona fide venditorẽ pręſtare oportet, ac proinde id etiam quod intereſt, ſi in re tradenda mora facta ſit, quia id bonum & æquum eſt. Actorem verò ſemper neceſſe eſt probare quid, quale, quantùmque illud ſit quod petit: nec nouum aut abſurdum eſt, vt difficultate probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam deducatur, ſicut ſuprà diximus, ex *d. l. vltim. D. de prætor. ſtipulat.* Quòd ſi venditor non tantùm moram contraxerit, ſed etiam dolo fecerit ne rem tradere cogi poſſet, ac poſteà res perierit, dolus eius hactenus æſtimabitur, vt officio iudicis id quod intereſt taxetur, non legitimis probationibus ac iureiurando emptoris, ſed arbitrio & religione iudicantis, cui liberum eſt in condemnationis taxationem deducere ſuprà quàm reuera interſit, ne alioqui dolus impunè commiſſus videatur. *d. l. ſi cùm fundum. §. vlt. D. de contr. empt. & d. l. ſi traditio. C. de action. emp.* Denique cùm ex empto agitur aduerſus venditorem ob nõ traditam rem quæ amplius tradi non poſſit, diſtinguendum non eſt, an vendita res extet, nécne, ſed illud tãtùm inſpiciendum an venditoris dolus aliquis ſit, an nullus. Priore caſu æſtimatur dolus ſuprà quàm

teuera emptoris interſit. Poſteriore verò non ſit condemnatio niſi quanti ſua intereſſe emptor probauerit. Nunquam autem iurare in litem emptori conceditur.

Emendatur §.quis cùm eſſet.l. cùm poſt mortem 43. D. de adminiſt. & pericul.tutor.& curat.

CAPVT XVIII.

TItius cùm eſſet fratris ſui filiæ curator, quadringenta marito eius dotis nomine daturum ſe promiſit. Cùm poſteà emergente ære alieno apparuerit ſupra vires patrimonij filiæ dotem eſſe promiſſam, quæſitum eſt an ei patruo & curatori ſuccurrendum ſit, vt ſupra facultates mulieris à marito non conueniatur. Huic quæſtioni quæ proponitur in §.*quis cùm eſſet. l. cùm poſt mortem 43. D. de adminiſtr.& pericul.tutor.* prius quàm Paulus reſpondeat, duplicem rationem adfert, quæ pro curatore facere videatur. Primam illam quod non vt de ſuo dotem daret, ſed cùm crederet rationem pupillarem ſufficere, quadringenta dotis nomine marito promiſit. Alteram quòd in propoſito caſu non poſſit curatori obiici, ſi ſciens mulieris facultates nõ ſufficere, promiſerit vel donaſſe eum videri, vel quoniam dolo fecerit illi ſuccurrendũ non eſſe. Neque enim ſciens promiſit, qui putabat rationem pupillarem ſufficere, & verò, qui ita exiſtimandi probabilem cauſam habebat, cùm non niſi poſt dotis promiſſionem æris alieni onus, quod anteà latebat emerſerit. Id enim eſt, quod Paulus ſibi vult in verſ. *præterea*, vbi tamen pro *&* omnino legendum eſt *nec* hoc modo, *Præterea nec illud hic poteſt tractari*, acſi diceret non poſſe hoc caſu curatori obiici vt vel donaſſe vel dolo quid feciſſe exiſtimetur, proinde facilius ei ſubueniendum eſſe. Verùm contrà ille reſpondet, Curatori qui officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit, à Prætore ſubueniri non debere, hoc eſt poſſe eum à marito cui quadringẽta promiſit, in ſolidum conueniri, non ſecus acſi creditori puellæ pecuniam daturum ſe ſpopondiſſet. Curator enim officium ſuum ſanè egreditur, qui puellæ nomine promittit plus quàm ex eius bonis præſtare poſſit, ſiue ſciens, ſiue ignorans puellæ facultates ita faciat, quia neutro caſu dici poteſt curatoris officio incumbere vt dotem puellæ ſupra patrimonij vires promittat, eique imputari poteſt, cur marito qui aliàs vxorem ducturus non erat ſponte, ac minimè explorato ære alieno dotem certam promiſerit, cui potius omnes puellæ facultates ſine vlla certæ quantitatis taxatione dotis nomine promittere debuiſſet, aut puellæ autoritate tantùm præſtare vt proprio nomine dotem promitteret, quo caſu ſi quid ſupra facultates promiſſum fuiſſet, promiſſio ipſo iure nõ valuiſſet. *l. ſiue generalis 61. de iur. dot.* Quod quamquam ita eſt, Paulus tamen ſubiicit curatorẽ hunc qui non donandi animo, ſed gerendi negotii cauſa dotem promiſit habere mulierẽ obligatã, vt pro ea dotis parte, quæ mulieris facultates excedit, indemnis ſeruetur: atque ideò poſſe dici etiã manente matrimonio eam teneri cùm dotem habeat, ſicut in collatione bonorũ dicitur etiam conſtante matrimonio dotẽ conferri, vel certè, quod facilius admittendum ſit, poſt diuortiũ: ſiue exacta ſit dos, quo caſu ex eo ipſo quod exactum erit ſatisfacere curatori poterit: ſiue nomen manſerit, quia efficere poterit vt curatori qui ex promiſſione adhuc obligatus eſt accepto ferri poſſit id quod debet, quódque promiſſum eſt ſupra mulieris facultates. Hæc cùm Paulus ſcripſiſſet, atque ita ad propoſitam quæſtionem non minus aperte quàm vere & elegãter reſpondiſſet, Tribonianus noſter cæcutiẽs neque reſpõſi vim, & elegantiã intelligens, acſi nihil reſponſum eſſet ad id de quo potiſſimum quærebatur, An curatori aduerſus maritum quadringenta ex promiſſione dotis petentem ſubueniri deberet: Subiecit de ſuo, eleganter nimirum & acute, ſi Diis placet: *Quòd ſi mulier ſuũ curatorẽ adimplere id, quod ſupra vires patrimonij eius in dotẽ dare promiſit nõ queat, curatorem quidem in hoc quod ſuperfluum eſt per exceptionem releuari: mulier verò cautionem in maritũ exponere debet, quod ſi quãdoque conſtãte matrimonio locupletior facta fuerit, dotis reliquũ marito ſeruet.* Tota hac ſentẽtia quid obſecro dici poteſt inelegantius, ſtultius, inſulſius? Primùm enim, quænam loquendi ratio illa eſt, *ſi mulier curatorem ſuum adimplere non queat*, pro eo, quod Tribonianus dicere voluit, Si mulier curare & pręſtare nõ poſſit vt curator adimpleat ea, quę promiſit? Aut qua fronte poſſit mulier à curatore petere vt eam quãtitatem quã ſupra vires patrimonij imprudens promiſit, præſtet: cùm ei vel hoc maximè nomine ad indemnitatẽ pręſtandã teneatur? Rurſus quis vnquã apud Iureconſultos ſcriptũ legit, releuari quem per exceptionem, vt ſignificent dari, aut cõpetere alicui exceptionem? Quis deniq. præter Tribonianũ ſic loquatur, *cautionẽ in maritum exponere*, pro eo quod eſt marito cauere? & dotis reliquũ marito ſeruare, pro *ſoluere*. Sed vt omiſſa verborũ diſputatione rẽ ipſam & ſententiã cõſideremus, an non apertiſſimè Paulo Tribonianus cõtradicit? Hic enim putat curatori contra maritũ dandã exceptionem. Paulus contrà magis eſſe ait, vt ei à Prætore non ſubueniatur, quia officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit. Nam ad propoſitam quęſtionem Paulus proculdubio reſpondet iis verbis, *Reſpondit: Curator cùm officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit, non puto à Prætore ei ſubueniri debere.* Et de eo ipſo curatore loquitur de quo ex facto cõſultus fuerat, hoc eſt qui quadringẽta dotis nomine promiſit ſupra puellæ, cuius curam gerebat, facultates. Quod à Triboniano animaduerſum non eſt, qui iis verbis regulam potius conſtitui credidit de curatore qui officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauit, vt ei qui ita faciat, non ſoleat Prętor ſubuenire. Quaſi tamen ex ea regula excipi debeat is de quo Paulus conſulebatur. Atqui ex contrario ſic Paulus reſpondet, vt primùm dicat putare ſe huic curatori qui quadringẽta ſponte ac nimis temere promiſerit ſubueniendum nõ eſſe. Deinde huius ſuæ ſententiæ rationem illam adiecit, quòd officium ſuũ egreſſus ſponte ſe obligauerit. Nam, vt ſuprà diximus, officium ſuum certè egreſſus ille eſt, qui puellę nomine ampliorem dotem promiſit quàm patrimonij vires paterentur, ſiue ſciens ſiue ignorans quantitatem patrimonij, dotem promiſerit. Neque hac parte diſſimilis eſt hic curator ei, qui creditori puellę pecuniam dare ſpopondiſſet, quę ex puellę bonis confici non poſſet. Vterque enim in eo peccat quod officij præſcriptum egrediuntur, dum ſponte ſe obligant: eámq. ob cauſam neutri ſubuenietur vt Paulus ait. Qua ex cõparatione magis intelligimus priora illa reſponſi verba, quæ ſuprà retulimus, non tam ad conſtituendam iuris regulam, quàm ad propoſitæ quæſtionis deciſionem pertinere. Alioqui ridicula eſſet comparatio illa curatoris qui officiũ ſuum egreſſus ſponte ſe obligauit, & eius qui creditori puellæ pecuniam ſe daturum ſpoponderit, cũ & hic quoque officiũ ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit

ſauerit. Sed non malè comparabimus curatorem qui quadringenta in dotem puellæ nomine promiſit, quæ non plus quã trecenta in bonis habebat, ei qui creditori pecuniam dare promiſit, quę ex puellę bonis redigi non poſſit. Ac ſicut in vtroque eadem ratio locum habet, ita ius idem conſtituemus, vt neque huic, neque illi à Prætore ſubueniatur. Et ſanè ineptum faciamus Paulum, ſi dicamus non reſpondiſſe eum ad propoſitam quæſtionem, quæ non de illo erat, An curatori mulier, ſed an marito curator eſſet obligatus. Nec interpretationi noſtrę aduerſatur, quod ea verba ſequẽtia, *Sed is de quo tractamus*, quæ Tribonianum fortaſſis deceperũt, ſic accipienda videntur, quaſi in pręcedentibus nondum Paulus de eo curatore tractauerit de quo quærebatur. Hæc enim coniectura leuior eſt, quàm vt Tribonianum noſtróſq; interpretes aut fallere aut mouere debuerit. Sed ita loqui Paulum neceſſe fuit, vt oſtenderet difficilius obligari mulierem curatori, quàm curatorem marito. Nã marito curator omnimodo obligatur, ſiue ſciens ſiue ignorans puellę facultates ampliorem quàm par eſſet dotem promiſerit. At curatori ita demùm mulier obligatur ſi non donandi animo, ſed negotij gerẽdi cauſa dotem ille promiſerit, hoc eſt ſi puellæ facultates ignorauerit, nõ ſi ſciuerit. Eámq; ob cauſam Paulus de mulieris obligatione tractaturus ita ſcripſit: *is de quo tractamus*, hoc eſt quem proponimus ignorantem, & imprudentẽ quadringenta dotis nomine promiſiſſe priuſquàm æris alieni onus apparuiſſet. Quanquam illud quoq; dici probabiliter poteſt addita ea verba, quòd inſtitutam diſputationem Paulus proſequatur de curatore qui quadringenta dotis nomine marito promiſerat: quę diſputatio prioribus verbis interrupta videbatur, propter intermixtam comparationem eius curatoris qui creditori puellę pecuniam ſe daturum ſpopondiſſet. Falſum igitur eſt, quod Tribonianus putauit, quódque noſtri interpretes Triboniani errore decepti exiſtimant curatori dandam exceptionem ſi à marito in ſolidum, ac ſupra mulieris facultates conueniatur. Quemadmodum & illud ridiculum eſt dicere mulierem marito cauere debere, ſi conſtante matrimonio locupletior fiat integram dotem ſe ſoluturam. Qua enim actione conſequi id maritus poſſit ab vxore quæ dotem non promiſit, quęque in eam rem non eſt obligata? Verùm de his iam ſatis. Tam multa autem dixiſſe non piget, quòd quæſtio hæc magni momenti ſit, & digna quæ reiectis Triboniani notis atque interpretum erroribus, ex Pauli ſententia, rectáque iuris ratione explicetur.

Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis. 16. in princ. D. de his quæ vt indig.

Capvt xix.

Filium impuberem quem habebat pater teſtamento heredem ex aſſe inſtituit: deinde ſecundis tabulis, ſi is heres eſſet & in pupillari ætate decederet, ſubſtituit fratris ſui filios Titium & Sempronium, deditq; iis coheredes Caium & Mæuium. Patri defuncto filius heres extitit: tum impubes deceſſit. Atque ita cùm pupillaris ſubſtitutionis conditio eueniſſet Caius & Mæuius dimidiam hereditatis partem, dimidiam alteram Titius & Sempronius ſubſtitutionis iure vindicarunt. Sed cum poſteà fortè fratris filij, reſciuiſſent ſubiectum & ſuppoſitũ fuiſſe filium, qui fuerat inſtitutus vniuerſam hereditatem ab inteſtato petere inſtituerunt. In eámque rem pupilli matrem ſubiecti partus ream poſtularunt. Si accuſatio iuſta pronunciaretur, teſtamentũ vtique non valeret, quaſi per errorem inſtituto eo, quem teſtator niſi filium exiſtimaſſet ver. ſimiliter inſtituturus non fuiſſet. *l. ſi pater. 4. C. de her. inſt.* Multóq; minus pupillaris ſubſtitutio defendi poſſet, quam certum eſt aliter valere non poſſe, quàm ſi & patris teſtamento quod principale eſt cõfirmetur, & filio in poteſtate facta ſit. Proinde ſucceſſioni ab inteſtato locus eſſet, & tota patrui hereditas ad fratris filios tanquam proximiores excluſis coheredibus pupillaribus, qui non proponuntur agnati, deueniret. Sed contrà pronunciatum eſt iniuſtam eſſe accuſationem, & victi ſunt qui legitimam hereditatem petebãt. Conſultus Papinianus ãn pars illa hereditatis quæ ex cauſa ſubſtitutionis pupillaris ad eos pertinebat iis auferenda eſſet. Reſpondit auferendam, hoc eſt, vt ego interpretor, & titulus ipſe oſtendit, fiſco vindicandam. Cuius rei quanquã ratio illa ſtatim occurrit, quod indigni videantur, qui ex pupillari ſubſtitutione ſuccedant, cum patris & pupilli teſtamentum impugnauerint. Aliam tamen & ſubtiliorem & elegantiorem Papinianus reddit iis verbis; *quia ex teſtamento ſententiam ſecundum ſe dictam non haberent.* Sed quis horum verborũ ſenſus ſit, quídve ſibi Papinianus voluerit, non facilè dici poteſt. Neq; enim ponimus fratris filios de quibus Papinianus loquitur ex teſtamento egiſſe, at potius teſtamentum impugnaſſe, & id curaſſe vt inſtitutio nulla ac per errorem facta pronunciaretur. Quod cũ ita ſit, quomodo ex teſtamento ſententiam ſecundũ ſe dictam habere, vel non habere potuiſſent? Aut ſi teſtamenti ratio aliqua habenda eſt, cur nõ ex teſtamento dimidiã hereditatis partẽ retinere iis liceat, qui diſertis teſtamenti verbis ad pupilli hereditatẽ ex ſemiſſe vocati ſunt? Deniq; quis nõ videat de cõtrouerſia illa & ſuppoſiti partus quęſtione ſententiã ex teſtamento dici non potuiſſe? Siquidem extra teſtamentum illud, vt ſciatur an filius ille ſit quem teſtator filium nominauit, an ſuppoſititius ſit partus, idq; ex aliis probationibus quàm ex teſtamenti verbis decidendum eſt. Nihil igitur proximioribus agnatis obeſſe poteſt, quòd ex teſtamento ſententiã ſecundum ſe dictam nõ habeant: neque eſt quod ex eo quis inferat hereditatis partem iis auferendã eſſe, cum neq; ex teſtamento neq; de hereditate actũ & iudicatum ſit, ſed de filij ſtatu de quo controuertebatur. Ego puto Papiniani mentem illam eſſe, vt dicat auferendã eſſe proximioribus agnatis partem hereditatis quam ex ſubſtitutione habuerunt, quòd nec haberent eam ex teſtamento ſi ſecundũ eos dicta ſententia fuiſſet. Nam vt ſuprà diximus, ſi partũ ſubiectum eſſe apparuiſſet, neq. patris ex teſtamento, neque pupillari ſubſtitutioni locus eſſe potuiſſet, ac proinde partem illã hereditatis ex teſtamento non habuiſſent, ſed totam hereditatem ab inteſtato. Vnde fit vt probè petere nõ poſſint hereditatem ex teſtamento, quam ex alia planéque contraria cauſa, hoc eſt ab inteſtato habere voluerunt. Tametſi autem quod petebant non obtinuerint, abſurdum tamen Papiniano videtur, vt poſt dictam contra eos ſententiam de ſucceſſione inteſtati hereditatem ex teſtamẽto retinere iis liceat: ac rationi longè conuenientius eſſe, vt neq. ex teſtamento heredes maneant, cùm noluerint, neq. legitimam ſucceſſionem obtineant, cùm ſint condemnati. Non dicit ille videri eos repudiaſſe teſtamentariam ſucceſſionem ex eo quod legitimam petierint cui locus eſſe nequeat niſi prius repudiata ex teſtamento

bereditate. Cùm enim partem hereditatis ex cauſa ſubſtitutionis ac proinde teſtamenti iure iam acquiſiuerint, certum eſt, nec volentes eos teſtamentariam ſucceſſionem repudiare poſſe. Sed illud Papinianus vult non eſſe iis permittendum vt hereditatem ex cauſa ſubſtitutionis retineāt, qui id omnino egerūt, vt eius ex teſtamento retinendę ius non eſſet. Itaque quod illi ſponte amittere & repudiare non poterant iis etiam inuitis auferetur. Deniq; ea præcipuè ratio Papinianum mouere videtur, quòd eorum qui condemnati ſunt, melior conditio eſſe non debeat quàm ſi obtinuiſſent. Atqui ſi ſecundum eos dicta ſententia fuiſſet hereditatem ex teſtamēto non retinuiſſent, ſed cùm contra teſtamentum pronunciatum eſſet, ſucceſſionem ab inteſtato habuiſſent. Non eſt ergo quod conquerantur, ſi pars hereditatis quam ea cauſa ſubſtitutionis habuerunt, iis auferatur. Hæc cùm ita ſe habeant, nemo non videt, Papiniani verba ſuperius relata quæ ſecundum receptam lectionem interpretationi noſtræ minimè conueniunt, emendanda eſſe, vt ſic legamus *quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe dicta non haberent.* Solet enim Papinianus & elegantiæ ſtudioſiſſimus ablatiuis abſolutis vti, quibus orationem efficiat, & breuiorem, & venuſtiorem. Sic autem ea verba *ſententia ſecundum ſe dicta* accipi debent ac ſi pluribus ſcriptum eſſet *ſi ſententia ſecundum eos dicta fuiſſet.* Verùm quanquam hæc ea Papiniani ſententia rectiſſimè diſputantur, videamus tamen ne magis ſubtiliter quàm verè dicantur. Mihi enim attentius conſideranti ſic videtur. Meliorem quidem conditionem agnatorum qui condemnati ſunt eſſe non debere, quàm ſi obtinuiſſent: ſed tamen ea eo inferri non poſſe, auferendam iis . ictis partem hereditatis ex cauſa ſubſtitutionis, quòd eam ex teſtamento non haberent ſi ſecundum illos iudicatum fuiſſet. Nam etſi nihil iis auferatur, erunt tamen deterioris conditionis, quàm ſi contra teſtamētum iudicatum eſſet, cum eo caſu totam hereditatem legitimam obtinuiſſent, cuius non niſi partem ex teſtamento & pupillari ſubſtitutione habere poſſunt. Nec rurſus video, qua ratione dici poſſit eos qui vniuerſam ſucceſſionem ab inteſtato petierunt, cùm exiſtimarent teſtamentum non valere, partem illam quā ex cauſa ſubſtitutionis habebant retinere ex teſtamēto noluiſſe. Fateor maluiſſe eos ab inteſtato, quàm ea teſtamento ſuccedere, ſed à teſtamenti cauſa receſſiſſe eos nego niſi ſub ea veluti conditione, Si ſucceſſioni inteſtati locus eſſet. Quæ res facit, vt ſi in legitimæ hereditatis petitione ſuccubuerint, tamē ſucceſſionis ea teſtamento retinēdæ facultas iis adimenda minimè videatur. Perpetuò enim verum, & æquum eſt quod Paulus ait *in l. mater. 19. D. de inoff. teſta.* neminem ius ſuum etiam, quod ſe habere ſcit amittere, tametſi aliud eligat, quod ſibi competere arbitretur. Propter quā cauſam ſcribit ille eo loco, legitimam hereditatem repudiaſſe non videri eum qui ex teſtamēto quod putabat valere adiiſſet: quod ſi ita eſt, quidni eadem ratione dicere liceat à teſtamento recedere noluiſſe eum, qui legitimam hereditatem obtinere voluit cùm teſtamentū iure nullū eſſe exiſtimaret? Vnde ſuſpicari lubet, in ea quoque Papiniani ſpecie de qua diſputamus aliud reſponſurum Paulum fuiſſe, quàm Papinianus reſponderit. Permittendum ſcilicet pupillaribus ſubſtitutis qui vniuerſam ſucceſſionem ab inteſtato ſperauerant, vt poſt condemnationem nihilominus hereditatis partem quam ex ſubſtitutione habuerunt, retineant. Eáq; ſententia mihi, ſi dicere liceat quod ſentio, & æquior, & verior videtur. Nec enim teſtatoris iudiciū impugnarunt qui de iure & teſtamenti . iribus diſputarunt, quiq; matrem pueri de ſubiecto partu, non ipſam teſtatoris voluntatem accuſarunt, exemplo eius qui teſtamentum ex quo legatū acceperat iure factum negauit, & victus eſt, cui nihil auferendum eſſe Papinianus reſpondit in *l. ſi teſtamentum. 24. D. eod. tit. de his quæ vt indign.* Si enim partum ſubiectum eſſe conſtitiſſet, teſtamentum infirmatum fuiſſet non contra teſtatoris voluntatem, ſed eam potius ob cauſam, quòd teſtatoris voluntas illa fuiſſe videretur, vt filius heres ſcriptus non aliter hereditatem obtineret quàm ſi filius verè eſſet. Quare nec Papinianus ſuæ ſententię rationem illam affert, quòd agnati qui ſubiecti partus accuſationē inſtituerunt indigni ſint, qui ex teſtamento aliquid conſequātur: ſed quòd ſi iuſta accuſatio pronunciata fuiſſet, nihil ex teſtamento haberent. Quæ tamen ratio ſi vera eſſet, cur non dici etiam poſſet filium, qui patris teſtamentum iure factum negauit, & legitimam hereditatem petiit, nihil ex voluntate defuncti retinere debere, qui ſcilicet ex teſtamento ſi non iure factum apparuiſſet nihil habere potuiſſet? Quod igitur Papinianus probat *in d. l. ſi teſtamentū,* & veriſſimum eſt auferendum non eſſe filio quod ex teſtamento accepit, tametſi teſtamentum iure factum negauerit & victus ſit, *l. 5. §. 1. D. eod.* Idem mihi videtur de agnatis pupillo ſubſtitutis dicendum eſſe, vt quamuis ſubiecti partus accuſationem propoſuerint & ſuccubuerint, ea tamen pars hereditatis quam ex ſubſtitutione habuerunt iis non auferatur. Superiori diſputationi non omnino diſſimilis illa eſt de qua diſcrepantes Papiniani & Pauli ſententias legimus *in l. Clodius. 97. D. de acquir. hered.* Nam cùm ex facto proponeretur Clodium Clodianum facto prius teſtamento poſteà eundem heredem in alio teſtamento inutiliter facto inſtituiſſe, ſcriptum vero heredem cùm putaret poſterius teſtamētum valere, ex eo hereditatem adire voluiſſe, Papinianus putabat repudiaſſe eum ea priore hereditatem: ex poſteriore autem nō poſſe adire. Paulus contrà magis eſſe ait, vt prioris teſtamenti ius repudiaſſe non videatur, qui putauit poſterius valere. Ac quamuis Clodianum inteſtatum deceſſiſſe ſecundū Papiniani ſententiam iudex pronunciauerit, vt Paulus refert; rectè tamen interpretes omnes ſentiunt, qui Pauli opinionem veriorē eſſe defendunt. Quod ſi hereditatem ea priore teſtamento repudiaſſe non videtur is qui ſi voluiſſet repudiare potuiſſet, an nō multò minus dicendum ſit repudiare hereditatem ex teſtamento voluiſſe eos, qui nec ſi voluiſſent, tamen potuiſſent? Agnati enim pupillo ſubſtituti hereditatis partem quam ea ſubſtitutione acquiſierūt repudiare non potuerunt. Acquiſitam verò ea cauſa ſubſtitutionis hereditatem ex eo intelligimus, quòd auferendam eam eſſe Papinianus ait. Auferri namq; non poſſet quod prius acquiſitum non eſſet: ex quo etiam intelligimus ita Papinianū intelligi debere, vt quod agnatis aufertur fiſco vendicetur. Coheredibus enim adcreſcendi iure acquiri non poteſt ea pars hereditatis quæ iam eſt acquiſita, cùm dici ſoleat in portionibus agnatis neque iuri accreſcendi locum eſſe, neque ſubſtitutioni, *l. ſi ex pluribus. 9. de ſuis & legit. l. vnic. §. his ita diſſinitis. C. de caduc. tollend.* Sed hic illa dubitatio incurrit, cur pupillaribus ſubſtitutis qui ſubſtitutionem agnouerunt, eam accuſationem inſtituere permittatur, per quam teſtamentum infirmetur. Verum facilis reſponſio eſt eū qui de ſubiecto partu accuſationem inſtituit non de

ſuo

ſuo iure contendere, quomodo contendit qui de inofficioſo teſtamento agit, ſed de viribus teſtamẽti diſputare quod an valeat néc ne, in heredis aut ſubſtituti arbitrio eſſe non poteſt: quamquam cùm quæritur an ab accuſatione & impugnatione teſtamenti prohibendus ſit is, qui ex teſtamento ſubſtitutionẽ accepit, iudici permittitur, vt cauſa cognita ex cuiuſque perſona, conditióne & ætate id conſtituat, vt Paulus ait in *d.l.5.§.1.de his quæ vt indig.* Illud reliquum eſt vt moneamus, ſi poſt aditam ex teſtamẽto hereditatem ab eo qui filius dicebatur ſubiectũ fuiſſe partũ appareat, teſtamentũ quidẽ infirmari, & heredi ſcripto hereditatẽ auferri, ſicut diximus ex *d.l. pater.4.C.de hered.instit.* ſed non ideò fiſcũ admitti, vt malè quidã putant ex *l. aufertur.46. in princip. D. de iur. fiſc.* quæ de fiſco nõ loquitur. At proximioribus ab inteſtato ſuccedentibus locũ fieri: quod omnium apertiſſimè probat hic Papiniani locus quem explicauimus, cũ Papinianus ait fratris filios pro parte hereditatis pupillo ſubſtitutos matrem ſubiecti partus ream poſtulaſſe vt ab inteſtato vniuerſam ſucceſſionem obtinerent: Item illa Papiniani ratio quam emendauimus, *quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe dicta non haberent.* Quorſum enim verba illa *ex teſtamento* ſi neque ab inteſtato quicquã habere potuiſsẽt? Nec ſanè credẽdũ eſt quicquid heredi inſtituto aut legatario aufertur ſtatim fiſco vindicari, ſed id duntaxat quod aufertur ab eo qui indignus eſt, vt teſtatoris voluntatem quam ſemel habuit retineat, aut per quem excluſi ſunt cæteri, qui alioquin fiſco præferri potuiſſent. Qui verò quaſi filius inſtitutus eſt cùm filius non eſſet, hereditatem nõ ideo admittit quòd indignus ſit qui voluntatem teſtatoris, & acquiſitã hereditatem retineat, ſed quod neque volũtatem teſtatoris vnquam habuiſſe, neque hereditatem ex teſtamento quod nullum apparuit acquiſiuiſſe videatur. Cui conueniens eſt, vt acſi ex teſtamento adita hereditas non eſſet, quæ nec adiri potuit, proximioribus agnatis quibus ſolis ſubiectus partus iniuriam fecerat acquirendæ ab inteſtato ſucceſſioni locus relinquatur.

Emendatio l. ſi conuenerit 4. D. de pact. dot.

CAPVT XX.

HVius legis quæſtio illa eſt, An cõuentiõne fieri poſſit vt dotis fructus in dotem conuertãtur. In qua illud ſtatim occurrit quod ex Marcello Vlpianus reſpondet conuentionem non valere, quoniam ita fieret, vt propè indotata mulier conſtitueretur, hoc eſt vt nihil ab ea dotis nomine maritus accepiſſe videretur, qui ſcilicet ſi non tãtùm dotem ipſam, ſed eius quoque fructus reddere deberet, nullũ ex dote cõmodum ſentiret. Ea enim dotis natura & cõditio eſt, vt pro matrimonij oneribus, qui fructus percipi poſſunt, ad maritũ pertineant. *l. dotis fructum.7. de iur. dot. l. pro oneribus.20. C. eod.* Sed tamen diſtinguendũ Marcellus putabat, an fundus in dotem datus eſſet ea lege, vt fructus maritus redderet, quo caſu nullũ & inutile pactũ eſſe dicebat, idémque probandum, ſi vſumfructum eodem pacto fructuum reddendorum mulier in dotem dediſſet: An verò non cõueniſſet de reddendis fructibus, ſed fundus vel vſusfructus in hoc traditus eſſet non vt fundus ipſe vel fructus dotalis fieret, ſed vt maritus fructus perciperet dotis futuros. Atque ita dote cõſtituta admittebat cogendum maritum actione de dote fructus reddere, vt eò caſu in dote ſint fructus ipſi, neq; maritus fructuũ nomine aliud cõſequi poſſit, quàm vſuras, quæ ex fructib. collectis, & in ſortẽ redactis percipientur. Sic in Marcelli diſtinctionem explico, licet legis verba ſi receptã lectionẽ ſequare, omnino repugnent. Deerat n. negatio quã nos reſtituimus in illis verbis, *Quòd ſi cõueniſſet de reddẽdis fructibus,* & totã illã interpretationem, *hoc eſt, vt in dote eſſent fructus quoſquos percepiſſet,* omnino tollimus, atque in gloſſas interpretum à quibus profecta eſt reiicimus, vt Vlpianũ breuiùs, faciliùs, & elegantius ſic ſcribentem legamus, *Quòd ſi nõ cõueniſſet de fructibus reddẽdis, & fundus, vel vſusfructus in hoc traditus eſt, &c.* Illud enim apparet Marcelli diſtinctionem, quã Vlpianus refert, eò tandem recidere, vt multũ interſit, an de fructibus reddendis cõuenerit, néc ne. Ad priorem diſtinctionis partem illa conuentio pertinet ſi fundus, vel vſusfructus in dotem datus ſit hoc pacto vt ſoluto matrimonio fructus reſtituerentur. De qua conuentione Marcellus primo loco tractat his verbis, *Siquidem fundum in dotem dederit mulier, ita vt maritus fructus redderet, non eſſe ratum pactum. Idémque eſſe etſi vſumfructum in dotem hoc pacto dedit.* Cõſequens igitur eſt, vt alteram diſtinctionis partem tractaturus in qua diuerſam ſpeciem diuerſumque ius cõſtituit, ita ſcripſerit, *Quòd ſi non conueniſſet de fructibus reddendis.* Alioqui non præcedentia duntaxat, ſed etiam ſequentia illa repugnarent. *Et fundus, vel vſusfructus in hoc traditus eſt, non vt fundus vel fructus fieret dotalis, ſed vt fructus perciperet dotis futuros.* Cùm enim fundus vel vſusfructus marito traditus eſt non vt fieret dotalis, ſed vt fructus ipſi dotis fierent, qui conſtante matrimonio perciperentur, quíque niſi tradito fundo vel vſusfructu percipi à marito non poſſent, nemo ſanè dixerit de reddendis fructibus conueniſſe. Nam cùm de reddendis fructibus Marcellus loquitur, de dotis fructibus proculdubio intelligit: fieri verò nõ poteſt vt dotis fructus ſint illi ipſi, quos mulier ſic in dotem dedit vt nihil præterea dederit. Niſi forte quis putet, eandem rem in dotem, dotiſq; fructum poſſe cedere, quod abſurdius eſt, quàm vt probare id quiſquam poſſit. Tametſi autem eo caſu, quo conuenit vt maritus ex non dotali fundo fructus perciperet dotis futuros, ſoluto poſteà matrimonio fructus actione de dote reſtitui oportet, non ideo tamen minus valere conuentionem dicimus, acſi de dote ipſa reſtituenda conueniſſet: neque reddendorum fructuum conuentionem improbamus, niſi cũ de dotia ipſius non de dotalibus fructibus diſputamus. Denique contrarias eſſe pactiones has Marcellus putat, De fructibus reddendis, & De fructibus in dotem dandis, quoniam, vt dictum eſt, qui in dotem dantur, dotis fructus eſſe non poſſunt. Quæ cũ ita ſint, Marcelli ſententiæ & verbis conuenire non poteſt illa interpretatio, *hoc eſt vt in dote eſſent fructus, quoſquos maritus percepiſſet.* Siue enim de fructibus reddendis conueniſſe, ſiue non conueniſſe proponas, nihil habet ea conuentio commune cum hac pactione, vt in dote ſint fructus quoſquos maritus ſit percepturus. Longè namque differentia hæc ſunt in dote fructus eſſe, & fundi vel vſusfructus dotalis fructus non dotales reddi: neque dubito quin ea verba interpretis ſint non Marcelli. Idque vt ſentiam præter ea, quæ dixi, me illud etiam non parum monet, quòd poſt obſeruatum à me fœliciter vulgaris lectionis mendum, poſtrema illa, *quoſquos maritus percepiſſet* in quibuſdam libris deeſſe animaduerti. Item illud, quod ſi admittas valere conuentionem, vt in dote ſint & à marito reddãtur

fructus omnes quos is perceperit: ferè ſit vt de fructuum quoq; vſuris reddendis conueniſſe videatur: cum fructuum appellatione contineantur, nec alia ratione ad maritum ſpectent, quàm quòd dotis fructus dici poſſint. Atqui id Marcellus diſertè negat, & pactionem valere ait, quæ ſi fructuum quoq; vſuras comprehéderet, valere ſanè non poſſet, quòd eo caſu ſterilis, & ſine fructu dos eſſet. Minus tamen interpreti ſuccenſendum ſit, qui cùm ea verba præcedentia, *Quòd ſi conueniſſet de fructibus reddendis* ſine negatione legeret, eámque conuentionem à Marcello probari videret, quam paulò ante bis improbaſſet, interpretatione aliqua corrigendum putauit, quòd ſi ex propria veráq; verborum vi & poteſtate intelligeretur, defendi certè non poſſet. Verum, quæ ratio excogitari tandem poteſt, cur eadẽ conuentionem iiſdem verbis conceptam & repetitam aliter atq; aliter interpretemur? Aut ſi pactum huiuſmodi, de quo Marcellus ſecũdò loco diſputat non ideò valet, quòd de fructibus reddendis conuenerit, & vt in dote eſſent fructus omnes, quos maritus perciperet, ſed ideò dũtaxat, quòd neq; fundus neq; vſusfructus dotalis ſit, at in id tantùm traditus, vt maritus fructus perciperet dotis futuros: An non ſatis erat Marcello ſcribere, *Quòd ſi fundus vel vſusfructus in hoc traditus eſt*, cæteris omnibus, quæ obſcurè & ſuperuacuò intermixta ſunt prætermiſſis? Poſtremò cùm verè dici non poſſit valere conuentionem, vt fructus in dote ſint, niſi eo ſolo caſu quo nec fundus nec vſusfructus in dotem datus eſt ſecùndum Marcelli ſententiam. Prius ſanè illud erat, vt Marcellus ſcriberet in hoc traditum eſſe marito fundum vel vſumfructum, vt fructus ille perciperet dotis futuros, quàm vt diceret conueniſſe de fructibus reddendis, & conuentionem illam interpretaretur, ac ſi conueniſſet, vt in dote fructus eſſent. Sed hæc apertiora & probabiliora ſunt, quàm vt in iis confirmandis diutius nobis immorandum videatur. Ne quid tamen prætermittamus eorum omnium, quæ ad loci huius explicationem pertinent, animaduerſione dignum illud eſt, quod Vlpianus & Marcellus docent referre multum, an fundi fructus in dotem dati ſint, an vſusfructus. Nam vſufructu in dotem dato, ſi fructus ipſi dati viderentur, vtique ſoluto matrimonio reſtituendi eſſent, tametſi pactum ea de re nullum interceſſiſſet. Aut ius ipſum vtendi fruendi in dotem datum intelligitur. *l. cum in fundo. 78. D. de iur. dot. l. vſusfructu. 57. D. ſol. matr.* vt qui fructus à marito percipiũtur, ij nõ quaſi dotales, ſed tanquam eius iuris, dotiſque fructus & acceſſiones ad maritum pertineant. Obſeruandum etiam eſt ſupradictam Marcelli diſtinctionem non omni ex parte Vlpiano placuiſſe. Hic enim putat defendi poſſe conuentionem de fructibus reddendis licet fundus ipſe vel vſusfructus in dotem datus ſit, ſi fortè ob hoc maiorem dotem marito mulier dederit, quod fructus volebat dotis eſſe, contento marito ea pecunia quæ ex fructibus colligi poſſet, quia hoc caſu non videatur dos eſſe omnino ſterilis, & marito infructuoſa. Finge, inquit Vlpianus, quadringenta annua eſſe reditus apud eum, qui non accepiſſet in dotem niſi ita conueniſſet plus trecentum. Vtique boni conſulere debet quòd tam vberem dotem ſit conſecutus. Aut quid ſi tale pactum interuenerit, vt maritus fructus in dotem conuerteret, ac mulier ſe ſuóſque aleret, & vniuerſa onera expediret? Cur non dicamus valere conuentionem? Ita ſiquidem æquum eſt dotis fructus ad maritum pertinere, ſi is quoq; matrimonij onera ſuſtineat, vt ibi dos ſit, vbi ſunt onera matrimonij. *l. ſi is qui. 56. §. ibi dos. D. de iur. dot.* Ergo Marcelli & Vlpiani diſtinctiones ſic conciliabimus, vt quo caſu maritus matrimonij oneribus adſtrictus ſit, conuentio non valeat de dotis fructibus in dotem conuertendis, niſi ob eam cauſam amplior dos data ſit, vt ea pecunia, quæ ex dotis fructibus, vſurarum nomine colligi poſſet, vice fructuum dotis maritus contentus eſſet.

AMPLISSIMO VIRO, PETRO FABRO, REGIO CONSILIARIO LIBELLORVM ORDINARIO MAGISTRO, ET in Tholoſano Senatu Præſidi integerrimo,

ANTONIVS FABER SABAVDVS SENATOR S.D.

ETsi *quæ mira, & ab ipſa natura comparata eſt inter bonos ac literatos omnes animorum ſtudiorûmque coniunctio non ſinit me dubitare quin tibi,* Præſes *ampliſſime, præcipua eruditione virtuteq; prædito gratiſſimum eſſe debeat quicquid ab eiuſmodi viris proficiſcitur,* Hoc *ipſum tamen eſt quod mihi permagnam diu hæſitandi cauſam præbuit, num celeberrimo tuo nomini perexiguum hoc munus literarium inſcribere deberem. Primùm quia cum ſcirem quàm eſſem tui diſſimillimus (niſi fortè parum apud te refert an literarum virtutumq; ſtudioſus quis ſit an poſſeſſor) ſubuerebar ne viderer impudentior ſi prima ſalutatione illam abs te implorarem beneuolentiam, quæ non niſi tui ſimillimis deberetur.* Deinde *quoniam ſi verè ſcitéque dictum illud eſt, in omnibus ineundis coniunctionibus maximè intereſſe quo veluti aditu amicitiæ fores aperiantur : erat ſanè multò conuenientius ignotum me ſic tecum agere , vt egregiam aliquam de ingenio meo tibi opinionem commouerem, quàm vt id præſtarem ex quo poſſes in ipſo ſtatim congreſſu quàm puſillus, nullúſque leguleius ſim, perſpicere. Quanquam enim excellenti iudicio tuo illudere neque poſſum neque debeo, probus tamen honeſtúſque fuiſſet dolus ille, quo tuam in me voluntatem excitare forſitan & promereri licuiſſet: vt cùm amare me cœpiſſes, minùs poſteà laborandum haberem ne amare deſineres.* Tuam *ſcilicet de me expectationem quantumuis maximam humanitatis tuæ magis quàm ingenij mei viribus ſuſtinere fortaßis potuiſſem, atque ita ſummo meo bono experiri quantùm diſtet , ab eóne quid accipias , quem iam ames, an ab eo quem amare duntaxat velis. Sed importunas iſtas & verecundiores, quamuis ipſa etiam verecundia honeſtas ac laudabiles cunctandi rationes improuiſus quidã ac propè mirabilis caſus nuper fregit.* N*am cùm ſuperiore* Ianuario *Lugduni eſſem , nihilque minus cogitans in eodem hoſpitio virum clariſſimum, necdum mihi tum cognitum Marcum Antonium Lombardum Ruthenum offendiſſem, vt vidi hominem qui ſe non ita dudum* Tholoſa *profectum diceret, illiúſque exculeißimæ eruditionis & literaturæ , quam poſteà ſum admiratus exuberantem magnitudinem vultu verbíſque præ ſe ferret, confeſtim ſicuti ſoleo de te rogaui, non an te noſſet (quis enim* Tholosâ *rediens præſertim Lombardo ſimilis tantum* F*abrum non nouerit?) ſed quomodo valeres, quid ageres, quis denique in tanta iſta publicarum rerum omnium perturbatione tuarum ſtatus eſſet.* Ille, *non ſolùm te ſibi cognitum eſſe reſpondit, verùm etiam, quod ſummæ felicitati gloriæq; tribuebat, ſe tibi perneceſſarium & familiarem.* Tum *de te multa honorificentiſſimè, vt debebat, grauißiméque commemorans, ſic me oblectabat, vt facilè appareret non magis audiendo me defatigari poſſe quàm ipſum ea diſſerendo, quæ vterque noſtrum honoris tui gratia maximè cuperet & probaret.* Mox *vt alij ex aliis ſermones, cùm me ille & Sabaudum eſſe & F abrum nominari comperiſſet, viciſſim ex me quæſiit amiciſſimè, num is ego F aber eſſem, qui ſuperioribus annis Coniecturarum Iuris Ciuilis libros aliquot in publicum*

edidiſſem. Annui, quod neque ſine manifeſto mendacio inficiari poteram, neque ſine rubore maximo confiteri cùm abnuere fortaſſis glorioſi us fuiſſet. Statim ille ſibi gratulari, quaſi præclarum aliquem Februm nactus, & affirmare lectas à te nugas meas, quódque magis mirandum erat, non omnino improbatas: Hoc etiam addito, quòd dixeras, (id verò mihi Deus bone, quàm honorificum!) gaudere te, quòd ſuum Fabrum haberet etiam Sabaudia. Dicam liberè. Neque enim Senatorem, præſertim qui ad Præſidem ſcribat, mentiri fas eſt. Non ego quidem is ſum, quem vanæ iſtius laudis aucupandæ fruendæve ſtudium facilè moueat, qui nec ignoro quàm honeſtius cuique ſit ea facere propter quæ laudari debeat, quàm laudari velle, gloriámque ſequi ſemper, appeti nunquam debere. Sed tamen imperare mihi non potui, quin ſubiret continuo ſuauiſſima quædam titillatio ex tam magnifica tui de me iudicij relatione. Quis enim adeò ſit temperans, vt à tam laudato viro laudari ſe non ſolùm non patiatur, ſed etiam non ambiat ardentiſſimè? Non quod tibi, cui omnia debeo, magis credere deberem, quàm mihi: ſed quia ſciebam, quàm ſolerent efficaces eſſe ad miros virtutis igniculos in tyronum animis accēdendos, talium virorum prædicationes, quas ego tum etiam cùm vel falſæ ſunt, vel ſuſpectæ, pro veris ad laudem cohortationibus accipiendas ſemper exiſtimaui. Inde verò peropportunam mihi occaſionem datam credidi, nō ſolùm ſalutandi tui: ſed etiam id audendi, quod iampridem timidius meditabar: vt ex officina mea promerem aliquid, quo, vt ſit inter artifices, licet diſſimillimos, Faber Fabrum donarem. Etſi enim ſatis intelligo nihil à me proficiſci poſſe, quod vel dignitatis tuæ amplitudine, vel obſeruantiæ erga te meæ magnitudine, dignum videri queat: Has tamen cogitationes meas, vt à te non prorſus improbatas iri ſperare debeam, facis tu, qui priores approbaſti. Nam niſi me fallo habent poſteriores hi libri neſcio quid inſignioris & politioris non dicam eruditionis, ſed diſceptationis. Nec recuſo, ſi qui erunt qui non probabunt (at erunt ſanè quàm multi!) ſic eos de me iudicare, vt ſibi perſuadeant in tanto Senatoriarum occupationum concurſu, nihil à me in hoc ſcribendi genere elaborari potuiſſe præſtantius. Mihi, vt videbis, præcipua perpetuáque contentio eſt cum maiorum, vt ita dicam, gentium interpretibus ferè omnibus: ſed maximè cum magno illo tuo Iacobo Cuiacio, ſi tuus magis quàm meus dicendus eſt, quem ego certè tanti facio fecique ſemper, quanti alium ex Iuſtinianei Iuris Doctoribus, te vno excepto, neminem Nam vt taceam admirabilem illam, qua excellit in tam vaſta ſcientia edocenda [illegible] & facilitatem, tantam ille obſcuriſſimis quibuſque locis elucidandis diligentiam adhibuit, vt neque intactum penè quicquam reliquerit, neque aliud in ſcriptis ſuis deſiderandum, præterquam fortaſſe ingenij tui ſubtilitatem: quam ſi tantæ coniunxiſſet induſtriæ, Papinianum credo æquauiſſet: ſanè alios omnes quorum ſententiis pro legibus vtimur, longo, vt arbitror, interuallo ſuperaſſet. Tulit ætas noſtra maximos in Iuriſprudentia viros non paucos, ſed præcipuos, ſi quid mei iudicij eſt (cæterorum pace dixerim) Antonium Goueanum & Iacobum Cuiacium. Illum, vt mihi quidem videtur, multò feliciore ingenio ad Iuriſprudentiam natum: ſed qui naturæ viribus tam confideret, vt diligentiæ laudem ſibi non neceſſariam, minus etiam fortaſſe honorificam putare videretur. Hunc contra minus lucido præſtantique ingenij acumine, ſed qui aſſiduo labore ea quoque ſe aſſequi poſſe crederet, quæ ſolis ingenij neruis parari queunt. Tu Faber maxime, multo beatior, cui vni, hac noſtra ætate à Deo Opt. Max: datum eſt, & illum ingenio æquare, & hunc diligentia: vtrumque haud dubiè vtroque ſuperaturus, ſi tantum tibi ad hæc ſtudia pertractanda otium ſuppeteret, quanto illi abundarunt. Teſtantur hoc, præclariſſima illa totóque terrarum orbe celeberrima promiſcuæ eruditionis tuæ monumenta, quæ ſi ſingula recenſere, nedum laudare vellem, vtique facerem ineptè, qui putarem ex commendatione mea poſſe aliquid ad eorum dignitatem accedere. Quò magis mihi verendum eſt, ne tibi parum accepta ſit ea excuſatio, quam ex quotidianis Senatoriarum functionum impedimentis, inſcitiæ meæ volo prætexere. Tibi, inquā, Faber præſtantiſſime, qui iam ab ipſa inde adoleſcentia

rei &

rei & publicæ & literariæ diſiunctiſſima ſtudia, tam præclarè coniunxiſti, vt mutuis illa auxiliis ad gloriam tuam eodem impetu collatis, id vnum inter ſe certamen miſſe videantur, vtrius beneficio in ampliſſimo iſto Senatus Tholoſani, quinimò totius Galliæ theatro, maior dignitati tuæ laudis materia pararetur. Adeò nimirum tibi familiare eſt ſic agere omnia vt ſingula. Sed pro tua & prudentia & humanitate cogitare debebis hanc inter fabros & artifices differentiam eſſe, non inter Fabrorum ſtudia & voluntates: nec parum de tuis deceſſurum laudibus, ſi pro nullis habeantur quotquot aut mortarij aut doctrinæ, aut ſi quid hoc etiam ad rem pertinet, fortunæ dignitate tibi ſunt impares: Ex quorum potius comparatione, quàm egregius Faber ſis & artifex dignoſci oporteat. Reſtat igitur, quoniam nec ipſas virtutum tuarum imagines, aut oratione adumbrare poſſum, aut imitatione aſſequi, te vt iterũ atque iterum rogitem, non vt his meis ineptiis iudicij tui autoritatem impertias: (neque enim tu tibi iudicium pro arbitrio fingere magis potes, quàm ego ingenium mihi) ſed quod facere, ſi libet, licet, vt me ames, & quæ ab optimo animo profecta vides, rudi licèt ſtilo exarata, non planè indigna iudices, quæ tibi offerantur. Quanquam & illud quoque videor pro meo quodammodo iure petere poſſe, vt ea legendo legas, id eſt, quæ minus probabuntur ſeligas, aut ſi fortè expeditius videbitur, illa potius quæ probabuntur. Ne dubitandum habeam, quin cætera omnia, te vno iudice, vnica litura delenda ſint, aut ſaltem emendanda. Te in ſumma arbitrum volo ad omnes has dirimendas controuerſias, quæ mihi tam multæ cum tot tantiſque viris intercedunt. Nec quam inter te & Cuiacium, adeò longam arctámque fuiſſe ſcio neceſſitudinem, mouere me poteſt, vt in amiciſſimi hominis cauſa ius te dicere prohibeam. Quem enim alium peritiorem poſſim quærere? Certè fauorabiliorem nec ſperare auſim, nec optare: qui video gloriórque iam contigiſſe mihi antehac non ſemel in difficiliorum legum nodis diſſoluendis, & iis maximè in quibus non conuenit mihi cum Cuiacio, vt id ipſum ego, quod tu, ſenſerim: priùs etiam, quàm ex ſcriptorum tuorum lectione quid ſentiẽdum eſſet didiciſſem. Quod ſi hoc amplius vltrò largiri voles (nam flagitare non audeo) vt reſcribas aliquando non tantùm quid ſentias: ſed etiam quid ita? tum verò nihil mihi ad abſolutam voluptatem & felicitatem deeſſe arbitrabor. Non quòd iudicio tuo minus quàm ipſiſſimæ iuris rationi tribuendum exiſtimem: ſed vt compertis abiectiſque erroribus meis, quid in poſterum ſentire debeam, non ignorem: tuáſque opiniones pro certiſſimis ſententiis tuear conſtantiùs, ſi quando fortaſſe mihi cum imperitioribus res erit, qui pro me contra te ſentire velint. Scis enim idem ferè iam nobis quod philoſophis eueniſſe: vt in Iuriſprudentia noſtra nihil ſit tam imprudens quod non ſuos habeat, eóſque vt plurimum pertinaciſſimos, nec ignobiles defenſores. Eris tu mihi inſtar omnium, longéque præclariùs mecum agi putabo, ſi te ingenuum doctorem experiar, quàm ſi ſuſpectum laudatorem. Denique habebo te ſi pateris in Fabrum, Tu me, ſi placet, in tyronem, quem, vt apud Papinianum, Nicoſtratus Regulum, eloquentia, probitate ac eruditione tua & meliorem facere poſſis, ſi velle voles, & præſtantiorem. Benè vale, Faber præclariſſime, & quem tui amantiſſimum vides, fac pro tua liberalitate amantiſſimum. Ex vrbe Chamber. III. Cal. Iul. M.D.XCIIII.

* * *

ANTONII FABRI SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber ſeptimus.

Interpretatio l.3. in princip. D. de vſur.

Capvt I.

MOta de fideicõmiſſo ſingulari inter heredẽ & fideicõmiſſarium cõtrouerſia, cùm hic in perſonam ageret, ſibique fideicommiſſum deberi contenderet, ille contrà ſolutionẽ recuſaret eo colore quod legi Falcidiæ locum eſſe diceret, iudex datus eſt qui cauſa cognita fideicommiſſum ſalua Falcidia deberi pronunciauit. Certum eſt condemnatum heredem non priùs ad fideicommiſſi preſtationem vrgeri debere, quàm tempus illud præterierit, quod iudicatis ad ſoluendum datur, triginta ſcilicet dierum ex duodecim tabulis, aut duorum menſium ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus, aut deniq; ex Iuſtiniani lege, quadrimeſtre l.2.l.vlt.§.& cùm antiquitas C.de vſur.rei iudicat. Tametſi ante Iuſtinianum & Papiniani temporibus, cuius eſt l.3.de vſur. quam interpretandã adgredimur, vſu receptum fuiſſe videatur, vt in arbitrio eſſet iudicantis tantum temporis ad ſoluendum dare, quantum ſufficere pro condemnati facultatibus crederetur l. debitoribus 31.D.de re iudic. l.ſi debitori 21.D.de re iudic. Eóque etiam hodie iure vtimur, non ſeruata ea diſtinctione quæ traditur in l. ſi ſe non obtulit 4.§.ſi quis condemnatus ſit, D.de re iudicat. Dixi fideicommiſſarium in perſonam egiſſe. Nõ quaſi in eius fuerit electione vtrum in rem an in perſonam ageret, vt malè Accurſ. & Bart. exiſtimant. Sed quia antè Iuſtiniani conſtitutionem in l.2. C.commun. de legat. fideicommiſſi debiti nomine nulla in rem actio competebat, at tantùm perſecutio, quo nomine in perſonam potiùs, licèt rei perſequendæ gratia, quàm in rem actio ſignificatur. l. pecuniæ 178.§. actionis de verb. ſignific. l. actio 28. D. de oblig. & act. Quam ob cauſam ſic Papinianus in d.l.3.de vſur. *in fideicommiſſi perſecutione.* Et quod ſcriptum eſt in l. vlt. C.de vſur. & fructibus legat. *ſiue in rem, ſiue in perſonam agatur*, de legatis tantùm de quibus etiam illo loco tractatur, non item de fideicommiſſis accipi debet. Neque enim fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue ſingularis antè fideicommiſſi reſtitutionem dominus eſt, l.facta.63. D.ad S C.Trebell. Nec igitur in rem actio ei competere poteſt, ſed tantùm in perſonam, ſi iuris ratio potiùs quàm Iuſtiniani lex inſpiciatur, l. teſtamento 89.§. quatuor de leg.2. l. in rem 23. D. de rei vindicat. l. Quintus 27.§. argento D. de aur. & arg. mund. legat. quod in legatis ſecus eſt l. legatum 80. de leg.2. l. à Titio 64. de furt. Illud ſanè verum eſt, quod Accurſio & Bartolo placet, non aliter eam iudicati faciendi dilationẽ conceſſam eſſe quàm ſi in perſonam actum proponatur. Nam cùm in rem actum eſt, Iudicis officio incumbit vt iubeat rem quæ petita & adiudicata eſt, domino ſtatim reſtitui, Niſi fortè poſſeſſor cauſetur non poſſe ſe in præſenti reſtituere, Ideóque ſibi tempus præſtitui poſtulet, neque fruſtrationis cauſa id faciat §. & ſi in rem actum Inſtit. de offic. iudic. Non enim tam fauorabilis cauſa eſt eius qui rem meam mala fide poſſidet poſt litem conteſtatam adeóque poſt condemnationem, quàm illius, qui pecuniam aut quid aliud mihi debeat, quippe eo nomine actione in perſonam propoſita condemnatus eſt, Siue quòd faciliùs res aliena reſtitui, quàm pecunia explicari, aut res alia dari poſſit (quandoquidem vindicatione is demum tenetur, qui rem alienam poſſidet, eiúſque reſtituendæ facultatem habet l. officium 9. D. de rei vindicat.) Siue quòd in vindicationis iudicio rei ipſius adiudicatio fiat, non condemnatio perſonæ, vt proinde poſſeſſori, qui condemnatus non eſt, fruſtrà dilatio concedatur, Niſi per ipſam rem quæ adiudicata eſt fiat, quominus ſtatim poſt ſententiam reſtitui poſſit. Qua ratione actori longè commodius eſſet in rem quàm in perſonam experiri, niſi ex alia parte actionem in rem illud difficiliorem redderet, quod exactiſſimam dominij probationem requirit, §. commodum Inſti. de interd. cùm tamen is qui in perſonam agit non niſi de iure ex quo dari ſibi quid vel fieri oporteat, docere teneatur. Ergo vt ad Papinianum noſtrum redeamus, heres de fideicommiſſo condemnatus, non niſi elapſo tempore quod iudicatis datur, vrgeri poteſt. At ſi poſt id elapſum moram ſolutioni faciat, quæſtionis eſt, quid de fructibus conſtitui oporteat. Et refert Papin. Marci Antonini Imp. decreto cautum eſſe, vt intermiſſo eo legitimo tempore quod iudicatis datur vſque ad ſententiam, commoda omnia fideicommiſſarius accipiat. Quod Accurſius noſter ſic intelligendum putat, vt retrocendo, inquit ille, à die mortis teſtatoris vſque ad ſententiam fructus omnes non tantùm qui percepti ſunt, ſed & qui percipi potuerunt, fideicommiſſario præſtentur: quia verò poſt ſententiam bimeſtri illo, aut quadrimeſtri tempore percipiendi erant, nec percepti ſunt, minimè præſtentur. Nam de iis qui percepti ſunt, nec dubitat quin reſtituantur, quòd vt paulò poſt Papinianus ſubiicit, ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare, non lucrum adferre debeat. Sed quoniam huic interpretationi non conuenit quod Papin. ait, decretum hoc Imperatoris ita accipi oportere ſi ante iudicis ſententiam mora non interuenerit, idem Accurſius vt ſe ſuámque opinionem tueatur, neſcio quid comminiſcitur de ſententia commonitoria quæ præcedat litis conteſtationem. Ego verò, ſicuti quam ille commonitoriam ſententiam dicat non intelligo: ita neque retroceſſionem iſtam commentitiam agnoſco, longéque diuerſam Papiniani mentem eſſe pro certo habeo. Illam nimirum,

nimirum, vt ex Imperatoris decreto fructus omnes qui poſt ſententiam de fideicommiſſo redditam percepti ſunt, percipique potuerunt intermiſſo tamen, hoc eſt detracto iudicati faciendi tempore fideicommiſſario reſtituatur, ad aliam vſque ſententiam, quam ferri neceſſe eſt vt eorum fructuum nomine heres condemnetur. Quanquam enim is qui reſtituere iuſſus fuit, ſi iudici non pareat, iubendus iterum & condemnandus non eſt, ſed manu militari exequenda potius ſententia, vt ei ſi reſtituendæ rei facultatem habeat poſſeſſio auferatur: Attamen fructuum omniſque cauſæ nomine condemnationem ſubſequi & ſententiam ferri neceſſe eſt l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicat. quoniam priore ſententia nihil de fructibus expreſſum fuit, neque exprimi potuit, cùm in actoris poteſtate ſit iudicatum exigere, nec ad iudicis officium quicquam pertineat futuri poſt condemnationem tẽporis tractus, vt elegãter idẽ Papi. & ad eũ Paulus tractãt in l. j. §. j. de vſur. vbi ob has cauſas nec bonæ fidei iudicij iudicẽ rectè inſuper eũ interponi cautionem, vt ſi tardiùs ſententiæ condemnatus paruerit, futuri tẽporis vſuræ fructúſue pẽdãtur. Mora igitur quã heres poſt ſententiam contraxit, ſi elapſo tempore quod iudicatis datur, non ſatisfecerit, hactenus coercebitur, vt omnia quæ poſt condemnationem percepit & percipere potuit commoda ad fideicommiſſarium deuoluantur. Intermiſſo tamen & detracto eo tempore quod iudicato faciendo conceditur. Sic enim Papinianum intelligo vt de fructibus omnibus tam perceptis quàm percipiendis loquatur, cùm & indiſtinctè fructuum mentionem faciat, & de iis apertè ſentiat, qui in actione ex teſtamento à die moræ, aut in iudiciis ſtrictis à tempore litis conteſtatæ debentur. Cuiuſmodi ſanè ſunt tam qui percepti fuerunt, quàm qui percipi potuerunt l. cùm ſeruus 39. §. fructus de legat. j. l. cùm fundus 31. D. de rebus credit. Cui conſequens eſt Antonini reſcriptum eò pertinere, vt pro toto tempore quod iudicatis datur, heres neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnetur. Nam & omne illud tempus intermittendum eſſe conſtituit, & cùm non aliam ob cauſam quàm propter moram quæ poſt ſententiam contracta eſt ea fructuum condemnatio fiat, Nemo dixerit per heredem contractam videri moram, quandiu is vt ſententiæ ſatisfaciat interpellari non poteſt. Mora ſiquidem fieri non intelligitur vbi nulla petitio eſt l. ſecta 40. D. eod. l. ſi pupillus 127. de verb. obligat. l. nulla 88. de regul. iur. nec quicquam imputandum eſt heredi qui iure ſuo vtitur, legiſque beneficio, quod ei ſicut non inutile, ita nec captioſum eſſe debet arg. l. ſciendum 21. D. de vſur. In quo præcipuè errarunt poſt Accurſiũ cæteri interpretes, qui fructus omnes medio illo tẽpore perceptos fideicõmiſſario reſtitui debere contẽdunt. Moti tãtùm ex eo quod apud Papinianum ſequitur, eam temporis intercapedinem iudicato dilationem dare non etiam lucrum adferre debere. Quaſi dici poſſit lucrum ex ea dilatione heredi acceſſurum ſi ita ius conſtituatur, vt liceat ei fructus quos interim perceperit retinere. Ac ſanè ſic res haberet, ſi quod de lucro Papin. ait tam generaliter & abſurdè quàm illi putãt, intelligeretur. Sed planè aliam Papiniani ſententiam eſſe vel ex eo maximè cognoſci poteſt, quòd fieri certè nequeat quin ex ea dilatione lucrũ aliquod condẽnato accedat. Alioqui nec beneficio vllo affici videretur, nec quicquã cauſæ eſſet cur daretur ei dilatio. Id igitur Papin. ſibi vult, Eam temporis intercapedinem non debere cõdemnato prodeſſe vt lucrum conſequatur ex quo actoris qui obtinuit ius imminutum videri poſſit. Ita enim eueniret vt melior eius condicio eſſet poſt condemnationem quàm anteà fuiſſet. Atqui non poſſis dicere diminui aliquid de iure fideicommiſſarij licèt nihil ei detur ex fructibus quos heres legitimo illo tempore poſt rem iudicatam percepit, ſiquidem vt Papin. ſubiungit, decretum illud Antonini ſic intelligendum eſt ſi antè ſententiam de fideicommiſſo latã heredis mora non interuenerit. Quo caſu ſicut nullum in fructibus antè ſententiam perceptis fideicommiſſario ius quæſitum dici poteſt, quorum ſcilicet non niſi poſt contractam moram ratio vlla habeatur: Ita neque iniuria affectum ſe queri poterit quamuis totum id iudicati faciendi tempus à fructibus dependendis immune eſſe admittamus: Cùm fructuum præſtandorum obligatio neque ex ſententia naſci poſſit, per quam nihil de fructibus pronuntiatum eſt, neque ex mora poſt ſententiã contracta, quòd toto eo tempore nec fideicommiſſarius quicquam exigere, nec antè quàm exigi cœptum ſit mora per heredem contrahi potuerit d. l. j. §. j. de vſur. Etſi autem vix eſt vt ad iudicem perueniatur quin priùs mora contracta ſit, quæ & per interpellationem extrà iudicium teſtatò atque opportuno loco & tempore factam, & ſaltem à litis conteſtatæ acceptique iudicij tempore contrahi ſolet, plerunque tamen accidit cùm de legatis aut fideicommiſſis controuerſia eſt, vt ſolutionem heres recuſet, eóque nomine litem conteſtetur, nec ideò magis moram contrahat, fortè ſi legi falcidiæ locum eſſe dicas & ex iudicij euentu verum id eſſe appareat. Eſt enim ea iuſta cauſa differendæ ſolutionis ſi fideicommiſſarius nolit aut non poſſit cauere ſatiſdatò ſe ſi quid ampliùs quàm per legem falcidiam liceat, acceperit, reſtituturum. Neque aliter hoc caſu condemnari heres poteſt ad vſurarum aut fructuum præſtationem, à tempore litis conteſtatæ, quàm ſi legi falcidiæ locũ nõ eſſe conſtiterit l. 2. C. de vſur. & fructib. legat. Falcidia namque interueniente nihil ſanè eſt quod heredi imputetur qui Prætoris Edictum ſecutus iuſta ex cauſa ſolutionem recuſauerit l. j. & tot. tit. Si cui plus quàm per leg. falcid. Ac tum demum rectè Papinianus Antonini decretum procedere exiſtimat vt fructuum nomine qui poſt ſententiam intrà iudicati tempus percepti ſunt, heres non condemnetur. Nam ſi antè ſententiam mora interuenerit, hoc eſt ſi fruſtrandi cauſa & per calumniam heres falcidiam obiecerit, nullóque colore fideicommiſſi præſtationem diſtulerit, Papiniano placet nihil ei relinquendum eſſe ex fructibus qui poſt ſententiam percepti ſunt aut percipi potuerunt, neque minùs habendam rationem eius temporis quod poſt condemnationem iudicatis datur, quàm illius quod poſt morã in iudicati executione contractam ſecutum eſt. Itaque Imp. Antonini decreto locum hîc non eſſe ex ea parte qua tempus illud iudicati intermittẽdum eſſe conſtituit. Quam in ſententiam mouetur ſanè perelegantí ratione, quòd heres qui fideicommiſſario moram fecit iam inde ab eo tempore quo mora contracta eſt fructuum omnium præſtandorum neceſſitate adſtrictus eſſe cœperit. Quod cùm ita ſit, qua tandem inquit ratione dici poſſit liberandum eum à fructuum præſtatione pro legitimi temporis ſpatio, Ideò duntaxat quòd per ſententiam victus ſit & condemnatus? Nemo vtique dixerit meliorem eſſe debere condicionem heredis condemnati, quàm ſi nondum lata eſſet ſententia. Alioqui eueniret vt res iudicata ei proficeret, contrà quem iudicatum fuiſſet, quod euidenter iniquiſſimum eſſe Iulianus ait in l.

euidẽter 19.D.de except.rei iudic.& elegantius idẽ noſter Papin.in l.poſtquã 5.§.j. D. vt legat.nomin. caueat. At iam vſque ex eo tempore quo mora cõtracta fuit & antè ſententiam fideicommiſſi fructus & vſuræ debebantur l. ſi quis bonorum 23. de legat. j. l. ſi quis ſeruo 84. de leg.2.l. is qui 29. de legat.3.l. reſpondit 14.l.equia 39. D. de vſur. Ergo & poſt ſententiam debebũtur. Morã enim ſemel interueniſſe ſufficit vt perpetuò debeantur l. Titia Seio 87.§.vſuras de legat. 2. hoc eſt etiam poſt litem conteſtatam. Qui ſenſus eſt l. lite conteſtata 35. de vſur. multóque magis poſt ſententiam quæ lucrum adferre condemnato nunquam poteſt. Quamquam enim dici ſolet tam litis conteſtatione quàm iudicati actione nouatonẽ quandam fieri l.aliam 19. D. de nouat.l.vlt.C.de vſur.rei iudic.Ea tamẽ nouationis illius natura eſt,vt nec eius qui litem cõteſtatur, nec eius qui obtinuit deteriorem cõditionẽ efficiat d.l.aliam l.nõ ſolet 86.cum ſeq.de regul.iur. Idque nimirum eſt quod Papin.ait,eam temporis intercapedinem quę condemnatis ad iudicatum faciendum conceditur,dilationẽ duntaxat iis dare,nõ etiam lucrum adferre debere. Lucrum namque maximũ ſentiret hæres condemnatus,adeóque ex fideicõmiſſarij damno ſi toto illo iudicati faciẽdi tempore fructus nullos deberet,quos iam inde à tẽpore morę,ſi antè ſententiã percepti eſſent,debuiſſet. Denique id Pap. contendit,ius quod ante condemnationem ex heredis mora fideicommiſſario quęſitum iam erat in fructibus ex fideicommiſſo perceptis aut percipiendis, poſteà per ſententiam, quæ pro fideicommiſſo lata ſit,neque auferri neque imminui potuiſſe. Si quęſitum ius nullum erat, impunitam heredi eſſe legitimi poſt ſententiam temporis cunctationem. Quod vt apertiùs comprobet,exemplum aliud ſubiicit de iudiciis ſtrictis §.in his quoque, de cuius etiam ſententia & emendatione, quoniam longiores iam fuimus,ſequenti capite videamus.

Emendatio § in his quoque.eiuſd.legis.

Capvt II.

VT ſuam ad Antonini decretum interpretationem,de qua proximè diximus,Papinianus cõprobet,aut magis illuſtret,aliud exemplum ſubiicit de iudiciis, quæ nec arbitraria ſunt, nec bonæ fidei, ſed ſtricta: In quibus dici ſolet, A die litis cõteſtatæ præſtandã actori omnem cauſam in eum vſque diem quo ſententia dicitur l.2. D. de vſur. l.cùm fundus 31. de reb.credit. Nõ quòd in ſtrictis huiuſmodi iudiciis mora contrahi non poſſit antè litem conteſtatam vt minùs peritè quidam putant (nam ſi cùm ex ſtipulatu Stichum mihi deberes tu ritè interpellatus ſoluere nolueris, tum is deceſſerit, licèt nondum lite conteſtata, tibi tamen propter moram peribit l. ſi ex legati 23. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur, de verbor. obligat.) ſed quòd in fructibus, vſuris, cæteriſque acceſſionibus nulla moræ ratio habeatur, niſi cùm iudicij natura talis eſt vt vel ex bona fide, vel arbitrio iudicis aliud conſtituendum videatur. Quod in ſtrictis iudiciis nunquã euenit, quæ nõ aliã ob cauſam ſtricta dicuntur,quàm quòd in iis cõdemnatio neque ex bona fide,neque arbitrio Iudicis fieri poſſit extrà id quod verbis diſertis, & præſcripto formulæ, quã Prætor dictauerit nominatim expreſſum & mandatum eſt. Sed à tempore litis cõteſtatæ omnis cauſa præſtanda eſt, quoniam vt idem Papin. ait in d. l.2. de vſur. quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet. Peti autem intelligitur eo demùm inſtanti, quo litis conteſtatio fit l. amplius 15.D.rat.rem.haber. Hoc verò cùm ita ſit, Certè poſt rem iudicatam tempus à fructibus dependendis immune nec eſt. Ita enim addita negatione legendum eſſe apud Papinianum apparet euidenter ex ea ipſa ratione, qua motus ille paulo ante defendit, fructuum præſtandorum obligationem in actione ex teſtamento & fideicommiſſi perſecutione ex mora ante ſententiam contracta profectam, ſubſecuta ſententia & condemnatione non finiri. Nam ſiue à die moræ, ſiue à lite conteſtata fructus deberi cœperint, qua tandem ratione cùm & ſententia ſecuta ſit,ab eorum reſtitutione qui intra iudicati faciendi tempus percepti aut percipiendi fuerunt liberari condemnatus poterit? cùm ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare non lucrum etiam adferre debeat. Ac ſanè idem iuris Papinianum hac parte conſtituere voluiſſe in iudiciis ſtrictis quod in actione ex teſtamento conſtituendum dixerat,apertiſſimè demonſtrat ſeries contextus in illis primis verbis *in his quoque iudiciis*, quæ ille adiecit vt omnes intelligeremus,decretũ illud Antonini de non reſtituendis fructibus intra iudicati faciendi tempus perceptis, ita accipi ſemper oportere,ſi ante ſententiam nondum nata fuerit eorum reſtituendorum obligatio. Nata, inquam, vel ex litis conteſtatione in ſtrictis iudiciis, vel ex mora per interpellationem contracta,in cæteris. In iudiciis quidem bonæ fidei propter bonam fidem, in arbitrariis propter arbitrium iudicis: In actione ex teſtamento neque ex bona fide, neque arbitrio iudicia (quoniam cùm ex vnius hominis voluntate non ex plurium conſenſu naſcatur, nec bonæ fidei eſſe poteſt, nec arbitraria) ſed ex voluntate, & iudicio teſtatoris. Facilè autem potuit librarij & exſcriptoris inſcitia prætermitti negatio quam nos reſtituimus,cùm fortè ſcriptum eſſet, quomodo in Florentinis ſcribi ſolet paucioribus ſed maiuſculis literis *immuNEC eſt* pro eo quod apertiùs ſcribi poterat *immune nec eſt*. ſic in l. Prætor edixit 7.de iniur.§.ſed & ſi quis. Vlpian.ita ſcribit *certè his qui ſunt in poteſtate prorſus nec cõpetit*. Quod ſi durius id putes maliſque legere *immune non eſt*, nec ego repugnabo. Nam & erroris interpretis fortaſſe imperiti cauſam præbere illud potuit, quod dictionem illam *certè* qua Papin. vtitur ſic accepit, quaſi exceptionẽ ſignificet, cum magis propriè & eleganter deſignet affirmationem, vt & in d.§. ſed & ſi quis. Neque video quid huic noſtræ emendationi poſſit obiici præter Iuſtiniani Conſtitutionem in d.l. vlt. C. de vſur.rei iudic.vbi ille diſertis verbis conſtituit, vt vſurarum quæ ex priore contractu debentur, quæque in condemnationem deductæ ſunt, curſus poſt ſententiam inhibeatur, nec niſi ſortis vſuræ centeſimæ poſt quadrimeſtres, vt loquitur, inducias præſtentur. An quod alia ratio ſit fructuum alia vſurarum vt Accurſius, Bartolus & cæteri exiſtimant? Non puto. Nam licet alioqui minùs fauorabilis ſit vſurarum quàm fructuum præſtatio propterea quod pecunia ſui natura ſterilis ſit, quæ aliam pecuniam parere nequeat, generaliter tamen traditum eſt vſuras vicem fructuum obtinere,prẹſertim verò in legatis & fideicommiſſis, nec à fructibus ſeparari debere l. vſuræ 34. D. de vſur. & fructib. Et ratio qua Papinianus mouetur non minùs in vſuris quàm in fructibus obtinet, vt facilè ex ſuperioribus intelligi poteſt. Fuerit ergo fortaſſe probabilius, loqui Iuſtinianum de iis tantùm vſuris quæ ex priore contractu debitæ ſint, quarum non eadem hac parte ratio eſt quæ vſurarum ex mora debitarum. Siquidem, vt Iuſtinianus ait, nouatur iudicati actione prior contractus, ideóque vſurarum

Digitized by Google

ruin quę ex eo debentur curſum inhiberi minùs abſurdum eſt l. nouatione D. de nouat. licèt ea oouatio, ſi iuris rationem ſpectes, nunquam victori damnoſa eſſe debeat, vt ſuprà diximus. In coque nimirum Iuſtiniani Conſtitutio nouum ius potius quàm iur.s rationem continet. At ex contrario ocmo dixerit priorem moram quæ vel ante iudicium vel in ipſo iudicio contracta ſit, purgari per ſententiam. Neque igitur vſurarum, quæ ex ea mora debebantur, curſus per ſententiam interrumpetur. Sunt enim hæ fauorabiliores, & creditori hac parte vtiliores, quàm quæ ex conuentione debentur, quarum ratione propter conuentiooem ſuperuacanea eſt omnis de mora quæſtio, vt docuimus li. t. Coniect. ca. 1. in explicatione l. qui Romæ 122. in princip. de verbo. obligat. Denique manifeſta ac neceſſaria iuris ratio cogit omnino, vt quam Papinianus ad Antonini decretum iorerpretationem induxit, verbis licèt quodammodo repugnantibus, eadem ad Iuſtiniani Legem & cõſtitutionem accommodetur. Aliam non huic diſſimilem emendationem ſubiiciemus infrà cap. 5.

De fructibus & vſuris legatorum ac fideicommiſſarum.

CAPVT III.

SVperioribus finitima eſt & illa quæſtio, quam hoc capite latiùs tractandam proponimus, De vſuris & fructibus tam legatorum quàm fideicommiſſorum. In qua dubitationem potiſſimùm facit quod Papin. in l. 3. in princip. de vſur. apertè ſcribit, in fideicommiſſi perſecutione fructus quorum eadem quæ vſurarum ratio eſt, oon à litis tantùm conteſtatione deberi vt in iis iudiciis contingit, quæ nec arbitraria ſuot nec bonæ fidei, ſed à tempore contractæ moræ. Imperatores verò in l. 1. 2. & vlt. C. de vſur. & fructib. legat. contrà, vt videtur reſcripſerunt, legatorum & fideicommiſſorum fructus ac vſuras ex eo tempore deberi, quo lis ſit conteſtata. Quod & Iuliano placet in l. quæſitũ 91. §. vlt. de legat. j. Mihi ſemper probata eſt Accurſij, Bartoli, & ſequacium ſententia, qui quod ab Impp. reſcriptum, & à Iuliano reſponſum eſt, ſic accipieodum putant, ſi ante litis conteſtationem mora nulla præceſſerit. Neque enim ſemper præcedit, ſed ita demùm ſi priuſquàm iudicium acciperetur interpellatus heres teſtaro, congruóque loco & tempore fideicommiſſum, aut legatum ſoluere recuſauerit. Quod quia teſtibus plerunque probãdum eſt, nec facilè ſciri poteſt an eo interpellatioois genere mora cõtracta ſit nec ne, cùm ea diſceptatio facti potiùs ſit quàm iuris l. mora 32. de vſur. inde fortaſſis factum eſt vt litis conteſtatæ potiùs quàm moræ Imperatores meminerint, nõ quaſi præcedentis moræ ratio nulla habenda ſit, ſi commiſſam eã eſſe appareat, ſed quòd vix ſit vt nõ ſaliẽ eo tẽpore quo litis cõteſtatio ſit mora contrahatur. Nam ſtatim atque legato aut fideicommiſſo præſtãdo mora facta eſt, ſiue interpellatio tantùm extraiudicialis interuenerit ſiue cõteſtatio ſubſecuta ſit, teſtatoris voluotas quę hac parte ſpectari potiſſimum debet, ſuadet ſanè vt ea omnia legatarius aut fideicommiſſarius habeat quæ habiturus erat ſi teſtatoris iudicio heres paruiſſet. l. equis 8. l. reſpondit 14. l. equis 39. D. de vſur. l. ſi quis bonorum 23. de legat. j. l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2. l. is qui 26. de legat. 3. l. generaliter 24. §. proinde de fideic. libert. Scio eſſe qui putent dici poſſe ſubtiliter, fructus ſpeciei legatæ ad eum pertinere qui ipſius rei ſit dominus, ex l. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus de legat. j. l. Herennius 42. alias l. fructus D. de vſur. hoc eſt, ioquiunt illi, poſt Accurſium, Bartolum, & alios, ad legatarium aut fideicommiſſarium à die mortis teſtatoris, quandoquidem dici ſolet rei legatæ dominium recta via tranſire à teſtatore lo legatarium l. à Titio 64. de furt. Vſuras verò certæ pecuniæ legatæ non priùs ab herede deberi, quàm in ea pecunia præſtanda, cuius ipſe interim dominus eſt, moram fecerit. Sed ſi quid mei iodicij eſt, neque ſubtilis eſt diſtinctio hæc, neque probabilis. Cùm enim vſuræ vicem fructuum obtiocant, perpetuò & generaliter verum eſt quod Vlp. ait in l. vſuræ 34. de vſur. nón debere eas a fructibus ſeparari, præſertim cùm de legatis & fideicommiſſis diſputatur. Neque ex eo quod dicimus rei legatæ dominium recta tranſire à teſtatore in legatarium, bona conſecutio eſt: Fructus ergo omnes, quos ex ſpecie legata poſt mortem teſtatoris heres perceperit, ad legatarium pertinere. Alia namque ratio eſt rei legatæ, alia fructuum ex re legata perceptorum. Res ipſa quæ legata eſt, ex teſtamenti verbis & teſtatoris iudicio debetur. Fructus verò, ſicut legâti non ſunt, ita neque ex teſtamento deberi poſſunt priuſquàm mora per heredem contracta ſit, vt apertè African. docet in l. quæſitum 40. de acquir. rer. dom. vbi tractãs de legato fundi ait ex eo demum tẽpore incipere heredem fructus ſuos nõ facere ex quo rem legatam ſoluit. Cùm tamen non eò minus legati fundi dominium à die mortis teſtatoris legatario etiam ignoranti quæſitum intelligatur, quod heres legatum neſciat. Quam ob cauſam nec in hereditatis reſtitutionem quæ vniuerſalis eſt veniant fructus ſiue teſtatoris iudicio, ſiue fideicommiſſarij non petentis negligentia percepti ſint, quamuis qui ex iudicio teſtatoris percepti probantur in falcidiam imputentur, l. in fideicommiſſaria 18. l. heredes mei 57. D. ad S. C. Trebell. l. quod his verbis 83. de legat. 3. Nec ſimile eſt quod Iulianus ſcribit in d. §. cùm ſeruus, legato ſeruo non tantum ipſius ſerui ſtatum in ſuſpenſo eſſe, ſed eorum etiam, quæ perſonam eius attingunt, quæque is per traditionem acceperit, aut ſtipulatus fuerit, quæve ei legata aut donata fuerint, vt ea omnia legatario ſi legatum non repulerit ex die aditæ hereditatis quæſita videantur, vel heredi, ſi legatum repudiauerit legatarius. Non enim habentur in fructibus illa, quæ per traditionem ſeruus accepit, aut ſtipulatus eſt, nec quæ ipſi donata aut legata ſunt, ſed ad cauſam proprietatis ſpectant, ideóque ad proprietarium non ad fructuarium pertinent l. acquiruntur 10. §. de his D. de acquir. rer. domin. vbi ſcriptum eſt io fructu ſerui nihil aliud eſſe niſi qood ille ex operis ſuis, vel ex re fructuarij acquiſit. Separatur autem hac parte cauſa proprietatis à fructibus, quia quod ad proprietatem rei legatæ pertinet neceſſaria eſt retrofictio, vt quandocunque agnitum à legatario legatum videatur iam inde à die mortis teſtatoris legatario acquiſitum: Ne alioqui, ſi admitteremus legati dominium fuiſſe interea heredis, vt reuera fuit, conſequens fieret vt legatum acquiri legatario poſtea non poſſet, atque ita intercideret poteſtas legis duodecim tabularum quæ legandi licentiam dedit l. verbis legis 120. de verb. ſign. Nam & de ſua tantùm cuique pecunia legare permiſit, & dominium, quod poſt teſtatoris mortem heredi eius quæſitum eſſet, noo poſſet ab eo inuito vel ignorante poſteà abſcedere, l. ſi ergo 9. §. j. de iur. do. Neceſſe igitur fuit per iorerpretatiooem prudentum ad legem duodecim tabularum inducere fictionem, vt legati dominium, quod pendente agnitione & toto medio tempore reuera fuit heredis, numquam eius fuiſſe videatur, ſed legatarij, ac ſi ſtatim mortuo teſtatore legatarius legatum a-

gnouiſſet, ſicut & eadem fictione induci neceſſe fuit vt hereditas quandocũque agnita ab ipſo mortis inſtanti agnita videatur, licèt negari non poſſit quin antè aditionẽ re vera iacuerit. Nempe vt dominij continuatio impediat, ne iacẽte hereditate res hereditariæ quaſi nullius ſint, fieri poſſint occupãtis. Idque eſt quod ait l. legatum. 80. de leg a. legatũ ita facerè legatarij rem legatam, ſicut hereditas facit heredis res ſingulas. vtrumque enim fit eiuſdem legis poteſtate, & eiuſdẽ beneficio fictionis. At in fructibus legatorũ, quia non ſunt legati, retrofictio iſta nõ eſt neceſſaria ad conſeruandam legis poteſtatẽ, quæ non niſi de legatis locuta eſt. Proinde nec in iis locum habère poteſt, quia fictio nunquam niſi ex neceſſitate inducenda eſt. Minùs quoque ad rem pertinet, quod ex Modeſtino obiicitur in d. l. Herennius, fructus qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium è terra percipiũtur ad fideicõmiſſarium pertinere. Eſt enim longè alia illius legis ſententia, de qua, quoniam obſcurior locus eſt, & qui in quæſtione iſta præcipites egit quotquot ſunt interpretes, differemus copioſiùs ſequenti capite. Sed neque probabile eſt, quod vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius diſtinguendum putat inter legata vindicationis, & damnationis, vt horum quidem fructus non niſi ex tempore moræ, illorum verò ex aditionis die debeantur. Nullo ſiquidem iuris loco videas Iureconſultos aut diſtinctionem hanc inducere, aut in quæſtione iſta ſpectare tẽpus aditæ hæreditatis, Niſi fortè in §. vlt. l. nihil proponi 20. de legat. j. qui tamen locus nõ eam rationem habet, quòd ab eo tempore mora contracta videatur, vt quidam ſcripſerunt (quid enim ſi non niſi longo poſt interuallo legatum petitum ſit?) ſed quod de iis fructibus loquatur ibi Vlpianus, qui ab ipſo legatario percepti ſunt, in quibus ſanè nihil iuris habere heres poteſt. Igitur perpetuò verum eſt, quod volumus, Ita demùm fructus legatorum aut fideicõmiſſorum, ad legatarios vel fideicommiſſarios pertinere, ſi aut ab ipſis percepti ſint, aut ab herede poſt moram per eum contractam. Niſi fortè ad pias cauſas legatum aut fideicommiſſum relictum ſit, quo caſu fructus à tempore mortis deberi ſingulari piæ cauſæ iure Iuſtinianus conſtituit Nouell. 131. de eccleſ. titul. §. ſi autem heres. Ita tamen ſi heres intrà ſex menſes ab Inſinuatione teſtamenti numerandos relictum præſtare diſtulerit. Sanè fructuum, qui mortis tempore pendeant alia ratio eſt. Hos enim legato cedere non tanquã legati fructus, ſed tanquã legatos Paulus ſcribit lib. 3. Sentent. tit. De legat. neque eſt qui de eo dubitet. Nã vt Papin. elegãter ait in l. cùm vnus 10. §. verbis de alim. legat. toties de mora quærendũ eſt, quoties de vſuris aut fructibus fideicommiſſi quæritur, nõ de ipſis fideicommiſſis: cùm etiamſi mora nulla per heredẽ contracta ſit, non eò minùs tamen debeatur quicquid eſt in legato vel fideicommiſſo. Fundo autem legato, fructus quoque pẽdentes legatos videri conſtat, vtpote qui fundi ipſius partẽ efficiant vulg. l. fructus pendẽtes D. de rei vendic. quod generaliter verũ eſt, ſiue de maturis fructibus intelligas, qui elegantiùs pendẽtes dicuntur, ſiue de cæteris, qui nondum maturi terra tamen contineantur l. fundi 17. D. de action. empt.

Interpretatio l. Herẽnius 42. aliàs l. fructus. D. de vſur.

Capvt IIII.

Illud primùm obſeruandum eſt, quod noſtri non obſeruarunt, Modeſtinum hac lege non de legato tractare, ſed de fideicommiſſo. Diuerſa enim eſt, quod ad propoſitam diſputationẽ pertinet, legati & fideicommiſſi ratio, propterea quòd legatum ſi à legatario agnitum ſit, iam inde ex tempore aditæ hereditatis ipſi acquiſitum intelligitur l. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus de legat. j. id eſt à morte teſtatoris l. à Titio 64. D. de furt. ſiquidem heres quandocunque adeat hereditatem, iam tum à die mortis adiiſſe intelligendus eſt l. heres quandocũque 54. D. de acquir. hered. l. omnia ferè 154. de reg. iur. Fideicommiſſi verò dominium non aliter fideicommiſſario quæritur, quàm ſi ea res, quæ per fideicommiſſum relicta eſt, ei tradita ſit ab herede. Lex enim duodecim tabularum, quæ teſtandi ius induxit l. verbis legis 120. de verb. ſignific. de legatis tantùm locuta eſt, de fideicommiſſis nihil dixit. Quam ob cauſam, quod ſanè magis mirum videri debeat, licèt traditam ſibi rem ex fideicõmiſſo acceperit fideicommiſſarius, Iuliano tamen placet poſſeſſionem duntaxat ademptam non etiam dominium videri l. qui vſumfructum 3. D. ſi vſusfr. petat. Nimirum quòd fideicommiſſa iuris vinculum nullum habeant, & ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione non ex lege aliqua aut conſtitutione ciuili pendeant. At iure Quiritium vt Vlp. in Titulis ſcribit tit. 19. de dominiis & adquiſ. rer. non niſi ſex modis transferri dominium poteſt, traditione, mancipatione, vſucapione, ceſſione in iure, adiudicatione, & lege. Inter eos transferendi dominij modos Prætoris autoritas & iuriſdictio non eſt, indéque etiam euenit quod alio loco monuimus vt heredem facere Prætor non poſſit. §. quos autem. Inſti. dè bonor. poſſeſſ. quia heredis appellatione dominus propriè ſignificetur §. vlt. Inſtit. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. penult. D. de minor. Quid? ſi traditio transferendi dominij modus eſt, vt Vlp. fatetur & certiſſimum eſt l. traditionibus 20. C. de pact. Cur negat Iulianus fundi ex fideicommiſſi cauſa traditi dominium fideicommiſſario acquiri? Nempe quia nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fiat ex iuſta cauſa l. nunquam 31. D. de acquir. rer. domin. Iuſtam autem cauſam intelligimus quæ iure cognita ſit & approbata. Proinde fideicommiſſi titulum quem Ius ciuile, ſicuti diximus non agnoſcit, pro iuſto non admittimus. Neque eſt cõtrarium quod Marcellus ad Pomponium in l. filiusfamilias 16. qui teſtam. facer. poſſ. eandem rationem conſtituere hac parte videtur legati & fideicommiſſi. Id enim eo pertinet, vt actiones quę pro legatis & fideicommiſſis competunt, ignorantibus legatariis aut fideicommiſſariis acquirantur, ſed non vt eædem actiones hia quæ illis competant, nec vt fideicommiſſi perinde ac legati dominium tranſeat recta via à teſtatore in fideicommiſſarium, Vt ad eum locum tractabimus libr. ſeq. cap. 19. Quod cùm ita ſit, iuſtiùs quis miretur quod in d. l. Herennius, ſcribit Modeſtinus *poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium.* Niſi dicamus quod à celeberrimo doctore meo D. Ioanne Antonio Manutio pereleganter & eruditè traditum accepi, duplicem fuiſſe Digeſtorum iure dominij ſpeciem & differentiam. Vnius quod ex iure Quiritium dicebatur, de quo Iulianus loquitur. Alterius verò quod bonitarium dicere liceat quoties rem aliquam in bonis quis haberet, De quo ſanè accipiendum eſt illud Modeſtini, ſicut & quod ſcriptum eſt in l. 1. D. de bonor. poſſeſſ. bonorum poſſeſſionem quæ ex Edicto proficiſcitur dominium tribuere rerum hereditariarum. Senſus enim eſt bonorum poſſeſſionem à Prætore conceſſam efficere vt res hereditariæ fiant in bonis eius qui poſſeſſionem admiſerit. Quod à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio animaduerſum non eſt qui perperam eum locum

cum

cum de poſſeſſionis dominio intellexit. Nec diſsimile eſt quod Paulus ſcribit in l.2.§.vltim.D.ſi ex noxal. cauſ. agat. ſeruum qui cùm noxali iudicio non defenderetur Prætoris iuſſu ductus eſt; in bonis actoris eſſe cœpiſſe. Et quod Vlpianus ex Iuliano tradit in lege ſi finita 15. §. Iulianus De damn. infect. eum qui in poſſeſſionem mittitur damni infecti nomine non priùs incipere per longum tempus dominium capere, id eſt, dominium ex iure Quiritium, aut ſi mauis Quiritiarium acquirere, quàm ſecundo decreto fuerit à Prætore dominus conſtitutus. Quò etiam pertinet l.1.D.de fund.dotal. Quanquam enim ſemel acquiſitum dominium magis acquiri non poteſt l.non vt ex pluribus 119.de regul.iur. nihil tamen abſurdi eſt eum qui dominus bonitarius factus ſit, ex alio iure dominium Quiritiarium acquirere, quia duplex diuerſúmque dominium eſt. Denique quoties dominium ex Prætoris iuriſdictione acquiri legimus, de bonitario tantùm non etiam de Quiritiario intelligere debemus. Quamuis non ignorem Conſtitutione Iuſtiniani ſublatam eam differentiam in l.vnic. C. de nud.iur Quirit.tollend. Cæterùm neque ex eo ſolo quod ſi fideicommiſſum relictum eſt, dominium bonitarium fideicommiſſario acquiritur, ſed ita demùm ſi traditio ſubſecuta ſit d.l.qui vſumfructum. Perpetuò namque verum eſt dominium bonitarium à Prætore non tribui, niſi cui priùs poſſeſſio quæſita ſit, quomodo & in Prætorio pignore obtinet, vt non aliter conſtitutum intelligatur quàm ſi ventum ſit in poſſeſſionem. l.non eſt mirum 26. §.1. de pignor.act. Igitur quod ſcriptum eſt in d.l.Herennius, fructus qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium è terra percipiuntur ad fideicommiſſarium pertinere, perinde eſt ac ſi quis diceret fructus ab ipſo fideicommiſſario poſt fideicommiſſi reſtitutionem & traditionem perceptos ad eum pertinere. Quod certè dubitationem nullam haberet, nec dignam elegantia Modeſtini ſententiam, tametſi in legatario quoque idem traditũ ſit in l.nihil proponi 120.§.vlt.de leg.1.ſi nõ illa verba adiecta eſſent *licèt maior pars anni ante diẽ fideicõmiſſi cedentẽ præteriiſſe dicatur*. De illo.n. dũtaxat Modeſtinus quærit. An ſi maior pars anni ante diem fideicõmiſſi cedentem præterierit, nihilominus omnes fructus qui à fideicõmiſſario percepti ſunt ad eum pertineant. In quo dubitandi cauſa illa occurrebat, quòd non niſi pro rata temporis pertinere viderentur, quomodo dici ſolet cùm de dotis fructibus ſoluto matrimonio diuidendis diſputatur l.de diuiſione 5.l.fructus 7. §.Papinianus, aliàs l.diuortio. D.ſolut.matrim. Sed deciſionis ratio eſt, quòd qui fructus à fideicommiſſario percipiuntur, ex teſtatoris iudicio & voluntate percipiantur, ideóque nulla ex parte ad heredem ſpectare debeant, qui fideicommiſſo præſtito nullum amplius aut in re ipſa aut in eius fructibus ius habeat. Eadémque hac parte legati ratio eſt, vt quod Vlp. ait in d.l.nihil proponi §.vltim. fructus ex fundo purè legato poſt aditam hereditatem à legatario perceptos ad ipſum pertinere, ita accipiatur, licèt maior anni pars ante diem legati cedentem præterierit, ſoláque conductori ſuperſit aduerſus heredem ex conducto actio. Enimuerò cùm hodie ex Iuſtiniani Conſtitutionibus in l.1. & 2.C.commun.de legat.eo iure vtamur, vt in omnibus exæquata ſint legata fideicommiſſis, nec minùs fideicommiſſorum ſingularium quàm legatorum dominium ſtatim in fideicommiſſarios tranſeat, eóque nomine citrà vllam traditionem agere iis in rem liceat. An dici poterit ex Modeſtini ſententia fructus fideicommiſſi qui ex terra percipiuntur poſt acquiſitum fideicommiſſario dominium ad eum pertinere? Minimè verò. Niſi ab ipſo fideicommiſſario perceptos fuiſſe proponas. Quandoquidem ex iis quæ diximus apparet Modeſtini temporibus fideicommiſſi fructus nõ tam propter dominij acquiſitionem, quàm ex cauſa factæ traditionis, ipſorúmque fructuum perceptionis ad fideicommiſſarium pertinuiſſe, ob eámque rem nec legatario alios fructus acquiri potuiſſe quàm qui ab ipſo percepti eſſent d.l.nihil proponi §.vlt. ſi nulla heredis mora interueniſſet, vt ſuperiori capite docuim⁹, tametſi iam inde à morte teſtatoris legati dominium in legatarium tranſiiſſe intelligatur. Separata enim eſt cauſa dominij, & fructuum, nec quicquam prohibet alienæ rei fructus ad eum pertinere qui dominus non ſit, ſi modò percipiẽdorum fructuum ius aliquod habeat, vt contingit in bonæ fidei poſſeſſore l. bonæ fidei 48.D.de acquir.rer.domin.de quo ſcripſi lib.5. c. 17.itémque in creditore *ἀντίχρησιν* habente, aliíſque ſimilibus. Atqui heres qui ante moram legati aut fideicommiſſi fructus percepit, etiam pro eo tempore quo rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ dominium ad legatarium vel fideicommiſſarium iuris poteſtate, & retrofictione pertinere cœperit, non ſolùm bonæ fidei poſſeſſor eſt, ſed etiam plus quàm bonæ fidei poſſeſſor, quia licèt rem legatam aut fideicommiſſo obnoxiam eſſe ſciat, euenire tamen poteſt vt legatum aut fideicommiſſum repudietur, quod ſi eueniret, nihil vnquam iuris legatario aut fideicommiſſario in ea re quæſitum videretur d.l.ſi tibi homo 86.§.cùm ſeruus de legat. 1.vt proinde imputari iis poſſit cur in petendo non fuerint diligentiores, potiùs quàm heredi qui fructus percipiendo ante contractam moram ſuo tantùm iure vſus eſt. In eóque melior conditio eſt heredis quàm bonæ fidei poſſeſſoris, quòd hic perceptos fructus, ſi modò extent, reſtituere cogitur, l. certum 22.C.de rei vindica. Ille verò nec ſi omnes extẽt qui ante moram percepti ſunt, vllos tamen reſtituit, quòd eos non tantùm bona fide, ſed etiam iure ſuo propter legatarij aut fideicommiſſarij non petentis negligentiam perceperit arg.l. mulier. 22. §. ſi heres D.ad S.C.Trebell. Neque illa iuris retrofictio quæ in legati & fideicommiſſi dominio locum habet, ad fructus quoque extendi poteſt, quia cùm nõ ſint in legato, nec legis duodecim tabularum poteſtas, nec fictionis inducendæ neceſſitas ad eos pertinet, vt ſuperiore capite explicauimus. Quàm autem verum ſit heredem etiam qui legatum aut fideicommiſſum à ſe relictum ſciat bonæ fidei poſſeſſori nihilominus comparandum, vel ex eo conſtat quòd noſtris placet iuuari eum poſſe longiſſimi temporis præſcriptione ſi ante triginta annos legatarius aut fideicommiſſarius relictum non agnouerit, cùm tamen certiſſimum ſit ex regula iuris Pontificij nunquam ea præſcriptione defendi poſſe quiſquis malæ fidei poſſeſſor fuit. Hæc verò omnia peſſimè vulgò interpretes explicant, qui vt Modeſtini reſponſum concilient cum tot aliis iuris locis quibus proditum legimus deberi fructus legatorum & fideicommiſſorum à die moræ vel litis conteſtatæ, locos illos omnes coarctant ad eum caſum quo aliena res legata aut per fideicommiſſum relicta ſit, quòd tunc dominium rei quæ non fuit teſtatoris ſtatim tranſire non poſſit in legatarium aut fideicommiſſarium. Quaſi verò quoties propriam rem teſtator reliquit, fructus omnes dominij iure legatario aut fideicommiſſario acquiri ex die mortis neceſſe ſit. Sic enim Accurſ. Bart. Caſtrenſ. & cæteri ad l. 1.C. de vſur.legit. & alibi ſæpe. Quo ſanè, tantorum pace virorum dixerim, ſomniari nihil poteſt ineptius. Illud difficilius eſt, & iis quæ

ſuprà diximus penè ex diametro contrarium quòd Africanus ſcribit in l.quæſitum 40. de acq.rer.domin. iis verbis *quia etſi fundum ſuum quis legauerit, heres qui legatum eum eſſe ſciat proculdubio fructus ex eo ſuos non faciet.* Necdum ſanè mihi liquet quid commodè reſponderi poſſit. Noua Africani interpretes quaſi non viderit prætermiſit. Idem veteres quoque interpretes fecerunt. Nos inſcitiam noſtram prouere maluimus, quàm diſſimulādo fallere. Niſi dicas, quòd non fuerit improbabile ſic intelligēdum Africanum, vt ita demùm heres non faciat ſuos fructus rei legatæ ex quo legatam ſciuit, ſi iam tum legatarius legatum agnouerit, & petierit. Alioqui ſanè quandiu non eſt agnitum legatum, non eſt in mala fide heres qui rem legatam retinet eiúſque fructus percipit, cùm in eo ſit legatum vt repudiari poſſit, Aut ſi ſola heredis ſcientia ſufficit ad inducendam hac parte malam fidem & impediendam fructuum acquiſitionem, dicendum eſſet omnimodo & indiſtinctè fructus omnes à die mortis reſtitui legatario debere, quandoquidem fieri nequit vt heres ſciat ſcriptum ſe heredem quin ſciat etiam legata omnia eodem teſtamento relicta. Propter quam cauſam ſi legatum petatur non iubet Prætor verba teſtamenti edere, cum ſufficiat heredem habere exemplum teſtamenti vt ſciat quid ſit legatum l.2.D.de edend.

Emendatio l.ſanè 11.D.de iur.dot.

CAPVT V.

SPeciebus in dotem datis, multum intereſt, an æſtimatæ ſint, necne. Nam in æſtimatione facta conſtat mariti periculum eſſe, Et, ſi forte conſtante matrimonio perierint, aut deteriores factæ ſint, licèt facto mulieris, quæ veſtes dotales puta adtriuerit, & vſu conſumpſerit, nihilominus poſt ſolutum matrimonium æſtimationem mulieri reddendam eſſe. At ſi æſtimatæ non ſint, mulieri & pereunt, & deteriores viciſſimque meliores fiunt l.plerúque 10.D.de iur.dot. l.cùm dotem 10. C.eod.l.vnic.§.& cùm lex Co.de rei vxor.action. vbi non ineleganter Iuſtinianus fundum inæſtimatum propriè dotalem eſſe ait, quod is omnimodo reſtituendus ſit, eiúſque dominium penes mulierem remaneat: quod in fundo æſtimato ſecus eſt. Æſtimatio enim quaſi venditio eſt d. l. plerunque §. inde quæri poteſt, & l.quoties 16.D.eod. ideóque & dominium & periculum eius facit, qui accipit l.1. §. vlt.D.de æſtimat.act. Ergo ſi cōuenerit vt ſoluto matrimonio res ipſa quæ æſtimata in dotem data eſt, aut eius æſtimatio reſtituatur, ſuperuacua, & inutilis pactio eſt. Niſi ponas etiam conueniſſe vt electionem mulier habeat, vtrum rem an æſtimationem petere malit. Nam ſiue adiectum fuerit, vt electio ad maritum pertineat, ſiue nihil de electione dictum ſit, mariti electio eſt, ex vulgari iuris regula, quæ in alternatiuis, vt noſtri dicunt, debitori perpetuò dat electionem. Quòd ſi res non extet, fortè quia perierit, æſtimationem omnimodo maritus debet. Eligendi namque facultas ſupereſſe nulla poteſt, cùm alterutrum quod in obligatione erat periit, alterúe præſtari poſſe deſiit l.Stichum aut Pamphilum 95.D.de ſolution. Quid autem ſi res quidem extet, ſed deterior facta ſit? Verius eſt quod Vlp.placet in d.l.1.§.vltim.D.de æſtimat. action. eum qui rem æſtimatam accepit ad hoc obligatum eſſe vt vel æſtimationem de qua conuenit præſtet, vel rem ipſam incorruptam. Scilicet quoniam vix eſt vt reddi videatur id quod deterius redditur. l.3. §.1. l. in rebus 18. §. ſiue autem pignus D.commod. l. 1. §.ſi res depoſita 16. D.depoſit. Idque conſequens eſt ei quod diximus, æſtimatas res in dotem datas periculo viri & deteriores fieri & perire. Quæ cùm ita ſint, verum eſſe non poteſt quod ex Paulo traditur in l.ſanè 11. D. de iur.dot poſſe maritum æſtimatam rem etiam quæ deterior facta ſit reddere. Quin potiùs, cùm in lege præcedenti Vlpian. ſcripſiſſet, Re non exſtante omnimodo præſtādam æſtimationem, ne quis fortè ex eo colligeret, Re igitur exſtante numquam compellendum maritum vt æſtimationem præſtet, ſubiici neceſſe fuit, quod Paulus docere voluit, Imò & ſi res extet, deberi nihilominùs interdum æſtimationem, Nempe ſi res deterior facta ſit. Eam verò Pauli ſententiam facilè aſſequemur, ſi receptam lectionem quam nec Accurſ.explicat, nec alius quiſquam commode explicare poſſit ſic emendemus vt pro *&* legamus *Nec*. Conflato, vt credibile eſt, errore ex eo fortaſſe quòd Florentini librarij more breuiter ſcriptum eſſet *ſaN Ec* pro eo quod pluribus literis ſcribendum erat *ſanè nec*. Similem errorem erroriſque cauſam indicauimus ſuprà cap.2. Et nouū non eſſe vt pro *nec* exſcriptores ſcripſerint *&*, iam alij ante nos obſeruarunt, & nos alibi docuimus. Neque tamen perpetuum eſt vt præſtari & reſtitui nō debeat res æſtimata quæ deterior facta eſt. Nam ſi conuenerit vt eædem ſpecies quæ æſtimatæ ſint, ſoluto matrimonio reddātur, eædem quoque licèt deteriores reſtituendæ erunt, ſed ita tamen vt deteriorationis ratio habeatur, hoc eſt, vt quod propter ſecutam deteriorationem deeſt conuentæ æſtimationi, per maritū ſuppleatur, quaſi in hunc duntaxat finē facta æſtimatione l.ſi inter 21.C.de iur.not.

Duobus locis corruptum eſſe textum l.quod autem 7. D.de donat.int.vir.& vxor.

CAPVT VI.

SI vir vxori donauerit pecuniam, ex qua prædiū illa emerit, certum eſt donationem non valere, & marito hactenus condictionem competere quatenus ex ea pecunia locupletior mulier facta ſit l.ſi ſpōſus 5.§.vlt.D.de donat int.vir. & vxor. Inde quæritur ſi prædia hodie viliſſimi precij ſint, quid veniat in condictionem. Et placet eam æſtimationem ſpectandam quæ ſit tempore litis conteſtatæ. l. quod autem 7. in princip.& §. idémque ait D.eod.vt ſi eo tempore minoris ſint prædia non tota pecunia quæ in eorū emptionem conuerſa fuerat, ſed quanti ſunt cùm litis conteſtatio fit, marito reſtituatur. Quid ergo ſi ex contrario prædia maioris precij facta ſint? Non totum precium reſtituetur: ſed ea tantùm ſumma quæ numerata eſt, quoniam illud duntaxat inſpici debeat quatenus mulier locupletior facta ſit ex donatione, non ex aucta prædiorum æſtimatione, cùm eatenus tantùm donator pauperior factus fuerit. l. ſi id quod 28.§.ſi ex decem.eod. Idque eſt quod Vlp.tradit in d. §.idémq; ait, verſi. *Plane ſi magni precij prædia ſunt, ſumma tantum numerata erit reſtituenda.* Nec proinde dubitandum videtur quin imperiti interpretis ſint verba illa, quæ ſequūtur *non etiam vſura precij.* Neque enim de vſuris pretij Vlp. tractat, ſed de ea ſumma quæ conteſtationis tempore excedit conuentum & numeratum precium prædiorum, vt & in d.§.ſi ex decē. De vſuris verò quomodo dubitaret? aut quænam obſecro dubitandi cauſa eſſe poſſet in pecunia non fœnori collocata, ſed in prædiorum æſtimationem cōuerſa? Mendum aliud receptæ lectionis obſeruatione & emendatione dignum eſt in §.ſi maritus, ex librarij tamen & exſcriptoris potiùs quā interpretis vllius inſcitia cōflatum. Eo loco idem Vlp.quærit, ſi maritus æſtimationē rerum quas in dotem accepit, dicat ſe donationis cauſa auxiſſe, quo remedio ei ſubueniri oporteat. Et refert Imperatorum Seueri, & Antonini reſcripto con-

conſtitutum eſſe vt ſi pecuniæ modum maritus recuſet, ipſa prædia ſumptuum deductis rationibus reſtituere iubeatur, vt in arbitrio mariti ſit quid præſtitum malit. Idémque iuris eſſe, & ſi mulier è contrario de minore æſtimatione conqueratur. Nimirum, vt in hac etiā ſpecie electionem maritus habeat, an prædia ipſa ſumptuum rationibus deductis velit reſtituere, an quod de iuſto prædiorum precio donationis cauſa mulier remiſerat, ſupplere. Ita enim fit, vt neque marito, neque vxori fraudi ſit donatio quæ non valuit. Nec contrarium eſt quod Accurſ. ex eodem Vlp. obiicit in l. ſi ſponſus 5. §. circa eod. ſi coniunx coniugi vendiderit, cùm vendendi animum haberet, ex precio tamen aliquid ei donationis cauſa remiſerit, venditionem ipſam valere, remiſſionem verò hactenus nō valere quatenus locupletior eſt quòd ei donatū fuit. Etſi namque æſtimatio quæ dotis cauſa fit, de qua diſputamus, venditio eſt, non tamen pura & ſimplex venditio eſt, ſed dotis cauſa, l. quoties 16. D. de iur. dot. ideóque nihil fit aduerſus conuentionem ſi ſoluto matrimonio prædium ipſum quod æſtimatum fuerat reſtituatur. Ni ſi forte deterius factum ſit. Sic enim Vlp. intelligendus eſt ſecundum ea quæ ſuperiore capite diximus. Alioquin iniquum eſſet marito permitti, vt ille ait, ſumptuum rationes deducere, deteriorationis autem, quæ conſtante matrimonio mariti periculo contigiſſet, rationem non haberi. Sed & eos demùm ſumptus maritum deducere poſſe credendum eſt, quibus res quæ in dotem data fuerat precioſior facta ſit, non quos facere marito neceſſe fuerit, ne res deterior conſtitueretur. Cùm ſi deterior facta fuiſſet, mariti non vxoris periculo, damnóque ceſſiſſet. Sequitur verò apud Vlp. *nec aliud in commodato æſtimato dato obſeruari ſolet.* Quibus verbis quid ille ſibi velit ego planè nō intelligo. Quanquā enim cōmodatum poſſe æſtimatū dari ſcio, vt periculū omne ad commodatariū pertineat, l. ſi vt certo 5. §. & ſi forte D. commod. fieri tamen non poteſt, vt donationis cauſa æſtimatum detur. Ita namque eueniret, vt æſtimationem omnimodo præſtare commodatarius cogeretur. Alioqui donationis effectus nullus eſset, ſi rem ipſam commodatam quæ minoris eſſet æſtimationis reddere liceret, quomodo licet vtique ſi commodatum ſimpliciter æſtimatum datum ſit l. 1. §. vlt. D. de æſtimat. action. Atqui conuentione fieri nequit, vt commodatarius rei ipſius commodatæ, ſi extet nec deterior facta ſit, præſtatione non liberetur, quod ea res excedat notiſſimos cōmodati terminos: quemadmodum in depoſito Papinian. ſcribit, ſi conuenerit vt non ea ipſa nummorum corpora quæ depoſita ſunt reddantur, ſed tantundem l. Lucius 24. D. depoſit. Tam enim commodati, quàm depoſiti actio in id competit, vt res ipſa reddatur. Æſtimatio autem ſi quando fit, non alio pertinet, quàm vt rei commodatæ periculum ad commodatarium pertineat, vt ſciatur quid quantúmque cōmodatarius præſtare debeat, ſi rem ipſam quæ forte perierit, aut deterior facta ſit, præſtare non poſſit, arg. l. ſi inter 21. C. de iur. dot. Nam ſi æſtimatio omnimodo præſtanda eſſet, venditio potiùs contracta videretur, reíque commodatæ dominium tranſlatum in commodatarium, ſicuti dicimus rebus æſtimatis in dotē datis venditionem dotis cauſa factam cenſeri d. l. quoties 16. D. eod. At commodati cauſa venditionem fieri quis vnquam dixit, aut ſcripſit? Siquidem rei commodatæ & dominium & poſſeſſionem ſemper retinet is qui commodauit l. rei commodatæ 8. & ſeq. D. commod. quod in re dotali ſecus eſt l. 1. D. de iur. dot. Igitur, niſi me prorſus fallo, corruptus eſt hic quoque Vlpiani locus, & pro *commodato* legendum potiùs *homine dato.* Coniecturam iuuat quod quæ per *compendium* ſequitur dictio *dato* quaſi obreptitia lineis intercluſa eſt in Pand. Florent. Tum verò cur de commodato potiùs quàm de depoſito, aut pignore, aut alio contractus genere Vlp. loqueretur? At cùm de prædiis in dotem datis, & donationis cauſa æſtimatis locutus eſſet, non inutile fuit ſubiicere, idem iuris & in homine dato æſtimato conſtitui debere, ſiue quòd plerumque ſerui in dotem darentur iis temporibus, quibus præcipuè in mancipiis erant facultates, ſiue quod in homine difficilior, maioriſque dubitationis res eſſe videretur, cuius ſcilicet quandiu viuit æſtimatio multò ſit incertior, quàm fundi, quique longè citius & faciliùs perire poſſit, itémque melior, aut deterior fieri, quàm fundus. Quid enim ſi ſeruus non æſtimatus periiſſet aut deterior factus fuiſſet? Vtique ad mulierem non ad maritum ea res pertinuiſſet. Proinde vix audienda videatur, ſi minore pretio donationis cauſa æſtimatum ſeruum alleget, tametſi ſeruus viuat, quæ, ſi is mortuus eſſet, lucrum & commodum ex æſtimatione ſentiret arg. l. penult. C. de ſolut. Sed tamen aliter Iuriſconſultis viſum eſt, inſpecto nempe conuentionis initio, reique euentu. Vt ſi ſeruus viuat, & precioſior factus ſit, cuius æſtimationem donationis cauſa minorem mulier fecerat, cogatur maritus, vel ſeruum ipſum deductis ſumptuum rationibus reſtituere, vel quod iuſto precio defuit, ſupplere. Quòd ſi ſeruus vel deceſſerit, vel deterior factus ſit, vix eſt vt vllus quæſtioni locus ſuperſit. Neque dubitādum arbitror quin eo caſu illa duntaxat æſtimatio præſtari debeat quæ facta eſt, quia boni conſulere mulier debeat, quòd fuerit æſtimatus. Cùm ſi ſimpliciter & inæſtimatum dediſſet, proculdubio periculo eius, non mariti & mortuus, & deterior effectus fuiſſet. Exemplo eius quod apud Vlp. in l. ſi res æſtimata 12. §. 1. D. de iur. dot. Marcellus putat in quæſtione non valde diſſimili, ſi mulier ſe dicat circumuētam in eo, quòd ſeruum doti datum minoris æſtimauerit. Diſtinguit enim, vt ſi ſeruus viuat, in arbitrio mariti ſit vtrum iuſtam æſtimationē an potiùs ſeruum præſtet, ſi verò deceſſerit æſtimatio præſtetur, non quæ iuſta ſed quæ facta ſit. Idque ſiue minor annis vigintiquinque, ſiue maior æſtimationis tempore mulier fuiſſe proponatur. Planè, inquit, ſi emptorem habuit mulier, iuſti precij, magis eſt vt eo caſu iuſta æſtimatio præſtari debeat, ſi modò minor annis fuerit cùm in æſtimationis modo circumuenta eſt. Id enim benigniùs ætatis fauore indulgetur, non quidem beneficio reſtitutionis in integrum, quæ hîc nulla dari poteſt, ſeruo iam mortuo, ſed iudicis officio propter manifeſtam æquitatem minoris ætatis priuilegio ſubnixam. Vnde & in ea ſpecie quam tractamus, ſi ſeruum in dotem datum mulier donationis cauſa minoris æſtimauerit, eidem diſtinctioni locum eſſe debere quis fortaſſe putauerit, vt ſi ea minor vigintiquinque annis fuerit, & emptorem iuſti precij habuerit, etiam mortuo ſeruo iuſta nihilominùs æſtimatio præſtetur. At non ita eſt. Loquimur enim de facta per donationem minore æſtimatione ſerui qui in dotem iam datus fuerat, quémque ideò mulier donationis tempore alienare non poterat, ſiue ſimpliciter in dotem datus fuiſſet, ſiue æſtimatus. Sed quod ad Marcellum notaſſe Scæuolam Vlp. refert, vt ſi in æſtimatione dolus mariti adfuerit, morte ſerui non liberetur, quominus iuſtam æſtimationem præſtare debeat ſiue maior ſiue minor annis mulier fuerit, id ego & in propoſita quæſtione facilè admittam, ſi ponas dolo mariti inductam mulierem, vt ſeruum quem in dotem dederat, dona-

Digitized by Google

tiònis cauſa minoria æſtimaret. Nam cùm in donatione quoque donatarij dolus interuenire poſſit & donationi cauſam dare l.1. C.de euict. non video cur marito qui dolum commiſerit, fauere debeamus. Et quanquam ex quoque inter virum & vxorem donationes improbantur quæ mutui amoria cauſam habent prupter eas rationes quas Iuriſconſulti congeſſerunt in l.1.a. & 3. de donat.int.vir. & vsor. longè tamen minùs fauorabiles, aut potiùs multò odioſiores ſunt quæ per mariti vim aut dolum extorquentur, quòd non ſolùm bonis moribus non conueniant, ſed nec ipſius mulieris donantis libera & liberali voluntate adiuuentur. Non enim velle quiſquam id creditur, quod vt inuitus velit alterius dolo aut impreſſione compellatur, quamuis dici ſoleat coactam voluntatem eſſe etiam voluntatem.

De differentia filijfamilias & ſerui in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione.

CAP. VII.

NEſcio adhuc an quiſquam obſeruauerit differētiam, quæ iudicio meo & perelegans eſt & vera inter filiumfamilias & ſeruum, cùm de fideicommiſſaria hereditate reſtituenda tractatur. Nam ſi filiusfamilias à patre inſtitutus ſit, rogatúſque hereditatem reſtituere, deinde ſuſpectam dicat, placet nihilominus poſſe hereditatem reſtitui ex Trebelliano, vt quamuis filius ſe non immiſcuerit, actiones tamen quæ ei & in eum competebant, in fideicommiſſariū transferantur l.ita tamen 27.§.ſi pater D.ad S.C.Trebell. At ſi ſeruus liber & heres eſſe iuſſus, déque reſtituēda hereditate rogatus, ſuſpectā dicat, cōpellit eum Prætor vt miſceat ſe hereditati, ſic deinde reſtituat l. recuſare 6.§.hoc Senatuſconſultū D.eo.Sic.n.inchoādus eſt §.nō vt vulgò fit ab iis verbis *ſed & ad filium.* quod & Accurſius notauit, & ipſe verborum contextus orationiſque ſeries demōſtrat. Nam in §.præcedēti, de illo Vlpian. quærit, An Senatuſconſultum Trebellianum, quod de inſtituto herede loquitur ab inteſtato etiam locum habeat. Et verius eſſe ait, eóque iure nos vti, vt ad inteſtatorum quoque (ſic enim legendum eſt non *inteſtatos*) pertineat ſucceſſores, ſiue legitimi ſint ſiue honorarij: Sed & ad filium qui in poteſtate eſt, qui tamen nec honorarius nec proprie legitimus, ſed ſuus heres eſt. Quod igitur in §.ſeq. ſcriptū legimus *vt à Prætore compellantur miſcere ſe hereditati*, non ad filium in poteſtate referri debet, ſed ad cæteros neceſſarios, ſeruos ſcilicet cum libertate inſtitutos, de quibus ſeparatim tractatur in d. §. hoc Senatuſconſultum. In quo ſanè errarunt veteres omnes recētioréſque interpretes, quos ad eum locum notare video ſuos heredes cogi per Prætorem, vt ſuſpectam hereditatem adeant, aut potiùs, quomodo loqui debuerunt, vt ſe immiſceant. Cùm tamen Iulianus in d.§.ſi pater, apertè ſcribat in ſuis heredibus ſuſpectam hereditatem dicentibus non eſſe neceſſariam immixtionem, & cōſequenter non eſſe eos cōpellendos vt ſe immiſceant. Cur enim Prætor ad immixtionem compelleret, ſi perinde citra immixtionem hereditas reſtitui & actionum tranſlatio fieri poteſt? Nam quòd Accurſius comminiſcitur poſſe immixtionem eſſe neceſſariam, ne ſi fortè poſteà falsò probetur filium reſtitutionis tempore emancipatum fuiſſe, tota reſtitutionis poteſtas pereat, & in irritum deducatur, ridiculum ſanè eſt & ineptum, quandoquidem ipſo reſtitutionis tempore non poſt factam reſtitutionem quærendum eſt an ſuus an emancipatus ſit filius qui de reſtituenda hereditate rogatus eſt. Nec Prętor curare debet quid ex poſt facto probari falsò poſſit, ſed illud tantùm quid ſit in veritate eo tempore quo conſtituit & decernit. Alioqui perpetuò incerta eſſent omnia, nec certi quicquam Prætor aut iudex ſtatuere vnquam poſſet arg.l.1.§.1.D.de vſur. Nec rurſus dici poteſt quod idem Accurſ. obiicit, ideò in ſuis neceſſariam eſſe immixtionem, quòd cùm abſtinent, heredes ſint nomine tantùm non etiam re l.neceſſariis 57. D.de acquir.hered. eámque ob cauſam nec à Prætore heredum loco habeantur. l.ſi filius 12. D. de interrog. in iur.faciend. Nam & ſeruos heredes inſtitutos Vlp. cogendos eſſe ait, vt ſe immiſceant. d. §. hoc Senatuſconſultum: quos tamen non poſſis dicere, ſi ſuſpectā hereditatem allegent, nomine tantùm, nō effectu heredes eſſe, cùm iis Prætor abſtinendi beneficium numquam tribuat d.l.neceſſariis in fin. Quanquā nec illud ad rem pertinet, quòd filius qui ſe abſtinuit, heredis loco non habeatur apud Prætorem: quia licèt coactio ad adeundum fiat imperio Prætoris, actionū tamen tranſlatio non ex Prætoris iuriſdictione deſcēdit, ſed fit autoritate & poteſtate Senatuſconſulti Trebelliani, quemadmodum & Pegaſiano inductum fuit, vt cogi heres poſſit, ſcilicet per Prætorem fideicommiſſarium l.ſi quis 17.D.ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. Neque enim coactio fieri poteſt ipſo iure, facto & impreſſione opus eſt: at in actionum tranſlatione ius non factum verſatur, ideóque nil in eo ſe Prætor interponit. Quare nec Accurſ. ipſe negat poſſe filium in poteſtate heredem inſtitutum qui abſtinuerit, trāſferre nihilominus actiones: ſed Vlpianum cum Iuliano ſic conciliat, vt in fideicommiſſarij poteſtate ſit vtrum filius ad ſe immiſcendum cogi debeat, necne. Quaſi verò Prætor fideicommiſſarij voluntatem ſequatur, ac non potiùs ipſam iuris rationem & neceſſitatem intueatur. Etenim ſi inducendæ ex Pegaſiano coactionis ratio alia nō fuit quā quòd alioqui futurum erat vt fideicommiſſum intercideret: vtpote nō valente herede reſtituere hereditatem quam non haberet, nec transferre actiones quæ repudiata hereditate ei aut in eum nullę cōpeterent: prorſus conſequens eſt, vt filiusfamilias heres inſtitutus & ſe abſtinens cogi non poſſit per Prætorem, vt ſe immiſceat, quia perpetuo Prętoris edicto abſtinendi beneficium habeat. Cuius ei auferendi cauſa hic nulla eſt, cùm & poſt abſtentionem heres tamen ipſo iure remaneat, verúmque ſit non eſſe ſine herede eū, qui ſuum heredem habeat quamuis ſe abſtinentem l.cum quaſi 30.§.ſed etſi ſuus D.de fideic.libert. quod planè ſufficit vt actiones omnes ipſo etiam iure in fideicommiſſarium trāſferantur. Nec ea hereditatis reſtitutio immixtionem vllam inducit, quoniam alienandæ & transferendæ potiùs quàm acquirendæ hereditatis animo fiat, dicíque ſoleat nō velle heredem eſſe eum qui ad alium transferre velit hereditatem l.non vult. 6. de regul. iur. De illo igitur duntaxat quæri poteſt: Cur in ſeruis heredibus inſtitutis qui neceſſarij ſunt heredes, neceſſaria ſit immixtio priuſquam reſtitui per eos hereditas poſſit. Et puto non eſſe neceſſariam immixtionem ad hoc, vt actiones quę iis aut in eos competunt, in fideicommiſſarium transferantur. Cùm enim vſque adeò neceſſarij heredes ſint, vt nec abſtinendi beneficium habeāt, nihil ea immixtio poteſt facere aut addere, quò magis hereditas iis acquiratur, aut fideicommiſſario reſtituatur. Sed vel ob eam maximè cauſam conſtitutum dico, vt iubeantur & cogantur ſe immiſcere, quòd iis nullo caſu permittat Prætor vt ſe abſtinere poſſint: quod ipſum tamen per-

mittere

mittere videretur,ſi ſeruum recuſaniem & ſuſpectam dicentem non cogeret ad immixtionem. Permittit ſanè Prætor interdum,vt bonorum ſeparationem impetrare poſſint:id eſt, ita demum ſi patroni bona nõ attigerint l.1.§.vlt.de ſeparat. Nimirum,quia cùm petunt ſeparationem, eo ipſo fatentur & agnuſcunt ſe heredea eſſe ; alioqui ſi conſuſio nulla facta eſſet per hereditatis acquiſitionem, nec ſeparatio fieri poſſet. Requirit tamen, vt patroni bona non attigerint. Non quòd eò miuùs heredes ſint,cùm non attigerunt, ſed quia nulla ratio ſit iis ſubueniendi qui non tantùm tuæ poteſtate,ſed proprio quoque facto & ſponte ſunt obligati arg.l.ſi filius 12. D.de vulg. & pupill. ſubſtit. Magna enim ſeruis ad fraudes In patroni hereditate creditorum damno comminiſcendas feneſtra patefieret ſi poſt immixtionem bonorum impetrare ſeparationem iis liceret.Ideóque non perpetuò Prætoria edicto beneficium ſeparationis habent,quomodo ſui & neceſſarij beneficium abſtentionis, ſed decreto ea impetranda eſt d. l. 1. de ſeparat.in princip. id eſt, cauſa cognita. Quo exemplo æquiſſimum eſſet publicéque vtiliſſimum, idem Principis lege conſtitui in iis heredibus quos tam frequentes hodie cernimus implorare beneficium legis & inuentarij,fraudandorum creditorum conſilio,tametſi opulentiſſima ſit & modico ære alieno onerata hereditas,potiùs quàm vt ſibi conſulant, laténſque aditionis periculum effugiant.

Ad l.cùm de in rem verſo 6.de vſur.& l.1.C.de fideic.

CAP. VIII.

PEruulgata eſt in ſcholis & in foro illa noſtrorum traditio, Si quid per continuum decennium probetur vniformiter præſtitum, & ex ea cauſa quam lex pro iuſta habeat,iure præſtitum videri, ita vt ex iis præſtationibus naſcatur actio In eum qui debitor dicitur, vt id ipſum in futurum quoque perpetuo præſtet, ſi modò ſolutionem ex tali cauſa factam non ſolùm alleget creditor,ſed etiam probet, tametſi eius cauſæ probatio nulla proferatur. Sic enim Bartol.& poſt eum cæteri ad l.cùm de in rem verſo 6. D. de vſur. eámque ſententiam receptiſſimam eſſe teſtatur ex recentioribus Dydac.Couarr.in 2.part.lect.ca. poſſeſſor §.4.nu.2.& antè eum Carol.Molin.De contr.vſurar.quæſt.20,num.205.& ſeqq. Iure,inquiunt, præſũpti tituli,quamuis non deſint qui iure Canonico continuas quadraginta annorum præſtationes requiri exiſtiment,quos refert & ſequitur Guid.Papius quæſt. 407.& 408.quod in reb.eccleſiæ & ad integrum in iis ius acquirendum admittunt interpretes iuris ciuilis: ſed in cæteris cauſis ſequuntur Bartolum, non aliis fulti legibus, aut rationibus quam quòd ea Papiniani ſententia fuiſſe videatur in d.l.cum de in rem verſo, à Iuſtiniano non obſcurè, vt putant comprobata in l. litibus 20.C.de agric.& cenſit.lib.11.tit.47. Mihi verò probari hæc traditio numquam potuit,quippe quæ ſit à iuris ratione certiſſimiſque principiis omnino aliena. Etenim ſi verum eſt,quod omnes fatentur,tempus non eſſe modum tollendæ obligationis l. obligationum ferè 44. §.placet. D.de obligation.& actiun. multò minus inducendæ eſſe poterit. Extántque in hanc rem apertiſſima Imperatorum reſcripta & Iuriſconſultorum reſponſa in l.ſi certis annis 28.Codic.de pactis.l.creditor 7. Cod. de vſur. l. operis trigeſima prima. D. de oper. libert. quibus omnibus locis non eſt quòd cum Bartolo reſpondeas titulum habilem non præceſſiſſe. Non enim aliam rationem habent quàm quòd ea quæ certis annis præſtita fuerant, non eſſent promiſſa. Atqui non eò magis promiſſa dici poſſunt quòd titulus habilis præceſſiſſe dicatur, niſi reuera promiſſio aut quid aliud præceſſiſſe probetur. Adde quod etiamſi libertus operas præſtiterit quaſi à ſe debitas ex cauſa manumiſſionis,quas tamen nõ promiſerat,nõ idcirco in poſterum præſtare cogi poteſt,quamuis iuſta illa cauſa ſit,adeò vt naturalem quoque obligationem inducat,nec poſſit libertus præſtitas operas condicere l. ſi non ſortem 26.§.libertus D.de condict.indeb. Idémque ferè in vſuris tractari poteſt. Nam licèt promiſſæ non ſint,ſolutæ tamen, ſi ſors fuit debita,condici non poſſunt d.l.ſi non ſortẽ in princip.ex quo apparet quaſi naturaliter deberi eas ab illo qui aliena pecunia pro arbitrio vſus ſit. Neque tamen eò magis debentur in futurum quòd per multos annos ſolutæ fuerint,ſi promiſſæ non ſint d.l. creditor. Mouet me etiam non parum,quod in l.1.C. de fideic.qua noſtri in ſuam ſententiam abutuntur, non aliter deberi alimenta conſtitutum eſt,quàm ſi ea teſtatoris voluntas fuiſſe probetur,quamuis & alimentorum & vltimæ voluntatis licèt inutilis,fauor concurreret. Nam de alimentis inutiliter relictis, hoc eſt in vltima minùs ſolẽni volũtate,eã legẽ intelligẽdã eſſe omnes cõſentiunt,& vel ex eo maximè apparet,quòd alióqui omnimodo alimenta deberentur,etiamſi nũquam eſſent præſtita.l.l.cùm vnus 10.§.1. l.libertis 18. §.1.de alim.legat. At vt deberi reſcriptum ſit,illud dũtaxat fecit quòd minùs ſolennem illam defuncti volũtatem heres agnouerat vt in l.2. & l. ſi veritas 23. C. eod.tit.de fideic. Agnouiſſe porrò conſtabat,quia per triennium alimenta & veſtiaria fideicommiſſario præſtiterat. Breuius ſanè tempus ſufficere non potuiſſet,vt oſtendunt verba illa *non minus in tali cauſa triennio*. Siue quòd alioqui propriã potiùs quàm defuncti liberalitatem exercuiſſe videri poſſit in hominem inopem,qui alimentis & veſtiariis indigeat,ſiue quòd in fideicommiſſo tot annuarum præſtationum, non videatur vna aut altera probare ſatis animum heredis voluntatem defuncti ſequentis. Nam ſi voluntas teſtatoris vno actu impleri poſſet,puta ſi fundus per fideicõmiſſum relictus eſſet,nihil aliud requireretur quàm vt ſemel eſſet traditus,quia nec ſæpiùs tradi poſſet d. l.2.eod. Cùm igitur in alimentis quorum cauſa toto iure tam fauorabilis eſt,triennalis, aut etiam ſi voles decennalis aut vicennalis præſtatio non ſufficiat: (illa enim verba *non minùs in tali cauſa triennio* probant ſatis nihil referre quanto tempore præſtita ſint alimẽta,dummodò non minore quàm triennio) niſi præterea conſtet de teſtatoris voluntate: Conſtet,inquam non ſola allegatione,ſed exacta probatione fideicõmiſſi,vt lex doces iis verbis *ſi probaueris*,quis admittat in aliis debitis quæ minus fauorabilia ſint, ſolam tituli allegationem ſufficere poſſe? Eſt enim ius illud ſingulare in fideicommiſſis vt etiam ex inutili minúſque ſolenni voluntate,quam tamen heres quomodocunque agnouerit, debeantur,quòd ex eius qui rogatus eſt conſcientia potiſſimùm pendeant d.l.2. arg.l. fideicommiſſum 62.D.de condict.indeb.quod in cæteris cauſis adeòque vel ipſis legatis non ſimiliter dici poteſt,ſi in teſtamento minus ſolenni relicta proponantur (quamuis alioqui maxima ſit legatorum & fideicommiſſorum adfinitas) niſi alimentorum præſtationẽ titulus aliquis præcedat, vt in l.quædam mulier 41. D. famil.erciſc. in cuius tamen ſpecie caue ne putes inutiliter legata fuiſſe alimenta. Nam quod lex ait *nullo enim iure ad eum feciſſe* ad iudicem qui libertos inter coheredes diuiſerat,referendũ eſt,non ad teſtatorem qui alimẽta libertis vtiliter reliquerat,vt apparet ex l.vlt.D.de iur.patron. Neque facere pro Bartolo poteſt elegãs illud Papiniani reſpõſũ quo omnes

Digitized by Google

mouentur in d.l.cùm de in rem verſo. Primùm quia nihil eſt in ea lege ex quo poſſit coniici ſolutas fuiſſe vſuras per integrum decẽnium. Illa enim verba *longo tẽpore* licèt, cùm de lõgi tẽporis præſcriptione agitur, exprimat decẽniuio inter præſentes & vicenniũ inter abſentes tot.tit. C.de præſcr. long.tempor.& de vſuc. transform. Vt & in ſpecie l.ſi cùm fideicommiſſa 16. §. Ariſto. D.qui & à quib.manum. plerunque tamen aliam habent ſignificationem, quemadmodum in l. nunquam in vſucapionibus 31. in princip. D. de vſucap. vt & illa *per multum temporis* quæ ad triennium coanguſtantur in d.l.2.C.de fideic. Et in propoſito id ſanè ubi Papinian. voluit ſolutas fuiſſe à patre vſuras quandiu vixit, quantumcunque tandem id tempus fuerit. Nam & ſemper feciſſe dicitur, qui fecit quandiu vixit l.aduerſus 5. Co. de vſur. vbi malè etiam Baldus quod lex ait *ſemper* interpretatur de triennio aut ad ſummum de decennio, vel vicennio. Qui enim dicit ſemper à te factum, intelligit proculdubio quòd feceris in hodiernum vſque diẽ, aut ſi iam deceſſeris, in tẽpus vſque mortis tuæ. Itaque plus eſt dicere *ſemper* quàm *longo tempore*, ſi plus quàm decennio vixeris. Minus, ſi intra decennium obieris, & longum tempus pro decennio accipiatur. Deinde non exprimit Papin. ſolutas fuiſſe vſuras tanquam ex ſtipulatione debitas, quod tamẽ, ſi noſtris credimus, neceſſariò requireretur. At neque ponit ſolutas fuiſſe quaſi debitas ex natura actionis cõpetentis De in rem verſo. Quod tamẽ etſi factum eſſet, nihil prodeſſet, quia titulus De in rem verſo non magis habilis eſt quàm pactum nudum ad inducendam vſurarum obligationem, Niſi ſtipulatio interuenerit, leg. ſi pro patre 10. §. ſed vtrum D.de in rem verſo. Præterea, quod præcipuè obſeruandum eſt, non quærit Papinianus in illa ſpecie, An vſuræ in futurum debeantur, ſed an debeantur pro eo tempore quod præterijt in illum vſque diem quo De in rem verſo actum ſit. Proponebatur enim actum de in rem verſo ad ſolutionem ſortis, nec niſi incidenter mota quæſtio de vſuris præteriti temporis quæ ſimul cum ſorte exigebantur. Denique nullam longi temporis rationem eo loco haberi conſtat manifeſtiſſimè ex ſequentibus, in quibus Papinianus ſubiicit Imperatorem Seuerum filiæ Flauij Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fiſco numerari decies centena millia iuſſiſſe ideò quòd allegaſſet illa patrem dotis vſuras præſtitiſſe. Nam nec ſæpius quidem vſuras à patre præſtitas ponit, nec longi temporis vllomodo meminit. Idque & Molin. ipſe fateri cogitur in dict.tract. De contract. vſur. quæſt. num. 207. vbi tamen malè ſcribit ſatis Papiniano conſtitiſſe de dotis debito ex aliis probationibus. Quod ſi ita erat, dici vix poterit qua de re conſultus Imp. proponeretur. Cur enim de dote dubitaretur ſi deberi eam conſtabat? De vſuris ſanè aut præteritis aut futuris tractatum non fuiſſe ex eo apparet quòd iuſſit Imp. decies centena dari filiæ dotis nomine, hoc eſt pro dote non pro vſuris dotis. Neque enim dotis appellatione veniunt dotis vſuræ l. vir vxori 54. de donat. int. vir. & vxor. Papiniani igitur, quod ad ſecundum illud reſponſum attinet, hæc ſententia eſt, Motum fuiſſe Imp. vt dotem de cuius promiſſione non cõſtabat, filię deberi pronuntiaret, quia dotis vſuras à patre præſtitas apparebat. Vſurarum enim ſolutio præſupponit debitum ſortis. Et quamuis ex ſola vſurarum ſolutione non probetur ſors debita d.l.ſi non ſortem 26. in princip. de cond. indeb. dotem tamen à patre filię nuptę datã veriſimile erat. Alioqui publicatis bonis patris indotatam eſſe filiam, nec vllum ad bona patris regreſſum habere, non tantùm inhumanum eſſe: ſed etiam inuidioſum. In ſumma æquiſſimum eſt fiſcum qui ex cauſa publicationis omnia patris bona habeat, præſtare filiæ dotem quam pater debere voluerat, & filiæ aliquando ſoluere deſtinauerat. Quod tamen quoniam æquitatis ſpecie quadam ſumpta ex fauore filię & odio fiſci, potiùs quàm ſtricta iuris ratione nititur, fuit in eam rem neceſſarium reſcriptum Imp. nec Papinian. aut alius Iuriſcõſultus, vt arbitror ita reſpondere potuiſſet. At quid hoc, inquies, commune habet cum primo legis reſponſo? Ex eo nimirum intelligimus quàm malè noſtri primum illud Papiniani reſponſũ interpretentur.

Vera nouáque interpretatio d.l.cùm de in rem verſo. & l.litibus 20. C.de agricol. & cenſit. lib. 11. tit. 47.

CAPVT IX.

PVto Papiniani ſententiam illam eſſe, vt heres patris aut domini in cuius rem verſum erat, debeat vſuras totius illius temporis quod à die mortis defuncti præterierit in illam vſque horam qua de in rem verſo actum ſit, non ratione illa quam noſtri comminiſcuntur, quòd per decennium aut aliud longum tẽpus eſſent præſtitæ. Neque item quòd cauſa vlla allegaretur, aut probaretur, quæ vſurarum obligationem poſſet inducere citrà ſtipulationem, ſed ea ipſa quam Papin. exprimit tam apertè, vt non potuerit apertiùs, *quòd eas ipſe dominus vel pater longo tempore præſtitiſſet.* Quibus verbis oſtendit non tam ipſius præſtationis rationem haberi, aut temporis quo continuata eſt quàm perſonæ quæ vſuras præſtitit: *ipſe*, inquit, *dominus vel pater.* Quaſi dicat, non debere heredem recuſare ſolutionem vſurarum quas pater ipſe vel dominus à quo cauſam habeat, & cuius perſonam repræſentet, præſtiterit quandiu vixit. An quòd pater ipſe vel dominus ſi viueret cogi hodie poſſet ex longa illa præſtatione, vt in futurum quoque vſuras ſolueret? Minimè. Obſtant enim l. creditor 7. C.de vſur. & l.ſi certis annis 28. C.de pact. quæ id negant, etiamſi pactio nuda præſtationem longam præceſſerit. Illa ſi quidem verba *certis annis* non minùs de decem aut viginti quàm de duobus vel tribus annis intelligi debent, cùm certis annis opponantur duntaxat perpetui l. 4. l. annua 20. in fin. l. cùm quidam 23. de ann. legat. An quia præſtare heredem oporteat iure hereditario id quod defunctus ipſe, ſi viueret, præſtare non cogeretur. Multò minùs l. poſtulante 44. in princip. D. ad SC. Trebell. Sed quòd credibile ſit eũ qui quãdiu vixit vſuras præſtitit verſæ in rem ſuam pecuniæ, ſi diutiùs vixiſſet, diutiùs quoque præſtiturum fuiſſe, qui ſcilicet non ignoraret alienam ſe pecuniam retinentem ex qua lucrum ſenſiſſet, obligatum eſſe naturali quadam ratione ad eius vſuras, licèt non promiſſas, veluti ad [illegible] arg. l.ſi non ſortem 26. D. de condict. indeb. Cur non ergo ſanam iuſtámque eius voluntatem heres ſequatur? Aut quid eum magis mouere debeat quàm exemplum factúmque eius cũ quo eadem ipſe perſona eſſe exiſtimetur? Etſi enim voluntatem mutare defunctus potuit, præſumendum tamen non eſt fuiſſe eum mutaturum arg. l. 3. l. eum qui 22. D. de probat. Et ea ratio concludit duntaxat poſſe heredem quoque mutare voluntatem, quod ſanè verum eſt, cùm nulla obligatione teneatur l. Lucius 32. D. de donat. l. 4. D. pro donat. Sed non facit quin vſuras quas defunctus in diem vſque mortis præſtitit, præſtare etiam ipſe debeat quouſque volũtatẽ ſuã declarauerit, eáſque in futurum præſtare ſe nolle dixerit. A quo demum tempore ſi creditor patiatur manere penes eum ſterilem pecuniam, quam vtique, ſi vellet, poſſet ſtatim exigere, ſibi imputet. Denique imago quædam hic eſt tacitæ ſtipulationis, ſicut imaginem ſocie-

ſocietatis dixit Iuriſc. in ſpecie non omnino diſſimili in l.j.§.vlt.D.de bon. liber. illis verbis, *vt quod viuus ſolebat ſocietatis nomine præſtare, id poſt mortem præſtaret.* Nec ſanè nouum eſt, vt ex eo quod facere defunctus ſolebat colligatur eius voluntas, adeóque nonnunquam fortior quàm quę ex inſtrumētis probatur l. prędiis 91.§. Titio de leg.3.l.j.de reb.dub. niſi ſpecialis aliqua ratio impediat, vt in l.j.§.2.de reb. eor.qui ſub tutel. propter pupilli vtilitatem, & Senatusconſulti, de quo ibi agitur, autoritatē. Porro voluntatē defūcti heredē ſubſequi ſęp peræquū eſt l.pure 5.§.præterea de dol. excep. eo etiam interdum caſu quo recipiendæ eius obligatio nulla fit, quaſi ſola voluntatis autoritas deficiente quoque iure ſufficere debeat, vt in l.Quintus 7.de ann.legs.l.in teſtamento 5.§.D.de fideic.libert.l.ſi ego 9.§.j. D.de iur.dot. l.ſi veritas 23.C.de fideic. Et quemadmodum contingit aliquādo, vt plus poſſit heres quàm defunctus l.repertum 8.D.ad leg.falc.l.7.l.ſi per imprudentiā 51.§.non mirum D.de euict. Ita euenire contrà poteſt, vt volūtatem mutare heres nequeat quā defunctus mutare potuiſſet l.3. D.de ſeru. export. quod & in donationibus inter virum & vxorē accidit, quas cum donans ex ſula pœnitētia reuocare poſſit, ſi tamen nō reuocauerit, heres eius reuocare non poteſt l.cum hic ſtatus 32.§. ait oratio & paſſ. D. de donat. int.vir.& vxor. Proinde nec mirum videri debet ſi in ſpecie d.l cum de in rem verſo. inuitus heres prę teriti tēporis vſuras debeat, quas inuitus defūctus, ſi viueret, non deberet. Nam & idē ferè euenit, ſi dotis vſuras in ſtipulatu deductas vir quādiu viuit ab vxore nō petierit, vt donaſſe ille videatur, earúmq; petitio heredi nō ſuperſit, quę tamen ipſi marito, ſi viueret, ſupereſſet. l.vir vſuras 54. De donat.int.vir.& vxor. Quòd ſi defuncti negligentia in nō exigendis vſuris quas in ſtipulatum deduxerat inducit vſurarū remiſſionē ex coniectura voluntatis, idque in præiudiciū non ſtipulatoris, qui viuus poſſet exigere, ſed heredis eius. Vtique eadem ratio faciet in contrariū, vt defuncti diligētia in ſoluēdis vſuris, quas non debuit, heredi noceat, tametſi nocere ipſi ſoluenti non potuiſſet ſi in ſolutione ceſſare nec amplius eas ſoluere voluiſſet. Non enim credēdus eſt quiſpiā velle heredi ſuo parcere magis quàm ſibi, aut in heredis ſui perſona ſoluendarum vſurarū neceſſitatē improbaſſe quam in ſua probauerit, ſibique verſæ in rem ſuā pecuniæ conſcientia impoſuerit, ſicut & qui ſibi cunſulit heredi quoque ſuo perinde conſulere intelligē dus eſt, vulg.l.ſi pactum 9.D.de probat. Accedit quod exiſtimandū ſit creditorem qui à patre aut domino, in cuius rē verſum eſt vſuras annuas accipere ſolitus erat, idcirco diſtuliſſe ſortis exactionem, non alioqui dilaturus, nec de vſuris cum herede poſteà contendēdi materiam habiturus. Nam ſicuti qui in futurū vſuras à debitore accipit, tacitè pactus videtur ne intra id tēpus ſortē exigat l. qui in futurū 57. C.de pact.l.2.§.nō malè D.de dol.mal.except.l.vlt. de eo ꝙ cert.loco. Ita ex cōtrario qui vltrò indebitas vſuras ſoluit pro prętcrito tēpore, nec prœmonet nolle ſe in poſterū ſoluere, impellit creditorē, vt ea percipiendarū futuri temporis vſurarū ſpe allectus ſortis exactionē in lōgius tēpus differat, quo elapſo & interea defuncto debitore videatur ſanè duloſus proxim. heres eius, ſi totius præteriti temporis vſuras nōdum ſolutas deneget. Nec ad hunc caſum pertinet d.l.ſi creditor. 7. C.de vſur. quæ non de herede debitoris loquitur, ſed de ipſo debitore, cuius longè diuerſa, vt diximus, ratio eſt. Debitor enim qui per longum aut etiam ſi voles longiſſimū tēpus vſuras ſoluit, quas non promiſerat, voluntatem ſuam interpretari poteſt, an id fecerit ex liberalitate, cuius eum iam pœniteat, an vt ne alienam pecuniā in ſuos vſus impunè vertiſſe videretur. Ideóque & minores vſuras pro arbitrio pręſtare poteſt, & conſequenter etiam nullas, quia neque obligatus eſt, neque ex propria etiam voluntate, niſi per eos modos quos lex induxerit, obligari poteſt. At heres neque voluntatem teſtatōris reuocare, neque interpretari poteſt, nudáque defuncti voluntas ad heredem obligādum ſufficit, quę defunctum ipſum obligare non poterat. Itaque quoad ſortem debitam reſtituat, aut nolle ſe ſub iiſdem vſuris pecuniam retinere inſinuet, æquiſſimum eſt nec à iuris ratione alienum, licèt nulla iuris neceſſitate inductum, vt eas vſuras præſtet, quas defunctus præſtare ſolitus erat. Vel ob id maximè quòd defuncti fidem ſecutus creditor, non ita facilè heredis ipſius fortaſſe ſecuturus fuerit. Itémque quoniam agentis de in rem verſo cauſa ſit ideò fauorabilior, quòd non tantùm agat ob mutuā datam pecuniā, ſed etiam quòd in rem debitoris verſa ſit, factúſque ille locupletior. Enimuerò quia caſus hic valde ſingularis eſt, in quo nimirū vſuræ alioquin odioſæ, quæ non deberentur ſi pactum nudum præceſſiſſet ſecuta etiam longi temporis præſtatione, vt & noſtri fatentur, inhabili ſcilicet ad agendū cauſa, debeantur, citra pactum ab herede eiūs, qui ſi viueret nullas deberet, idque ex vi tacitæ nō pactionis, quæ minimè ſufficeret, ſed ſtipulationis, quæ poſt mortem demùm eius qui vſuras præſtare ſolebat, vires ſuas exerere incipiat, nec id in futurum omne tempus, ſed in eum vſque diem duntaxat, quo declarauerit heres nolle ſe ſub vſuris eam pecuniam retinere, (ſic enim omnino intelligi Papinianus debet) neceſſarium certè fuit reſcriptum Imperatoris, ad conſtituēdum ius, quod ſola iuriſprudentum autoritate conſtitui vix potuiſſet. Apparet igitur ex ſuperioribus quàm malè & imperitè hactenus noſtri elegans illud Papiniani reſponſum in ſuæ ſententiæ comprobationem detorſerint. Iam verò quod obiiciunt ex l. litibus 20. C. de agricol. & cenſit. lib. 11. tit. 47. longè minùs ad rem pertinet. Nam quod lex ait *vel longinqua & inueterata redituum ſuſceptione*, & paulò pòſt *vel redituum frequentiſſima conſequentia*, hunc ſenſum habet, vt fundi dominus, cui per longum tempus redituum præſtatio à colono facta eſt, non poſſit ab eo pati controuerſiam poſſeſſionis, aut dominij, cùm ex iis præſtationibus appareat colonum quantumuis longo tēpore poſſederit, fructúſque perceperit, non ſibi ſed domino poſſediſſe. l. malè agitur C. de præſcr. 30. vel 40. annor. Non autem vt colonus qui per longum aut longiſſimum tempus certos reditus etiam ex iuſta cauſa domino perſoluerit, eoſdem in poſterum perſoluere compellatur. Et, vt breuiùs dicam, non vult Iuſtinianus ex ea longa præſtatione obligari colonum, ſi eoſdem reditus in poſterum præſtare nolit (quid enim ſi fundum derelinquere paratus ſit?) ſed repelli ſi eum fundum cuius reditus domino anteà per longum tempus præſtiterit, tanquam ſuum vindicare velit, ipſique domino referre quæſtionem dominij aut poſſeſſionis, vt appąret ex illis verbis *colonorum impetum excludente*. Si quidem longè facilius eſt dare exceptionem ei qui ſit dominus, tuendi dominij gratia, aduerſus eum qui mala fide dominium vindicet, quàm actionem in perſonam eius, qui exſoluendæ fidei potiùs cauſa quàm ſe obligandi animo fundi, quem colebat reditus, per longos annos domino præſtiterit. Nec in re tam aperta noſtri, vt puto, cæcutiiſſent ſi non iis Papinianus ſupraſcripto reſponſo impoſuiſſet. Miror vero præ-

cipuè Molinæum qui cùm in hac quæſtione, vt in aliis omnibus, ſubtilè egerit, maximè in receptioribus aliorum ſententiis impugnandis, hac parte tamē communem errorem ſecutus ſit. Nam ſi quis alteri obſequia clientelarū certi fūdi nomine per decennium continuum præſtiterit, ſatetur quidem ille in Conſuet. Pariſ. §. 7. num. 21. non ideo poſſe eum cui præſtita ſint, ſi nullo alio iure nitatur, ius feudi vindicare: quod & veriſſimum eſt. At ſi de perſonali iure agatur, locum eſſe ait legi, Cùm de in rem verſo. Quaſi verò actio realis longius tempus requirat quàm perſonalis: quo abſurdius dici nihil poteſt. Quis enim neſciat obligationes perſonales difficiliùs naſci, & difficiliùs quoque perimi? excepto caſu l. cùm quis 38. §. vlt. de ſolut. & l. grege 13. §. etiam D. de pignor. Et ob id nimirum veteribus iuris auctoribus incognitam fuiſſe earum præſcriptionem, cùm tamen nec vſucapio rerum immobilium nec longi temporis poſſeſſio eſſet iis incognita. Quin & Iuſtinianus ipſe qui res omnes immobiles vbique terrarum decennio acquiri voluit inter præſentes, & vicennio inter abſentes, l. vnic. C. transf. vſucap. An non Honorij & Theodoſij, itémque Anaſtaſij leges incorrectas reliquit, quibus inductum erat vt perſonales præſcriptiones trigeſimo demùm aut quadrageſimo anno complerentur? l. ſicut l. omnes l. competit. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Sed neque illud probare poſſum quod noſtris tam conſtanter placere video: cum qui per triginta annos continuos annuum quid vniformiter præſtiterit ex iuſta aliqua cauſa vſque adeò obligatum intelligi ad futuras præſtationes, vt ea præſcriptio ius firmū tribuat illi cui ſolutiones factæ ſunt, nec quicquam proſit falſam & erroneam probari cauſam ſolutionum. Sic enim Molin. poſt alios in dict. tract. De cōtract. vſur. quæſt. 20. Nam etſi non ignoro præſcriptionem triginta annorum habere locum, nullo etiam concurrente titulo, puto tamen id eò pertinere vt actionem quæ alteri competebat poſſit excludere, non autem vt ius actionis quæ præſcribenti nunquam competiit, poſſit ei acquirere. Ipſum ſiquidem præſcriptionis nomen non acquiſitionem ſignificat, quomodo vſucapionis, adiectionem dominij l. 3. D. de vſucap. ſed exceptionem tantùm. l. qui agnitis 11. & paſſ. D. de except. l. 3. D. de præuaric. l. 3. C. de precib. Imp. offer. l. ſi non conuicij 5. C. de iniur. Et ex iis ipſis Imperatorum conſtitutionibus quæ longiſſimi temporis præſcriptionem nouo iure induxerunt, apparet nihil aliud eos egiſſe quàm vti ne vlla actio vltra longiſſimum tempus viueret, non etiam vt ex eo temporis lapſu actio aliqua acquireretur. Eſt namque difficilius, vt modò dicebamus, actionem dare quàm exceptionem, ſecundùm iuris regulam, l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur. l. 1. §. his autem de ſuperfic. l. creditori. 5. C. de pact. cap. qui ad agendum de reg. iur. in 6. Et ex contrario longè faciliùs fuit legiſlatori conſtituere vt tempus modus eſſet tollendæ ſaltem per exceptionem actionis, aut obligationis, quàm vt fieret modus inducendæ. Quare, vt dicam quod ſentio: Nō puto ex vllis præſtationibus quantumuis vniformibus, & per longiſſima tempora continuatis acquiri poſſe actionem præſcribenti, niſi tempus id effluxerit quod hominum memoriam excedat. Hoc enim ſolo caſu, & præterea nullo conſtituti iure habetur quod per tot tempora vniformiter præſtitum apparet. Nec de errore quæſtio vlla referri poteſt, cū nec neceſſe ſit vt cauſa vlla allegetur ex qua ſolutiones factæ ſint l. 2. §. vlt. de aqua & aquæ pluu. arc. l. 3. §. ductus aquæ de aqua quotid. & æſtiu. Dydac. Couarr. in 2. part. relect. cap. poſſeſſor. §. 4. num. 4. Molin. de. quæſt. 20. num. 206. in princip. De quo tamen videnda ſunt quę nos pluribus in Codice noſtro Sabaudico ſcripſimus.

De bonorum vacantium vſucapione aduerſus fiſcum, Ad l. quamuis 18. D. de vſucap.

Caput x.

NON potuerunt iure vetere fiſci res vſucapi, eæ ſcilicet quæ fiſco iam acquiſitæ, & vt noſtri loquuntur, incorporatæ eſſent, l. vbi lex 24. §. vlt. D. de vſucap. l. 2. C. commun. de vſucap. Quæ verò delatæ tantùm vſucapi potuerunt, vt puta, bona vacantia nondum nuntiata, quæ fiſco deferebantur ex lege Iulia caducaria, vt Vlp. refert in Titulis, tit. 28. §. 1. in fin. Nam ſi ex eiuſmodi bonis vacantibus fiſco nondum nuntiatis bonæ fidei emptor traditam ſibi rem accepiſſet, iam olim Papin. reſpondit, & ab Impp. reſcriptum eſt potuiſſe vſucapionem procedere §. res fiſci Inſtit. de vſucap. hoc eſt earum rerum dominium biennio acquiri. Id enim fuit vſucapionis tempus lege 12. tabul. præſcriptum vt idem Iuſtin. teſtatur in princip. d. tit. de vſucap. & in l. vnic. C. de vſucap. transf. Cui conſequens eſt non fuiſſe eo caſu locum præſcriptioni quadriennij, quæ aliàs locum habebat contra fiſcum bona vacantia nondum nuntiata poſt quadriennium vindicantem, l. 1. C. de quadrien. præſcript. Nam qui rem vſuceperat biennio, atque ita dominium ſibi quæſiuerat (eſt enim vſucapio adiectio, aut, vt alij legunt, adeptio dominij l. 3. de vſucap.) non indigebat quadriennij præſcriptione, quæ vt cæteræ præſcriptiones omnes, nihil aliud quàm exceptio eſt, ſicut ſuperiore capite diximus. Quomodo enim locus eſſe poſſit exceptioni vbi actio nulla ſupereſt? cùm in id tantùm comparata ſit exceptio, vt actionem excludat? l. 2. D. de excep. Extrà eum caſum ſi poſſeſſor exceptionis titulum aliúmve non haberet, cùm non poſſet vſucapio procedere ſine titulo. l. Celſus 27. de vſucap. neceſſaria erat præſcriptio quadriennij d. l. 1. C. de quadr. præſcrip. Niſi fortè quis putet fuiſſe etiam neceſſariam ſi donationis aut alterius lucratiuæ cauſæ titulum poſſeſſor habuiſſet. Fuiſſe enim hac parte differentiam aliquam inter donatarium & emptorem, minúſque fauorabilem viſum donatarium in ipſa quoque longi temporis poſſeſſione, conſtat ſatis ex Iuſtiniani conſtitutione in l. ſuper longi 11. C. de long. tēp. præſcript. cuius tamen verba illa *perſpicuo iure ſancimus*, non obſcurè ſignificant latam eam legem dubitationis tollendæ gratia, ne quis fortaſſe hac in re lucratiuam cauſam ab oneroſa ſecerneret, potiùs quàm quòd ita ius antea eſſet vt ſecerni deberet. Nam & olim potuiſſe longi temporis poſſeſſionem ex cauſa donationis procedere apparet ex l. locus 26. D. de acq. poſſeſſ. ſi non ille locus immutatus eſt à Triboniano reſpiciente ad illam Iuſtiniani legem, itémque ad Conſtitutionem de vſucap. transform. vt *per longam poſſeſſionem capi*, ſcripſerit pro eo quod Iuriſc. dixerat *vſucapi*. Id enim ab eo factum pleriſque aliis locis, & ante nos Iacob. Cuiacius, & ex recentioribus doctiſſimus quiſque non minùs vere quàm ſubtiliter obſeruarunt, ac ex iis, quæ mox ſubiiciemus manifeſtiſſimè intelligetur. Certè quadriennij præſcriptionem de qua in d. l. 1. C. de quadr. præſcr. non potuiſſe locum habere in emptore bonorū vacantiū nondū fiſco nuntiatorū, ex eo apparet quòd emptor hic vſucapere poterat d. §. res fiſci Inſt. de vſucap. Vſucapionem verò cū quadriennij præſcriptione cōcurrere nec iuris ratio olim patiebatur, nec hodie patitur. Ex quo moueor vt

putem

Digitized by Google

putem reſpõſum illud Modeſt. quod extat in l. quãuis 18. D. de vſucap. cùm prorſus expreſſum ſit ad Papiniani ſentẽtiam à Iuſtin. relatam in d.§. res fiſci, nõ poſſe intelligi de quadriennij præſcriptione in illis verbis, *diutina poſſeßione*, vt malè quoſdam interpretatos video. Nec rurſus de longi temporis poſſeſſione, vt alij explicant. Siquidem Modeſtini temporibus & ante Iuſtinianum diſtincta prorſus erant locis, & rebus, vt etiam tempore iura vſucapionis & longæ poſſeſſionis. Nec quæ res poterat vſucapi, eadem poterat etiam per longam, hoc eſt decennalem poſſeſſionem acquiri, quoniam peracto biennio dominium iam ex vſucapione quæſitum non poterat magis fieri poſſidentis. Ergo cùm vſucapio illo caſu locũ haberet vt Papiniano & Impp. teſte ac probante Iuſtiniano, viſum eſt, eámque ſpeciem Modeſtin. tractet in qua haud dubiè vſucapio procederet ſi res cum fiſco nõ eſſet (ſic enim ille *quãuis aduerſus fiſcũ vſucapio non procedat*, ne fortè putes agere eum de re prouinciali quæ non vſucapi, ſed diutina tantùm poſſeſſione acquiri potuerit) non potuit in illa ſpecie emptorum bonorum vacantium, priùs quàm fiſco nuntiarentur, locus eſſe diutinæ poſſeſſioni. Proinde fateri neceſſe eſt corruptũ Modeſt. reſponſum à Triboniano, ſuppoſitáque verba illa *diutina poſſeßione capiet* pro eo quod Modeſt. poſt Papinian. ſcripſerat *vſucapiet*. Hoc verò propter illam vſucapionis transformationem quæ à Iuſtin. facta eſt in d.l. vnic. C. de transf. vſucap. tranſlato iure vſucapionis in ius longæ poſſeſſionis. In quo tamen vereor ne alios decipere volens Tribonianus ipſe deceptus ſit. Hic enim caſus vnus eſt, à nemine forſan adhuc obſeruatus, quo videatur dici poſſe incorrectum manere ius verus vſucapionis, vt etiam hodie bona vacantia nondum fiſco nuntiata vſucapiantur biennio. Mouet me, quòd illa Iuſtin. Conſtitutio in d.l. vnic. non ſuſtulit nec transformauit præſcriptionem quadriennij, cuius ne meminit quidem. Ea porrò manente dico abſurdum eſſe, ei qui quadriennij præſcriptione tutus ſit neceſſariam dicere lõgioris temporis poſſeſſionem. Nam quadriẽnij pręſcriptio ei demùm proderat qui titulum nullum aut etiam ſi voles id cõiicere ex d.l. ſuper lõgi 11. C. de long. tẽp. præſcript. qui lucratiuum habuiſſet. Quem tamẽ nemo dixerit melioris condicionis eſſe debere, quam qui ex emptionis aliáve oneroſa cauſa poſſideat. l. quod autẽ 6. §. ſimili modo l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit. Et in hoc errauit etiã grauiter Bartol. exiſtimãs quadriennium illud cõputandũ fuiſſe à die nuntiationis, cũ tamen certũ ſit: imò verò nuntiãdis bonis fuiſſe præſcriptum l. intra quatuor 10. §. 1. D. de diuerſ. tẽp. pręſcr. l. quia autem 6. §. certè ſi vacãtia D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 1. §. Diuus Pius de iur. fiſc. Facta enim nunciatione conſtat nec vſucapioni locum fuiſſe nec pręſcriptioni quadriẽnij d.§. res fiſci, at ne quidem poſſeſſioni longi tẽporis, cùm neq; id vſpiã traditum ſit, neque fauorabilior in prouinciis eſſe potuerit lõga poſſeſſio, quàm in Italia vſucapio. Igitur viginti annorum præſcriptio erat neceſſaria, Ex regula l. in omnib. 13. de diu. temp. pręſcr. eritque hodie, etiãſi titulus cum bona fide cõcurrat. Neque n. abrogata eſt d.l. in omnib. Sed & nõ facta nuntiatione ſi quid ſit quod quadriennij pręſcriptionẽ impediat, puta priorũ delatorũ pręuaricatio qui facta denunciatione deſtiterint d.l. intrà quatuor in princip. j. d.l. §. vlt. de iur. fiſc. puto nec fuiſſe olim nec eſſe hodie locũ præſcriptioni minoris tẽporis quàm viginti annorum. Nõ ſolùm ſi nullus ſit titulus, quẽ ſanè cõſtat non minùs ad longã poſſeſſionem quàm ad vſucapionem fuiſſe eſſéque neceſſarium d. l. vnic. C. de vſucap. transform. ſed etiam ſi titulum bonæ fidei poſſeſſor habeat, quia caſus hic vt probauimus, nõ pertinet ad Iuſtin. Conſtitutionẽ. Ideóque ſuccedit regula d.l. in omnibus, quæ viginti annorũ præſcriptionem requirit in omnibus fiſci quæſtionibus, in quibus breuius tempus ſtatutum non eſt. Cuius præſcriptionis, vt hoc etiam adnotemus, ius proprium illud eſt vt currat etiam cum mala fide l. 2. D. de requir. reis. Guid. Pap. quæſt. 416. num. 14. Ideò fortaſſe quòd nec in mala fide verè conſtitutus videatur poſſeſſor quandiu ignorat an iure ſuo fiſcus vti velit. Qua etiam ratione comparatum eſt vt is cuius res ipſo iure commiſſa eſt ob non ſolutum fiſco vectigal, præſcribat nihilominùs quinquennio l. 2. C. de vectig. & commiſſ. licèt quod commiſſum eſt ſtatim deſinat eius eſſe qui crimen contraxit l. commiſſa 14. D. de public. & vectigal. Nec aliud iure Canonico ſeruabitur, quo tamen inductum fuit vt nulla cum mala fide præſcriptio dari poſſit cap. vigilanti & cap. vlt. Ext. de præſcript. ſanè quòd in rebus fiſci olim obtinebat vt vſucapi non poſſent, hactenus immutatum eſt ex poſteriorum Impp. conſtitutionibus, vt quadraginta ſaltem annorum præſcriptione fiſcus ſi eas vindicet repellendus ſit l. omnes 4. l. comperit C. de præſcr. 30. vel 40. annor. iunct. tit. de bon. vacant. & incorpor. lib. 10. C. tit. 10. vt ſcripſi latiùs in Codice.

Filiumfamilias iure vetere fuiſſe acquiſitionis capacẽ.

Capvt IX.

VVLGO creditur non fuiſſe filiumfamilias iure vetere acquiſitionis capacem, in eóque parem eius & ſerui condicionem extitiſſe, Quaſi hac parte eadem vis eſſet patriæ & dominicæ poteſtatis, vt quemadmodum per ſeruum domino acquirebatur, ita & per filiumfamilias patri quæreretur ex omnibus cauſis. Adeò vt ne momento quidem temporis in filijfamilias perſona conſiſtere acquiſitio poſſet l. placet 79. D. de acquir. hered. l. 1. D. ſi à parent. quis manum. Vnde tam frequens illa in libris noſtris ſeruorum & filiorumfamilias comparatio, præſertim quoties de acquiſitione tractatur. Ego verò didici, vt in alijs permultis, de quibus nunc dicere nil attinet, ita hac in re longè maximam inter eos fuiſſe differentiã. Serui enim vſque adeò erãt acquiſitionis incapaces, vt dominis ſuis omnia acquirerent etiam inuitis, ídque ex omnibus penè cauſis l. etiã 32. D. de acqui. rer. domin. Ita vt ſi vetante etiam domino ſeruus ab alio ſtipulatus eſſet, nihilominùs domino promiſſorem obligaret l. ſeruus vetãte 6.. de verb. obl. ſoláque ferè hereditatis cauſa excepta erat, cùm ſeruo heredi inſtituto non liceret hereditatem adire niſi præcedente iuſſu domini, ſicut nec filiofamillas niſi præcedẽte iuſſu patris, propterea quòd cùm hereditas habeat commoda & incommoda, obligetúrque per aditionem quiſquis heres fit, abſurdum & iniquum videretur alterius facto eius maximè qui ſit in poteſtate alium obligari l. qui in aliena 6. D. de acquir. hered. Melior enim patris & domini condicio per filios & ſeruos fieri poterat, ſed deterior non poterat l. melior 133. de reg. iur. l. contrà 28. §. vlt. de pact. l. pen. D. depoſit. cum ſimilib. At filijfamilias tametſi volentibus parẽtibus acquirebant omnia, inuitis tamen acquirere nõ poterant, ſed quæ parentes acquiri ſibi nolebant, ea demùm filiisfamilias quærebantur, quaſi acquiſitionis capacibus ſi parentes conſentirent. Hinc illud erat, quòd ſi pater filio quem in poteſtate habebat rogatus eſſet hereditatem reſtituere, & pater ſuſpectam diceret, cogi poſſet per filium vt adiret & reſtitueret

l.cogi 16.§.ſi pater filio D.ad SC.Trebel.quod in ſeruo etiã cum libertate per fideicõmiſſum ſubſtituto non perinde obtinebat, vt ibidem Vlp.ſubiicit in §. ſed ſi ſeruo. Nimirum quia cùm euidens eſſet voluntas patris nolentis acquiri ſibi hereditatem quam ſuſpectam habebat, nihil obſtaret quominùs eam filius fideicommiſſarius ſibi acquireret. Non idẽ erat ſi ſponte pater adiſſet, & purè reſtituere hereditatẽ rogatus fuiſſet. Patri enim hereditas acquirebatur, quamuis volũtas teſtatoris refragari videretur. Propter quam cauſam qui parentibus acquiri nolebant, rogabãt patres vt liberis ſuis, cùm in poteſtate eſſe deſiiſſent, reſtituerent. Inde illud etiam fit vt ſi quis filio ſuo cùm in poteſtate eſſe deſierit, hereditatem reſtituere rogatus, in fraudem fideicommiſſi quid facere probetur, cogendus ſit ſtatim reſtituere, inflicto & repræſentato dãno conditionis propter fraudem, vt Papin.loquitur in l.Imperator 50.eod.tit. quod ſanè fieri nõ poſſet ſi patria poteſtas quæ cautionis inter patrem & filium interponendæ remedium impedit, dominij quoque acquiſitionem in filij perſona impediret. Eodẽ pertinet quod Vlp. ait in l.is qui heres 13.§.vlt.de acquir.hered.neque patrẽ ſine filio neque filium ſine patre repudiãdo alterum alteri nocere, ſed vtroſque ſimul debere repudiare, ſiue teſtamentaria ſiue legitima hereditas filio obuenerit. Nimirum vt intelligamus, Repudiãte patre delatam filio hereditatem poſſe filium velle eam ſibi acquiſitam. Quod in ſeruo ſecus eſt, cui delatam hereditatẽ aut bonorum poſſeſſionẽ ſolus dominus repudiare poteſt, quia nec ſi dominus vellet, poſſet eam ſeruus ſibi acquirere. Vnde illud quoq; non immeritò fortaſſe mirari quis poſſit, Cur hereditatem ſibi delatam filiusfamilias adire non poſſit citrà iuſſum patris d.l. qui in aliena: cùm nolente patre ſibi eam acquiri, futurum eſſet vt ipſi filio qui ſponte adiſſet quæſita videretur. Sed dicendum eſt ea ratione ſic comparatum, quod in ſuſpenſo manere non poſſit vis & poteſtas aditionis, quam tamen ſuſpendi oporteret in id vſque tempus quo pater voluntatem ſuam declaraſſet, ſi intereà filio adire liceret. Quandoquidem nec anteà heres fieri pater poſſet niſi ignorans & inuitus, quod iuris ratio non patitur; nec filius ipſe ex aditione obligari, cum non aliter ſit acquiſitionis capax quàm ſi nolit pater ſibi per eum acquiri. Itaque cùm patris potior ſit cauſa quàm filij in ea etiã acquiſitione quæ per filium fit, priùs exploranda eſt voluntas patris. Alioqui ſemel, facto herede filio, non poſſet ampliùs per eum heres fieri pater, quia ſemel heres ſemper heres perſeuerat l. ait Prætor. 7. §. ſed quod Papinianus D. de minor. l. ei qui ſoluendo 88.D.de hered.inſtit. Idémque in bonorum poſſeſſione obtinet, niſi quod iuſſum præcedere neceſſe non eſt, ſufficitque ſubſequi ratihabitionem d.l. qui in aliena. §.j.l. vlt.§.j. quis ord. in bonor. poſſ. ſeru. l.j. C. qui admitt. ad bon. poſſeſſ. ideò fortaſſe quod aditio ſolennior eſſet, nec aliter valere poſſet quàm ſi fieret eo modo quo fieri deberet, & ita vt confeſtim hereditas ex ea acquireretur, cùm eſſet actus legitimus cuius poteſtas nulla mora ſuſpendi poterat l. actus legitimi 77. de regul. iur. Eáque etiam Vlpiani ſententia eſt in l. placet 79.D. de acquir.hered.cùm ſcribit, Quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud, ei in cuius poteſtate ſit confeſtim acquiri ei cuius eſt in poteſtate, nec momento aliquo ſubſiſtere in perſona eius per quem acquiritur. Ita ſignificans non tantùm aditionem hereditatis in ſuſpenſo eſſe non poſſe, ſed ne ipſam quidem acquiſitionem, ſiue hereditas adita, ſiue bonorũ poſſeſſio petita ſit.d.l.vlt.§.j.quis ordo. In quo tamen obſeruandum eſt, quod vulgo noſtri non animaduerterunt, non ſic Vlpianum loqui, vt dicat ſemper acquiri nobis per eos quos in poteſtate habemus, vt ne momento quidem temporis in eorum perſona conſiſtat acquiſitio: ſed *quoties*, inquit, *acquiritur*. Innuens, non igitur ſemper acquiri. Atqui per ſeruum quandocunque acquirit ſemper acquiritur domino, quia ſibi acquirere ille nullo caſu poteſt niſi ea quæ ſint meri facti l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr. l. legatum 21. De adim. legat. l. quod ſeruus. 24.D.de acquir. poſſeſſ. Ergo vel ex eo maxime loco colligas poſſe interdum filiumfamilias acquiſitionis capacem eſſe. Id verò euenit vno illo caſu ſi pater acquiri ſibi nolit. Et ratio differentiæ inter filiumfamilias & ſeruum euidens eſt, quoniam filiusfamilias habet perſonam integram, nec iure ciuili incognitam, ob idque tam ex contractu quàm ex delictis competit in eum iure ciuili actio l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. Serui verò perſona nec integra nec vlla eſt, quippe qui iure ciuili pro mortuo habeatur l. quod attinet 32.de regul. iur. adeóque comparetur quadrupedibus l.2.D.ad leg. Aquil. Hæc cùm ita ſint, difficile videtur intelligere, cur iure vetere donare pater filiofamilias non poſſet l. donationes 31. §. pater D. de donat. l. 1. C. de inoff.donat. l. ſi donatione 13. C. de collat.l.ſiue emancipatis 17.C.de donat. Nam ſi verum eſt, quod probauimus, fuiſſe filiumfamilias etiam iure vetere acquiſitionis capacem volente patre, quid apertius eſt quàm velle patrẽ acquiri filio quod ipſe filio donet? At reſpondeo non impediri donationem ex eo quod filiusfamilias incapax ſit acquiſitionis, vt imperitè noſtri ſentiunt, ſed quia donatio valere nulla poſſit quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur, & quidem ciuilis vt ex cauſa donationis conueniri donator poſſit ad præſtandum id quod ſtipulanti donatario promiſerit, vel vt donatæ rei & traditæ dominium in donatarium trãſlatum irreuocabiliter cenſeatur. At inter patrem & filium contrahi obligatio ciuilis non poteſt propter ius patriæ poteſtatis d. l. Imperator 50. ad Trebel. Neque igitur fieri queat vt filiofamilias donare pater quicquam poſſit. l. 4. D. pro donat. Planè emancipato dare iam olim potuit d. l. ſiue emancipatis l. vt liberis C.de collat.quin & filio naturali tantùm l. omnes 17. §.Lucius D.quæ in fraud.credit. Non quòd habeãt hi perſonam acquiſitionis capaciorem, ſed quòd in illis ceſſet ratio illa & impedimentum patriæ poteſtatis, cùm nec naturales filios habeat in poteſtate pater, niſi quos & ex legitimo matrimonio ſuſceperit & in familia ſemper retinuerit §. j. Inſt. de patr. poteſt. Alius etiam caſus eſt obſeruatione digniſſimus in quo non poteſt filiusfamilias ſibi acquirere tametſi nec patri acquirat, in ſpecie l.quemadmodum 46.D. de iur.dot. vbi ſcriptum eſt ſi ſeruo ſtipulanti pro domino dos promiſſa ſit, aut filiofamilias tradita, dotem quidem patri aut domino acquiri, ſed ita tamen vt neque periculũ præſtare debeant neque culpã, quãdiu ratam promiſſionem aut traditionem non habuerint. Ne alioqui ex facto filijfamilias aut ſerui ignorans pater vel dominus periclitetur. Cùm vero nullã de dote actionẽ mulier habere poſſit in filiũfamilias aut ſeruũ, at nec in patrẽ vel dominũ ad conſequendam aut potiùs extorquẽdã ratihabitionẽ, per quam à ſe metum periculi abiiciat. Illud vnum relinquitur quod Iulianus concludit, vt mulieri liceat etiam conſtante matrimonio res in dotẽ traditas condicere, aut etiam incerti condictione aſſequi, vt promiſſione liberetur.

berectur. Hoc ideò, quia quod filius pro patre ſtipulatur ex cauſa dotis ab vxore patris, non poteſt filio acquiri, nec ſi pater velit, quoniam filiusfamilias nō eſt capax acquirendæ dotis alienę, cùm ipſe maritus non ſit, ſoli autē marito dos conſtitui & acquiri debeat l. j. l. quāuis 75. & paſſ. eo. ti. l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erci. l. ſi id quod 15. de duob. reis, l. itē ſi 8. de ſtipul. ſeruor. Itaq; nihil hac parte differt filiusfamilias à ſeruo. Sed & ſingularis ille caſus obſeruandus eſt in quo contra iuris regulā permittitur mulieri conſtāte etiam matrimonio dotē repetere.

Ad l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.

CAPVT XII.

QVod capite ſuperiore diximus, donationem à patre in filiumfamilias collatā iure vetere nō valuiſſe ex l. donationes 21. §. pater D. de donat. l. ſiue emancipatis 17. C. eod. l. 4. D. pro donat. l. 2. C. de inoff. donat. l. ſi donatione 13. C. de collat. non putant noſtri fuiſſe perpetuum. Excipiūt enim cauſam dotis, cuius fauore iam olim receptum volunt vt inter patrem & filiamfamilias valeret donatio, in eámque rem nituntur paſſim eleganti illo Papiniani reſponſo quod extat in l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciſc. In cuius ſpecie cum proponeretur pater quædam prædia filiæ ſuæ dotis cauſa tradidiſſe, eorúmque reditus genero ſolui mādaſſe, tū quæreretur an poſt mortē patris accepto inter filiā cæteróſque patris ex teſtamento coheredes familię erciſcundæ iudicio, præcipua ea retinere filia poſſet, Reſpondit Papinianus, iuſtā cauſam retinendæ poſſeſſionis habere filiam, quoniā pater prædia de quibus quęrebatur dotis eſſe voluerat, & matrimonium poſt mortem quoque patris ſteterat: Filiā enim quæ naturaliter agros tenuit ſpecie dotis cuius capax fuiſſet, defēdi. At videamus, nè ex hoc ipſo Papiniani reſponſo receptiſſima hęc noſtrorum ſententia apertiſſimè refellatur. Nam quod ille ait iuſtam retinendæ poſſeſſionis cauſam habere filiam, non ea ratione fit quòd valuerit donatio ad transferendum dominium, aut ipſa etiam traditio ad transferendam poſſeſſionem (vtrumque enim Papinianus negat, cùm ſcribit filiam agros illos viuo patre non poſſediſſe, ſed tenuiſſe, quod lōgè diuerſum & minus eſt l. ſtipulatio iſta 38. §. planè ſi tenere de verb. obligat. Et tenuiſſe naturaliter tantùm, id eſt re ipſa vt in l. 3. §. aperire D. de SC. Silan. l. in cauſę 25 §. idem Pomponius D. de minor. ſeu corporaliter, & vt noſtri loquuntur de facto potiùs quàm de iure.) Sed quia naturalis illa & corporalis poſſeſſio quam ex contractu nanciſci filia non poſſet ſi non haberet, facilius defendi poſſit apud arbitrum familiæ erciſcundæ, idque ex ęquitate propter voluntatem patris qui ea prędia dotis eſſe voluerat, non aliam ob cauſam quàm vt ferendis matrimonij oneribus ſubſeruirent. Id enim vel ipſa dotis appellatio præmonſtrat l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. Eadem porrò cauſa mortuo etiam patre ſubeſt ſi diuiſionis tempore conſtet adhuc matrimonium. Idē igitur retentionis ius filię ſaluū eſſe debet, cùm negari non poſſit, quin conſtante matrimonio filiafamilias capax ſit habēdę dotis. Itaque dubitādi ratio illa erat, quòd re vera nec donatio valeret in filiāfamilias collata, licèt dotis nomine, nec traditio, quę ſcilicet ipſi filię facta fuerat, cùm tamen nō ipſi, ſed genero filię nomine fieri debuiſſet. Nā & hinc illud eſt, quòd paſſim videas iuris auctores ita loqui vt dotem genero filię nomine potiùs quàm ipſi filię datā dicat. Quòd ſi quādo filię datā legimus, ſic omnino intelligere debemus, vt tamen genero non filię traditio facta ſit. Quomodo enim poſſet fieri dominus dotis §. j. Inſtit. quib. alien. licet vel non l. dote 6. C. de rei vindicat. ſi nulla traditio præcederet? vulg. l. traditionibus 20. C. de pact. Neque verò exiſtimandum eſt, videri hoc caſu traditā dotē filię, & à filia deinde marito, quaſi actus vnus traditionis occultetur, vt in l. 3. §. ſed ſi debitorem D. de donat. int. vir. & vxor. quomodo ſanè contingeret ſi valeret donatio in filiam collata, vt puta ſi facta eſſet à matre quæ liberos in poteſtate non habet, quemadmodum in illa eleganti ſpecie quam idem Papinian. tractat in d. l. donationes 31. §. ſpecies D. de donat. Cur enim ficta ſubintelligitur traditio, quæ ſi vera intercederet, non valeret? Sanè quamuis traditio dotis genero facta ſit, atque ita dos in bonis ſeu quod idem eſt in dominio bonitario mariti eſſe cœperit, non ideò minùs tamen eſt filiæ l. quamuis 75. D. de iur. dot. vtpote cuius maximè interſit dotem habere l. ſeruo legato 67. §. j. de legat. j. At neque per traditionem filiæ factam à patre, poteſt filiæfamilias quæri poſſeſſio, cum ex contrario per traditionem filiæfamilias factam, poſſeſſio patri acquiratur leg. j. §. item acquirimus. D. de acquir. poſſeſſ. §. non ſolùm Inſtit. per quas perſon. nob. acquir. excepta naturali & corporali poſſeſſione, quæ ſicut tota facti eſt d. l. ſtipulatio iſta §. hæc quoque ſtipulatio, nec proinde in patrem aut dominum tranſit l. qui heredi 44. D. de condic. & demonſtr. ita neque inducere poteſt dominij tranſlationem, quæ ex iure, titulóque habilis poteſtate proficiſcitur l. numquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin. Hic porrò nec titulus ipſe dotis valebat ex quo ſecuta traditio proponebatur, vt non obſcurè Papin. fatetur, cùm ait filiam quæ non niſi naturaliter agros tenuit, defendi *ſpecie dotis*, id eſt eo colore & prætextu potiùs quàm iure. Neque eſt contrarium quod Papin. ſubiicit eſſe filiam dotis capacem conſtante matrimonio. Sunt enim hæc longè differentia, Eſſe filiamfamilias dotis capacem viuo patrē, Et, poſſe filiamfamilias ex donatione traditam ſibi à patre dotem accipere. Poteſt, imò verò tenetur pater filiæ nomine genero dotem tradere, quo caſu ipſi filiæ, vt diximus, dos acquiritur, licèt patri quoque actio de dote ſit communis l. 2. D. ſolut. matrim. Sed ipſi filiæ dotem tradere vt ei acquiratur non poteſt propter impedimentū patrię poteſtatis, quę nullo prorſus caſu patiatur vt inter patrem & filium aut filiamfamilias ciuilis obligatio contrahatur, ſiue ius vetus ſiue nouū ſpectes. Nam neque Iuſtinianus facere voluit aut etiam potuit vt donationes quas parentes in liberos conferunt, aliter valeant quàm ſi morte confirmentur l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor. in quo hactenus fauit liberis vt ſpecialis confirmatio neceſſaria non ſit, ſolumque donatoris ſilentium ſufficiat: Cùm tamen Digeſtorum iure omnino neceſſaria eſſet confirmatio, ſiue ex facto aliquo colligeretur, vt ſi pater qui filiæ in poteſtate mancipia donauerat, poſtea emancipatæ peculium non ademiſſet d. l. donationes 31. §. pater qui filiæ D. de donat. Siue expreſſis fideicommiſſi verbis moriens pater voluntatem ſuam declaraſſet vt in l. cum pater 77. §. pater filiæ de legat. 2. vbi tamen, quod ſummopère notandum eſt tractat Papin. de patre qui mancipia filiæ nubenti, ac proinde in dotem dederat, nec eo minùs negat valituram donationem ſi verbis fideicommiſſi confirmata non eſſet. Ob ídque nimirum eam comparat donationi factæ inter virum & vxorem, & quippe quæ etiā moribus improbetur l. 1. & tot. tit. de donat. inter vir. & vxor. quamuis donatio à patre in filiūfamilias collata

deterioris olim eſſet conditionis in eo quod nõ ſolo ſilentio & ſubſecuta ad mortem vſque donantis perſeuerantia cõfirmabatur vt donatio inter coniuges, ſed ita demùm ſi ſpecialis confirmatio accederet. Nec probare poſſum quod ad eum locũ Caſtrẽſ. poſt Dynum notat inueterati erroris tuendi gratia, debere id reſpõſum intelligi de rebus nubenti filiæ ſimpliciter donatis, non ex cauſa dotis. Vix enim eſt vt quod nubenti filiæ pater dat ſimpliciter, in dotẽ dare non videatur, niſi extra dotem dare ſe expreſſerit, vt in §. ſpecies d. l. donationes, cùm patris officiũ illud ſit dotare filiã, l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiſſ. in dubio autem præſumendus ſit quilibet, officio ſuo ſatisfacere, potiùs quàm meram & reuocabilem liberalitatem in alium conferre voluiſſe. arg. l. 1. 2. & 3 D. de ſolut. Ergo in ſpecie d. l. Põponius, ſi res à patre ex cauſa dotis donatas, & traditas filia non poſſideret, non idcirco poſſet illas à coheredibus petere, multóque minus præcipuas ſibi vindicare, quòd dotis capax etiã viuo patre fuiſſet. Ex inutili enim cõtractu nõ daretur actio. Sed quia iam naturaliter illas tenebat, faciliùs eſt vt ab arbitro familiæ erciſcundę detur ei retentio ad conſeruandam patris inter liberos voluntatem, quamuis iure deſtitutam, l. quoties 10. l. filij 16. l. vlt. C. famil. erc. ſc. facit l. parentibus C. de inoff. teſtam. Pater enim prædia illa dotis eſſe voluerat, id eſt filiæ acquiſita ex ea cauſa cuius capax erat filia (tametſi genero non filię dotẽ tradere pater debuiſſet) matrimoniũ autem, inquit Papin. poſt mortem quoque patris ſteterat. Vt intelligamus non niſi conſtante matrimonio dotis capacem eſſe filiam, aut certè, ſi moriente patre iam ſolutum fuiſſet matrimoniũ, aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum: Cùm tamen ſi donatio valeret, nihil planè intereſſet an ſolutum eſſet matrimonium necne, ſicut nec referret an filia ipſa an coheredes poſſiderent. Semel enim perfecta donatio neque ex ſuperueniente caſu, neque ex poſſeſſionis amiſſione irrita fieret. Denique tria ſunt quibus cõcurrentibus mouetur Papinianus vt pro filia reſpõdeat, quòd eſſet illa in poſſeſſione bonorum donatorum ex voluntate patris, quòd facta eſſet filiæ traditio ex ea cauſa cuius capax fuiſſet, id eſt, dotis nomine. Poſtremò quòd poſt patris quoque mortem matrimonium conſiſteret. Quæ ſi omnia non concurrant, dico legis ſententiam rationémque corruere. Sanè quòd ibidem Papin. ait non cogi filiam ea prædia fratribus iiſdémque coheredibus conferre, nil iuuat receptam noſtrorum interpretationem. Non enim rationem illam habet quòd donatio valuerit, quæ autem ab initio valet ſimpléxque eſt donatio conferenda non ſit l. illud 20. §. fin. C. de collat. ſed quia pater teſtatus proponebatur. Iure autem Pandectarum ceſſabat facto teſtamento neceſſitas collationis, niſi eam teſtator expreſsè iniunxiſſet. l. 1. & Auth. ex teſtamento C. de collat. Cæterùm inteſtato mortuo patre qui prædia filiæ in dotem tradiderat, aliud proculdubio Papin. reſpondiſſet, quoniam quæ ratio ceſſante collationis neceſſitate tribuit filiæ retentionem, ſcilicet voluntas patris, & fauor poſſeſſionis ac matrimonij, ea ſanè non impediret collationem, cùm donatio non valuerit. Nam quod à nonnullis traditum video, dotem olim cõferri non debuiſſe, ſi non id teſtator nominatim iuſſiſſet, ex l. Theopompus 14. D. de dot. præleg. idque poſtea iure Codicis immutatum ex l. ſi ſoror. 8. C. de collat. prorſus à ratione alienum eſt. Siquidem in l. Codicis tractatur de ſucceſſione inteſtati, in qua cõferri dotẽ debuiſſe apparet ex l. filiæ dotẽ 4. l. dotis 5. l. filiæ licet 12. C. eod. & ex tot. tit. Digeſt. de collat. dot. At in l. Theopompus, de ſucceſſione teſtati, ſicut & in d. l. Pomponius Philadelphus. In qua tamen obſeruandum eſt non de illo Papinianum quærere, an donata prædia conferre fratribus deberet, de quo certum ius erat facto per patrem teſtamento. Nec rurſus an donatio fauore dotis valeret, quam vtique nemo ex iuriſperitis eorum temporum valere dixiſſet. Sed de eo duntaxat, quod erat lõgè difficilius & elegantius, An prædia donata perinde poſſet filia in paternæ hereditatis diuiſione retinere, acſi donatio valuiſſet. Quod certè vix quiſquam admitteret, ſi Papiniani reſponſum non haberemus.

Ad l. ſi vir. 3. D pro donat. & l. nunquam 31. D. de vſucap.

CAPVT XIII.

IVRIS quidem error in vſucapionibus & ad acquireodum nemini prodeſſe ſolet, l. iuris ignorantiam. 4. D. de iur. & fact. ignor. Sed ſi tamen errorem facti immixtum habeat, non ſuper exiſtentia, vt noſtri loquuntur, ſed ſuper validitate tituli, vulgo creditum eſt poſt gloſ. Bart. & alios in l. ſi vir 3. D. pro dona. prodeſſe errorem iuris ad inchoandam complendámque vſucapionem, & omnis generis præſcriptionem. Cuius rei ratio illa redditur, quòd quicquid fit de iuris errore, facti error planè bonam fidem inducat contingentem abſque vlla culpa errantis in iure, qui etſi ius omnino cognitum habuiſſet, nihilominus ob ignorantiam facti bonam fidem haberet, quæ non tantùm ad præſcriptionem ſufficit, ſed etiam ad vſucapionem, cùm adeſt titulus licet inualidus. Exemplum verò ſumitur ex d. l. ſi vir 3. D. pro donat. & l. ſed etſi 25. D. de donat. int. vir. & vxor. quibus locis reſpõſum eſt, ſi vir vxori rẽ alienã donauerit quam vxor donatoris eſſe putabat, procedere vſucapionẽ pro donato, tametſi error iuris interueniat ex parte vxoris exiſtimãtis valere donationes factas inter coniuges. Mihi neq. traditio hæc probari poteſt, neq. exemplũ. Nam in ſpecie d. l. ſi vir. & d. l. ſed etſi, error mulieris exiſtimãtis mariti fuiſſe rem donatam quæ erat aliena tantùm abeſt vt inducere poſſit bonam fidem, vt potiùs inducat malã. Facit. n. vt tanto magis opinari mulier debeat ſe eam rem accipere contra leges, & iure prohibẽte ex quo mala fides naſcitur, l. quemadmodũ 7. C. de agric. & cenſit. lib. 11. tit. 47. Quod & Didacus Couarruuias obſeruauit in 2. part. relect. ca. poſſeſſor. §. 7. num. 10. poſt Caſtrẽſem, cui nec cõmunis ſententia placuit, niſi eo demùm caſu quo error facti bonam fidem inducat, non quòd ad exiſtẽtiam tituli quẽ ſubeſſe ſemper neceſſe eſt l. Celſus 27. D. de vſucap. (niſi in eodẽ facti errore concurrãt, & qui tradit & qui accipit, quæ ſpecialis ratio eſt d. l. ſi exiſtimãs 48. eod. aliàs l. 3. D. pro ſolut. l. hominẽ 3 D. pro ſuo. quamuis ex d. l. Celſus, non obſcurè appareat diſſenſiſſe hac in re veteres Iureconſultos) ſed quòd ad ipſius tituli validitatem. Atque ita ego quoque ſentio. Nã quod ſcriptũ eſt in d. l. ſi vir, nõ eam rationem habet quòd mulier erraret in facto. Quid enim ſi non erraſſet, ac alienam rem ſciuiſſet? Minùs certè peccaſſet contra leges quæ donationem inter coniuges prohibent. Quanquam & illa ratio vſucapioni obſtitiſſet, nempe quòd in mala fide fuiſſet ob alienæ rei ſcientiam. Illa igitur ratio legis eſt, quòd plus fit hoc caſu in re quàm in exiſtimatione. Sufficit enim nõ eſſe prohibitã donationẽ, cùm res ſit aliena. d. l. ſed etſi 25. in fin. iis verbis *quæ quia aliena eſt vſucapi poteſt*. Nam ita fit vt nullus ſit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error ſit in cauſa, vt Caſtrenſ. loquitur, aut

potiùs

potiùs in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas eſſe inter virum & vxorem donationes. Eadem ergo ratione admittendum eſt, quod tamen idem Caſtrenſis & poſt eum Didacus negat, Eum qui rem alienam à pupillo emerit non adhibita ea ſolennitate quæ iure neceſſaria eſt, poſſe eam rem vſucapere aduerſus verum dominum, non propter errorem iuris aut facti (vterque enim malæ fidei potiùs quàm bonæ præſumptionem hic inducit) ſed propter factum ipſum reique veritatem, quòd reuera non ſit res pupilli, ſed aliena. Nam & hic quoque vt & in ſpecie d. l. ſi vir, plus eſt in veritate quàm in opinione l. regula 9. §. qui ignorauit D. de iur. & fact. ignor. l. ſi pater 4. §. quoties de manum. vind. §. ſi quis rem ſuam 11. Inſtit. de legat. licèt aliquando contingat ex contrario plus valere quod in opinione eſt, quàm quod in re l. qui putat 15. D. de acquir. hered. d. l. 2. §. ſi à pupillo D. pro emptor. Sic enim eo loco legendum eſſe *vt hic plus ſit in exiſtimatione quàm in re*, ingeniosè Iacob. Cuiacius vt alia innumera obſeruauit. Et ſanè nihil eſt quod prohibeat vſucapionem alienæ rei quam quis à pupillo ſine tutoris auctoritate comparauerit. Non rei vitium, quia eſt aliena, non perſona ipſa pupilli, quoniam non eſt hac parte fauorabilis pupillus, cuius nimirum nihil intereſt, cùm neque fiat pauperior, qui alienam rem vendit, neque ex contractu ſine tutoris auctoritate inito de euictione obligetur, l. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo D. de act. empt. §. 1. Inſtit. de auctor. tutor. Quin & ſi quis à pupillo rẽ ipſius pupilli emerit ſine tutoris auctoritate poterit vſucapere, dummodò puberem eum fuiſſe crediderit, ſicut & qui emit à furioſo, quem mẽtis compotem eſſe putabat, l. 2. §. ſi à pupillo & §. ſi à furioſo D. pro emptor. Quòd ſi error facti prodeſt ad eam vſucapionem, quæ reuera & pupillo, & furioſo damnum adferat, quantò faciliùs admittendum eſt, prodeſſe debere, cũ res eſt aliena, nec pupilli intereſt, hoc eſt, cùm non emptoris ſola opinio, ſed ipſa rei veritas vſucapioni patrocinatur? Sed & faciliùs hoc admitti poſſit, quam quod Põponius reſpondit in d. l. ſi vir. Ibi enim iuris error talis eſt vt ſi rei veritas cùm mulieris donatariæ opinione in facto concurreret, hoc eſt, ſi donatoris mariti res eſſet, non aliena, nullomodo valeret donatio tanquã moribus improbata. At in ſpecie de qua diſputamus, etiãſi pupilli res eſſet quam is vt ſuam vendit, cùm ſit aliena, nihilominus valeret contractus etiam ſine tutoris autoritate initus. Non quidem ex parte pupilli, qui certè non obligatur ſine tutore, ſed ex parte emptoris, vt apertè ſcriptum eſt in d. §. ſi quis à pupillo, quamuis non idcirco vſucapere emptor poſſet, niſi puberem crediſſet d. §. ſi à pupillo. Ergo cũ res eſt aliena cur nõ vſucaperet & emptor rem poſſidens ex contractu quem nec rei veritas, nec ipſius emptoris opinio inualidum fecerit? Neque obſtat quod ex Proculo Paulus ſcribit in l. nunquam in vſucapionibus 31. de vſuc. ſi per errorem initio vẽditionis tutor pupillo auctor factus eſt, vel poſt longum tempus venditionis peractum vſucapi rem non poſſe, quia iuris error eſt. Non enim tractatur eo loco de aliena re per pupillum vendita, vt Caſtrenſis, Didacus, & cæteri exiſtimant, qui ex illo textu mouentur, ſed de re pupillari quam pupillus ſine tutoris auctoritate vel ea malè interpoſita vendiderit ei qui impuberem eſſe non ignorabat, ſed putabat ſufficere vt tutoris auctoritas quandocunque interueniret, ſiue ab initio, ſiue ex interuallo. In quo nimirum emptor errabat in iure. Tutoria namque auctoritas interponi debet in ipſo negotio, id eſt, ſtatim atque perfectum eſt, abſque vllo interuallo l. obligari 9. §. tutor ſtatim D. de autor. tutor. Iunct. leg. ſi quis mihi bona 25. §. iuſſum D. de acquir hered. Quòd ſi aut ab initio interpoſita eſt aut ex interuallo, perindè eſt ac ſi non eſſet l. 2. illi. tit. de autor. tutor. Itaque error ille iuris emptori non proderit vt rem pupilli poſſit vſucapere, quem proculdubio vſucaperet ſi eſſet aliena, quãuis pupillarem crediſſet arg. d. l. Sed & ſi 25. de donat. int. vir. & vxor. & d. l. 3. pro donat. Id enim & ſi pupillo vtile eſt vt acceptum precium reſtituere non teneatur, nec ſi locupletior factus ſit l. qui alienam 54. D. de euict. l. ſi obligata 19. C. eod. l. 2. C. de reb. alien. non alienand. quod alioqui eo caſu reſtituere teneretur l. catenus 10. D. de inſtit. act. l. 1. §. an in pupillum D. depoſit. l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. ſeq. de condict. indeb. Proinde hoc etiam caſu verum eſt, quod Accurſ. ad l. Põponius 13. §. ſi iuſſu D. de acquir. poſſ. adnotauit verum eſſe in ſpecie d. l. ſi vir. non eſſe hic locum regulæ iuris, quæ habet, Eum qui alienam rem vendit ita demùm transferre in emptorem vſucapiẽdi conditionem, ſi propriam rem vendendo tranſlaturus ille eſſet dominium. Et miror reprehendi hoc nomine Accurſium à Didaco d. §. 7. in fin. Sed illud magis miror, quod vir doctiſſimus ſcripſit, in ſpecie d. l. ſi vir, tranſlaturum fuiſſe maritum dominium ſi rem propriam donaſſet. Quod eſt apertè contra d. l. ſed etſi 25. de donat. int. vir. & vxor. Niſi forte eum fefellit quod in d. l. ſi vir, ſcriptũ eſt, vſucapionẽ ita demùm procedere poſſe ſi pauperior is qui donaſſet nõ fieret. Quo vno caſu conſtat receptas eſſe inter virũ & vxorem donationes. d. l. 25. At conſiderare debuerat, aliena re donata debuiſſe condicionem illam adiici, quia variis modis contingere poſſit, vt etiam qui alienam rem dat pauperior ex eo fiat, puta ſi alienam ſciat, & ad exonerandam fortè cõſcientiam aliam precioſiorem poſteà dederit domino, qui ſuam alioqui vindicaturus erat. Propria verò re donata non niſi abſurdè diſtinctioni huic locum eſſe, quia fieri ſanè nequeat vt pauperior non ſit, qui rem ſuam donat l. filiusfamilias 7. D. de donat. & qui de bonis ſuis aliquid erogat l. ſi ſpõſus 5. §. cùm igitur 17. de donat. int. vir. & vxor. Quam ob cauſam Iuriſc. in d. l. ſed etſi, donationem valere defendit: Ea ſola ratione quòd res aliena eſſet, ſignificans apertiſſimè non fuiſſe valituram ſi donatoris res propria fuiſſet.

Ad l. ſi vnquam 8. C. de reuoc. donat. & l. cùm auus 102. D. de condic. & demonſtr.

CAPVT XIV.

CONſtantini reſcripto quod extat in l. ſi vnquam 8. C. de reuoc. donat. reuocantur ipſo iure donationes omnes, quas patronus filios non habens in libertum contulerit, ſi poſtea liberos ſuſceperit: Fauore, vt apparet, liberorum ſuperuenientium. Et vt vulgo noſtri ſentiunt, Ea pietatis coniectura, quòd credibile ſit non fuiſſe donatorem liberto donaturum ſi de liberis poſteà ſuſceptis cogitaſſet. Quis enim tam inhumanus, vt ſine cauſa ſobolem alienam propriæ præferre velit? l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic. l. cùm auus 102. de condic. & demonſtr. Hinc verò mouentur interpretes ferè omnes vt quod in patronorum donationibus ſpecialiter Conſtantinus induxit, ad quoslibet donatores protrahendum exiſtimẽt, quòd in omnibus donatorum perſonis eadem pietatis coniectura locum habeat, nec in pari cauſa diuerſum ius conſtitui debeat, cùm diuerſitatis ratio reddi non poteſt l. illum 32. D. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam D. de inioſt. rupt. & irrit. fact. Sed & quòd magis mirum eſt, ita iacto principio inferunt idem quoque admittendum eſſe ſi quis alteri

Digitized by Google

vxorem ducenti fauore nuptiarum donauerit. Secutis enim nuptiis ſuſcepiſque ex matrimonio liberis non eò minus reuocandam donationem ſi donator quoque poſt donationem ſibi nuptias liberóſque legitimos quæſiuerit. Eadem nimirum pietatis coniectura. Quod in Pariſienſi ſenatu pro Carolo Molineo iudicatum teſtatur Papónius lib.11. ſyntag. tit.1. *De donation.* §.20.& Molin.ipſe in eo tractatu, quem propriæ litis inſtruendæ gratia conſcripſit De donat.matrim. num. vbi & ſeipſo propter victoriam factus audacior & clarior, contendit tanta æquitate niti hanc ſententiam vt iam olim longè ante Conſtantinum placuerit Papiniano in l.tale pactum 40.§.vlt.D.de pact. In cuius eleganti ſpecie cùm proponeretur pater qui dotem promiſerat pactus eſſe, vt poſt mortem ſuam ſi in matrimonio ſine liberis filia decederet, dotis portio apud heredem ſuum fratrem remaneret: Reſpondit Papinianus eam conuentionem liberis à ſocero poſteà ſuſceptis & heredibus teſtamento relictis per exceptionem doli prodeſſe debere, Ratione illa, quòd inter contrahentes id actum ſit vt heredibus conſularet, & eo tempore quo pater filios non habuit in fratrem ſuum contuliſſe ſupremum iudicium videatur. Et verò ſi alia ratio non eſt Conſtantinianæ legis quàm coniectura pietatis negari non poteſt quin Iuriſconſultorum temporibus eadem reuocandæ donationis cauſa ſubeſſet. Nam & eadem ratione motus Papinianus in dict. l. cùm auus 102.de condic. & demonſtr. reſpondit defeciſſe videri conditionem fideicommiſſi quod auus à nepote reliquerat ſi intra trigeſimum ætatis annum moreretur, cùm nepos ille grauatus, relictis liberis intra eam ætatem deceſſiſſet. *Coniectura*, inquit, *pietatis, & quod minus ſcriptum quàm dictum fuerat, inueniretur.* Cuius reſponſi æquitatem & ſubtilitatem admiratus Iuſtinianus in d.l.cùm acutiſſimi 30.Co.de fideic.idem generaliter conſtitutum voluit, quoties aliquis ex deſcendentibus alteri hereditatem poſt obitum ſuum reſtituere rogatus proponatur. Addita etiam ratione illa *ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere.* Quibus verbis videtur Iuſtinianus explicare pluribus verbis voluiſſe quod breuiùs ſuo more Papinianus expreſſerat *coniectura pietatis.* Sicque vulgo interpretes omnes exiſtimant, quaſi pietas cuius coniectura motus eſt Papin.in eo eluceat, quòd non ſit credendus teſtator alienas ſucceſſiones velle propriis anteponere. In quo vereor ne Papiniani elegantiam Iuſtinianus minùs perceperit, indéque omnibus interpretibus Iuſtiniano duce errandi præceps occaſio nata ſit. Nam ſi verum amamus, non potuit Papinianus ea pietatis coniectura moueri, quòd non eſſet veriſimile teſtatorem auum qui nepoti fideicommiſſum iniunxerat, alienam ſobolem propriæ præferre voluiſſe. Siquidem proponebatur in ea ſpecie rogatus nepos vt hereditatem non alicui extraneo, ſed patruo ſuo reſtitueret, ac proinde ipſi ſoboli teſtatoris adeóque proximiori. Eſt enim filius vno gradu proximior nepote, tametſi iam olim obtinuerit, vt in cauſa ſucceſſionis aui concurrerent patriſque perſonam aut ſaltem gradum nepos repræſentaret §. cùm filius Inſtit.de hered.quæ ab inteſt.defer. Coniecturā igitur pietatis eam Papinianus intellexit, quæ faciat vt non videatur auus nepotē de reſtituenda hereditate rogaſſe in eū caſum, quo nepoti adoaſcerētur liberi, propterea quòd pietatis cauſa ſuadeat, liberis potiùs quā patruo hereditatē nepotis relinqui debere, neque credendus ſit auus pro nepote id conſiliū cœpiſſe quod nepos ipſe nō niſi impiè capturus eſſet. Impius.n. ille ſit qui heredē ſibi patruū potiùs quā proprios liberos eligat. Vnde & inofficioſi teſtamenti querela quæ liberis immerenter exheredatis competit, impietatis querelam continere dicitur, ſutoriſque improperium, quaſi furioſus nec ſanæ mētis fuerit pater qui propriis liberis eam iniuriam fecerit, quibus hereditatem non ſolùm ex communi voto parentum ſed etiam piè relinquere debuerat l.2.l.nam etſi 15.D. de inoff.teſtam. Quòd ſi proponas rogatum filium aut nepotem hereditatem reſtituere extraneo, poterit eo demùm caſu locus eſſe rationi Iuſtinianeæ, Vt ſi liberos grauatus ſuſceperit fideicommiſſum euaneſcat: ne alioqui alienas ſucceſſiones propriis antepoſuiſſe teſtator videatur. Sed mala tamen ratio erit, quia nec generalis, nec à contrario ſenſu capta contrarium ius inducere poterit: cùm etſi propriam ſobolem per fideicommiſſum teſtator vocaſſet, non aliud iuris conſtitui deberet. Itaque non ſolùm ſuperuacuum, ſed etiam ſtultum eſt tam elegantis reſponſi Papinianei aut duplicem rationem quærere aut aliā quàm quæ à Papiniano expreſſa eſt. Ex quo porrò apparet, malè noſtros eo reſpōſo abuti vt probēt reuocari donationes ex liberorū ſuperuenientia, coniectura illa pietatis quòd nō ſit credendus donator alienas ſucceſſiones propriis anteponere voluiſſe. Sanè quemadmodum in l.cùm auus, potior eſt cauſa liberorum heredis grauati quàm fideicommiſſarij, ex ea pietatis coniectura, quòd liberis potiùs quàm collateralibus aut aſcendentibus piè relinqui hereditas debeat: Ita videatur non malè dici poſſe ex eadem coniectura præferendos donatario præſertim extraneo liberos donatoris de quibus donationis tēpore donator non cogitauerit. Multóque magis in donatore vſurpari, quod in teſtatore Iuſtin. ſcribit in d.l. cùm acutiſſimi, non fuiſſe veriſimiliter donatorem prælaturum extraneos liberis ſi de liberis cogitaſſet. At videamus ne in hoc ipſo quoque noſtri decipiantur exiſtimantes eadem pietatis aut voluntatis coniectura donationem reuocari, & fideicommiſſum excludi. Quaſi verò vtrumque ſit æquè facile, ac non longè difficilius ſemel perfectam donationem reuocare aut pro donatoris arbitrio interpretari, quàm fideicommiſſarium iuſta dubiæ voluntatis interpretatione excludere. Etſi enim dici ſolet donationem non eſſe contractum, propterea quod inter donantem, & donatarium nullum negotium geratur l.interdictum 14.D. de precar. (quid enim, obſecro negotij eſt in conferendo aut ſuſcipiendo beneficio?) perinde tamen irreuocabilis eſt atque ſi eſſet contractus vltrò citróque obligatorius, cùm donatio pura & inter viuos ſic fiat ne donator recipiat l.1.§.1.D. eo. & vt ſtatim res fiat accipiētis donatarij, nec vllo caſu ad donatorem reuertatur, vt Iulianus loquitur in l. 1. D.de donat.& poſt eum Paulus in l.Senatus 35. §. ſed mortis cauſa D. de mor. cau. don. vbi addit eum qui verè & abſolutè donat, malle donatarium habere id quod donatur, quam ſe ipſum. Proinde cur non admittamus malle eū rem donatā ad donatariū quàm ad liberos ſuos peruenire: niſi fortè quis putet donatorem liberos ſuos magis quam ſeipſum dilexiſſe, quod ſane ordo charitatis non patitur, quem à ſeipſo incipere quiſque debet. Et quamuis liberorum amor & coniunctio faciat vt pater & filius vna eadémque perſona exiſtimentur, l.vlt.C. de impub. & aliis ſubſtit. filiuſq; dicatur pars corporis paterni l.cùm ſcimus 22.C.de agric.& cenſit.li.11.ti.47.id tamen eò pertinet vt patris propter liberos eadem condicio ſit quæ propter ſeipſum, vt in ſpecie l.iſti quidem 8.§.vlt.D. quod met.cau.vbi quod lex ait *cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur*, nō ſic accipiendum eſt

vt parentes magis terreãtur in liberis quàm in ſeipſis. Quis enim, ſi in malis electio detur, ſtuprũ pati malit quam filium ſuum? ſed vt per filij corpus pater penè magis quàm filius periclitetur, vt Iuſtin. loquitur in §. vlt. Inſtit. de noxal. act. Denique quod ſibi licere nemo vult vix eſt vt liberis ſuis etiam heredibus exceptum velit. Nam & qui mortis cauſa donat, licèt malit ſe habere quàm donatarium, mauult tamẽ donatarium habere quàm heredem l. 1. & d. l. Senatus §. 1. de mort. cauſ. donat. quamuis quod de liberis dicitur, idẽ de herede quoque dicatur, vt eadẽ cum defuncto perſona cenſeatur l. vlt. Co. de hered. inſtit. nec fauorabilior cauſa eſſe debeat liberorum quàm extranei heredis, ſiue ſint illi heredes ſiue non ſint. Nam ſi heredes ſint, cur non defuncti factũ præſtare teneantur? ſi non ſint, cur eorum fauore reuocetur donatio bonorũ quę ad alios quàm ad ipſos peruenianť? Aut cur ipſi donatori liceat reuocare donationem propter liberos, quibus non cogatur ille relinquere quæ extraneo donauerat? Illud ſiquidẽ fateri omnes coguntur quod Conſtãtini lex diſertis verbis expreſſit, donationem ex ſuperuenientia liberorum reuocatã non liberis acquiri, ſed in donatoris arbitrio ac ditione manere. An verò liberorum qui nondum nati ſint præſentiam requiremus vt firma & irreuocabilis fiat donatio, cùm & abſentibus iis qui iam nati ſunt, firma ac irreuocabilis fieri poſſit? l. vellea necne 8. C. eo. tit. de reuoc. donat. An potiùs donationem puram & abſolutam (ſic enim noſtri appellant d. l. Senatus §. 1. l. Seia 42. §. vlt. de mort. cauſ. donat.) ſub tacita conditione factam dicemus? ſi donator liberos poſteà non ſuſcipiat? Atqui ſunt hæc pugnãtia, Puram & abſolutã eſſe donationẽ, Et tacitã vllã habere cõditionem. An veriùs quis dixerit purã quidem & abſolutam eſſe donationem, ſed ſub cõditione reuocabilẽ? Exemplo vẽditionis factæ ſub pacto addictionis in diẽ aut legis cõmiſſoriæ l. 2. D. de in diẽ addict. l. 1. D. de leg. cõmiſſ. At donationis inter viuos nõ magis propriũ eſt vt purè fiat, quàm vt nullo caſu reuocari poſſit d. l. 1. de don. l. vbi ita 17. D. de mor. cau. don. Idque nimirũ eſt quòd dicimus fieri eam abſolutè, hoc eſt abiecta omni ſpe reuocationis. Quod non cõtingeret ſi reuocabilem eã faceret tacita illa cõdicio, Si donatori nõ naſcãtur liberi. Deinde cum ſaltẽ verbis pura & abſoluta ſit donatio, nõ poteſt ea tacita cõdicio induci niſi per interpretationẽ. Atqui quoties in donationibus ambiguitas aliqua eſt quæ interpretationẽ requirat: ampliſſima ſemper fieri debet interpretatio cõtra donatorẽ ca. cũ dilecti. Ext. de donat. nempe quoniã in eius poteſtate legẽ fuit apertiùs dicere arg. l. veterib. 39. de pact. Quã ob cauſã generaliter traditũ legimus perfectam donationem conditiones nullas recipere l. perfecta 5. C. de donat. quæ ſub mod. quod ego generaliter quoque ſic intelligo, vt neque expreſſam conditionem adiicere teſtator poſſit, neque tacitam per interpretationem. Alioqui nunquã cenſeretur perfecta donatio ſi quandocunque liceret donatori pro arbitrio comminiſci quid ille cùm donaret ſenſerit, quámue liberalitati ſuę conditionem tacitè ineſſe intellexerit. In quo potiſſimùm ſanè differũt donationes, pręſertim inter viuos, cõtractúſque omnes ab vltimis volũtatibus, quę quoniam ab vnius tantùm hominis voluntate dependent, eáque libera (nulla enim ex teſtamento actio naſcitur cõtra teſtatorem, ſed tãtùm cõtra eius ſucceſſores) recipiunt interpretationẽ ex ſola coniectura voluntatis, morientium deſideriis ex viuentium arbitrio æſtimatis, vt ait l. quoniam 4. Cod. de natural. libert. Nec in eo aliqua ſit iniuria ei qui capit ex vltima alterius voluntate, ſi non plus ei detur quàm dare teſtatorem voluiſſe appareat, aut veriſimile ſit. In contractibus verò quoniam obligatio ſtatim naſcitur, quæ niſi mutuo contrahentium conſenſu diſſolui non poteſt l. ſicut 5. C. de obligat. & action. nulla poteſt fieri interpretatio ex ſola alterutrius voluntate. Illud certè inſpici præcipuè debet quid actum ſit, at non quid ab hoc aut ab illo, ſed quid inter vtrumque. Alioqui ferè eſt vt à contractu pro arbitrio recedere poſſit qui contractum pro arbitrio interpretari poteſt. Eadẽmque, vt dixi, puræ donationis cauſa eſt licèt propriè contractus non ſit. Eſt enim contractui ſimillima quòd ad vim & poteſtatem obligationis pertinet, vt ſemel perfecta numquam poſſit reuocari ſiue ex pœnitentia d. l. velles necne l. poſſeſſionem 3. C. de reuoc. donat. ſiue alio vlló caſu d. l. 1. D. de donat. Quam in rem extat quoque Iuſtiniani Conſtitutio in l. vlt. C. eod. *Generaliter*, inquit, *ſancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatáſque manere*, vt nec euerti poſſint niſi ex certis tantùm cauſis ea lege cõprehenſis, & limitatis: ſic enim ſubiicit *ex his enim tantummodo cauſis* inter quas portò ſuperuenientia liberorum non enumeratur, quæ non erat prætermittenda, ſi Conſtantini legem, quam Iuſtinianus nõ ignorabat, tam generaliter accipiendam putaſſet ille, quàm noſtri volunt. Nullus enim hodie frequentior modus eſt aut facilior via euertendæ donationis quàm ſi donator vxorem ducat liberóſque ſuſcipiat: adeò vt multos videas quos inconſideratæ liberalitatis pœniteat vxorem ducere, donatarij odio & in eius fraudem potiùs quàm deſiderio ſuſcipiendæ prolis, quod & ipſi Molineo vſuueniſſe conſtat, nec ipſe diffitetur. Et verò ſi quo vnquam caſu verum eſſe poteſt quod dici ſolet, Propoſitum in mente retentum nihil operari, An non in contractibus maximè, & iis obligationibus quæ inter viuos contrahuntur locum id habere debet? l. Lucius 88. aliàs l. codicillis §. inſulam de legat. 2. Nam in vltimis voluntatibus non vtique ſemper obtinet d. l. cum auus 102. de condic. & demonſtr.

Ratio & ſententia d. l. ſi vnquam, & l. ſale pactum. 40. §. vlt. D. de pact.

CAP. XV.

REſtat vt reſpondeamus ad l. ſi vnquam, ex qua omnes mouentur. Ea verò ſententiã noſtrã manifeſtiſſimè comprobat. Nam, vt initio diximus, & verba ipſa demonſtrant, non de donationibus omnibus generaliter loquitur, ſed de iis duntaxat quas patronus in libertum contuliſſe proponatur, quarum ſanè diuerſa ratio eſt faciliórque reuocatio ſi patrono ſuperuenerint liberi. Cùm & ſi quid libertus de propriis bonis in fraudem patroni eiúſve liberorum alienaſſet, reuocari id poſſet per Fauianam, nec tantùm à patrono, ſed & à patroni liberis qui in bonis liberti idem ius habent quod patronus ipſe l. 2. l. libertinus 5. cum ſeq. & paſſ. de bon. libert. l. 1. in princip. §. vlt. & l. 3. D. ſi quid in fraud. patron. Quantò igitur faciliùs eſt ſi profuſa liberalitate patronus liberos non habens bonorum ſuorum partem liberto donauerit reuocari donationem fauore liberorum? Atqui, inquies aliud eſſet ſi donationis tempore liberos iam natos patronus habuiſſet. Fit igitur reuocatio ex tacitã illa voluntatis coniectura, quòd credibile ſit non fuiſſe patronum liberto donaturum ſi de liberis cogitaſſet. Quæ ratio perinde in cæteris donatoribus ac in patrono locum habet. Et hoc nimirũ eſt quod interpretes noſtros pręcipites egit. Sed animaduertere

Digitized by Google

debuerunt, Eſſe quidem hanc cauſam propter quam æquum viſum eſt indulgeri patrono vt donationem in libertum collatam reuocare poſſit, ſed non eſſe tamen ſatis validam & ſufficientem. Ideóque cùm iuris ratio patroni deſiderio refragaretur, Conſtantini lege opus fuiſſe, quam apertum eſt præ ſe ferre ius nouum, & prioribus Iureconſultis ac Imperatoribus incognitum: Conſtantinum autem non in omnibus donatoribus, ſed in ſolis patronis hanc reuocandæ donationis rationem adprobaſſe. Alioqui cur de patronis tãtùm locutus eſſet? An quia ex facto inciderat vt de donatione per patronum facta quæreretur? Atqui generalis lex eſt ad Præfectum Prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti ſpeciem reſcripta. Quid itẽ ſi non patronus liberto, ſed contrà libertus patrono donauerit: deinde liberos ſuſceperit? Quis admittat legem fauore patroni latã in ipſius odium retorqueri, vt perinde ex ſuperuenientia liberorum liberti donatio reuocetur? Eadem tamen reuocandæ donationis ratio ſubeſſet in liberto quæ in cæteris donatoribus. Fatendum itaque eſt ſpecialem eſſe legis illius rationem in patrono, hoc vno æquitatis potiùs quàm iuris prætextu fultam, quòd natis patrono liberis, de quibus donationis tempore non cogitauerat, inciuile ſit libertum donationis viribus ſubnixum ſummo iure agere cum patrono cui non ſolum reuerentiam debeat, ſed etiam vitam, & quæ vita dulcior eſt, libertatem. Nec defuerunt ex veteribus interpretibus qui ſic ſenſerint: ſed tamen leuioribus rationibus quàm vt alios in ſuam ſententiam trahere potuerint. Iam verò quod Molinæus ſcripſit beneficium dictæ l. ſi vnquam nõ eſſe nouum, idémque iam olim Papiniano in donatore quolibet quod Conſtantino in patrono viſum ex l. tale pactum 40. §. vlt. de pact. Deus bone quàm ridiculum eſt, & ineptum! Quaſi verò tractetur eo loco de donatione inter viuos vel mortis cauſa in fratrẽ collata, ac non potiùs de pactione quam ſocer cùm dotem promitteret fecerat, vt heredi ſuo fratri conſuleret, conferens nempe ſupremum iudicium in fratrem ſuum quòd nullos eo tempore liberos habebat. Quare nec ait Papinian. ſuſceptis poſteà liberis reuocari vel inutilem effici conuentionem. Quinimo vtilẽ manere vult, vt ex ea, non quidem fratri qui nominatus fuerat, ſed liberis poſteà ſuſceptis, & heredibus teſtamẽto relictis, detur exceptio, non pacti, quia fratri non liberis pactus fuerat pater, ſed doli quæ ſubſidiaris eſt exceptionis pacti l. reſcriptum 10. §. vl. cum ſeq. eo. Ratione illa quòd inter contrahentes id actum eſſet vt heredibus conſuleretur: neque enim potuerat in ea ſpecie frater fratri paciſci aut ſtipulari, niſi tãquam heredi l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri l. ſi mihi & Titio 110. de verb. oblig. Porrò ſupremæ voluntatis propriũ illud eſt vt ſiue in teſtamento ſiue ex contractu expreſſa ſit, ad mortem vſque ſit ambulatoria leg. 4. D. de adim. legat. l. cum hic ſtatus 32. §. pœnitentiam de don. int. vir. & vxor. l. 1. Co. de ſacroſ. eccleſ. Et reuocatam fuiſſe eam conſtabat non ſolùm ex coniectura voluntatis propter ſuſceptos poſteà liberos, (quãquam ſufficere hoc poterat mortuo patre, cũ intelligatur quiſque legitimã hereditatẽ ſpõte relinquere iis qui proximiores ſunt ab inteſtato, præſertim liberis l. conficiuntur 8. D. de iur. cõdicil.) Sed ex teſtamẽto ipſo quo liberos pater heredes ſcripſerat. Sed ſi donatio aut inter viuos aut etiã mortis cauſa in fratrẽ collata fuiſſet, nihil eſt apud Papinianum ex quo poſſis colligere admiſſurũ eum fuiſſe, vt propter ſuſceptos poſteà liberos ipſo iure reuocaretur, quia nec per voluntatem expreſſã pura & abſoluta donatio reuocari poſſet. Illud verò quàm abſurdum exiſtimare donationẽ quam quis ex contractu alieni matrimonij in ſponſum, ſpõſámve contulerit, reuocari etiam ipſo iure ſi donatori adnaſcantur liberi! An non ita fit fraus non tantùm donatario aut donatariæ, ſed etiam eius coniugi adeóque liberis ex eo matrimonio ſuſceptis? Quis autẽ ex veteribus illis iuris prudẽtibus admitteret id quod donatum eſſet ob cauſam, id eſt fauore nuptiarũ, quibus nihil eſt fauorabilius, reuocari poſt cauſam ſecutam, id eſt poſt ſecutas nuptias quæ nec ampliùs diſſolui poſſint & quibus ipſa donatio cauſam dederit? Cùm non aliter contracturus fuiſſet alter ex coniugibus quàm ſi donatio illa in coniugem collata eſſet l. ſi donaturus 9. §. ſi quis indebitam D. de condict. cauſ. dat. l. pen. §. ſed & ſi quis D. quod fal. tutor. l. ſi remunerandi 6. §. planè ſi tibi D. mandat. Itaque non poſſum ſatis mirari ab ampliſſimo ordine probatã hanc tam abſurdam iniquámque ſententiam. Nunquam enim apud ſupremos rectóſque iudices communis error ius facere debet. Neque ex iuris ratione defendi poteſt aliud vllum remedium ſupereſſe liberis poſt donationem ſuſceptis, quàm vt querelam proponant inofficioſæ donationis, ſi nihil ſuperſit in bonis donatoris mortis tempore, aut agant ad ſupplementum ſi minùs legitima ex bonis paternis conſecuti ſint tot. tit. C. de inoff. don. & Nouell. 92. Ipſi autem donatori nullo modo conſuletur, niſi hactenus vt de donationibus immenſis tãtum detrahat quantum neceſſe eſt, ne per querelam inofficioſæ donationis reuocentur l. ſi totas 5. C. ill. tit. de inoff. don. quæ donatario fauorabilis reuocatio eſt, cùm fiat ob hoc ipſum ne donatio tota reuocetur, aut pro ea parte quæ liberis ab inteſtato contingeret, vt pluribus docui lib. 3. cap. 17. An autem in filium aut extraneum collata donatio ſit nihil planè intereſt. Quãuis ea ſit receptiſſima noſtrorum ſententia, vt concilient d. l. ſi totas cum l. ſi vnquam, quæ tamen, ſecundum ea quæ diximus, nec pugnat nec ad rem vllo modo pertinet.

Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam l. debitor. 59. D. ad SC. Trebell. Et ad l. 3. de ſeparat.

Capvt xvi.

EXiſtimant noſtri omnes poſt Bartolum, in huius legis ſpecie remanere propter pignus naturalem obligationem etiam facta confuſione per hereditatis aditionem. Hoc autem ideò quoniam creditor idémque debitoris heres ſuſpectam hereditatem dixerat eámq; coactus iuſſu Prætoris adierat. Nã certè de herede recuſante Paulus tractat, & ad finẽ queſtionis ita ſcribit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* In quo duplex, meo iudicio, noſtrorum error eſt: vnus ille, quod in propoſita quæſtione aliam rationem conſtituunt creditoris qui coactus adierit, aliam eius qui ſponte: Alter quòd creditore iuſſu Prætoris hereditatem debitoris adeunte naturalem obligationem propter pignus ſupereſſe arbitrantur. Nam vt hinc noſtra incipiat diſputatio, certũ eſt cõfuſione perimi omnem prorſus obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem l. heres à debitore 21. §. quòd ſi ſtipulator D. de fideiuſſ. ſiue hereditatem vltro heres adierit ſiue coactus. Quod & apertiſſimè Paulus docet in hac lege eùm ad propoſitam quæſtionem reſpondet his verbis, *aditione quidem hereditatis confuſa obligatio eſt. Videamus autẽ ne & pignus liberatũ ſit ſublata naturali obligatione.* Ex quibus apparet nec dubitare Paulũ quin ſublata ſit naturalis oblig. ſed de

illo

Digitized by Google

illo duntaxat, an idcirco pignus liberatum dici poſſit. Non eſſe autem liberatum probat hac ratione. Nam aut poſſidet creditor idémque heres rem pignoratam inquit, aut non poſſidet. Si poſſidet, nulla actione à fideicommiſſario conueniri poteſt. Non ex teſtamento, quaſi fideicommiſſum non reſtituerit ſicut debuit qui minus reſtituit (quod eueniret ſi nullum pignus interceſſiſſet.) Poſſidet enim eam rem quaſi creditor. Multò minus pignoratitia, quoniã hereditaria eſt, id eſt, quoniã fieri nequeat vt alio iure quã hereditario ea actio fideicommiſſario cõpetat, cum deſcendat ex contractu per defunctum inito, tametſi defuncto nunquam competierit, qui quandiu vixit, debitor manſit, cùm non niſi ſoluto debito aut ſi aliter eo nomine ſatisfactum ſit pignoratitia actio naſcatur l. ſi ratio 9. §. omnis D. de pignor. act. Atqui hæc eadem ratio faceret viuo debitore vt non poſſet ille pignoratitia agere ante ſolutum debitum. Ergo neque fideicommiſſarius ex ipſius perſona poterit, ne alioqui plus iuris habere videatur ſucceſſionis iure quàm defunctus habuerit, quod ſanè fieri non poteſt. Atque ita ratio hæc Pauli explicanda eſt, non quomodo vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius docuit tractat. 9. ad Africanum, exiſtimans deeſſe hic negationem, eáque addita legendum, *quoniam hereditaria non eſt actio*, quaſi ſenſus ſit, pignoratitiam actionem hoc caſu non competere fideicommiſſario, quia nec defuncto nec hereditati vnquam competierit, cuiuſmodi actiones ſi quæ poſt aditionem aut reſtitutionem emergant, in fideicommiſſarium non tranſeunt, ſed noua ceſſione opus eſt leg. ſi heres pecuniam 73. D. hoc titul. Nam eſſe hanc hereditariam actionem, licet defuncto nunquam competierit, negari non poteſt, cùm fuerit ei competitura ſi debitum ſoluiſſet. Alioqui nec poſſet competere fideicommiſſario etiam debitum offerenti, quod tamen à Pauli ſententia alienum eſt. Eo ſiquidem demùm caſu negat cõpetere illã fideicõmiſſario, quo nolit fideicommiſſarius debitum ſoluere, cauſatus ſublatam omnem obligationem confuſione per aditionem hereditatis debitoris. Sed etſi rem ipſam & effectum intueare, idẽ noſtræ interpretationis qui huius emendationis ſenſus eſt: ille nimirum, vt fideicõmiſſario non cõpetat pignoratitia, quia nec defuncto cõpeteret citra ſolutionem. Proinde nulla hac parte vulgaris lectionis emendãdæ ratio eſt. Sequitur verò apud Paulum, quod ad alterã diſtinctionis partem attinet, ſi non creditor idémque heres, ſed fideicõmiſſarius pignus poſſideat, Seruianæ actioni locum fore, quemadmodũ dicimus, inquit, cum amiſſa eſt actio propter exceptionem, puta ſi creditor vitio ſuo & culpa ceciderit à cauſa. Quo tamen caſu minor dubitãdi cauſa eſt, cum longè plus ſit obligationem extingui quam actionem amitti, variiſque ex cauſis amitti poſſit actio culpa & vitio actoris, ſubſiſtente nihilominus obligatione l. qui occidit 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. l. ſi ſuperatus 3. in princip. & §. 1. l. ſeruum quem 27. D. de pignor. l. ſi per imprudentiam 51. D. de euiction. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de ſolution. Itaque non tantùm retentionem dat Paulus creditori ſublata quoque naturali obligatione, ſed etiam, quod difficilius eſt, petitionem pignoris nomine. Verùm dicat hic fortaſse quiſpiam, nec immeritò, rationes iſtas omnes quibus mouetur Paulus non probare id de quo diſputat. Pignus ſcilicet liberatum non eſse, ſed ad ea potiùs pertinere quæ eſsent conſequentia ſi pro explorato haberemus, non eſse liberatum. Quomodo enim fieri queat vt pignus poſſideat heres quaſi creditor poſt aditionem & reſtitutionem, ſi verum eſt nullã prorſus obligationem ſupereſſe? Si quidem creditores eos appellamus quibus debetur ex quacunque actione l. creditores 10. cum ſeq. de verbor. ſignific. Aut cur non fideicommiſſario poſt reſtitutionem detur pignoratitia quaſi ſoluto debito & extincto iure pignoris ſi tota obligatio cõfuſione ſublata eſt per hereditatis aditionem? Etſi enim ea actio hereditaria eſt, nihil tamen vetat eius conditionem, quæ illa eſt, ſi debitum ſolutum ſit, defuncto debitore exiſtere, & cõſequenter actionem ſucceſſori competere quæ defũcto nec vnquam competierit, nec citrà ſolutionem competere potuerit arg. d. l. ſi per imprudentiam 51. §. non mirum, iunct. l. qui à pupillo 7. de euict. l. reperitur 84. D. ad leg. Falcid. & tit. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Præſertim cùm dici ſoleat non tantùm confuſione perimi obligationem debitoris cui ſuccedit creditor, ſed etiam ſolutionis poteſtate, quaſi ſibi ſoluere videatur qui agnoſcit debitoris ſui hereditatem, l. quæ dotis 35. D. ſolut. matr. l. debitori 50. D. de fideiuſſ. Nam cùm ea ſolutionis ſpecies talis ſit quæ non niſi mortuo debitore poſſit contingere, adeóque ipſius hereditate per creditorem adita. Quis miretur pignoratitiam ex ea cauſa dari fideicommiſſario quæ viuo debitore nunquam nata fuerit? Igitur fatendum eſt mancam eſſe totam illam Pauli ratiocinationem. Niſi aliam rationem addas quam nec ipſe prætermiſit, ſed vt prioribus omnibus inſeruiret vltimo loco ſubiecit his verbis. *Verum eſt enim non eſſe ſolutã pecuniam.* Cuius, meo iudicio, hic ſenſus eſt, Oportere quidem, ad pignoris cõſtitutionem, vt præcedat obligatio aliqua ſiue naturalis tantùm illa ſit, ſiue etiam ciuilis, ſed eo ſemel conſtituto tandiu durare ipſius nomine actionem quandiu verum eſt non eſſe ſolutam pecuniam, aut aliter eo nomine ſatisfactum: tametſi tota obligatio quæ præceſſerat iuris & confuſionis poteſtate interciderit & penitus extincta ſit. Habet enim hypothecaria & quaſi Seruiana perpetuas illas ſuas conditiones, ſi ſoluta pecunia aut ſatisfactum ſit, quibus ceſſantibus tenet l. grege 13. §. etiam vbi Bart. l. ſi fundus 15. §. in vindicatione D. de pignor. adeò vt nec pignorum liberatio competat, ſi qua ratione ſolutio facta reuocetur. l. Titius 21. D. de iur. fiſc. Itaque quoties quæritur an liberatum ſit pignus, necne, non illud inſpiciendum eſt: an aliqua ſuperſit obligatio, ſed illud duntaxat, an ſolutum ſit debitum, vel aliter ſatisfactum necne. Inde nimirum eſt quod in ſpecie l. cùm quis 38. §. vlt. de ſolut. hoc eſt cùm debitor fideiuſſori qui pignus dederat heres fuit, placet Africano pignoris obligationem durare, quãuis fideiuſſoria obligatio prorſus extincta ſit. Eſſe enim extinctam vel ex eo maximè conſtat quod ibidẽ Africanus probat, ſi fideiuſſor ille alium fideiuſſorem dederat, liberatum eum intelligi, quod vtique falſum eſſet ſi vel naturalis obligatio ſubſiſteret, cũ naturali quoque obligationi fideiuſſor accedere poſſit l. ſtipulatus 6. §. vlt. l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor de fideiuſ. l. 1. D. de donat. multò magis verò propter naturalem ſolam ſuperſtitem in obligatione retineri arg. l. eo tempore 50. §. etiam de pecul. Et ſanè non poſſum videre qua ratione fieri queat, vt ſibi ipſi naturaliter quis obligatus videri poſſit potiùs quàm ciuiliter, aut cur propter pignus naturalis obligatio remanere debeat potiùs quàm ciuilis. Maximè verò cum & aliis plerìſque caſibus nihil commune habeat cauſa pignoris cũ iure obligationis naturalis. Finge verum debitorem per iniuriam iudicis abſolutum, nihilominus manet naturaliter obligatus l. Iulianus verum debitorem 59. D. de condict. indeb. ideóque nec ſolutum repetere poterit vt ibi-

Digitized by Google

dem Paulus ex Iuliano ſcribit. Et tamen pignus ab eo datum liberatur l.ſi deferente 13. D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit. Nempe propter rei iudicatę autoritatem. Et quia res iudicata pro veritate habetur l.res iudicata 207.de regul.iur. Vnde illud etiam fit vt ſi pluris condẽnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quàm ſortis & vſurarum computatio faciebat non ſufficiat ad exonerandam hypothecam tantùm ſoluere debitorem quantum reuera debebat. Niſi prętereà offerat quanto plus eſt in condemnatione, licet contrariis ſententia humanitatis intuitu aduerſus ſtrictam iuris rationem obtineat l.ſi fundus 16. §.ſi pluris D. de pignor. An, vt quidam putant, quòd ſi creditor ab extraneo plus ſuo debito exegiſſet, cogeretur debitori reddere pignoratitia actione l.ſi inter 21. §. vltim. eod. vt proinde iniquum ſit plus debito exigere eum à debitore? Minimè. Neque enim debitori redderet creditor, quod ab extraneo plus debito exegiſſet autoritate rei iudicatæ, quaſi quod ex iniuria aut ſtultitia iudicis potiùs quàm ex re debitoris habuiſſet arg.l.3.l.alienus 61.D.ad leg.falcid. Sed quia verum eſt non niſi pro ea ſumma quæ naturaliter & reuera credita eſt contractum pignus fuiſſe. Eadem ergo æquitas multò magis facere debet vt quamuis cõfuſione ſublata ſit obligatio adita per creditorẽ hereditate debitoris, Seruiana tamen actio duret ſi hereditas ad alium peruenerit ex Trebelliano, nec pecunia ſoluta fuerit. Nam & quod magis mirum eſt ſi pignus nullũ datum ſit, & debitor fideiuſſori heres extiterit, eiúſque bona venierint, reſponſum eſt à Papiniano in l.3. De ſeparat. extinctã quidem fideiuſſoriã obligationẽ, ſed nihilominus poſſe creditorem impetrare ſeparationem ſiue ſolus ſit hereditarius creditor, ſiue alij cõcurrãt. In qua ſpecie illud quoque tractari poteſt, Qua ratione ſeparationem bonorũ fideiuſſoris impetrare poſſit hic qui fideiuſſoriã obligationẽ amiſit, cùm verũ ſit non niſi creditoribus cõcedi ſeparationẽ l.1.eo. ti. Sed ratio eſt quã & Papi. exprimit, quòd ratio iuris quæ cauſã fideiuſſionis excluſit propter principalem obligationem maiorem, & pleniorem, nõ debeat creditorem dãno afficere qui ſibi diligẽter proſpexerat. Dices fortaſſe non eandem eſſe rationem confuſionis quæ ſit obligationis fideiuſſoriæ, cùm debitor ſuccedit fideiuſſori aut fideiuſſor debitori, & illius quæ cõtingit adita per creditorem hereditate debitoris. Illa enim fit inuito creditore in cuius ſcilicet poteſtate nõ eſt facere ne debitor hereditatẽ adeat fideiuſſoris, aut ex cõtrario fideiuſſor debitoris. Facto autẽ vnius perimi actionẽ alterius ſiue ignorãtis ſiue inuiti iniquiſſimũ ſane fuerit. Quæ proculdubio Papiniani ratio eſt in d.l.3.de ſepar. At in creditoris poteſtate eſt ne hereditatẽ adeat debitoris à quo heres ſcriptus ſit l.nec emere 6. C. de iur.delib. ſibi ergo imputet ſi vltrò adeat. Quòd ſi per Prætorẽ cogatur adire vt reſtituat ipſi quidẽ imputari minùs poteſt qui parẽre habeat neceſſe, ſed tamẽ quoniã factũ eius interuenit, difficilius videtur vt ei ſubueniatur cõtrà iuris rationẽ quę obligationem omnem cõfuſione perimit ſiue pignus eo nomine datum ſit, ſiue non. At reſpondeo vtroque caſu eandem eſſe iuris rationẽ quæ faciat vt obligatio confuſione perimatur. Illam videlicet, quòd fieri nunquã poſſit aut intelligi vt ſibi ipſi quis debeat ſiue per propriam ſiue per alienam aditionem ea confuſio acciderit. Vtroque etiam caſu eandem æquitatis rationem facere, vt per huiuſmodi confuſionem damno affici non debeat creditor, cui reuera ſolutum non eſt, quique ſibi diligenter proſpexerat, ſi modò nihil ei imputari poſſit, quomodo ſanè nec imputandum quicquam eſt illi qui ſuſpectam adire iuſſus, & coactus fuerit. Reſtituta igitur ex Trebelliano hereditate tametſi nullum pignus interueniret, ſuccurrendum vtique ei eſſet ne damno afficeretur, quemadmodum & ob eam cauſam ius illi competere petendę bonorum ſeparationis ex reſcripto Diui Pij docet Vlp. in d.l.1.§. Sed ſi quis ſuſpectam eod. tit. de ſeparat. Non quidem vt reſtituantur ei actiones confuſæ per aditionem (eſt enim mancum minúſque ſufficiens in eam rem ſeparationis remedium,) ſed vt creditoribus hereditariis non teneatur. Quod verò ad confuſarum actionum reſtitutionem pertinet, mãco remedio ſeparationis, nullum certè auxilium competit, ſi pignus non interueniſſet: ſed interueniente pignore dico ſaluam manere actionem Seruianam, & perinde creditori eidémque heredi conſuli ſiue agat de pignore ſiue conueniatur, quamuis tota obligatio & naturalis, & ciuilis confuſione perempta ſit, atque ei conſuleretur ad impetrandam ſeparationem ſi à creditoribus hereditatis vrgeretur. Non igitur remanet naturalis aut ciuilis aliqua obligatio propter pignus, cùm debitori qui pignus dederat creditor heres extitit, ſicut nec in ſpecie d.§.ſed ſi quis ſuſpectam & d. l. 3. de ſeparat. remanet vlla obligatio propter ſeparationem. Sed pignus facit, vt quamuis confuſione ſublata ſit tota obligatio, ſuperſit tamen remedium quo creditori ſuccurratur, ſiue pignus poſſideat ſiue non, hoc eſt vt æquitas illa quæ non patitur ob ſolam iuris ſubtilitatem damno affici creditorem cui nihil imputari poteſt, non omnimodo deſtituatur iuris auxilio (quo modo aliàs nonnunquam euenit vt deſtituatur, vt in d.l. 1. §. quæſitum eod. & in l. 2. §. quanquam D. de aqua, & aquæ pluu. arc.) Quemadmodũ & in ſpecie d.l. 3. remedium ſeparationis quod creditori datur efficit ne in damno moretur creditor, cui noceret alioqui confuſio, cùm propter ſublatam obligationẽ fideiuſſoriam non poſſet ille contra debitorem agere ex cauſa fideiuſſionis l.cùm reus 14. D.de fideiuſ. de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus lib.1.cap.5. Et verò quid abſurdius eſt quàm putare naturalem obligationem propter pignus remanere, propter cæteras verò res non remanere? An non id perinde eſt acſi quis diceret creditorem ratione eiuſdem debiti, & creditorem eſſe & non eſſe? Eſſe ratione pignoris, Quod ad alias verò res non eſſe. At ſicut creditoris perſona indiuidua eſt, ita & perſonalis obligatio in vno eodémque homine non poteſt non eſſe indiuidua. Alioqui quid dicemus ſi à pignoris obligatione creditor, poſteà diſceſſerit, nec tamen niſi ſolius pignoris ius remiſerit? An idcirco extinctam dicemus naturalẽ illam obligationem, quę, ſi Diis placet, propter pignus tantùm remanſerat? Id vtique eſſet conſequens, ſed tamen abſurdiſſimum. Nemo enim dubitat quin ſublata pignoris obligatione perſonalis tamen remaneat l. ſoluitur in principio, & l. itẽ liberatur D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.

Vera emendatio & interpretatio d.l.debitor.59. ad Trebell.

CAPVT XVII.

CVm ex ſuperioribus appareat quid Paulus ſenſerit, reliquum eſt, vt legis verba ad auctoris ſententiam iuriſque rationem accommodemus. Id verò facilè fiet, ſi quæ imperitus quidam interpres audacior in textum cõtulit, ea nos pari ſed feliciore audacia deleamus. Totum illum verſiculum intelligo qui haud dubie Bartolo cæteriſq; interpretibus omnibus impoſuit, *remanet ergo propter pign. naturalis obligatio.* Neque enim dubito quin irrepſerit ex gloſſa mali & inepti cuiuſdã gloſſatoris, exiſtimãtis poſſe ita inferri

ex iis quæ Paulus dixerat, præſertim verò ex proximis illis præcedentibus, *& ſolum non repetetur*. Cum ea potiſſimùm vis ſit obligationis naturalis vt ſoluti repetitionem impediat. l. naturales. D. de obligat. & action. l. quia naturalis 1. D. ad SC. Maced. l. ſi nō fortem 26 § libertus. l. ſi id quod 64. & paſſ. de cond. indeb. At cur nō idē credidit ciuilem quoque obligationem propter pignus remanere? Si quidem Paulus ait non tantùm ſoluti debiti aut poſſeſſi pignoris retentionē creditori cōpetere, ſed etiā petitionē pignoris nomine. Cōſtat autem ex ea obligatione quæ nō niſi naturalis ſit dari actionē nō poſſe. ſed tātùm exceptionē & retentionem l. 1. §. id quod natura D. ad l. falc. l. iuris gentiū. 7. §. ſed cū nulla. D. de pact. Etſi .n. nō ignoro aliā eſſe rationē naturalis obligationis, aliā pignoris pro naturali obligatione accepti, quòd quamuis ex naturali obligatione peti nihil poſſit, pignus tamen quod pro ea datū eſt peti poteſt, ſicut & fideiuſſor cōueniri qui naturali tantùm obligationi acceſſerit l. 1. l. ſi ſtipulatus 6. in fi. l. Græcè. 8. §. 1. l. fideiuſſor. 16. §. fideiuſſor. D. de fideiuſſ. Attamen ſemel extincta per cōfuſionem vtraq; obligatione & naturali & ciuili, aut ſaltem eadem ſubſiſtente vtriuſq; extinguendæ ratione, cur naturalem retinemus potiùs quàm ciuilem? Aut cur non vtrāq; ſimul, cū nō idcirco durior futura ſit cōditio fideicōmiſſarij, cui debitoris hereditas eſt reſtituta. Verùm ille ſemper ſcrupulus manet, quòd naturalis obligatio remanere omnino videatur, ſi admittamus quod apertiſſimè Paulus ſcribit, nō repetiturū fideicōmiſſariū quod heredi poſt reſtitutā hereditatē ſoluerit. Et hoc ſanè eſt quod interpretē præcipitē egit. Sed animaduertere debuerat, nō eſſe rectam conſecutionē: nā vt ſoluti repetitio impediatur non ex eo fit quod naturalis obligatio ſubſiſtat, ſed quia, vt ſuperiori cap. docuimus, perēpta quoq; naturali obligatione ſaluū maneat ius actionis hypothecariæ, propter illā perpetuā cōditionē quam adnexam habet, ſi debitum nō ſoluatur nec eo nomine ſatisfiat l. grege 13. §. etiā. D. de pig. Verū autē ſit reſtituta hereditate per heredē nec ſolutū fuiſſe heredi eidémq. creditori, nec aliter ſatiſfactū. Neq. minus abſurda ſit hæc cōſecutio quā ſi quis inferat in ſpecie l. 3. de ſepar. de qua etiā diximus, remanere fideiuſſoriam obligationē poſtquam debitor fideiuſſori heres extitit, nec naturalem tātùm, ſed etiam ciuilē: Ex eo quod lex ait, cōpetere creditori ius petendæ ſeparationis quod ſolis creditorib. competit l. 1. eod. Neq; rurſus obſtat quod Paulus ſic loquitur: *Poſſidet enim eā rē quaſi creditor*. Nam id munus propriè dictum videri debet, & ad præteritum potiùs quàm ad præſens tempus referri ſi cum Papin. loqui volumus, cuius longè exactior fuit in bene & partitè loquendo diligentia. Sic. n. ille ſcribit in d. l. 3. *petente eo cui fideiuſſor fuerat obligatus*. vt oſtendat creditorē amplius non eſſe eum qui anteà fuerat. Quem tamen poſſis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quòd ad pignus vel retinendum, vel perſequendum attinet, nō minùs iuris habeat, quàm ſi creditor maneret. Alioqui ſi verè creditorem velis dicere etiam poſt reſtitutam hereditatem qualis erat ante aditam: probabis æquè facilè non tantùm naturalem, ſed etiam ciuilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nam nec propriè creditor dicitur ia cui natura tantùm debetur l. creditores 10. de verb. ſignific. Porrò ſi extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduerſus fideicommiſſarium poſſeſſorem, idq. propter naturam & conditionem propriā obligationis pignoratitiæ: Quis jam miretur ceſſare repetitionē ſi debitum fideicommiſſarius ſoluerit? Si quidem nec indebitum, nec ſine cauſa ſolutū dici poteſt, quod ſi non ad liberandam ſoluentis perſonam iam ipſo iure liberatam, ſaltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum eſſet, tertio poſſeſſori qui creditori Seruiana agenti ſoluerit vt pignus liberaret, competituram repetitionem, cū nihil ipſe debeat, quod ſanè & falſum eſt & abſurdū. Non enim liberaretur pignus ſi condictio ſoluti cōpeteret l. cùm quis. 8. §. de peculio & ſeq. D. de ſolu. l. ſi non fortem 26. §. ſi decem de condict. indeb. Atqui pignus liberatur l. Paulus 12. §. vlt. & paſſ. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. Nec dic ita comparatum ob eam cauſam quòd repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quàm vero debitore ſolutum ſit l. repetitio 44. de condict. indeb. Nā etſi verus debitor reuera nullus eſſet fortè quod à ſolo fideiuſſore datum eſſet pignus cui poſteà debitor heres extitiſſet, non eò minùs impediretur repetitio, quamuis extincta eſſet obligatio fideiuſſoria cui pignus acceſſerat d. l. cùm quis 38. §. vlt. de ſolut. Sed & adita per creditorem hereditate debitoris qui pignus dederat, vt in d. l. debitor, ſi poneres tertium pignoris poſſeſſorem ſoluere creditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè nō repeteret, tametſi principalis obligatio nulla ſubeſſet, quoniam & Seruiana conueniri poſſet. Etenim ſi condictio aduerſus eum locum non haber qui ſolutionem petere non potuerat, ſubſiſtente licet naturali obligatione, quantò minùs locum habebit aduerſus eum qui agere poterat, quamuis nec naturalis nec ciuilis ſubeſſet obligatio? At videamus quid in ea ſpecie quam Paulus tractat, reſponderi debuerit ſi heres idémque creditor, non coactus ſed ſponte hereditatem debitoris adiſſet, tum reſtituiſſet? Quanquam enim ad inducēdam confuſionem obligationis tam naturalis quàm ciuilis nihil referat an ſponte an coactus heres adeat, cùm vtroque caſu eadem ſit vis & poteſtas aditionis, hactenus tamen intereſſe videtur quòd ei qui coactus adit imputari nihil poteſt cur eius facto obligatio cōfuſa ſit, quod ipſū imputari poteſt ei qui vltrò adiit: propter quā cauſam, & in ſeparatione bonorum impetranda nemo dixerit idem priuilegium ſpontaneo heredi cōpetere debere, quod coacto dat Vlpianus in l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectam ill. tit. De ſeparat. Sibi enim imputet qui ſponte adierit l. quæ dotis 33. D. ſolut. matri. Sed tamē in propoſita quæſtione aliud eſt. Nā quod dicimus creditori eidémque heredi poſt confuſam, & extinctam obligationem, supereſſe ius petendi ac perſequendi pignoris, nō ſit ex ſola æquitate quaſi ſuccurrendum ſit contra iuris rigorem, quod euenit in Edicto *De ſeparationibus*. Sed ex mera iuris ratione naturáque Seruianæ actionis, quæ ipſo iure tamdiu tenet quandiu ſolutum non eſt aut aliter ſatiſfactum. Ergo cùm eo quoque caſu quo heres ſponte adiit, verum ſit pecuniam ſolutam non eſſe, fatendum eſt eo etiam caſu idem admitti debere vt ſaluum habeat ius pignoris ſiue retinendi ſiue perſequendi. Non enim de illo quærendum eſt, An ei imputari quicquam poſſit, ſed an ipſi ſolutum ſit necne. Cur ergo, inquis, tam exactè tractat Paulus de eo qui ſuſpectam adire iuſſus eſt, ſi in ſpontaneo herede non aliud reſpondendum exiſtimauit? Nam & hoc errandi cauſam maximam noſtris præbuit, An quòd non debeat coacta aditio damno eſſe heredi, vt vulgò creditur. l. quia poterat 4. eod. tit. Minimè. Sed quoniam qui coactus adit, eum certum eſt nihil

prorſus lucri & cõmodi ex hereditate retinere poſſe l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam & §. ſi præceptis l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam eod. verſ. quid ergo eod. ideóque minus dubitari poteſt quin hereditatis aditio vim & poteſtatem ſolutionis non obtineat. Cùm ſi vltrò ille adiiſſet, quærendum eſſet an quartam ex Pegaſiano retinuiſſet, aut quid aliud ex voluntate teſtatoris quod non adita hereditate non habuiſſet. Id enim Seruianam vtique pertineret, quòd hoc caſu non tantùm cõfuſa obligatio, ſed etiam ſolutum debitum videretur aditionis poteſtate. l. debitori 50. D. de fideiuſſ. iunct. l. Stichum 95. §. aditio 1. de ſolut. l. 2. §. cùm quis de hered. vendit. l. irritum 6. C. ad leg. falcid. ex quibus locis apparet aditionem confuſionis quidem vim ſemper habere, ſed non ſemper ſolutionis: at eo duntaxat caſu quo effectus heres maneat creditor qui debitoris hereditatẽ agnouerit non inſpecto eo, An damnoſa ſit hereditas an lucroſa, quia cùm videatur ſoluendo eſſe quælibet hereditas quæ inuenit heredem l. 3. D. ad leg. falcid. l. libertus 36. D. de bon. libert. ſibi ipſi ſoluiſſe intelligendus eſt quiſquis heres ſit, nullo alio exiſtente quem pro debito conuenire poſſit l. quæ dotis 33. D. ſoluto matrim. & aliam quoque rationem ibi Africanus adferat quod ſecum penſaſſe intelligatur. Quam ſanè nimis imperitè & barbarè explicant qui ſic interpretantur. Quòd priuſquàm hereditatem damnoſam heres adiret, intelligatur ſecum deliberaſſe, tum maturo conſilio & iudicio adiiſſe. Quaſi *penſare* Latini dicant pro eo quod Galli *penſer*. Nam in. ò *penſaſſe* dixit African. pro *compenſaſſe*, vt & Papin. in l. vnum ex familia 67. §. ſed ſi vno, & §. ſi duos de legat. 2. & alibi paſſim. Et ſenſus eſt videri heredem ſecũ compenſaſſe quod ei defunctus debuerat, quia hereditatẽ adeundo cœperit obligatus eſſe creditorib. omnibus hereditariis etiã ſuprà vires hereditatis. Quæ ratio eodem ſanè recidit, quo ſuperior, Paria enim ſunt, videri heredem ſecum compenſaſſe, & videri eum ſibi ſoluiſſe, cùm compenſatio inſtar ſolutionis habeat l. ſi conſtat 4. cum ſeq. l. inuicem 12 & paſſ. C. de compenſat. l. ſi ambo 10. D. de compenſat. l. amplius 19. D. rat. rem haber. Cùm ergo diximus heredem qui vltrò adierit perinde Seruianam habere debere atque ſi coactus adiiſſet, de illo intelligimus qui totã hereditatem reſtituit, plenámque fidem voluntati teſtatoris exhibere maluit quàm ex hereditate aliquid retinere: de quo in l. patrem 19. & l. debitorẽ 2?. D. quæ in fraud. credit. l. ſi heres ab eo 68. §. vlt. ad Trebell. quod hodie facilius euenire poteſt, poſtquàm placuit falcidiæ, quam Trebellianicam vocant, non minus quàm eius quæ ex legatis debetur deductionem prohiberi poſſe, Auth. ſed cùm teſtator vbi DD. C. ad leg. falcid. Cur enim deterioris conditionis ſit hic qui ſponte totam hereditatem reſtituit, quam ſi ſuſpectam dixiſſet, & adire tum reſtituere coactus fuiſſet? Cùm ex reſtitutionis effectu appareat non ſui ſed alieni compendij cauſa eum adiiſſe. Aut qua fronte obſecro imputare fideicommiſſarius poſſit heredi cur vltrò adierit, cùm non ſolùm huiuſmodi aditionis commodum ipſe ſentiat, ſed etiam inuitum eum ſi recuſaſſet adire, coacturus fuerit per Prætorem? Nam etſi ſponte aditam hereditatem heres vltrò vendiderit, placet ex æquitate confuſas actiones ei reſtitui debere in emptorem hereditatis l. 2. §. cùm quis de hered. vendit. At magis mirum illud eſt quod Paulus ſubiicit, Re integra non eſſe compellendum creditorem adire, niſi priùs de indemnitate illi cautum eſſet vel ſoluta pecunia. Hoc enim cur ita? Sic etiam non facto eo ſaluum ipſi manet ius pignoris ſiue poſſideat ſiue non. Et puto duplicem rationem adferri poſſe. Priorem illam quod creditoris interſit, vel ob id maximè ne dubium timeat litis euentũ, nec de eo diſputare cogitur quod ſatis obſcuri & controuerſi iuris eſſe, vel ex ipſa Pauli diſputatione noſtrorúmque erroribus intelligitur. Alteram vt perituræ obligationis perſonam damnum effugiat, indemnitatis ſcilicet cautionem vel pecuniam pro perſonali obligatione habiturus. Siquidem ipſius intereſt non tantum actionem habere in rem, ſed etiam in perſonam, vt tantò facilius debitum conſequatur, cùm plerunque difficile ſit emptorem pignoris inuenire, ius autem dominij impetrare multo difficilius & longioris moræ vt conſtat ex hac ipſa lege in illis verbis, *cùm emptorem pignoris non inueniret*, iunct. l. vlt. C. de iur. domin. impetr. l. ſi dubitet 10. D. de fideiuſſ. ſicut & intereſt creditoris plures reos habere licèt ſinguli ſoluendo ſint. l. 3. §. vlt. de liber. legat. Id verò eleganter Paulus confirmat ea ratione, quòd etiam cum de lucro heres ſcriptus agit fortè qui legatum acceperit ſub ea conditione ſi heres non extitiſſet, placuit nõ eſſe cogendum adire niſi legato præſtito. Quantò minùs ergo cogẽdus erit adire, niſi cautione indemnitatis præſtita aut ſoluto debito, ſi non de lucro certet ſed de damno? Quamquam non putat Paulus defendi poſſe in propoſito exemplo aliorum ſententiam: vt fuit ille vir acris ingenij & ad diſſentiẽdum à cæteris ſatis facilis, nec plerùque ſine magna ratione, vt colligere licet ex l. lecta 40. de reb. credit. l. Æmilius 38. De minor. l. Clodius 97. de acquir. hered. l. debitor 82. de legat. 2. l. Paula 27. §. Põpeius l. quæſitum 78. §. cùm vir ita de legat. 3. Mouetur autem fortiſſimo argumento, quòd contrà defuncti voluntatem illud eſſe videatur vt cogatur adire heres in cuius voluntate teſtator poſuit aditionem legando illi ſi non adiret. Et cùm alterutrum teſtator dederit nos ei vtrumque præſtamus, nimirum legatum & hereditatem, quod ſanè abſurdum eſt. Neque enim in rebus teſtatoris debet vnquam iudex liberalior eſſe teſtatore. Qui certè Pauli ſenſus eſt in illis verbis, *ſed cùm teſtator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præſtamus:* quæ noſtri malè ſic accipiunt, quaſi aliorum ſententiam ſubſequi Paulus velit, quã ex contrario impugnat euidentiſſimè. Si tamen receptiorem aliorum ſententiam tueri quis velit, poterit fortaſſe non malè reſpondere, non vtrumque hîc dari legatario, ſed legatum duntaxat, cùm inuitus hereditatem adeat, nec ſuo commodo aut periculo ſed fideicommiſſarij cui totam reſtituere debeat: nec quicquam in eo fieri contra voluntatem teſtatoris quem credibile ſit ei legando ſi non adiiſſet, id potiùs animo agitaſſe vt ipſi conſuleret ſi voluntarius heres non eſſet, quàm vt præmium ei daret ſuæ perfidiæ ſi ſupremas defuncti preces omnino & effectu ipſo deſtitueret, vt Papinian. loquitur in d. §. qui fideicommiſſam ver. quid ergo l. ſi patroni 55. ad Trebell. Maximè cùm nec veriſimile ſit voluiſſe eum legare vt iudicia ſua euerteret arg. l. 3. D. de teſtam. milit. nec legatum valere poſſit non adita hereditate ex teſtamento l. ea quam 14. C. de fideic.

Ad l. 2. C. de luit. pignor. & l. penult. §. j. D. de except. rei iudicat.

CAPVT XVIII.

MIrantur plerique quod ſcriptum eſt in l. 2. C. de luit. pign. etiã ſubmota perſonali actione vincula pignoris durare, cum certi iuris ſit pignoris vinculum

vinculum acceſſoriũ eſſe ad perſonalem actionem, ſublato autem principali non poſſe acceſſoria conſiſtere l.cùm principal s De regu.iur.cap.acceſſoriũ eod.in 6. Nec habent noſtri quod pro tuenda legis huius ſententia proferant,niſi Iuſtiniani cõſt.tutionem in l. cùm notiſſimi 7. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.qua factum eſt vt licet & perſonalis actio quę creditori aduerſus debitorem cõpetit triginta annis finiatur, hypothecaria tamen in quadrageſimũ vſque annum extendatur. Ita enim fit vt toto vltimo decennio ſubmota perſonali actione duret tamen vinculum pignoris. Sed cum d.l.2.ſit Imperatoris Gordiani qui multis annis floruit ante Iuſtinianum adeóque ante Anaſtaſium qui primus induxit ius tricenariæ præſcriptionis in l. ſicut 3. & l. omnès 4.C.de præſcr.30. vel 40.ann. non video qua ratione ex poſterioribus legibus petere liceat interpretationem ad priorem & antiquiorem. Nec felicior hac in re vir doctiſſimus Iacob. Cuiac. qui lib.15. Obſer.cap.23.ſcripſit coniungendam eſſe d.l. 2.cum ſuperiore,quæ eſt de duobus heredibus debitoris ſub pignore obligati, quorum alterutro ſoluente,licèt pro eius parte tollatur omni iure perſonalis actio & obligatio,hypothecaria tamen remanet qua ſinguli heredes in ſolidum tenentur propter indiuiſam pignoris cauſam l.rem hereditariam 65.D. de euict.l.j.& 2. C.ſi vnus ex plurib.hered.debit.vel credit.Nam in huiuſmodi ſpecie cùm ſubſit adhuc pro parte perſonalis actio minùs mirum eſt durare vinculum pignoris in ſolidũ.d.l.2.C. ſi vnus ex plurib. At Gordianus eum caſum ſignificaſſe videtur quo duret pignus etiã ſubmota in totũ perſonali actione. Accommodatius igitur exemplũ illud eſt ſi bonã litem creditor vitio ſuo amiſerit, & ob male dictatam actionem aut quia litem deſeruerit cauſa ceciderit. His enim caſibus nõ idcirco liberatũ pignus intelligitur, tametſi perſonalis actio ſubmota ſit l.qui occid 30 §.j.D.ad leg.Aqui.l.ſi ſuperatus 3.in princ.&§.j.l.ſeruũ quẽ 27.D.de pig.l.ſi per imprudentiã 51. D. de euict. l. debitor 59.D.ad S.C. Trebel.l. Stichũ aut Pãphilum 95. §. ſi mandatu de ſolut. Cuius rei ratio illa reddi poteſt, quòd licèt perſonalis actio ſubmota & amiſſa ſit,ipſa tamẽ obligatio durat cui pignus poteſt accedere. Separanda enim eſt obligatio ab actione,nec nouũ eſt accedere pignus obligationi etiãſi nulla actio ſit, vt cõtingit cũ principalis obligatio naturalis tantũ eſt, ex qua cõſtat actionẽ nõ dari,ſed tãtũ exceptionẽ & retentionem. At illud magis mirũ eſt quod in ſuperioribus probauimus, ſublata quoq; & extincta prorſus obligatione omni tã naturali quàm ciuili, ſupereſſe nihilominus vinculũ pignoris & actionẽ Seruianã, vt in ſpecie d.l.debitor 59.D.ad Treb. Iam verò videamus ne & illud admitti poſſit, quod longè difficilius eſt,ſublata etiam obligatione pignoris,& extincta, durare tamen quaſi Seruianã & hypothecariã quæ non niſi pro pignore cõpetit.Eſt.n.meo iudicio, textus in eam rem, non minus elegans quàm apertus in l.ex ſextãte 30.§.Latinus largus D. de except. rei iudicat. In cuius ſpecie negari non poteſt quin prorſus extinctũ ſit ius pignoris propter acquiſitum creditori dominium rei pignoratæ, vt pote quæ domino ſuo obligata eſſe nullomodo poſſit l. neque pignus 45. de regul.iur. l. ſi rem alienam 29. D.de pig.act.Et tamen ſi res illa quæ pignorata fuerat euicta ſit per creditorem poſteriorem,quo tempore antiquior creditor ius ſuum ignorabat,deinde antiquior quæſitũ ſibi ius ex cauſa anteriore poſteà compertum exequi velit,placet Paulo competiturã et hypothecariã, quam eo loco pignoratitiã vocat, quòd detur pro pignore.Rationem vero adfert illã ipſam qua idem mouetur in d.l.debitor, quod verũ ſit & pignori datam rem fuiſſe & ſatisfactum non eſſe. Sufficit enim perſonam extare in quam dirigi poſſit actio,nec ſolutione aut alia ſatisfactione quæ ſolutionis loco cedat, ſed qua alia ratione extinctũ eſſe ius pignoris, Nempe quoniam qui agit quaſi Seruiana nec dicit nec probare debet rẽ ſibi pignoris iure teneri eo tempore quo agit, ſed illud tantũ vtiliter contractum fuiſſe pignus eo tẽpore quo fuit conſtitutũ,nec ſecutã eſſe poſtea ſolutionem,aut ſatisfactionem. Neque vero recipi illud poteſt quod noſtris placere video:Pignoris obligationẽ in propoſita ſpecie non omnino perimi ex dominij acquiſitione,propterea quòd ea acquiſitio non ſit prorſus irreuocabilis. Repugnãt enim apertiſſima illa Pauli verba, *Neque enim poteſt pignus perſeuerare domino conſtituto creditore:* quę etiamſi non eſſent, ipſa tamẽ iuris ratio, quam diximus, manifeſtè id euinceret. Multò minus autem admittendum ſit, ſi quis tentet obligationem pignoris,quæ ex dominij acquiſit one perempta ſit,euicto dominiu reuiuiſcere, Quaſi poteſtas euictionis tollat intellectũ acquiſitionis,vt Papinianus loquitur in l.ſi patroni 55.§.vlt.D.ad S.C. Trebel.Obſtat enim certiſſima & perpetua iuris regula quæ obligationem ſemel extinctam nunquam patitur reuiuiſcere l.qui res 98.§. aream D. de ſolut. l.cùm ex cauſa 9.C.de remiſ.pignor.Illud igitur neceſſariò conſequens eſt,quod neſcio an adhuc quiſquam obſeruauerit, vt ſublato prorſus vinculo pignoris, citrà ſolutionem tamen aut ſatiſfactionem, duret nihilominùs hypothecaria. Sanè quod notauit Barto.ad d.l. debitor,& verum eſt & ex vtroque Pauli loco rectiſſimè probatur,dominiũ rei pignoratæ quod ad creditorem peruenit reuocabiliter nõ perimere hypothecariam. Sed diſtinguendum eſt, vt dixi,ius pignoris à iure hypothecariæ in fideiuſſore non ſimiliter tractari hoc poteſt. Nam debitore quoquomodo liberato fideiuſſorem quoque liberari neceſſe eſt,licèt creditori ſolutum non ſit, nec aliter ſatisfactum, quia nõ eam condicionem habet fideiuſſoria actio quam hypothecaria ſi debitum ſolutum non ſit. Quæ Africani ſententia & ratio eſt in l.cum quis 38.§.vltimo de ſolut.

Emendatio l.ſi pignore 22.§.ſi prædo D.de pignor.act.

Capvt xix.

QVi rem alienam pignori dedit non eò minùs poteſt pignoratitia agere ſoluta quandocunque pecunia l. ſi rem 9. §. is quoque D. de pignor. act. Etſi enim alienæ rei pignus non conſiſtit l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur & paſſ. de pignor. pignoratitia autẽ competit ad eius rei repetitionẽ quæ pignoris nomine fuerat obligata tot. titul. De pignor. act. Sufficit tamen ad pignoratitiam quòd in cauſam pignoris res tradita ſit,debitique ſolutionem creditor acceperit. Cùm ſi reuera contractum eſſet pignus reſtitui nunc deberet. Alioqui melioris eſſet conditionis qui alienam quàm qui debitoris rem pignori accepiſſet. Et cùm debitori pro re aliena competere non poſſit vindicatio, multóque minus condictio(nam aduerſus extraneũ,id eſt qui dominus non ſit, etiam vitioſa poſſeſſio prodeſt l. vlt. de acquir. poſſeſſ. Et in pari iure aut potiùs non iure,melior eſt conditio poſſidentis quàm condicẽtis l. ſi ob turpem 8. D.de condict. ob turp.cauſ.)alienã rem pignoris nomine retineret impunè creditor

ſi pignoratitia conueniri non poſſet. Nec diſtinguemus an qui rem alienam pignori dedit ſciens dederit: An verò ſuam exiſtimans, puta quam paulo ante bona fide emiſſet ab eo quem dominum eſſe exiſtimabat, vt in l. ſi rem alienam 29. D. de pignor. act. Nam etſi prædo rem pignori dederit, ac deinde debitum ſoluerit aut aliter eo nomine ſatisfecerit, competit ei pignoratitia, nec tantùm de pignore, ſed etiam quod magis eſt de fructibus, ſi quos fortè creditor ex pignore perceperit l. ſi pignore 22. §. ſi prædo D. eodem. Competit enim pignoratitia non tantùm ad rem ipſam, ſed etiam ad acceſſiones, puta fructus & vſuras l. quamuis 6. §. vlt. & l. ſeq. eo. tit. l. 1. C. eodem. In quo tamen, quod ad prædonis perſonam attinet, dubitationem illud facit, quòd fructus lucrari nullomodo poſſint. Nam ſi extent eo tempore quo rem ſuam dominus ab eo vindicabit, venient etiam in cauſam vindicationis, ſin conſumpti erunt, condicentur l. certum 22. C. de rei vindica. de quo ſcripſimus lib. 4. cap. 17. Cur ergo ei permittatur fructus petere à creditore quos omnimodo alteri præſtare debeat? arg. l. dolo facit 8. D. de dol. except. Sed reſpõdendum eſt dolo non facere eum, qui petit quod redditurus eſt alij quàm illi à quo petit l. ſi ſocer 44. §. Lucius D. ſoluto matrimonio. Neque æquum eſſe propter perſonam prædonis qui creditori ſatisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & ſine cauſa, facit l. ſi vrbana 55. D. de condict. indeb. Ita enim fieret creditor ipſe prædo ratione fructuum, eóque odioſior, quòd prædandi cauſam captaret ex contractu bonæ fidei, cui prędo alius, ſcilicet debitor, ex ſua parte ſatisfeciſſet. Sed & generaliter traditum eſt eum qui ab aduerſario ſuo poſſideat, nunquã debere, propter hoc quod poſſideat, vincere l. 1. §. vltimo & l. 2. D. vti poſſidet. Nec nouum eſt antiquiori prædoni aduerſus poſteriorem prædonem competere actionem, ſicut & interdictum l. 1. §. qui à me D. de vi, & vi armat. Idque eſt quod Vlpianus ſcribit in d. §. ſi prædo, vbi tamen quod ſequitur, *proderit igitur ei quod creditor bona fide poſſeſſor fuit*, non poſſum ego intelligere. Nam ſi verum eſt quod paulo ante Vlpianus dixerat, prædonem hunc qui actione pignoratitia fructus conſecurus ſit non poſſe eos ſuos facere, quoniam & extantes vindicari & conſumpti condici poterunt, quænam obſecro ea in re prædonis vtilitas futura eſt? Debuerat igitur ſic potiùs Vlpianus ſcribere, *non proderit igitur, &c.* Quanquam ne hoc quidem placeret. Quis enim admittat creditorem bonæ fidei poſſeſſorem videri ratione fructuum, quos ex pignore perceperit, præſertim poſt natam pignoratitiam, hoc eſt ſoluto debito? An non ſcit ille ſe pro alieno poſſidere ob idque nec vſucapere poteſt? l. pignori 13. D. de vſucap. nec ad eos fructus retinendos longi temporis præſcriptione ſe defendere, l. vlt. C. de pigno. act. aut quid ſi creditoris mala fides apertior ſit in eo quod rem alienam ſibi à prædone pignori datam eſſe ſciuerit? An eo minus tenebitur ad fructuum reſtitutionem? Imò tantò magis quòd ex duplici alienæ rei ſcientia duplicem quoque malam fidem habuerit. Non igitur prædoni eidémque debitori prodeſt ad fructus pignoratitia actione conſequendos quòd creditor bonæ fidei poſſeſſor fuerit, quin potiùs, quòd cùm pro alieno ſciens poſſederit rem obligatam, in mala fide ſit, ſi fructus ex ea re perceptos nullo iure retinere velit. Proinde fatendum eſt imperiti interpretis eſſe totum illum verſiculum, *proderit igitur ei quod creditor bona fide poſſeſſor fuit:* nec poteſt meo iudicio dici quicquam apertius: fiet autem veriſimilius, ſi ea coniungas quæ de ſimilis mendi correctione ſcripſimus ad l. debitor 59. D. ad SC. Trebel. c. 17. ſuprà.

Vera lectio & interpretatio l. poſt contractum 15. D. de donat.

CAPVT XX.

FLorentina lectio habet, *Poſt contractum capitale crimen donationes facta non valent ex conſtitutione Diuorum Seueri & Antonini, niſi condemnatio ſecuta ſit.* Omnino malè: ita namque ſequeretur à contrario ſenſu valere huiuſmodi donationes ſi condemnatio ſecuta ſit, quod abſurdum eſt. Vt enim non valeant potiùs quàm vt valeant facere condemnatio debet, quandocunque ſecuta. Rectior vulgata, *donationes factæ valent, niſi condemnatio ſecuta ſit.* Vt ſenſus ſit donationes poſt contractum capitale crimen factas non valere, ſi condemnatio ſecuta ſit: valere, ſi condemnatio ſecuta nõ ſit. Secutã verò intellige non eam quæ donationem præceſſerit, vt nimis imperitè Accurſius interpretatur, (alioqui ſcribendum erat, *niſi condemnatio præceſſerit*, non quo modo ſcriptum eſt, *niſi condemnatio ſecuta ſit*) ſed eam quæ vt verba ſonant ſecuta ſit non ſolum poſt contractum capitale crimen, verùm etiam poſt factam donationem. Sed omnium rectiſſima lectio eſt Haloandrina, quæ retenta negatione quam habent Pandectæ Florentinorum legit tamen in ſequentibus, *ſi condemnatio ſecuta ſit.* Etſi enim huius idem, qui vulgatæ lectionis ſenſus eſſe videtur, & iam olim ab Odofredo vetere interprete traditus, eſt tamen hęc elegantior, & probabilior, propterea quòd nulla opus erat Imperatorum conſtitutione ad inducendum vt valeret donatio, quæ à domino facta eſſet, cùm certi iuris ſit etiam poſt contractum capitale crimen dominium manere eum, qui deliquerit, adeóque reum læſæ maieſtatis l. quæſitum 15. D. qui & à quibus manumit. Nil autem ſit tã naturale quàm voluntatem domini res ſuas in alium transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin. Vt verò donationes hæ non valerent licèt factę à domino, conſtitui neceſſe fuit, cum ſubeſſet cauſa ſic conſtituendi, & tamen communes iuris regulæ reſiſterent. Sicut & neceſſarium fuit Diui Pij reſcriptum vt impedirentur libertates ab eod. datę qui aut iam lege Cornelia damnatus eſſet, aut futurum proſpiceret vt damnaretur. l. qui pœnæ 8. D. de manumiſſ. Ex cuius loci coniunctione cum d. l. poſt contractum (eſt enim vterque locus ex Marciani Inſtitutionũ libris, quamuis inſcriptio fortaſſe mendoſa diuerſos locos præ ſe ferat) apparet tractaſſe Marcianum, non quæ donationes valeant, quę fuiſſet ſuperuacua, & infinita tractatio, ſed quænã nõ valeant, ex quarũ ſpeciali enumeratione conſtaret cæteras omnes valere. Cur non. n. valeant omnes quæ non ſunt prohibitæ? Id igitur Marcianus docere voluit, cũ quæritur: an poſt cõtractũ capitale crimẽ factæ donationes valeãt, eã dũtaxat adhibendã eſſe diſtinctionem, vtrũ cõdemnatio poſteà ſecuta ſit, néc ne. Si condemnatio ſecuta ſit, omnimodo non valere, ſi ſecuta non ſit, valere. Huius verò diſtinctionis quam Imperatorum conſtitutio induit, illa ratio non eſt quam nonnulli adferunt, quòd in bonis delinquentis fiſcus habeat ius taciti pignoris à die commiſſi delicti (id. n. falſum eſſe vel ex eo maximè conſtat quòd cæteræ alienationes ex cauſa onéroſa nõ ob id ſolũ reuocari poſſunt quòd poſt contractum capitale crimen factæ ſint, vt mox videbimus) ſed quòd nõ ſine ſuſpi-

cione

cione pœnæ ſactæ videantur donationes quæ poſt contractum capitale crimen factæ ſunt, quandoquidem viuit vt ab eo tempore non ſuſpicetur is qui deliquit vel in perditiſsima Republica fieri poſſe vt delicti pœnam aliquando ſentiat. Quòd non obſcure Martianus ſignificat in d.l. qui pœnæ, iis verbis, *vel cum futurum proſpiceret, vt damnaretur.* Eodémque pertinet quod Vlpianus ſcribit in l. ſi aliquis 7. D. de mort. cauſ. donat. donationes quæ inter viuos factæ ſunt valere, tametſi donator capitis pœna poſteà affectus fuerit, dummodò ſine ſuſpicione pœnæ factæ ſint, id eſt, vt ego interpretor, ante contractū capitale crimē. Propter quā cauſam & in l. ſi quis poſthac 9. C. de bon. proſcrip. ſcriptū eſt *ea etiā quæ ab innoxio adhuc marito.* Et in verſ. ſi quid etiā, *ante tēpus criminis.* & alio loco, *ante initiū actus.* Vt intelligamus ſecurā cōdemnationē ex cauſa capitalis criminis nō poſſe facere quin valeāt donationes ante cōtractū capitale crimē perfectæ, ſed facere vt nō valeāt quæ poſt cōtractū factæ ſunt. Itaq; ſicut in pēdēti eſt an donatio ſecutura ſit, ita donationis quoque validitatē in ſuſpenſo manere neceſſe eſt, quouſque certum ſit vel ſecutam eſſe cōdemnationem, vel ſequi ampliùs non poſſe, putà defuncto eo qui deliquit ante condemnationem, vnde illud etiam fit quod Papinianus ſcribit in l. donationes 31. §. vlt. D. de donation. ratas eſſe non poſſe donationes poſt crimen perduellionis contractum, id eſt non eſſe in his donationibus locum illi diſtinctioni, an ſecuta ſit condemnatio, nécne, neque incerto eo manere donationes iſtas in ſuſpenſo, ſed indiſtinctè & ſtatim irritas haberi debere, ratione illa quòd ſingulari iure perduellionis crimen heredem quoque teneat, etſi nondum poſtulatus vita deceſſerit, l. vltim. D. ad leg. Iul. maieſt. l. penult. & vlt. C. eo. d. l. ſi quis poſthac. C. de bon. proſcrip. Ex quo magis apparet quod volumus, in cæteris criminibus quorum perſecutio aduerſus heredem non ſimiliter competit, adeóque in crimine læſæ maieſtatis extra perduellionatum, illam ſemper diſtinctionem obtinere, an condemnatio viuo donatore ſecuta ſit, vel non, at eo caſu, quo viuo donatore ſecuta non ſit nō diſtinguimus: An aduerſus heredem ſequi poſſit propter factam cum defuncto litis conteſtationem, quia crimina publica ferè omnia morte finiuntur, niſi condemnatio præceſſerit, nec perpetuantur per conteſtationem licèt actum ſit ad pœnam pecuniariam l. 3. l. defuncto 6. vbi Bart. de public. iudic. l. defunctus 5. & paſſ. C. ſi reus vel accuſat. mort. fue. Dixi, *ferè omnia,* quoniam excipitur crimen perduellionatus d. l. vlt. D. ad leg. Iul. maieſt. peculatus, de reſiduis & repetundarum l. vlt. D. ad leg. Iul. pecul. l. ex iudiciorum 20. D. de accuſat. quibus noſtri comparant crimen hæreſeos & apoſtaſias quòd ad læſam maieſtatem diuinam pertineāt l. 4. C. de heret. l. 4. C. de apoſtat. Itémque ſi quis ſibi ipſi mortem conſciuerit conſcientia delicti dict. l. defunctis, l. 1. & tot. tit. De bon. eor. qui mort. ſibi conſc. Addunt aliqui crimen deſertæ militiæ ex l. defunctorum 4. C. de re milit. lib. 12. tit. 36. vbi refert Imper. Alex. conſtitutum eſſe ab Imperatoribus Marco & Antonino vt defunctorum in deſertione bona confiſcāda ſint, quod ſanè antea nō obtinebat, cùm deſertionis crimen, ſicut cætera morte ſolueretur l. 1. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer. Addunt & crimen veneficij ſi maritus ab vxore veneno interfectus eſſe dicatur ex l. Lucius 9. in fin. D. de iur. fiſc. Sed omnino malè, nam & crimen hoc morte extingui Modeſtinus eo ipſo loco ſcribit his verbis, *morte rea crimine extincto.* Perſecutionē tamē eorū quæ mulier ſibi per ſcelus quæſita eſſet fiſco cōpetere poſſe reſpōdit. Non quòd pecuniariæ pœnæ perſecutio cōpetere poſſit aduerſus heredē nō condemnati, ſed quia longè aliud ſit pœnam pecuniariā perſequi, aliud verò id agere ne ex defuncti ſcelere heres ditetur. Nam ſicut pœna ex delicto defuncti heres teneri non debet, ita nec lucrum facere ſi quid ex ea re ad eum peruenerit l. ſicut 38. de regul. iur. l. nunc. C. ex delict. defunct. aliiſque innumeris. Sufficit enim non in damno verſari heredem, non etiam lucrum ſubire, quomodo legenda fortaſſe eſt ratio Vlpiani ad hanc rem pertinens in l. 3. in princip. D. de vi & de vi armat. Sanè priuatorum delictorum alia ratio eſt. Quæ enim ex eis actiones competunt pœnales, non ſolùm ciuiles, ſed etiam criminales tranſeunt aduerſus heredes, ſi modò conteſtatæ ſint, licèt non ſit ſecuta condemnatio, vt apertè ſcriptum eſt in d. l. ex iudiciorum in fin. de accuſat. vbi differentia hæc traditur inter crimina publica & priuata, quæ tamen nulla erit ſi quod lex ait, ex priuatis delictis pœnam incipere poſſe ab herede, ſi viuo reo accuſatio mota ſit, licèt non fuerit condemnatio ſecuta, tu cum Accurſio & Bartolo ſic intelligas, ſi ciuiliter agatur: nam ex iudiciorum publicorum admiſſis ciuiliter agi nunquam poteſt, ſed tantùm criminaliter. De priuatis verò delictis & ciuiliter, & criminaliter l. vlt. D. de furt. l. vl. de iniur. Si qua igitur hac parte differētia eſt inter crimina publica & priuata, eam tūc ſubeſſe neceſſe eſt, cùm de priuato crimine agitur criminaliter: quod & ſignificant verba illa, *ſi viuo reo accuſatio mota ſit,* quibus apertè vim facit Accurſ. accuſationem pro actione accipiens, vt ſubinde actionem ciuilem intelligat, cui accuſationis nomen nullomodo conuenit. Et huc etiam pertinet, meo iudicio, quod ſcriptum eſt in l. conſtitutionibus 33. de oblig. & act. Conſtitutiones enim de quibus Paulus eo loco, de priuatis delictis ſunt non de publicis, vt innui: l. 1. D. de priuat. delict. facit l. omnes 26. l. ſciendum 58. eod. tit. d. l. vnic. C. ex delict. defunct. Quod non intelligens Haloander malè negationem addidit in illis verbis, *tranſmiſſam videri,* rectè verò Paulus, *quaſi lite conteſtata cum mortuo,* quia quando de crimine agitur criminaliter nulla propriè fit litis conteſtatio, cùm agatur ad vindictam potiùs quam ad rem, ex quo magis apparet debere Paulum intelligi de actionibus criminalibus ex priuatis delictis deſcendentibus. Nā in ciuilibus, licèt ex delicto deſcendant, perinde ac in iis quæ ex contractu vera fit litis conteſtatio. Et de iis accipiēdæ ſunt ſupradictæ leges quæ loquuntur de pœnalibus actionibus poſt litem conteſtatam aduerſus heredem dandis. Idem quoque probatur non malè ex d. l. 21. defuncto 6. D. de publ. iud. d. l. defunctis 5. & paſſ. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer. aliiſque locis innumeris qui cū morte crimen extingui aiunt de publicis tantū criminibus loquūtur, vt appareat aliud eſſe in priuatis, Nil obſtāte eo quod ſcriptū eſt in d. l. j. De priuat. delict. Ciuilem eſſe conſtitutionē, pœnalibus actionibus nec heredes teneri nec cæteros ſucceſſores. Debet enim id intelligi, Niſi lis de crimine cōteſtata ſit vel quaſi cū defuncto d. l. conſtitutionibus l. 26. l. 58. de obli. & act. d. l. nūc. C. ex delict. defunct. & d. l. ex iudiciorum 28. D. de accuſa. Sed ſuperuacua eſt de priuatis delictis tractatio in interpretatione l. poſt contractū, quippe quæ locum nō habeat niſi in delictis quorum pœna ſit bonorū aut vniuerſorū aut partis publicatio, quæ ex priuatis criminibus nūquā irrogatur. At neq; hodie ex publicis niſi perpaucis de quib. tractāt noſtri ad Auth. bona

dánatotū C. de bon. proſcript. & ad Auth. inceſtas C. de inceſt. & inutil. nupt. Vt proinde rariſſim᷒ hodie ſit vſus d. l. poſt contractum, Niſi proponas ex donationibus poſt contractum capitale crimen factis ita diminutum delinquētis patrimoniū vt fraus fiat pœnæ pecuniariæ quæ in locum publicationis ſucceſſit. Alioqui quid in fraudem fiſci factum videri poteſt cui tota pœna ſoluitur? Itaq. non ſunt hîc ſeparanda vt olim crimina capitalia à non capitalibus, ſed eà tantùm quæ publicationis pœnā retinuerant à cæteris, ſiue ex quibus non niſi pecuniaria infligitur. Quęnam vero illa ſint ſcripſimus in Codice Sabaud'co, nec proprius hic eſt de iis dicendi locus. Vt igitur ad rem redeamus, Ratio propter quam irritę fiunt donationes poſt contractum capitale crimen factæ, ſi poſteà ſecuta ſit cōndemnatio illa ſola eſt, quod factæ videantur in fraudem fiſci, cùm non ſine ſuſpicione pœnæ fieri potuerint. Ideóq. nihil planè intereſt an factæ ſint antè motam accuſationem an poſt, ſicut nec vtrum antè condemnationem an poſt, dummodo poſt capitale crimen contractum. Neq. rurſum an aliæ fraudis coniecturæ & præſumptiones concurrant necne, quas hîc Bartolus diligēter congerit. Illa. n. ſola ſufficit, quod à die commiſſi delicti ſuſpicio pœnæ nata ſit. Sufficit. a. ſi modò poſteà ſecuta ſit condemnatio. Neq. n. iuſta eſt coniectura ſuſpicionis pœnę, niſi conſtet de crimine, & quidem per ſententiam. Quid. n. ſi abſolutio licèt iniuſta ſequatur? An non res iudicata pro veritate habebitur? Quid itē ſi intereà reus moriatur? Quia fiſcum audeat allegantem pœnæ ſuſpicionem perempto crimine? Eadem verò ratio facere debet, vt libertates ab eo datæ qui capitalis criminis reus factus fuerat interim valeant, nec aliter irritæ fiant quàm ſi ſecuta ſit condemnatio. Vt quod ſcriptum eſt in d. l. qui pœnæ 8. de manumiſſ. capitalium criminum reos manumittere ſeruos ſuos non poſſe ex Senatuſconſulto, ita accipi debeat, Si poſtea quandocūque ſecuta ſit condemnatio arg. d. l. poſt contractum. Nam & ibidem ſtatim ſequitur, Diuum Pium reſcripſiſſe non competere libertates ab eo datas qui iam lege Cornelia damnatus eſſet, vel cū futurum proſpiceret vt damnaretur. Cùm igitur eadem ratio impediat libertates quæ impedit cæteras donationes l. ſi aliquis 7. D. de mort. cauſ. donat. ſecuta nimirum condemnatione, d. l. poſt contractum, Cur non ex contrario eadem ratio confirmabit manumiſſiones ſi condemnatio non ſequatur? An non abſurdum ſit & iniquum libertates quibus nihil in toto iure fauorabilius eſt deterioris condicionis eſſe quàm res cæteras. Atqui, inquiunt, noſtri, Libertates quæ ſemel competierunt reuocari poſteà non poſſunt: ideóque difficilius admittendum eſt competere eas ne fraus fiat fiſco. Imo verò poſſunt eſſe in pendenti, & perinde reuocari ſi in fraudem fiſci datæ probentur, atque aliarum rerum donationes & alienationes l. ſi cùm fideicommiſſa 16. §. Ariſto. l. ſi mortis 18. l. ſi quis habens 40. l. pignori 26. D. qui & à quib. manum. l. in fraudem 45. §. à debitore. D. de iur. fiſc. Quin & tentari poſſet in eo fauorabiliores eſſe manumiſſiones quæ non aliter impediuntur quàm ſi in reatu factę ſint vt loquitur Marcianus in d. l. qui pœnę, niſi ratio illa obſtaret quòd etiam quæ ante reatum poſt admiſſum crimen factę ſunt, non ſine ſuſpicione pœnę factæ videntur. Itaque admittā facilè non eſſe libertates hac parte melioris conditionis: ſed illud non patiar, eſſe eas deterioris. Cùm autem ſecutam condēnationem dicimus, eam intelligimus à qua non ſit appellatum, & quæ trāſierit in rem iudicatam. Alioqui ſi à condemnatione appellatum ſit, pendēte appellatione pēdebit quoq. vis & effectus donationis, quandoquidem appellatio extinguit iudicatum l. j. §. vl. D. ad SC. Turpill. In cęteris alienationibus quæ cauſam habent onerosam, puta in venditionibus, permutationibus & ſimilibus, non idem eſt. Omnimodo enim valent etiamſi poſt contractum capitale crimen factæ ſint, & ſecuta ſit poſteà condemnatio: adeóq. licet pendente reatu interuenerint. Quia regulare illud eſt vt pendente accuſatione reus bonorum ſuorum non ſolùm dominum non admittat ſed neq. adminiſtrationem, quam ob cauſam & creditoribus ſuis ſoluere poteſt, & viciſſim à debitoribus ſuis ſolutionem accipere l. reo 41. & ſeq. D. de ſolut. l. auſertur 46. §. in reatu de iur. fiſc. l. 2. de bon. damnat. l. quod autem 6. §. apud Labeonem D. quæ in fraud. cred. l. ſūma 11. D. de pecul. Exceptis criminibus læſæ maieſtatis & repetundarum, in quibus ſpeciali iure conſtitutum eſt vt reus licèt rerum ſuarum dominus maneat antè condemnationem, earū tamen adminiſtrationem habere deſinat ſtatim à die commiſſi delicti, d. l. ex iudiciorum 20. D. de accuſat. leg. quiſquis C. ad leg. Iul. maieſt. leg. quæſitum 15. D. qui & à quibus manumiſſ. in quo etiam magnus noſtrorum error eſt exiſtimantium ex his cauſis confiſcari bona ipſa iure ſtatimque dominiū amitti: quod ſi ita eſſet, non erat cur reo interdiceretur rerum alienarū adminiſtratione & alienatione. Diſſimilitudinis autem ratio inter donationes & alienationes ex cauſa onerosa, euidens illa eſt, quòd vix ſit vt fraudis conſilium non habeat qui ſibi cōſcius res ſuas donat, & vltrò perdit, cùm donare nihil aliud ſit quàm perdere, l. filiusfam. 7. in princip. D. de donat. licèt bene merenti donatum fuerit, l. ſemper 23. D. qui & à quib. manumitt. Qui verò vēdit aut permutat non tam perdendi conſilium habere videri poteſt quàm ſibi ſuiſque rebus ſubueniendi, quod ſi nō permitteretur delinquenti adeóque reo iam criminis poſtulato, eueniret ſanè vt innocentium plerique neceſſario ſumptu egerent vt Papinianus ait in d. l. reo 41. de ſolution. Etſi enim ſecuta quandocunque condemnatione apparet non fuiſſe innocentem eum, qui vendidit, cum res iudicata pro veritate habeatur. Ita tamen poſito iure vt alienationum robur penderet ex dubio iudicij euentu qui in cauſis potiſſimum criminalibus incertiſſimus eſt, non facilè reperiretur, qui ad emptionē vellet accedere, nec ſi reuera innocēs & abſoluēdus eſſet reus, arg. l. ait Prætor. 7. §. quæſitū D. de minor. Cū nō minus periculoſū & procliue ſit innocētē ex falſis inſtrumentis aut teſtimoniis condemnari, quā nocentē abſolui. Inde verò fit vt ſolis quidē innocētibus debitus fauor ius hoc extorſerit, d. l. reo, ſed tamē ad eius cōmunionē delinquētes quoq. vocari neceſſe ſit. Occaſione ſcilicet potiùs quàm iure vt Paulus loquitur in l. 2. de riuis. Neq. tamen ita accipiēda eſt ratio illa Papin. in d. l. reo, *alioquin pleriq. innocētiū neceſſario ſumptu egebūt*, vt eatenus dūtaxat reus criminis publici rerū ſuarū adminiſtrationem retineat, quatenus ad vitę litiſq. ſumptus neceſſe eſt. Habet. n. liberā & omnimodā: in eóq. nimirū ſingulare ius eſt eorum criminum quorum odio receptum eſt vt à quo tempore cōmiſſa ſunt, interdicatur reo adminiſtratione, qualia ſunt læſę Maieſtatis diuinę aut humanę, & repetundarum d. l. ex iudiciorum. Non enim idcirco neceſſarias tamen alienationes, interdictas eſſe credendum eſt, quæ cùm ſint neceſſariæ non poſſunt eſſe non iuſtę, vt vulgo noſtri ſentiunt

& re-

Digitized by Google

& rectè ex l. alienationes 13.de fam.erciſ.l.ſ facto.67. §.præd.ũ de l.gar.2.l.j.D.de fund.dotal. Hoc ipſum tamẽ quod dicimus, valere alienationes ex cauſa onероſa factas poſt contractũ capitale crimẽ, tametſi condẽnatio poſteà ſecuta ſit, ita intelligi debet ſi nõ in fraudem factæ proponãtur, probetúrque emptor fraudis conſilium participaſſe arg.l.ait Prætor 10.§. quod ait Prætor.& §.ſi quis particeps l.quod autem 6.§.hoc edictum & §.ſimili modo. D.quæ in fraud. cred.l.ignoti 5 C.eo. Quinimò fortaſſe etſi emptor ignorauerit, vt hac parte melior ſit cõditio fiſci in cuius fraudẽ alienatũ eſt quã creditorum arg. l. deferre 18.§.vlt.l.Titius 21.l.in fraudem 45. D. de iur. fiſc. cũ etſi in fraudẽ patroni alienatio facta ſit, detur patrono Faniana etiã cõtra ignorãtem l.1.§.ſolum.D.ſi quid in frau.patr. Fraudis autem cõiecturę potiſſimum hæ probãtur à noſtris, ſi is qui delictum admiſit ſiue in reatu iã cõſtitutus ſiue nõ, bona omnia ſua vendiderit arg. l. omnes 17. §. Lucius. D.quæ in frau.cre. Si quibuſdã tãtùm venditis in eorũ poſſeſſione remãſerit, fructúſq; ſibi perceperit l. ſicut. §.ſuperuacuum. D.quib.mo.pig.vel hypot.ſol. l ſi is qui bonis 91.de acq.her.l.ſi quis naturalem 3.verſ.& quod de ſubeunda C.de natur.liber. ſi clam aut viliſſimo pretio diſtraxerit.arg.l.vlt.D.de ri.nup.l.non exiſtimo 54.D.de admin.tuto.l. ſi quis donationis 38.D.de contr.emp.l.j.§.ſed ſi fortè. D.ſi quid in fr. patr. Si deniq; ſub ea condicione alienauerit, ſi condemnari cum cõtingat bonáq; ipſius publicari arg. l.vlt.D.de ſtipul.ſeruo.l.ſumma cum ratione 21. D. de pecul. Nã & ex ſuperioribus cauſis fraus præſumeretur ſi ante cõtractũ capitale crimen ſic factæ alienationes, & multo poſt tempore ſecutum delictum proponeretur arg. l. ſed ſi maritus 14. verſ. ſed & ſi conſtãte.D.qui & à quib.manum.l.ſi mulier cùm de fur. 21. D. rer. amot. Niſi delinquendi occaſionem nouus & emergens caſus peperiſſet, vt Bart. ſcribit ad d.l.poſt contractum. Sanè ſi à condemnatione appellatum ſit, & pendente appellatione facta ſit alienatio, nõ diſtinguemus donationes à vẽditionibus, ſed id perpetuò obſeruabimus, vt confirmata quandocunque ſententia reuocentur alienationes quælibet, quia negari non poſſit quin ſaltem à die ſententiæ quęſitum ſit fiſco ius pignoris quod ei auferri nõ potuit per appellationẽ quam ex poſt facto fruſtratoriã & inutilẽ eſſe apparuit. Nunquã.n.fruſtratoria appellatio prodeſſe debet appellati l.tutor 41. in princ.de vſur.l.vlt.D.de re iudic.l.negotiorũ 24. D.de appel. Text.eſt in hanc rem perelegãs in l.chirographis 57.§.1.de adminiſt.tuto. *Et hæc quidem* in cõtractibus & donationibus inter viuos obtinẽt. At in mortis cauſa donationibus aliud iuris eſt. Non enim valẽt, etiãſi factæ ſint ante cõtractum capitale crimen, ſi poſteà capitis pœna affectus ſit is qui donauit d.l.ſi aliquis 7.D.de mort.cauſ.don.l.cùm hic ſtatus 32.§.ſi maritus.D.de donat. inter vir.& vxor. Nã qui capitis pœnã patitur nõ poteſt cum vltima volũtate decedere d.§.ſi maritus, l.eius qui 8.§.4. D. qui teſtam.fac.poſſ.l.ſi quis filio 6.§.irritũ de iniuſt. rupt.& irrit.fact.teſt. donationes autẽ cauſa mortis proximè accedũt ad vltimas volũtates l.vltim.C.de mor.cauſ.don. Excipiũtur tamen ſingulari iure donationes quas vir in vxorem cõtulerit ex lege Conſtantiniana in l.res vxoris 24.C.de don.inter vir.& vxor.non ſolùm ſi ex pœna mortuus ſit maritus, ſed, etiamſi deportatus tãtùm, ſi nõ liberalitatem ſuam poſt deportationem reuocauerit. Nec eæ tantũ donationes quæ mortis cauſa factæ ſint, ſed illæ etiam quæ inter viuos iam cõſtante matrimonio. Nam & hæ ſimiles ſunt donationibus cauſa mortis, in eo quod cum moribus improbatæ ſint, non prius valent, quàm donatoris morte confirmatæ fuerint l. 1. 2.& 3.d.l.cùm hic ſtatus in princ.& ¶ aſſ. D.de dona. inter vir. & vxor. l.donationes quas parentes 25. C. eod.ob cámque cauſam in id vſque tempus pro imperfectis habentur d. l. ſi aliquis 7. & l. non videtur 52.D.de mort.cauſ.donat. Quanquam inter has donationes & illas hactenus intereſt, quod quæ mortis cauſa ſiunt ſtatim valent, dummodo earum effectus in id vſque tempus excurrat quo vir & vxor eſſe deſinant, nec interea velit donator fieri rem accipientis l.ſi cum 9.§.vlt.cum duob.ſeqq.eod.tit. Quæ verò inter viuos ſiunt, non valent niſi ab eo tempore quo reuocari poſſe deſierint, id eſt à die mortis: ideóque prohibita eſt inter coniuges illa quoque ſpecies donationis cauſa mortis ex qua dominium ſtatim transferatur licet reuocabiliter l. ſed interim 10.eod.iunct.l.2.& l.Senatus 35.§.mortis cauſa.D.de mort.cauſ.donat. Sed ſi ante mortem reuocatæ non ſint, valent omnes irreuocabiliter, licèt eo tempore quo reuocari poſſe deſinunt, fieri non poſſent, id eſt licet capitis pœna & ſummo ſupplicio affectus ſit is qui donauit, acſi maritum non pœna ſed natura ſubduxiſſet vt lex ait. In hoc enim elucet priuilegium quod huiuſmodi donationibus tributum Cõſtantinus voluit, cùm alioqui inſpecta iuris ratione donationes hæ non valerent d. §.ſi maritus. Nec aliud meo iudicio admittendum erit etſi maritus læſę maieſtatis condemnatus fuerit, quamuis vulgò interpretes contrà putent ex d. §. ſi maritus, iuncta l.ſi quis.C.ad leg.Iul.maieſt. Nam quod ſcriptum eſt in d.§.ſi maritus, dubitandum non eſt quin correctum ſit per d.l.re vxoris. Quod autem conſtitutum eſt in d.l.quiſquis. nullum ius nouum cõtinet, niſi in donationibus factis à die commiſſi aut cogitati delicti. Itaque quod ad eas pertinet quæ ante cogitatum maieſtatis crimen factæ ſunt, incorrecta proculdubio manet lex Conſtantini, cui tamen non perinde locus erit ſi quid viro donatum ſit ab vxore quæ poſtea capitis pœna affecta ſit: ſunt enim fauorabiliores hac parte mulieres, vel ob eam maximè rationem quam lex exprimit: *quia pudicitiæ præmio ceſſit.* Quòd ſi bona mariti fiſcus occupet, non ex cauſa delicti & condemnationis, ſed tanquã vacãtia, donationes ab eo factæ ſi vſq; ad finẽ in ea volũtate perſeuerauerit, ſaluæ ſunt mulieri nõ ex priuilegio, ſed iure cõmuni, ídq; iã obtinuit l.1. C.de don.inter vir. & vx. ſed ſi proponas poſt cõtractũ capitale crimen factas inter cõiuges ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donationes, vtiq; nõ valebunt, nec ad hunc caſum Cõſtantiniana lex pertinet vt conſtat ex illis verbis: *ante tẽpus criminis ac reatus*. Vt quod in eadẽ lege pręcedit, *ante reatũ*, ſic accipi debeat, vt nõ ſolũ ante reatum, ſed etiam ante crimen contractum donationem factam eſſe oporteat ad eius legis priuilegium inducendum, quia nec valeret ſi inter viuos facta eſſet poſt contractum capitale crimen, ſecuta quandoque condemnatione d. l. poſt contractum, quaſi non ſine ſuſpicione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris ſui cogitationem iam de pœna ſua certus eſſe potuit d.l.ſi aliquis, & d.l.quæſitum 15.D. qui & à quib.manum. Id verò Conſtantinus duntaxat egit vt eodem iure cenſerentur donationes inter virum & vxorem quò eſſent ſi inter perſonas nõ prohibitas factæ proponerentur, niſi quòd ad nutum donantis ſunt reuocabiles. Sed vt melioris ſint condicionis nec conſtituit, nec conſtituendi ratio vlla fuit.

ANTONII FABRI SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber octauus.

De ſententia & emendatione l.ſi Titius 48.D.de fideiuſſ.

CAPVT I.

CVM quæritur an totum fideiuſſionis onus irrogandum ſit ei qui cum minore fideiuſſit, ſi minorem poſteà in integrum reſtitui contigerit, diſtinguendum eſt, an ſimpliciter ille fideiuſſerit cum minore, & ſine contemplatione iuris Prætorij, quomodo ſi duo maiores cõfideiuſſiſſent, an verò poſt minorem propter incertum ætatis ac reſtitutionis, id eſt eo intuitu, & ex illa cauſa, quòd alius confideiuſſor talis eſſet, qui propter ætatem poſſet quandoque in integrum reſtitui, priore caſu non eſt irrogandum illi totum onus fideiuſſionis, ſed pro ſua parte duntaxat, non quòd minoris reſtitutio ei prodeſſe debeat (neque enim pro minore, ſed cum minore fideiuſſiſſe eum ponimus, & illa diſputatio, an minoris reſtitutio fideiuſſori proſit alium tractatum habet ſuáſq; diſtinctiones,) ſed quia ex beneficio epiſtolę Hadriani diuidatur inter confideiuſſores obligatio l. inter fideiuſſores 26. D. de fideiuſſ. dummodò ſint illi ſoluendo tempore litis conteſtatæ l. inter eos 51. §. cùm inter eod. quamuis iure aliquo ſpeciali alter ex iis tutus ſit, ne cum effectu conueniri poſſit, puta ſi aut tempore liberatus ſit aut aduerſus obligationem fauore ætatis reſtituendus: nam inopi fideiuſſori, & qui nihil habeat, non rectè comparabitur is qui alia iuſta ratione nititur ne cogatur ſoluere, ſed ei potiùs qui ſatisfecit, cùm habeat, quod obiiciat petitori, vt eleganter Papinianus ſcribit in l.ſi pupillus 45.D. de adminiſtr. tut. Itaq; ſibi imputare creditor debet, cur minorem pro fideiuſſore acceperit, quem ſciebat, aut ſcire debebat poſſe reſtitui, aut cur non petierit confideiuſſorem contemplatione iuris Prætorij, aut denique cur nõ curauerit, vt confideiuſſor ille beneficio epiſtolæ renuntiaret. Si quidẽ renunciari poſſe conſtat, vt aliis ferè omnibus exceptionibus fauore renunciantis introductis l.pen.C.de pact. l. pactum inter hered. 46.D.eo. Poſteriore verò caſu, id eſt ſi confideiuſſor acceptus ſit, non ſolùm, vt pluribus fideiuſſoribus cautum eſſet creditori, ſed etiam ne reſtitutio quam impetrare minor poſſet, creditori damno cederet, vtiq; totum fideiuſſionis onus ipſi irrogari oportebit, quoniam id inter eos actum videatur, ac ſi beneficio diuiſionis nominatim hic renuntiaſſet, éſtq; hic valdè ſingularis caſus in quo citrà expreſſam renunciationem ceſſat epiſtola Hadriani De confideiuſſionibus, cùm regulare ſit, vt expreſſam & ſpecialem renunciationem fieri oporteat. Ratio autem eſt, quia hoc caſu confideiuſſor iſte minoris habetur pro ipſius minoris fideiuſſore: ſiquidem nihil prohibet fideiubere quem & pro debitore, & pro debitoris fideiuſſore quemadmodum & plures poſſent l.ſi plures 27. §. vlt.D. de fideiuſſ. ideóque ſuccedit iuris regula, quæ habet fideiuſſorem qui minoris obligationi acceſſit cõtemplatione iuris Prætorij, non eſſe iuuandum reſtitutione, quam minor ex cauſa ætatis impetrauerit. l. 1. & 2. C.de fideiuſſ. mino. l.3 §.ſed vtrum l.in cauſæ 13.D.de mino. l. Stichum aut Pamphilum 95.§. quod vulgò D.de ſolut. Paul.lib.1.ſent.ti.9.§.5. Hoc ipſum verò, vt minoris confideiuſſor pro minore ipſo fideiubere videatur: fieri nullo modo poteſt, quin interueniat poſt minorem, non quidem ordine ſcripturę, qui certè nunquam impedit cauſam iuris ac voluntatis l.cùm pater 77.§. fidei tuæ committo, de lega.2. cùm ex iure non ex ſcriptura ſumendum ſit, id quod agi videtur l.nec enim 6. D. de ſolut. l. quidam 14.de pecul.leg. ſed ordine, vt vocãt, intellectus. Nam qui fideiubet intuitu & contemplatione reſtitutionis quã minor impetrare poſſet, eũ prorſus neceſſe eſt intuitu minoris fideiubere, & conſequenter poſt minorẽ, quãuis prior fortaſſe in ſcriptura nominatus ſit, argu. l. quamuis 8. §. quoties D.ad SC.Vell. In quo tamẽ obſeruandum eſt tractare nos de confideiubentib. non de iis qui ex interuallo interceſſerint. Inter eos nãq; ſolos beneficium diuiſionis locum habet, qui ſimul & alter alterius contemplatione ſic fideiuſſerunt, vt periculi ſocietatem contraxiſſe videãtur, quomodo Papin. loquitur in l.ſi plures 38.D.de adminiſtr. tutor. l.ſi à Titio 43.D.de fideiuſ. Cæterùm nihil vetat alterum alterius contemplatione ſic fideiubere, vt tamen reſtitutionis alteri competituræ periculum alter in ſe ſuſcipere velit. Et hæc nimirum Papiniani ſententia eſt in l.Si Titius 48. ver. huic ſimilis eo. ti. de fideiuſ. vbi concludit ille non inſubtiliter, hoc demum caſu totũ fideiuſſionis onus reſtituto quãdocũq; minore confideiuſſori irrogandũ eſſe. Quod tamen ex vulgari receptáq. lectione colligere nulla ratione poſſis. Sic enim habet, *ſed ita demùm alteri totum irrogandum eſt ſi poſteà minor interceſſit propter incertum ætatis ac reſtitutionis.* quæ ſanè nullius ſenſus lectio eſt, nec apud me dubitationem vllã res hæc habet, quin legendum ſit, *ſi poſt minorem*: nato fortaſſis errore ex inſcitia librariorum poſteriorũ, cùm priores ſcripſiſſent, *poſt minor.* ſubiecto pũcto, pro *minorem.* quod non intelligentes poſteriores & malæ Grammaticæ vitium ſubeſſe exiſtimantes pro *poſt* repoſuerunt *poſteà*, & pro *minorem* ſcripſerunt *minor*, ſine puncto. Nam & ſimili errore, ſed manifeſtiore in l.cùm apparebit 47. D.locat. ſcriptum legimus, *vendentem vel locantem*, pro eo quod ſcribi debuerat, *vendentibus vel locantibus*, cùm veteres libri, vt veriſimile eſt, ſcriptum haberent, *vendent. vel locant.* Præcedit enim pluralis illa dictio, *pluribus*. Neque emptor dicitur aut conductor qui vendit vel locat, ſed qui ab aliis ſiue ſingulis ſiue pluribus vendentibus vel locantibus cauſam habet: & loquitur ea lex de emptore & conductore qui cum pluribus contrahens ſingulorum perſonam in ſolidũ intuitus eſt, quod non niſi pluribus vendentibus vel locantibus euenire poteſt. Sic & in l cùm mandatu 23.D.de minor. ſcriptum legimus, *ſi procurator*

nomine

nomine minor circumſcriptus ſit, pro eo quod legendũ eſt, *ſi procuratorio nomine*, cum breuius & cōmod us eſſet ſcribere *procurator* ſub.ecto pũcto, quàm *procuratorio*, videreturque ſufficere vt ex dictione ſequenti vel præcedenti aſſequi lector poſſet quid pũctus ſignificaret. Faciunt ſanè parùm cautè qui Papinianum ſic emendant, vt pro *poſteà*, legant *ſponte*, qua in ſententia eſt Franciſcus Conanus lib.6. Comment.iur.ciuil. Quaſi eam diſtinctionem Papinian' probauerit. Au ſponte minor interceſſerit, an dolo creditoris. Idq; propter ſequentem legis clauſulam in qua de minore agitur per dolum creditoris circumuento. Longè enim alia ſequentis illius clauſulę ſententia eſt quã ſequenti capite docebimus. Nec illi rectiùs qui poſt Iacobum Cuiacium lib. 10. Obſ. c.23. eam Papiniani mentem eſſe exiſtimant, vt ſi ſimul cum minore interceſſero, & is reſtitutus fuerit, tùm demùm mihi totum onus irrogetur, ſi primo loco interuenerim, niſi dolo creditoris minor in fideiuſſorem aſſumptus ſit, rationem duplicem adſerentes. Vnam quòd minorem ea ea fideiuſſione teri iniquum ſit, cùm eius ætas fragilis & expoſita captionibus reſtitutionem mereatur. Alteram quòd mea fideiuſſio ante minoris fideiuſſionem tenuerit, ob idque vitiari eam ab inutili minoris fideiuſſione non oporteat. Etenim animaduertere debuerunt, quod ſuprà monuimus, tractare Papinianum de cōfideiuſſoribus, vt conſtat ex primis verbis legis, *ſi Titius, & Seia pro Mauio fideiuſſerint*. Item ea poſtremis illis, *aduerſus cōfideiuſſorem*. Confideiuſſores autem non eſſe niſi qui eodem tempore & alter alterius contemplatione nō ſeparatim & ex interuallo fideiuſſerunt. d.l. ſi plures 38. de adminiſt. tut. l. ſi à Titio 43. de fideiuſſ. Itaq; cùm inter eos periculi ſocietas contrahatur, quæ ſola beneficium diuiſionis inducit, manca erit & inepta ratio illa quã Papiniani eſſe volunt, quòd minorem ea ſua fideiuſſione teneri iniquum ſit. Neque enim ex eo ſequitur totum onus alteri irrogandum eſſe qui diuiſionis beneficiũ non idcirco abiicere voluit. Potiùſque ex eo inferas minoris reſtitutionem nocere debere creditori, quàm confideiuſſori. Vt taceam falſum eſſe quod illi ponunt iniquum fore ſi minor ea ſua fideiuſſione teneatur. Nam imò verò iniquum non eſſe ea eo conſtat, quòd nec doli nec alterius exceptionis auxilium habere minor poteſt priuſquam ſit in integrum reſtitutus, tametſi ſubſit æquitas & cauſa concedendæ reſtitutionis l. exceptiones 7. in fi. D. de except. Altera autem ratio, quam ea ingenio ſuo comminiſcuntur, non ſolùm ineptior eſt, ſed etiã apertè falſa. Nam quod aiũt fideiuſſionem meam antè minoris fideiuſſionē tenuiſſe, & vtilem fuiſſe, non poteſt verum eſſe, cùm ego & minor ſimul fideiuſſerimus. Vtramq; enim ſimul contrahi, & tenere neceſſe eſt, vt periculi ſocietas cōtracta videatur. Quare & in illa ſpecie quam à Papiniano prætermiſſam Cuiacius putat, & de qua tamen ſola Papin. tractat, ſi vnà cum minore fideiuſſero, fatetur ille non niſi pro parte me teneri. Quod ſanè veriſſimum eſt ſi ſimpliciter interceſſero: ſed non item ſi contemplatione iuris Prætorij, propter incertum ætatis ac reſtitutionis minoris: hoc eſt, cùm creditor dubitaret de ætate mei confideiuſſoris an minor eſſet annis vigintiquinque, aut cùm minorem eum eſſe ſciret eiq; fidem non haberet, veritus ne poſteà reſtitutionem impetraret, vt pluribus explicat Vlp. in d. l. in cauſæ 13. D. de min. quomodo ſi locutus fuiſſet Pap. ſententiam eius quilibet facillimè percepiſſet. Sed quã ſibi placeat ille conciſa iſta elegantiq; breuitate nemo ignorat. Tanto q; magis miror virum doctiſſimum non percepiſſe vim e.rum verborum, *ſi interceſſit propter incertum ætatis ac reſtitutionis*: nec animaduertiſſe quantum interſit an ſic legatur, an ita potius quomodo ille intelligit, & quali ratio dicti illa ſit, *quia fauor ætatis meretur reſtitutionem*. Sed & in eo errat, quod verborum illorum contextum interrumpit, ponitque virgulam poſt *interceſſit*, ac ſi ſequentia concinnant rationē præcedentium, cum tamen vna ratio ſit, vſq. ad illam clauſulam, *quod ſi dolo*. Feſellit eu corrupta lectio in verbis iis, quę emendauimus, *ſi poſteà minor interceſſit*, quæ nullum certè ſenſum habet, ſi quod ſequitur, *propter incertum ætatis ac reſtitutionis*, bene intelligas. Nec verò interpretationi noſtræ repugnat, ſi quis obiiciat, ita poſita facti ſpecie, vt ego poſt minorem fideiuſſerim propter incertum ætatis ac reſtitutionis, futurum vt non ſimus confideiuſſores, ſi verũ eſt quod diximus confideiuſſores eſſe eos duntaxat, qui ſimul & eodem tempore fideiuſſerũt. Iam enim monuimus verba illa, *poſt minorem*, non ad ordinem temporis & ſcripturæ referenda eſſe, ſed ad ordinem intellectus. Finge debitorem à quo fideiuſſor petebatur obtuliſſe fideiuſſorem minorem: creditorem verò non quidem recuſaſſe, ſed tamen propter incertũ vel ætatis cùm dubitari poſſet maiórne eſſet an minor, vel reſtitutionis, cùm minorē eſſe conſtaret petiiſſe, vt alius quoq; fideiuſſor ob eã cauſam accederet, méq; in illam rem fidem meam & operã exhibuiſſe, deinde tractatu iſto habito ſimul eodémque tempore minorem & me fideiuſſiſſe. An non hic verum eſt nos eſſe cōfideiuſſores, eodémq. tempore periculi ſocietatem ſubiiſſe? Ita ſanè. Nec minus tamen verum quoque eſt me fideiuſſiſſe poſt minorem & iuris Prætorij contemplatione. Ordine nimirum tractatus, & intellectus, quia minor oblatus prior fuerat in fideiuſſorem, & quidem ſolus. Nã ſi eodem tempore minor, & maior offerantur tum demùm dici poteſt maiorem ſimpliciter acceptum intelligi, ideóque nec vllo caſu totum fideiuſſionis onus ei irrogandum eſſe. Idémque eſt, ſi maior primus offeratur priuſquàm de adiiciendo minore tractetur, ſi modo poſteà vterque ſimul eodémq; tempore fideiubeat.

Ad prima & poſtrema verba eiuſdem legis.

CAPVT II.

Sequitur apud Papinianum, *Quòd ſi dolo creditoris inductus ſit minor, vt fideiuberet, non magis creditori ſuccurrendum erit aduerſus confideiuſſorem, quàm facta nouatione circumuēto minore, deſideraret in veterem debitorem vtilem ſibi actionem dari*. Quæ verba peſſimè etiã explicant, qui ſic interpretãtur, vt minore aduerſus fideiuſſionem alius cōfideiuſſor perinde poſſit in ſolidum conueniri, atq. ſolet conueniri prior debitor reſtitutoria actione, poſteaquã minor aduerſus nouationem à ſe factam reſtitutus eſt. l. min. 48. in pr. l. vlt. D. de minor. Nam imò verò prorſus ex contrario Papin. vult neutro caſu ſuccurrendum eſſe creditori qui dolo induxit minorē, vt fideiuberet, aut vt nouationem faceret, hoc eſt neq. reſtituendam ei actionem in veterem debitorem, vtpote quam dolo malo amiſerit, (vt hæc adhibeatur exceptio ad ſupradictas leges quæ haud dubiè procedunt, cùm creditoris dolus nullus interuenit) neque adeò ei fauendum, vt totum onus confideiuſſionis alteri confideiuſſori irrogetur. Quod intellige, etiamſi confideiuſſor acceſſerit contemplatione iuris Prætorij, & propter incertum ætatis ac reſtitutionis, vt differat caſus hic à præceden-

te de quo ſuperiore capite diximus. Eſt enim æquiſſimum deteriorem eſſe conditionem creditoris doloſi quàm eius contrà quem minor reſtitutus ſit ex cauſa duntaxat ætatis & læſionis, quod contingit quoties non dolo aut calliditate creditoris, ſed ſua tantùm inconſulta facilitate læſum ſe allegat. At in priore huius legis ſpecie, hoc eſt ſi Titius & Seia pro Mæuio fideiuſſerint, non ſimiliter Papinianus diſtinguit, An ſimpliciter Titius confideiuſſerit, an verò poſt Seiam & contemplatione Senatuſconſulti Velleiani, ſed indiſtinctè aut ſubducta muliere dandam in ſolidum aduerſus Titium actionem. Ratione illa quòd ſcire potuerit, aut ignorare non debuerit mulierē fruſtrà intercedere. Error enim hic iuris eſt quem ei omnimodo nocere conuenit, ſi neſciat improbatas eſſe Senatuſcōſulti Velleiani auctoritate huiuſmodi fideiuſſiones: adeò vt nulla mulieri neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, ſed ſufficiat Senatuſconſulti beneficium implorare l.j. & tot. tit. ad SC. Velleian. In quo melior eſt conditio mulieris quàm minoris in re ipſa decepti, qui nullum habet auxilium priuſquàm ſit reſtitutus, vt ſuprà diximus ex l. exceptiones 7. §. vl. de excep. Itaq; nōſpoteſt Titius dicere ſe confideiuſſiſſe cum Seia vt periculi ſociam haberet, cùm perſona Seię auctoritate Senatuſconſulti ſubducatur, ſolúſque Titius fideiuſſiſſe videatur, & ea mente ad fideiuſſionem acceſſiſſe, vt ſolus teneretur. Quid ergo ſi dolo creditoris Seia interuenerit? An non hactenus puniri dolum creditoris æquum erit, vt totum fideiuſſionis onus Titio non irrogetur? Minimè. Neq; enim plus poteſt creditoris dolus quā auctoritas Senatuſconſulti ad ſubducendam ex obligatiooe perſonam mulieris. Imò nec tantundem. Dolus enim ille facere nequeat, vt mulier non obligetur, ſed tantùm vt doli exceptionem habere poſſit citrà reſtitutionem exemplo minoris d. l. exceptiones. At Senatuſconſultum impedit obligationem ne ab initio contrahatur l. quamquam 7. l. aliquando 13. §. vlt. l. ſi mulier. 14. l. ſi mulier 16 §. vlt. l. debitrix. 24. §. ſi Senatuſconſulti & paſſ. D. ad Vellei. Ita vt neque eius obligationis nomine vtiliter accipi fideiuſſor poſſit, nec ſi nullam ille aduerſus mulierem habiturus ſit mandati actionem: adeò totam obligationem ſenatus improbat d. l. ſi mulier 16. §. vlt. Ob idque nihil intereſt, an quis fideiuſſorem det mulierem, an nullum det l. quamuis 8. §. ſi conuenerit eod. Et quod magis eſt, etiamſi iudicium ſuſcipere mulier parata ſit, non aliter tamen audiri debet, quàm ſi caueat ſe exceptione Senatuſconſulti non vſuram l. vlt. §. pen. eod. Quin etſi ſoluerit repetit d. l. quamuis §. interdum d. l. debitrix. §. j. l. qui exceptionem 40. l. ex his 54. de cond. indeb. nimirum ſi per errorem non ſi ſciens ſoluerit l. ſi is qui 24. l. ſi non ſortem 26. §. indebitum eod. Cuius enim per errorem ſoluti repetitio eſſet eius conſultò dati donatio eſt l. cuius per errorem 53. de regul. iur. Senatus autem obligatæ tantùm & iotercedenti mulieri ſuccurrere voluit, non etiam donanti l. ſed ſi ego 4. §. j. D. ad SC. Velleian. Nec eſt contrarium, quod ſupradictis locis aliiſque innumeris, auxilium Senatuſconſulti exceptio appellatur, præſertim in l. vir vxori 17. & l. tutor 19. eo. Exceptioni verò locus eſſe non poteſt, quin priùs locus ſit actioni l. 2. de except. nec actioni quin præcedat vtilis obligatio & efficax. l. licet 42. §. ea obligatio de procur. Nam reſpondeo idcirco ſic comparatum quòd plerunque facti quæſtio ſit, An Senatuſconſultum locum habeat, ſiue quòd dubitetur an mulier interceſſerit, ſiue quòd dicatur in rem ſuam interceſſiſſe, aut etiam creditorem decepiſſe: quibus caſibus conſtat Senatuſconſulto iuuari eam non poſſe. Proinde quouſq. appareat eam interceſſiſſe, non poteſt prætextu Senatuſconſulti denegari creditori actio, ne alioqui omnes mulierum obligationes improbatæ viderētur: quod verum non eſt l. 2. 4. & paſſ. C. ad Velleian. Eæ ſi quidem tantum improbatæ ſunt, quæ intercedendi animo fiunt, d. l. j. d. l. quamuis 8. §. j. & paſſ. D. eod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio 10 ſi. D. de ſolut. quomodo accipi debet, quod ſcriptum eſt in l. 2. §. omnis omnino D. ad Vellei. Idque eſt quod Pomponius ſcribit in d. l. vlt. in prin. eo. non per omnia habendam mulierem loco minoris circumſcripti, cùm nec ipſo iure tuta ſit niſi cùm interceſſit, nec auxiliū reſtitutionis mereatur niſi cum dolo aduerſarij decepta eſt, aut ex qua alia cauſa, quæ edicto perpetuo cōtineatur, & propter quam maſculis quoq; licèt maioribus ſuccurri oporteat. Porro cū aduerſus mulierem impetrata eſt actio, neceſſarium eſt ad eam elidendam exceptionis auxilium d. l. 2. & paſſ. D. de except. Cæterum ſtatim atq; probatū eſt mulierem interceſſiſſe, ſuccedit vis & poteſtas Senatuſcōnſulti, quæ ipſo iure facit irritam obligationē, nec exceptionis opem amplius requirit. Quomodo & in compenſatione dicimus fieri eam ipſo iure l. ſi conſtat 4. cum l. ſeq. l. vlt. C. de cōpenſ. l. 4. l. ſi ambo 10. l. poſteaquam 21. D. eod. l. eius quantitatis 7. C. de ſolut. Et tamen compenſatio exceptio dicitur, quia petitionem & actionem præſupponit, requirítque factum & voluntatem compenſare volentis, vt ita demum fiat ſi obiiciatur. l. 2. l. neq; 6. cum ſeq. l. quoniam 10. & ſeq. C. eod. tit. de compenſ. Ex his igitur concludi poteſt, ſummam rationē habere quod Papiniano placet ſi Titius & Seia pro Męuio fideiuſſerint indiſtinctè totum onus irrogādum eſſe Titio, nec diſtinguendum, an cootemplatione Senatuſcōſulti interceſſerit necne, aut, vt Papiniani verbis vtar, *propter incertum Senatuſconſulti:* Ius enim Senatuſconſulti, ſemper certum eſt etiamſi non opponatur: adeóq; tametſi mulier parata ſit iudicium accipere niſi caueat ſe exceptione non vſurā, vt diximus in d. l. vlt. §. pen. ad Vellei. ſicut & ſexus ipſe mulieris ſemper certus eſt, niſi fortè cauillandi animo hermaphroditū proponas. At ius reſtitutionis quę minori competit incertiſſimum eſt, & quia ætas ipſa cui ſuccurritur plerumq; incerta eſt, & quia facto minoris opus eſt, vt reſtitutionem petat, quod an facturus ſit necne in euētu & ipſius arbitrio poſitum eſt d. l. exceptiones 7 in fi. de except. Qua etiam impoſtulata cauſæ cognitio adhuc requiritur an concedi debeat l. j. §. j. l. in cauſæ 13. l. in cauſæ 16. D. de min. Nec rurſus diſtinguimus apud Papinianū an dolo creditoris inducta ſit Seia vt cū Titio fideiuberet pro Mæuio, an non. Quia dolum creditoris ita demùm ei nocere æquum eſſet ſi peteret ſuccurri ſibi aduerſus Titium. Nunquam enim ſuccurrendum eſt ei qui propter dolum ſuum damni quid ſenſerit, cùm neque ei ſuccurratur cui culpa ſola citra dolū imputari poſſit l. quod quis ex culpa 203. de R. I. At vt poſſit creditor hic in ſolidum agere contrà Titium, nullo auxilio indiget, ſed ſuo iure perinde facit atq; ſi Titius ſolus fideiuſſiſſet. Neq; pugnat quod Papinianus mulieri minorem ſimilem facere videtur his verbis, *huic ſimilis & illa quæſtio videri poteſt.* Nam imò diſſimilem ait eo loco, *ſed ita demum alteri totum onus irrogandum eſt*, nec niſi de confideiuſſore minore loquitur, cùm in ſequentibus diſtinguit, an creditoris dolus ioterceſſerit necne. Sed & ita nihil differt mulier à minore, quod nihil intereſt an pro minore fideiu-

beas,

beas,an pro muliere,dummodo contẽplatione iuris Prætorij conſideiubeas, vt ſuperiori capite tractauimus. Perinde enim vtroque caſu totum fideiuſſionis onus tibi incumbit ſi cum tecum aut ante te ſideiuſſerat in integrum reſtituatur. At ſi quis pro muliere intercedente fideiuſſerit, an cum ea fideiubenre confideiuſſerit. Ille enim nullomodo obligatur, ſed iuuatur exceptione Senatuſconſulti, licèt nullum fortaſſe mandatum à muliere habeat, nec proinde contrà eam mandati agere poſſit, quia totam obligationem Senatus improbat d. l. ſi mulier 16.§.vlt.ad Velleian.Hic verò nec Velleiani nec alia vlla exceptione iuuari poteſt quominùs totũ confideiuſſionis onus ſentire debeat, acſi ſolus fideiuſſiſſet,cùm ſubducta perſona mulieris propter autoritatem Senatuſconſulti, alia perſona nulla ſuperſit confideiuſſoris, ſed tantùm debitoris principalis pro quo interueniſſe videri poſſit. Itaque non habetur pro conſideiubentis mulieris fideiuſſore, licèt contemplatione Senatuſconſulti interceſſerit, quia nec ſi vellet pro ea fideiubere vtiliter poſſet. Proinde conſequẽns eſt vt ex ſua tantùm perſona & confideiuſſione in ſolidum conueniatur. Atq.ita locum ſanè perobſcurum necdum fortaſſe ab vllo hactenus rectè explicatum interpretandum arbitramur.

Quibus caſibus reſtitutio minoris proſit fideiuſſori, & ad l.exceptiones 7.in fin.D.de except.

CAPVT III.

AD quæſtionem illam, Vtrum reſtitutio in integrum per minorem impetrata proſit eius fideiuſſori, ſimpliciter & indiſtinctè reſponderi nõ poteſt. Verſatur enim id in cauſę cognitione vt Vlp. ait in l.in cauſæ 13.in prin.D.de minor. Cauſæ autẽ cognitio in eo conſiſtit vt inſpiciamus an reſtitutioni causã præbeat dolus aduerſarij, an verò ſola læſio cum minoris ætatis priuilegio iuncta. Priore caſu certum eſt prodeſſe reſtitutionem fideiuſſori l.2.C.de fideiuſ.mino. idque perpetuò & diſtinctè, quoniam & citra reſtitutionis auxilium doli mali exceptio ei prodeſſet l.ſi teſtamento 49. in prin.de fideiuſ.l.exceptiones 7.ad fi. de except.vbi verba illa, *pro minore circunſcripto.* idem ſonant, quod *pro minore per dolum decepto.* aut quod idem eſt, *circumuento.* Nam & circumuenire idem ferè eſt quod dolo malo decipere l.ſi Titius 48. D.de fideiuſ. quam nos ſuperioribus capitibus explicauimus. ob eámq. cauſam Paulus in d.l. 7. in fin. opponit minori circunſcripto eum,qui deceptus ſit in re & naturaliter vt Vlp.loquitur in l.in cauſæ.16. §. idem Pompo. de min. Plus enim & grauius circumſcribere vel circumuenire, quàm decipere. Factum ſiquidem perſonæ demonſtratur iis verbis propter adiectionem illam *circũ*: proinde doli perſonalis ſignificationem præ ſe ferunt, nec ad deceptionem in re tam facilè reſtringi poſſunt. Ratio autẽ quę facit vt doli mali exceptio quę cõpetere poſſet reo ſi cõueniretur, cõpetat fideiuſſori, illa eſt, quòd generaliter exceptiones omnes quæ rei non perſonæ cohærent trãſeunt in fideiuſſorem etiam inuito debitore d.l.exceptiones.§.1.cuiuſmodi ſanè eſt exceptio doli. Nam licèt ex parte actoris cui obiicitur ſit omnino perſonalis, tamen ex parte obiicientis eſt in rem concepta, l.2.§.1.& 2.D.de dol.excep.non minùs quàm eæ, quę ex iuriſiurandi, aut rei iudicatæ, aut metus aliáve ſimili cauſa proficiſcũtur, de quib. accipi debet quod ſcriptum eſt in l.omnes 19. D.de exceptio. l. defenſiones 11.C.eo.l.ſi ſtipulatus 15.in prin. l.ex perſona 32. D.de fideiuſ.l.vlt. D.de pact. Poſteriore verò caſu quo nec dolus nec quid aliud ſimile, ſed ſola læſio cum minori ætate coniuncta reſtitutionis beneficiũ inducat (neq.n.ſolo ætatis fauore vnquã reſtituitur minor niſi læſus probetur l.verum.11.§.ſc eũdũ & ſeqq. l.quòd ſi minor.24.§.1.D.de minor. l.nã poſteaquã 9.ſi minor D.de iure iur.) ſub diſtinguendum eſt an fideiuſſorem minor ſimpliciter dederit, id eſt,non tanquam minor,ſed tanquam alius quilibet,& eo modo quo etiam maiores fideiuſſorẽ dare ſolẽt,quod in dubio credendum eſt, cùm præſumatur potiùs pro cauſa quæ fouetur iure cõmuni quã pro ea quæ ſpeciali l.3.§.1.D.de tutel.l.ſimiles 7. D. de iniuſt.rupt.teſtam. An verò minoris obligationi fideiuſſor acceſſerit tanquam ſuſpectæ propter incertum ætatis & reſtitutionis vt Papinianus loquitur in d.l.ſi Titius 48.de fideiuſſ. & quod idem eſt contemplatione iuris Prætorij l. Stichum aut Pamphilum 95.§.quod vulgo de ſolut. quod plerumque euenit cùm ſibi proſpicere vult creditor qui ſcit minorem eſſe cum quocum contrahit,aut an minor ſit dubitat. Priore caſu prodeſt fideiuſſori reſtitutio minoris,atque ita accipi debet quod ſcriptum eſt in l.minor 51.D.de procurat. & quod Vlp. ait in l.3.§. ſed vtrum, verſ.ſed an hoc auxilium. D. de minor. interdum reſtitutionem minoris quam ratione ætatis impetrauerit (de illa enim loquitur) prodeſſe fideiuſſori vt ad hunc nimirum caſum coarctetur. Ratione illa quòd minor qui eo modo fideiuſſorẽ dedit quo dediſſet ſi maior fuiſſet pro maiore hac parte haberi debeat, eiúſque fideiuſſor pro maioris fideiuſſore. Atqui ius certum eſt, reſtitutionem à maiore impetratã eius quoque fideiuſſori prodeſſe debere cùm ex re ipſa non ex perſonæ qualitate reſtitutionis æquitas proficiſcatur d. l. omnes. d. l.ex perſona,& aliis ſupradictis. Vt puta ſi is qui fideiuſſorem dedit ſiue maior ille ſit ſiue minor reſtitutus ſit aduerſus venditorem ex cauſa enormis, vt vocãt, læſionis. Hinc enim quantumuis minor ſit, non tamen quaſi minor,ſed tanquam maior reſtituitur, & aduerſus talem conuentionem quam ineunt plerumque ij etiam qui in maiori ætate ſunt conſtituti,arg.l.minor 48.§.vlt.D.de mino.Nec diſtinguemus, quod parum cautè quidam faciunt, an futurum ſit necne vt creditori res depereat ſi reſtitutionis beneficium ad fideiuſſorem quoq. protrahatur,arg.d.l.minor 51.D.de procurat. & l.ſi pupillus 89.de acquir.hered.Nõ.n.illud inſpiciendum eſt,an damnum ſenſurus ſit creditor ex reſtitutione fideiuſſori profutura: ſed an æquius ſit in dãno morari fideiuſſorem an creditorem vt Vlp.ſcribit in d. l.in cauſę 13.de minor. Nam cùm æquè facilè minor poſſit reſtitui aduerſus fideiuſſorem ne mandati actione teneatur, atque contra creditorem dict. l. in cauſæ.& l.1.in fin.C.de fideiuſſo.minor.ſola quæſtio relinquitur inter creditorem & fideiuſſorẽ. Nemo autem negauerit æquius eſſe in dubio ſuccurri fideiuſſori ſimpliciter accepto vt eodem quo debitor iure cẽſeatur,quam creditori, cui ſaltem hoc imputari poteſt,quòd legem apertiùs nõ dixerit,cũ vtiq; potuiſſet pręmonere ideò ſe accipere fideiuſſorem vt obligatũ illũ haberet ſiue in integrũ minor reſtitueretur,ſiue non.Quo facto imputaretur ſanè fideiuſſori cur ea lege ad fideiuſſionem acceſſiſſet, magiſque creditori quàm ipſi conſuli oporteret. Probaturque manifeſtè hæc noſtra ſententia nõ ſolùm ex Vlpian.in d.l.in cauſæ 13. de minor. ſed etiam ex Paul.li.1.ſent.tit.9.§.5. Nec pugnat quod ſcriptum eſt in d. l.minor.51.de procur.& in dict.l.ſi pupillus 89.de acquir.hered. Nam vt fideiuſſor minoris qui pro alio defenſionem ſuſceperat iuuetur auxilio reſtitutionis per minorem impetratæ, non ideò fit vt iſti putant, quòd ſalua creditori ſit actio cõtra eum

quem defendere minor voluit, ſicut nec vt ſuccurratur fideiuſſoribus datis à pupillo qui ſe paterna hereditate abſtinuit ſi ex hereditario contractu conueniantur: in cauſa illud eſt, quòd creditorum ius integrum maneat aduerſus eum qui eam hereditatem aditurus ſit: ſed quia ex iuris communis regula æquum ſit fideiuſſorem ex perſona rei eaſdem habere defenſiones quas reus ipſe haberet, ſi conueniretur. Alioqui quid dicemus ſi primus ille debitor cuius defenſionem minor ſuſceperat in ſpecie d.l. minor, adeò inops ſit, vt ab eo ſuum conſequi creditor nequeat? Quid item ſi neque nouus ille heres quem hi ipſi comminiſcuntur in ſpecie d.l. ſi pupillus, neque hereditas ipſa ſit ſoluendo? Id enim plerumque contingit cùm hereditate paterna pupillus abſtinet. An non valde intereſt creditorum obligatos manere fideiuſſores, quos minor vel pupillus dederat? Ita ſanè, cùm ferè ſit, vt nullam actionem habere videatur, qui talem habet, quam debitoris inopia inanem & illuſoriã poſſit reddere l. nam is nullam 6. D. de dolo. l. ſi apud minorem. 12. D. de mino. Nec eò minùs tamen verum erit ſuccurrendum eſſe fideiuſſoribus. Præſertim verò in ſpecie d.l. ſi pupillus, quia fieri certè nequeat, vt ex hereditario cõtractu condemnari debeant tanquam fideiuſſores eius qui licèt ipſo iure heres maneat etiam poſt abſtentionem l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert. heredis tamen loco non habeatur. l. ſi filius. 12. D. de interrog. in iur. fac. l. neceſſariis. 57. de acqu. hered. Sed & finge pupillum aut minorem qui fideiuſſorem dederat non abſtinuiſſe, ſed in integrum reſtitutum eſſe: an fideiuſſoribus ſuccurretur? Vtiq; ſi Vlpiano credimus in l. 2. §. vlt. D. de adminiſtr. & peric. tutor. Et tamen ceſſat hic ratio illa, qua mouentur iſti, quòd creditoribus nulla iactura immineat, cùm reſtituto minore eiúſque fideiuſſoribus per conſequentias liberatis, nulla ſuperſit perſona in quam dirigere actionem ſuam creditor poſſit. Sed hæc ita, ſi minoris obligationi fideiuſſor, vt ſupra dictum eſt, ſimpliciter acceſſerit. Nam ſi contemplatione iuris Prætorij & propter incertum ætatis ac reſtitutionis (quæ ſecunda noſtræ ſubdiſtinctionis pars eſt) verius eſt minoris reſtitutionem fideiuſſori non prodeſſe, propterea quòd hoc ipſum inter contrahentes omnino actum eſſe videatur. Atque ita accipiendum eſſe tit. C. de fideiuſſ. minor. hoc eſt de fideiuſſoribus minorum tanquam minorum conſtat ex Vlpiano in d.l. in cauſæ 13. & d.l. 3. §. ſed vtrum de minoribus & ex Iulij Pauli ſententiarum loco ſupra citato. Elegantiùs autem ex Papiniano in dict. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgò de ſolut. vbi ait fideiuſſorem qui ſimpliciter non contemplatione iuris Prætorij interceſſerat, ſi debitori minori annis vigintiquinque heres extiterit, ſaluum habere beneficium reſtitutionis, quę minori intra petendæ eius tempora defuncto competere poterat. Quod certè falſum eſſet ſi reſtitutio minori viuo conceſſa fideiuſſori profutura non fuerat, aut ſi nihil intereſſet, an ſimpliciter an contemplatione iuris Prætorij fideiuſſor interueniſſet. Ideò autem tractat Papinianus de fideiuſſore, minoris herede, quoniam viuo minore aut alium heredem habente non poſſet fideiuſſor in integrum reſtitui ex perſona minoris. Reſtitutionem enim ab ipſo minore aut ab eius herede impetrari neceſſe eſt, non autem à fideiuſſore, quippe qui læſus non fuerit, idque eo etiam caſu quo à minore impetrata fideiuſſori profutura eſſet. Nam vt proſit fideiuſſori, non fit niſi per conſequentias. Et is proculdubio ſenſus eſt d.l. exceptiones 7. in fin. de except. iis verbis, *quòd deceptus ſit in re tũc nec ipſe ante habet auxilium quàm reſtitutus fuerit, nec fideiuſſori danda eſt exceptio.* Docet enim Paul. multum referre, cùm minor qui fideiuſſorẽ dedit deceptus eſt, an deceptus ſit in re, an ex propoſito, ſi ex propoſito non tantũ cõpetit minori ius petendæ reſtitutionis, ſed etiam excipiendi de dolo ſi cõueniatur. Ea verò exceptio vt rei cohæret non perſonæ, perinde fideiuſſori atq; ipſi minori competet, tametſi nec reſtitutus ſit minor, nec adhuc eam exceptionem obiecerit, at cùm deceptio non niſi in re eſt, doli exceptio nec minori competit, nec proinde fideiuſſori: ſupereſt igitur vnum illud remedium minori vt in integrum reſtituatur, fideiuſſori verò nullum, niſi quòd minore reſtituto proderit ea res fideiuſſori ſi ſimpliciter interuenerit, non etiam ſi contemplatione iuris Prætorij propter incertum ætatis ac reſtitutionis, ſecũdum ſupradictam diſtinctionem, quæ tamen ex eo loco ſicut non improbatur, ita nec probatur, quia de exceptionis iure duntaxat, non etiam de effectu reſtitutionis tractat Iuriſc. Peſſimè autem locum illum accipiunt, qui vulgatam lectionem cũ Haloandro ſecuti addita negatione legunt, *quòd ſi deceptus non ſit in re*, & eum ſeorſum eſſe putant, vt minore in re non decepto, ſed ſua facilitate & dolo creditoris, fideiuſſori non ſuccurratur, quod planè falſum eſt, & iis quæ proximè diximus contrarium. Nam imò verò id ſibi vult Paulus: Minore nõ dolo creditoris, ſed ſua facilitate & in re ipſa decepto, nullam dari exceptionem fideiuſſori: an autem iuuari debeat reſtitutione in integrũ, ſi eam fortè minor impetret, non aperit, quoniam nec de illo tractat. Et certè cõtraria hæc ſunt, decipi minorem ſua facilitate, & decipi dolo creditoris. Sua enim facilitate decipi dicitur, cùm ætatis ſuæ imbecillitate potiùs quàm aduerſarij calliditate decipitur. Dolo autem, quoties iis artibus decipitur, quibus etiam maior decipi poſſet. Contrà autem paria ſunt decipi minorem in re, & decipi ſua facilitate l. ſi quis cùm aliter de verbo. obl. illud tamen obſeruandum eſt, quod ſuprà diximus, fideiuſſori qui ſimpliciter interuenit prodeſſe reſtitutionem minoris, non eſſe perpetuum. Quid enim ſi nullum ille regreſſum aduerſus minorem habere debeat fortè quòd donandi animo aut in rem ſuã fideiuſſerit? nemo dixerit prætextu minoris ſuccurrendum eſſe maiori cuius damno res ceſſura ſit l. quod dictum 32. D. de pact. l. ſi quis reum 5. de liber. leg. Neque enim Prætori propoſitum fuit maiorib. ſuccurrere ex minorum perſona, ſed tantùm minoribus d.l. 3. §. ſed vtrum l. cùm mandatu 23. D. de minor. Rurſus nec illud perpetuũ eſt, vt fideiuſſori qui contemplatione iuris Prætorij interceſſit, nil proſit minoris reſtitutio: nã ſi talis caſus contingat in quo futura ſit inutilis minori reſtitutio, niſi etiam fideiuſſori proſit, fieri non poteſt vt nõ fideiuſſori quoque prodeſſe debeat, vt putà ſi contrà fideiuſſorem mandati actione repetentem quod ſoluiſſet, reſtitutio dari non poſſet, arg. d.l. in cauſæ 13. de minor. ſic enim Bar. & poſt eum cæteri ad l. cùm filiusfamilias 49. §. 1. de V.O. Ratione illa, vt puto, quòd hoc caſu minor ſit fideiuſſoris ſui quaſi defẽſor neceſſarius: quod cũ euenit, neceſſe eſt prodeſſe fideiuſſori quicquid prodeſt reo. arg. l. idémq. 10. §. generaliter D. mand. At quoties aduerſus fideiuſſorẽ quoq; reſtitui minor põt, nulla ratio eſt, vt fideiuſſoris ſui defenſor neceſſarius videri debeat, licèt cõtẽplatione iuris Prętorij fideiuſſor interuenerit: ideóq; nec fideiuſſori proderit iis caſib. reſtitutio quã ipſe minor impetrauerit.

De

De emendatione §. quod vulgo l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de ſolut.

CAPVT IIII.

FAciunt ea, quæ in ſuperioribus diſputauimus, vt hic ſubiicere neceſſe ſit coniecturam noſtram de emendatione §. quod vulgo l. Stichum 95. D. de ſolut. cuius tam ſæpe meminimus. Eſſe enim locum corruptiſſimum iampridem vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius obſeruauit, ſed quomodo ſanandus & reſtituendus ſit, non vidi qui adhuc docuerit, cùm tamen quæſtionem habeat elegantiſſimam, & Papinianea ſubtilitate digniſſimam. Sic autem Papinianus præfatur; *Quod vulgo iactatur fideiuſſorem qui debitori heres extitit, ex cauſa fideiuſſionis liberari, toties verum eſt, quoties plenior rei promittendi obligatio inuenitur.* & rectè: neq. enim alia ratio eſt propter quam concurſu principalis & fideiuſſoriæ obligationis in vna eademque perſona, tollatur fideiuſſoria, niſi quòd principalis plenior ſit, & maior, duplex autem obligatio ciuilis cum eodem eſſe nō poſſit, vt Africanus ſcribit in l. heres à debitore 21. §. ſeruo tuo, verſ. nec his contrarium D. de fideiuſſ. *Duplex*, inquam, *obligatio*, quarum altera ſit plenior & maior, & inter quas aliqua ſit differentia, nam ſi vtraque ſit eiuſdem poteſtatis vt cōtingit cùm correus debendi correo heres extitit, nihil vetat eandem perſonam duas ſpecies obligationis ſuſtinere, adeóque nec aliter ius conſtitui poſſet, cùm dici nequeat vtra obligatio ab altera perimi poſſit, l. ſi reus promittendi 13. D. de duob. reis. Pleniorem enim & maiorem eſſe neceſſe eſt eam obligationem quæ per concurſum perimat alteram, & minorem viciſſim eam quæ perimatur. l. debitori 50. D. de fideiuſſ. Sed illud difficile eſt inueſtigare, quonam caſu fieri poſſit vt principalis obligatio non ſit maior & plenior, cùm vel ob id ſolùm quod principalis eſt, potior & dignior cenſeri debeat quàm fideiuſſoria, quæ non niſi acceſſoria eſt. l. generaliter 5. eod. l. ſi duo 93. D. de ſolut. vbi abundat manifeſtè negatio in illis verbis, *ſed ſi reus heredem fideiuſſorem ſcripſerit, non confunditur obligatio*, quæ malè deeſt in illis præcedentibus, *Item ſi duo rei ſint promittendi & alter alterum heredem ſcripſerit, confunditur obligatio:* nam imò verò non confunditur, quia vtraque eſt æquè principalis, quo caſu altera alteri potius adiicitur ad actionem quàm vt confuſionem pariat, vt ibidem Scæuola ſubiicit, contrà autem confunditur fideiuſſoria obligatio quoties fideiuſſori reus heres extitit, & maior principalis obligatio fuit, tametſi cauſa aliqua ſubſit propter quam æquum ſit ſaluam manere fideiuſſoriam, vt in eleganti illa ſpecie l. 3. de ſeparat. quam nos ſuperiore libro explicauimus cap. 18. An igitur exiſtimauit Papinianus fieri vllo caſu poſſe vt fideiuſſoria obligatio ſit plenior? minimè: hoc ipſum enim quòd acceſſoria eſt, facit vt plenior eſſe nunquam poſſit, ideóque nec principalem obligationem vnquam extinguit, quod contingeret ſi aliquando plenior eſſet: ſed tamen fieri poteſt, vt nec ipſa principalis obligatio ſit plenior, eiúſque rei exemplum dare Papinianus voluit in d. §. quod vulgo, cùm ſubiecit, *nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor liberabitur.* Qui tamen verſiculus neque ſenſum vllum habet, neque commodam aliquam interpretationem admittit: caſum enim quærimus, in quo rei obligatio nō ſit plenior fideiuſſoria, & in quo fideiuſſoria per concurſum principalis non perimatur, quorum neutrum euenit cum ſolus reus obligatus eſt: quare valde laudo quod ex Græcis Iacobus Cuiacius docuit lib. 10. obſer. ca. 34. & tract. 7. ad Africanum, ſic potiùs legendum eſſe, *nam ſi reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor non liberabitur.* Etenim cùm reus naturaliter tantùm obligatus eſt, ſicut fideiuſſoris obligatio non poteſt eſſe plenior principali, quoniā acceſſoria eſt, ita nec principalis poteſt plenior eſſe fideiuſſoria, quia ad agendū eſt inefficax, fideiuſſoria verò efficax, cùm non niſi per ſtipulationē cōtrahatur l. blanditus 12. C. de fideiuſſ. Niſi quis fortè vulgaris lectionis tuendæ gratia putet probabilius, ea verba, *ſi reus duntaxat fuit obligatus*, non ſic intelligi debere, *ſi ſolus reus obligatus ſit*, ſed ſic potiùs, ſi rei obligatio nuda ſit, & talis quę ſtet in puris terminis obligationis, hoc eſt quæ deſtituta ſit facultate & poteſtate producendæ actionis. Quod ipſum vi ipſa & in effectu nihil aliud eſt quàm naturaliter tantùm eſſe eum obligatum, ſi dictionem illam *duntaxat* nō ad præcedentem *reus*, ſed ad ſubſequentem *obligatus* referant, paulò quidē obſcuriore locutione, ſed cōciſiore, nec ineleganti. Quā quia nō percepit malus interpres, & eū caſum tractari exiſtimans, quo ſolus reus obligatus eſſet, ſuſtulit fortaſſe negationē quā Papin. non prætermiſerat in ſequētibus illis, *fideiuſſor nō liberabitur*, quod fieri nō poſſet vt ſolus obligatus reus eſſet, fideiuſſor verò teneretur. Cæterùm quicquid ſit de emendatione, conuenit mihi hucuſque cū Græcis & cū Cuiacio de legis ſententia. Sequitur apud Papinianum, *E contrario non poteſt dici non tolli fideiuſſoris obligationem ſi debitor propriam & perſonalē habuit defenſionē.* Senſus eſt, multùm referre, an principalis obligatio ſit naturalis tantùm & inefficax ad agendum: an verò efficax quidem ad agendum, ſed non ad exigendum, hoc eſt eiuſmodi quam reus propria & perſonali quadam defenſione poſſit eludere. Priore enim caſu plenior ſanè non eſt, poſteriore verò non eò minus plenior putanda eſt, quòd per exceptionem aut qua alia ratione elidi poſſit, & conſequenter fideiuſſoriam perimet, non ſecus ac ſi propriam defenſionem nullam reus haberet. Exemplum verò principalis obligationis aduerſus quā debitor propriam & perſonalem habeat defēſionem, ponit Papinianus, ſi minor annis vigintiquinque mutuam pecuniam acceperit & ex ea cauſa fideiuſſorem dederit, deinde pecuniam illam perdiderit. Hunc enim conſtat reſtitui poſſe in integrum ex Edicto de minoribus fauore ætatis, & concurrente læſione l. patri 27. §. ſi pecuniam D. de minor. nec perinde fideiuſſori eius beneficium hoc cōpetere, cùm ſit perſonale, hoc eſt quod perſonæ minoris datur, licèt non minus tranſeat in minoris heredem quàm cæteræ reſtitutiones l. non ſolùm 6. De in integ. reſtit. l. minor autem 18. §. vlt. de minor. Nec ad rem pertinet quòd reſtitutio per minorem impetrata proderit etiam fideiuſſori qui ſimpliciter acceptus fuit, & ſine contemplationę iuris Prætorij, vt ſuperiori capite diſputauimus. Id enim fit per conſequentias poſteaquàm minor reſtitutus eſt, non quòd idem ius competat fideiuſſori quod ipſi minori petendæ reſtitutionis: quam Pauli ſententiam eſſe diximus in l. exceptiones 7. in fin. D. de except. Finge igitur minorem hunc qui potuit in integrum reſtitui deceſſiſſe antè petitam reſtitutionem herede relicto fideiuſſore: an ſalua manebit fideiuſſoria obligatio, quaſi principalis ideò non fuerit plenior quòd reſtitutionis beneficium implorare minor potuerat, non etiam eius fideiuſſor? Id verò Papinianus negat, illa, vt puto, ratione, quòd confuſio fideiuſſoriæ obligationis quæ fieri ſolet per concurſum principalis, fiat ſola iuris ciuilis poteſtate, quę

Digitized by Google

non minorem vim tribuit obligationi minoris, tametſi aduerſus eam reſtitui minor poſſit, quàm ſi à maiore contracta proponeretur. Reſtitutiones enim non à iure ciuili cauſam habent, ſed à iure honorario, id eſt ab æquitate Prætoria, temperante omnium iuris ciuilis rigorem. Itaq. quòd ad ius ciuile pertinet tam efficax eſt actio quæ contrà minorem etiam læſum competit, quàm quæ contrà maiorem: ideóq. & perinde vtroq. caſu fideiuſſoriam obligationem perimet, tãquam minùs plenam & acceſſoriam. Eò magis quòd tractamus de fideiuſſore accepto ſine contemplatione iuris Prætorij, id eſt, nõ eo intuitu quòd minor qui fideiuſſorem dabat, poſſet quandoque in integrum reſtitui, ſed eo planè modo quo maioris obligationi accedere potuiſſet, nulla impetrandæ reſtitutionis contemplatione. Cur ergo cauſa iuris honorarij quæ potuit auxilio minori eſſe retinebit fideiuſſoriam obligationem quæ ſine contemplatione iuris honorarij & Prætorij cõtracta fuit? Et hoc ſanè eſt quod Papin. ſentit his verbis, *nam ſi minori vigintiquinque annis bona fidei quis pecuniam credidit, iſque nummos acceptos perdidit, & intrà tempora in integrum reſtitutionis deceßit herede fideiuſſore, difficile eſt dicere cauſam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori eſſe retinere fideiuſſoris obligationem.* Ideò autem *bona fidei* Papinianus dixit, quoniam ſi dolus malus creditoris arguatur, puta ſi ſciens pecuniã dederit minori perdituro, & in malos vſus, dolus hic lege Lætoria vindicatur, vt Cicero lib. 3. De officiis ſcribit, ac proinde ipſo iure, ita vt nec neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, quæ prorſus neceſſaria eſt, cùm nullus dolus interuenit, ſoláq. ætas cum læſione iuncta inducit beneficium Prętoris. Vnde fit vt dolo creditoris interueniente faciliùs admitti poſſit fideiuſſoriam obligationem ſubſiſtere, licet fideiuſſor minori heres extiterit, quaſi plenior, maior, & potentior eſſe nequeat principalis obligatio quæ ipſo iure & legis Lętoriæ poteſtate infirmatur. Quamuis non inficior poſſe hoc etiam caſu locum eſſe reſtitutioni, ſi minor malit implorare beneficium Prætoris quàm legis l. 2. C. de fideiuſſ. minor. ſed non facit ea res quo minùs legis Lætoriæ poteſtate dolus vindicetur. In quo reſtitutio minoris differt à cæteris, quæ nec ſi ex cauſa doli impetrentur, alio tamen vllo prætérquàm Prętoris auxilio nituntur, quia dolus contrahentium non impedit quin ex cõtractu naſcatur iure ciuili actio, ſed prębet tantùm materiam reſtitutionis aut exceptionis doli l. j. & tot. tit. D. de dolo, & De dol. mal. except. Idcirco autem fortaſſe inductum eſt vt poteſtas legis Lætorię non tollat remedium reſtitutionis minoris, quoniam minorum reſtitutio ſingulari priuilegio iudicem habet Prętorem ipſum, qui eam cognitionem ſibi ipſi reſeruauit. l. j. D. de minor. cùm tamen in cæteris reſtitutionibus non ſe ille interponat, ſed ipſis Edicti verbis iudicium, id eſt alios inferiores iudices daturum ſe polliceatur. Quæ res efficit vt minoribus plerunque ſuccurrat Prętor, non ſolùm conceſſa reſtitutione in integrũ, ſed etiam denegata creditori actione vt in d. l. ſi minor 27. §. j. De minor. in quo Prętor legis exemplum & poteſtatem non ſolùm imitatur, ſed etiam exequitur. Legis enim proprium eſt actionem vel concedere vel denegare. Potuit etiam eorum verborum, *bona fidei*, adiectio eſſe neceſſaria, quoniam dolo creditoris interueniente non eſſet locus illi diſtinctioni quam Papin. adhibet, an cõtemplatione iuris Prętorij interueniſſet fideiuſſor, an non, ſed indiſtinctè iuuandus eſſet fideiuſſor ſiue reſtitutione in integrum, ſiue doli mali exceptione. dict. l. 2. C. de fideiuſſ. minor. d. l. exceptiones 7. de except. leg. ſi teſtamento 49. D. de fideiuſſ. ob idque minùs dubitari poſſet quin principalis obligatio vtroq. caſu plenior eſſet, ac cõſequenter fideiuſſoriã perimeret: cũ doli exceptio licet ex perſona debitoris, inuito tamẽ debitore fideiuſſori competat, l. ſi ſtipulatus 15. leg. ex perſona 32. de fideiuſſ. leg. vlt. de pact. l. omnes 19. D. de except. Itaq; nõ põt dici debitoris propria & perſonalis defenſio, de qua tamen Papinianus tractat. Sed illud omnino inexplicabile eſt, quod Papinianus ſubiicit, *quæ principalis fuit, & cui fideiuſſor is acceßit.* Nihil enim eſt in toto contextu ad quod referri poſſint verba illa niſi ad proximè præcedentia, *retinere fideiuſſoris obligationem.* Atqui dici non poteſt fideiuſſoris obligationem eſſe principalem, & fideiuſſoris obligationi acceſſiſſe fideiuſſorem. Principalis namque obligatio ea eſt, quæ debitoris eſt pro quo fideiuſſor interuenit. Non enim propriæ ſed alienæ obligationi accedit fideiuſſor. Scio Accurſium referre verba hæc *quæ principalis fuit*, ad præcedentia illa, *cauſam iuris honorarij.* Sed ineptè. Nam præter id quod habent illa ſuum relatiuum, *quæ potuit auxilio minori eſſe*, quo ſenſu obſecro dici poteſt cauſam iuris honorarij fuiſſe principalem? Aut quomodo cõuenient quæ ſequuntur, & *cui fideiuſſor is acceßit.* Siquidem principali obligationi fideiuſſor acceſſiſſe proponebatur, non autem cauſæ honorariæ: præſertim verò cùm Papinianus de eo fideiuſſore tractet, qui acceſſerat ſine contemplatione iuris Prætorij, quod ipſum nihil aliud eſt, vt ſæpius monuimus, quã cauſa illa honoraria. Itaque, ni prorſus fallor, locus hic mancus eſt, ſupplendúmque aliquid de obligatione minoris ad quam referri poſſint ea verba, *quæ principalis fuit, & cui fideiuſſor is acceßit.* Quantũ autem coniectura aſſequi poſſum, ita emendandus eſt Papinianus, vt legamus:

Difficile eſt dicere cauſam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori eſſe retinere fideiuſſoris obligationẽ ac non potius ſolam manere minoris obligationem, quæ principalis fuit, &c.

Vt duplicis lineæ ſimile principium, & ſimilis finis mendo cauſam præbuerit, ſicut & in l. in hoc iudicium 14. §. j. D. commun. diuid. quam nos pari felicitate emendauimus lib. 2. cap. 2. Nam & ex contrario accidit aliquando vt ex ea cauſa eadem linea repetatur, quod librario qui minores Pandectas Gothofredi excudit, vſuueniſſe cernimus in l. duos 6. §. vlt. de duob. reis, qui tamen error non ita facilè contigit. Adiicit verò Papinianus, *ſine contemplatione iuris Prætorij*, vt intelligamus aliud fuiſſe reſponſurũ ſi fideiuſſor acceſſiſſet principali obligationi contẽplatione iuris Prætorij, hoc eſt ea mẽte vt in illũ potiſſimũ caſũ teneretur, quo minor eſſet in integrũ reſtitutus. An quòd illo caſu fideiuſſore hereditatem minoris adeũte fideiuſſoria obligatio non perimeretur? Atqui hac parte nihil intereſt vtrũ fideiuſſor contemplatione iuris Prętorij acceſſerit, néc ne, cùm vtroque caſu æquè plenior ſit principalis obligatio. Hactenus igitur intererit quod ſi contemplatione iuris Prætorij acceſſiſſet, non poſſet verum eſſe quod Papinianus concludit, *auxilium igitur reſtitutionis fideiuſſori qui adoleſcenti heres extitit intra cõſtitutum tempus ſaluum erit.* Quanquam enim hoc etiam caſu fideiuſſoria obligatio per confuſionem perimeretur, quaſi minor & acceſſoria, ob idque ſtricto iure competeret fideiuſſori reſtitutio in integrum tãquam heredi minoris, iniquũ tamen eſſet

in damno

in damno morari creditorem qui ob hoc ipſum fideiuſſorem accepiſſet vt ſibi cōſuleret aduerſus periculum & incertum ætatis & reſtitutionis, cū hoc caſu reſtitutio per minorem impetrata non proſit eius fideiuſſori, vt ſuperiori capite docuimus ex l. in cauſæ 13. D. de minor. l. j. & 2. Cod. de fideiuſſ. minor. Ideóque in factum vel doli mali exceptio aut replicatio creditori danda eſſet. Ne alioqui ſtricta ſubtiliſque iuris ratio damno afficiat eum qui ſibi diligenter proſpexerat, vt eleganter idem Papinianus ſcribit licèt in diſſimili ſpecie in l. 3. De ſeparat. Nā & ſi ex contrario reus fideiuſſori heres extiterit, æquè fatēdum eſt fideiuſſoriam obligationē perimi, eadem ratione quòd minùs plena ſit & acceſſoria. Et tamen ſi reus tanquam reus conuentus ea exceptione vtatur, quæ ſibi quidem tanquam reo competat, ſed quæ ipſi fideiuſſori ſi viueret non competeret (quod ſanè ſummo iure facere reus poſſet. l. ſi duo 93. de ſolution.) in factum vel doli mali replicatio creditori prodeſſe debet. l. cùm reus. 14. D. de fideiuſſ. vbi addendam eſſe negationem, legendúmque, *exceptione fideiuſſori non competente*, cōſtat manifeſtè ex d. l. ſi duo, & ex iis quæ pluribus in hanc rē ſcripſimus lib. 1. cap. 5. Exemplum verò accommodatum tradit Scæuola in d. l. ſi duo, ſi fortè aut reo aut fideiuſſori factum ſit pactum de non petendo temporarium & perſonale, hoc acto vt alteri non prodeſſet: quo caſu certū eſt non prodeſſe alij quàm ei cum quo factum eſt l. niſi hoc actū 22. D. de pact. l. 2. l. ſi quis reum 5. D. de liberat. legat. Quod exemplum non malè etiam quis accommodauerit ad id quod Papin. ait in d. §. quod vulgo: cùm fideiuſſor debitori heres extitit non eò minùs extingui fideiuſſoriam obligationem quòd debitor propriam & perſonalem habuerit defenſionem. Propria enim & perſonalis defenſio eſt debitoris, ſi tutus ſit exceptione pacti perſonalis de non petendo, non ſecus acſi ex cauſa minoris ætatis in integrum reſtitui poſſet. Idem ergo ius vtroque caſu ſtatuetur, vt fideiuſſoria obligatio per concurſum principalis tanquā plenioris & maioris confundatur, & perimatur.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus 25. D. de fideiuſſ.

CAPVT V.

EST etiam ſuperioribus conſequens, vt dicamus de ſententia, & emendatione l. Marcellus. 25. D. de fideiuſſ. quæ ingeniolum meum & ſæpiùs torſit, & diutiùs. Vulgata lectio ſic habet, *Marcellus ſcribit ſi quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, prodigóve vel furioſo fideiuſſerit, magis eſſe vt ei non ſubueniatur, quoniam his mandati actio non cōpetit.* Hāc verò legis ſententiam eſſe nonnulli putant, vt ei qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, vel furioſo aut prodigo fideiuſſit, non ſubueniatur per in integrum reſtitutionem, quoniam ipſi mandati actio non competat. Quod ſi ita eſſet, non malè quis eadem ratione inferret, minoris reſtitutionē nullo caſu prodeſſe debere fideiuſſori tametſi ſimpliciter & ſine contemplatione iuris Prætorij interceſſerit, cui nimirum non competat cum effectu mandati actio aduerſus minorem, quandoquidem nō ſolùm cōtra creditorem, ſed etiam cōtra ſuum fideiuſſorē reſtitui minor poteſt. l. in cauſæ 13. D. de minor. l. j. C. de fideiuſſ. minor. At nos ſuperioribus capitibus probauimus, toties reſtitutionem minoris prodeſſe fideiuſſori, quoties principali obligationi acceſſit ſimpliciter, & ſine iuris Prætorij contemplatione.

Non igitur ratio illa ſufficit ad denegandum fideiuſſori auxilium reſtitutionis ex perſona debitoris principalis, quòd vtilem ille mandati actionem habiturus non ſit. Sanè non poteſt ipſi fideiuſſori vllo caſu competere reſtitutio ex propria perſona, niſi proponas eum ipſum minorem, aut aliam ſubeſſe cauſam reſtitutionis ex qua ſi debitor principalis eſſet, reſtitui quoq; poſſet, puta ſi dolo aut metu adactus eſſet ad fideiubendum. Ergo quod ex Marcello Vlp. ait, *magis eſſe vt fideiuſſori non ſubueniatur*, non ſic accipi debet vt ei reſtitutionis auxilium denegetur, nec ita rurſus, vt ad doli exceptionem pertineat, hoc eſt, vt per doli exceptionem non ſuccurratur fideiuſſori, cui plerunque ea exceptio prodeſſe ſolet, maximè cùm à fideiuſſore petitur quod à reo peti non poſſet. l. ſi ſtipulatus 15. l. ſi teſtamento 49. D. eod. tit. de fideiuſſ. Sed ſi omnino vt fideiuſſoria obligatio non impediatur quæ impediri ſolet aut tolli cùm fideiuſſor datus eſt pro venditione cui lex occurrit l. cùm lex 46. eod. tit. aut pro eo qui non obligatur vtiliter l. fideiuſſor 16. in princip. eod. Cur autem non liberetur is, qui pro pupillo aut furioſo vel prodigo fideiuſſit, ratio illa redditur, quòd nec mādati actionem aduerſus has perſonas habere poſſit, quippe quæ nec ex mandato, nec qua alia conuētione obligari poſſint. Quæ tamen ratio pleriſque inepta videtur, cùm vel ideò tantò æquius ſit ſubueniri fideiuſſori, quòd mandati actionem nullam habiturus ſit. Alioqui eueniet vt in damno moretur, quod illi abſurdum & iniquum putant. Ob ídque ſublata negatione ſic legunt, *magis eſſe vt ei ſubueniatur*, exiſtimantes ita fieri vt non ſolùm iuri & æquitati, ſed etiam dicto congruat ratio quæ ſequitur, *quoniam his mandati actio non competit*. In quo tamen cæcutiunt & labuntur apertiſſimè. Verum enim eſt quod ait vulgata lectio, magis eſſe vt non ſubueniatur ei qui pro pupillo, vel furioſo, aut prodigo fideiuſſit. Nec vlla in eo ſubeſt iniquitas: cùm imputare ſibi debeat fideiuſſor qui pro talibus perſonis non adhibito tutore aut curatore vltrò interceſſerit: ſcire enim potuit aut ignorare non debuit, nec pupillum, nec furioſum, aut prodigum ex mandato obligari, arg. l. ſi Titius 48. D. de fideiuſſ. & l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria D. qui ſatiſd. cogant. Propter quam cauſam Caius ſcribit in l. ſi pupillus 35. D. de recept. qui arbitr. ſi pupillus ſine tutoris auctoritate cōpromiſerit & fideiuſſorem dederit, cogendum arbitrum ſententiam dicere, quia licèt futurum ſit vt à pupillo pœna peti non poſſit, ab ipſo tamen fideiuſſore peti poterit. Nam vt fideiuſſor vtiliter & cum effectu obligetur, ſufficit obligationē principalem ſubeſſe, tametſi ſit illa inefficax ad agēdum, putà ſi naturalis tātùm fuerit, aut talis quæ per exceptionem pacti perſonalis aut in integrum reſtitutionis elidi poſſit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo & §. naturalis de ſolut. l. ſtipulatus 6. §. adhiberi l. græcè 8. §. 1. l. fideiuſſor. 16. §. fideiuſſor. de fideiuſſ. Alij verò ſunt qui receptę lectionis ſententiam retinentes, ſed rationem Vlpiani improbantes pro *quoniam* reponunt *quanquam*. Quaſi dubitandi cauſa illa ſit, propter quā fideiuſſori ſubueniendū videbatur, quòd mandati actionē nō habeat. Parū ſubtiliter. Nā imò verò decidendi ratio illa eſt, & quidē perelegans. Etenim cū fideiuſſor accedit obligationi pupilli, aut furioſi, aut prodigi, qui ex mādato obligari non poſſunt, non tantū æquū eſſet, ſed etiam neceſſariū ſuccurri fideiuſſori, ſi ob id mādati actionem haberet quòd ex cauſa fideiuſſionis ſoluiſſet. Ne alioqui eueniret vt ex mādato illi obligarentur.

Igitur ex contrario ſi mandati actionem habiturus non ſit, tantò minus ei ſubueniendum eſt, cùm non totius debiti, ſed ſolius perſonæ pupilli aut furioſi aut prodigi obligatio iure improbetur: quæ ſanè magis propria & germana ratio eſt. Sic dicimus in fideiuſſore eius, qui propter ætatem aut ex qua alia cauſa non poteſt cum effectu conueniri, vt ei ob hãc ipſam cauſam non ſubueniatur, d.l. in cauſæ 13. ibi, *non eſt æquum fideiuſſori in necem meam ſubueniri, ſed potius deneganda ipſi erit mandati actio.* l. quod dictũ 32. D. de pact. l. ſed ſi paterfamilias 9. §. non ſolùm ad SC. Macedon. d.l. cùm lex 46. vbi eſt textus elegans & accommodatus D. de fideiuſſ. quamuis nihil prohibeat denegari fideiuſſori actionem mandati cum effectu aduerſus debitorem, & nihilominùs ei ſubueniri contrà creditorem, vt cõtingit in eo qui pro minore fideiuſſit ſine contemplatione iuris Prætorij, de quo diximus ſ. ca. 3. item in fideiuſſore mulieris quæ pro alio interceſſerat l. ſi mulier 16. §. vlt. D. ad SC. Velleian. quoniam, vt lex ait, totam obligationem ſenatus improbat. l. ſi quis reũ 5. de liberat. legat. Eodem ergo tramite refellendi ſunt, qui pro *quoniam his* malunt legere *quamuis*: etſi enim de fideiuſſore in ſingulari numero lex priùs locuta eſt, quia tamen tractat de fideiuſſore pupilli, vel furioſi, vel prodigi, potuit nõ malè ſubijci pluralis locutio, acſi de pluribus fideiuſſoribꝰ ageretur, hoc eſt de fideiuſſore pupilli, de fideiuſſore prodigi, & de fideiuſſore furioſi. Proinde ꝙ ait, *his*, ſic intellige, *fideiuſſoribus* ſcilicet pupilli, prodigi, & furioſi. Sed illud difficilius eſt quid ſibi Marcellus velit cùm loquitur de pupillo ſine tutoris auctoritate obligato. An quod aliter fuerit reſpõſurus ſi fideiuſſor pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato interueniret? ita plerique putant, exiſtimantes ita demùm denegandam fideiuſſori aduerſus pupillum mandati actionem, ſi pupillus naturaliter tantũ obligatus erat, ratione illa quòd alloquin per cõſequentias ciuiliter & cũ effectu obligatus videretur, ſi à fideiuſſore conueniri poſſet l. in cauſæ 13. l. cũ mandatu 23. D. de minor. ob idque ſubueniendum eſſet fideiuſſori, ne cõtrà legẽ fieret, ſi conueniretur is quem lex noluit conueniri poſſe ex cõtractu ſine tutoris auctoritate inito, exẽplo eius quod Iauolenus ſcribit in d.l. cũ lex 46. De fideiuſſ. cũ lex venditionibus occurrere voluit, fideiuſſorem quoq. eo nomine datum liberari, eò magis quòd per eius obligationem (ſic.n. malo legere quã vt vulgò, *eiuſmodi actionem*) ad reum peruenitur. Atqui conſtat pupillum non aliter poſſe obligari naturaliter tantũ quàm ſi ſine tutoris auctoritate obligetur: accedẽte.n. auctoritate tutoris obligatur ciuiliter ex omnibus cauſis l. pupillus 5. l. obligari 9. & paſſ. D. de auctor. tutor. ſine tutoris auctoritate non alio vllo caſu poteſt obligari ciuiliter quàm ſi factus ſit locupletior, quod cõſtitutione Diui Pij aduerſus ſtrictam iuris rationem inductum eſt l. 3. §. pupillus. l. ſi pupilli 6. l. Neſennius 34. de negot. geſt. l. verũ 9. cum ſeq. D. de inſtit. l. 1. §. an in pupillũ D. depoſit. Si locupletior factus non ſit, obligatur naturaliter, ideóq. & fideiuſſorem dare poteſt d.l. ſi pupillus 35. de recept. qui arbitr. l. vlt. de iureiur. l. cũ illud 25. §. heres meus D. quãdo dies legat. ced. l. ſi pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. ſi pupillus 127. D. de verb. oblig. l. in numerationibus 44. l. Stichũ 95. §. aditio & §. naturalis. de ſolut. l. 1. in fin. D. de nouat. quamuis natura non obligetur, l. quod pupillus 42. D. de condict. indeb. id eſt ne iure quidẽ naturali aut gentiũ l. pupillus 59. D. de obligat. & act. iunct. l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. Nam vt hoc obiter moneamus quod nemo vnquã dixit, & ſine quo tamen non poſſis tot iuris noſtri locos qui de pupilli obligatione tractant, conciliare, aliud eſt obligari naturaliter, aliud obligari iure naturali aut gentiũ, ſicut & aliud eſt dicere cõiunctionẽ maris & fœminæ naturalem eſſe, aliud iuris naturalis: naturalis.n. eſt quælibet maris & fœminę coniunctio, ſed nõ iuris naturalis: niſi ea quæ fit cũ ratione quã nos matrimoniũ appellamus l. 1. §. ius naturale, De iuſti. & iur. ſic & qui edit, aut bibit, aut dormit, hoc ipſum facit naturaliter, nec tamẽ facit iure naturali, quia ius naturale eſſe non poteſt in ea re quæ factum magis quàm ius demonſtret: naturaliter.n. quid fieri cùm dicimus, factum ſolum demonſtramus, non ius naturale, vt cũ dicimus naturaliter aperiri tabulas teſtamenti. l. 3. §. aperire D. ad SC. Silan. vſufructuariũ, conductorem, aliáſq. ſimiles perſonas quæ nec ſibi nec vllo iure poſſident, ſed tantùm tenent, poſſidere naturaliter l. naturaliter 12. l. poſſeſſio 49. D. de acquir. poſſeſſ. l. 2. §. quod vulgo D. pro hered. iunct. l. officiũ 9. de rei vindic. l. Celſus 5. §. Iulian. D. ad exhibendum. Simile eſt quod Vlp. ſcribit in l. in cauſę 16. §. idem Pomponius de minor. licere contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter ſe decipere, id eſt in re ipſa & facto ipſo, non autem perſonali circumſcriptione: quomodo etiam accipi debet l. item ſi 22. §. vl. D. locat. Quis.n. dixerit iure naturali id permiſſum, aut, vt quoſdã interpretari video, iure gentiũ? An non ita fieret vt ex iure iniuria naſceretur? Sic igitur & naturalẽ obligationem cũ dicimus, factum magis & numerationis aut promiſſionis quę interceſſit veritatem demonſtramus, quàm ius vllũ obligationis, l. nec ſeruus 41. l. non ſolùm 49. §. vlt. D. de pecul. eámque æſtimamus ex ſolo æquitatis vinculo, quòd generaliter æquum ſit præſtari quod promiſſum, & reddi quod ab alio mutuum acceptũ eſt, d.l. Stichũ 95. §. naturalis de ſolut. l. 1. de pact. l. 1. de conſt. pec. quę tamẽ æquitas non poteſt tanti eſſe momenti, vt in perſona pupilli inducat obligationẽ iuris naturalis quam in cæteris perſonis induceret, quia, vt pupillus ſibi propter ætatis lubricum conſulere non poſſit, fit vitio ipſius naturæ, quam ideò æquum eſt tueri tamdiu pupillum, ne proinde iure ipſo naturali obligetur. Verùm nec ipſa natura facere poteſt, vt quod pupillus re vera promiſit, nõ promiſerit, quod mutuum accepit non acceperit. Ergo nec facere poteſt quin ex promiſſione & mutui numeratione naturaliter obligetur. Sed de tota illa quæſtione quæ ad pupilli obligationem pertinet, cùm & ampliſſimum tractatum habeat & perobſcurum, dicemus alio loco copioſiùs: nunc ad Marcellum redeamus.

Vera interpretatio & emendatio d.l. Marcellus.

Cap. VI.

SI quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato fideiuſſerit, obligatur. Pupillum igitur priùs obligatum eſſe neceſſe eſt vt principalis aliqua obligatio ſit cui fideiuſſoria poſſit accedere. At ciuiliter obligatus dici non poteſt: naturaliter igitur obligatum fuiſſe ponendum eſt, has enim tres duntaxat obligationum differentias agnoſcimus, naturalis tantùm, ciuilis tantùm & eius quæ & naturalis ſit & ciuilis. cui conſequens eſt: vt ſi cum tutoris auctoritate, & ciuiliter obligatus pupillus fuerit, aliud Marcellus exiſtimauerit, in eo ſcilicet non vt fideiuſſori illo caſu ſubueniatur, ſed vt mandati actio fideiuſſori aduerſus pupillum detur.

Alioqui

Digitized by Google

Alioqui dici non poteſt cur ea verba adiecerit, *ſine tutoris auctoritate obligato*, quæ tamen non poſſunt eſſe ſuperflua. At videamus ne hoc falſum ſit, mandatiq. actio fideiuſſori deneganda ſit, quamuis pupillus ciuiliter, hoc eſt cũ tutoris auctoritate fuerit obligatus. Illud.n. apertiſſimũ eſt, tractare Marcellum de pupillo qui fideiuſſorẽ dederit, & fideiuſſori mãdauerit ſine tutoris auctoritate, cũ ſi auctoritas tutoris interueniret, dubitari nõ poſſet quin pupillus ex mandato ſicut & ex qualibet alia cauſa teneretur. Atqui quod pertinet ad mãdati obligationem, hoc eſt, vt pupillus fideiuſſori obſtrĩgatur ex cauſa mãdati, vel non, nihil planè intereſt, an alteri naturaliter tantùm obligatus eſſet, an etiam ciuiliter: nam etſi ciuiliter obligatus eſſet, non idcirco tamen mãdando fideiuſſori ſe obligat, ſi ſine tutoris actoritate mandauerit: ipſa ſiquidem perſona pupilli impedit obligationis natiuitatem, tametſi iuſtiſſima ſubſit cauſa mandandi, quemadmodum dicimus, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate ſoluerit quod cum tutoris auctoritate promiſerat, & ciuiliter debuerat, locum eſſe repetitioni, nõ ſecus acſi nec naturaliter debitum fuiſſet quod ſolutum eſt, propterea quòd ipſa perſona inducat condictionem l. interdum 29. D. de condict. indeb. neq. enim pupillo magis permiſſum eſt vt ſoluat, quàm vt contrahendo ſe obliget, cùm ſolutione alienari nummos neceſſe ſit, ille autem nullius rei ſuæ alienandæ poteſtatem habeat: l. obligari. 9. §. pupillus de auct. & conſ. tutor. l. magis puto 5. §. ſi pupillus de reb. eor. qui ſub tutel. l. 3. §. 1. ad Maced. l. quod ſi fortè 14. §. vl. de ſolut. Et quod Neratius ſcripſit in l. quod pupillus 41. de condic. indeb. pupillum qui ſoluerit quod ſine tutoris auctoritate ſtipulãti pcomiſerat, poſſe repetere, quia nec natura debet, ad eum caſum reſtringi debet, quo ſolutio facta ſit cum tutoris auctoritate, alioqui mala aut ſaltem minùs propria erit ratio illa, *quia nec natura debet*, cùm etiamſi naturali iure adeóque ciuili obligatus pupillus fuiſſet, ſoluta tamen ſine tutoris auctoritate pecunia condici poſſet d. l. interdũ, quãuis ex contrario tutoris auctoritas qui in ſolutione per pupillum facta interuenit, non reddat debitum quod fuit indebitum, & conſequenter nõ impediat condictionem, quippe quæ etiam maioribus competat indebitum quandocunque ſoluentibus. Sic igitur & cùm de fideiuſſore per pupillũ dato diſputamus, & quærimus an ei pupillus obligetur mandati actione, non illud inſpicere debemus, an ſine tutoris auctoritate, & quod idem eſt naturaliter duntaxat pupillus anteà obligatus eſſet illi qui fideiuſſorem accepit, an tutore auctore, ſed an ſine tutore fideiuſſorem dederit, an cum tutoris auctoritate. Sanè obligatum fuiſſe pupillum neceſſe eſt aut naturaliter aut ciuiliter, cùm fideiuſſorem alicui obligationi accedere oporteat vt obligetur: d. l. fideiuſſor. 16. in princ. & §. fideiuſſor de fideiuſſoribus. Idque manifeſtius eſt in fideiuſſoribus furioſi & prodigi, de quibus etiam Marcellus tractat: conſtat enim differre in eo pupillum à furioſo & prodigo, quòd cùm ille naturaliter obligari poſſit, nimirum ſi ſine tutoris auctoritate reſpondeat ſtipulanti, aut mutuã pecuniam accipiat, hi tamen nullo prorſus caſu obligantur naturaliter tantùm; ſed vel nullo modo ſi ipſi ſpondeant aut mutuum accipiant, vel ciuiliter ſi eorũ curatores promiſerint aut mutuam pecuniam acceperint, vel ſi ex re actio veniat l. furioſus 46. de obliga. & action. iunct. l. heres 25. §. non tantùm famil. erciſc. Nam cùm naturalis obligatio quantũuis ex ſolo facto æſtimetur, non inducatur ex ſola promiſſione aut numeratione, niſi ex parte promittentis, aut accipientis concurrat animus ſe obligandi l. iuris gentium 7. §. quod fere de pact. l. non omnis 11. D. de reb. credit. l. j. §. cum qui D. de conſtit. pecun. furioſus autem nullam prorſus mentem, nullumque animum habere intelligatur: prodigus verò nullam voluntatem, propter legis & Prætoris prohibitionem, conſequens eſt vt naturaliter tantùm obligari iſti non poſſint, adeóque, quod magis mirum videri debeat, nec ſi cum curatoris auctoritate ſtipulanti quid promiſerint aut mutuum acceperint, quoniam ad obligãdos eos neceſſe eſt curatorem ipſum promittere eorum nomine, aut numeratione mutui accipere. Aliud enim eſt furioſum vel prodigum aliquid facere curatore autore, aliud verò curatorẽ ipſũ facere nomine prodigi vel furioſi: ſicut & aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire l. aliud eſt 160. de regul. iur. Vnde illud eſt quod dicimus tutorem non poſſe hereditatem adire pro pupillo, ſed pupillum ipſum adire debere tutore auctore l. pupillus 9. de acquir. hered. Niſi pupillus fari non poſſit, quo caſu tutori eius id permiſſum eſt l. ſi infanti 18. C. de iur. delib. ſimiliter minor curatorem habens ſolius curatoris facto obligari nõ poteſt, ſed ſi accedat curatoris auctoritas promittendo ipſe aut mutuum accipiendo vtiliter ſe obligat l. ſi curatorem habens 3. C. de in integ. reſti. minor. (quamquam verius eſt, quod noſtri vulgo negant, obligari eum etiam ſine ſuo curatore, niſi cùm alienat. l. puberes 10. l. vbi eleganter Cuiacius D. de verb. obligat.) Ex contrario nec furioſus nec prodigus obligari aut alienare poſſunt curatore auctore, ſed curatorem ipſum contrahere oportet vt eos eorúmve bona obliget, & vt per alienationem, ſi modò vtiliter & ex iuſta cauſa facta ſit, transferatur dominium l. conſilio 7. l. Iulianus 10. cum ſeq. l. vlt. & paſſ. D. de curat. furioſ. Propter quam cauſam, vt arbitror, cũ quæritur an fideiuſſor furioſi vel prodigi habeat contrà eum mandati actionem, non diſtinguimus, an hæ perſonæ fideiuſſorem dederint ſine curatoris auctoritate an curatore auctore, quia nõ magis hoc quàm illo caſu obligarentur. Quid ergo? fideiuſſorem ab ipſo curatore dari oportet. Sic & cùm quærimus an furioſus vel prodigus ſolutum condicere poſſint, non diſtinguimus an ſoluerint curatore auctore, an ſine curatoris auctoritate: vtroque enim caſu perinde condictio competit, ſed an ipſi ſoluerint an curator eorum nomine, quia ſoli curatori permiſſum eſt vt ſoluat & nummos alienet. Cùm tamen, ſi de pupillo tractetur neceſſaria ſit illa diſtinctio an tutoris auctoritas interuenerit nécne, cùm pupillus ipſe fideiuſſorem dedit aut ſoluit. Id enim ſignificant verba illa, *ſine tutoris auctoritate* in dict. l. interdum 29. de condict. indeb. & in d. l. Marcellus, ſi obſerues iiſdem locis tractari etiam de furioſo & prodigo, nec tamen adiectum ſimiliter, *ſine curatoris auctoritate*, vt appareat differre hac parte pupillum à furioſo & prodigo, & eſſe fauorabiliorẽ, quia licèt huius ætatis puer neque ſcite neque decernere quicquam poſſit non magis quàm furioſus, quandoquidem & ea quæ videt hæc ætas ignorat l. j. C. de falſ. monet. hoc tamen fauorabiliter ei præſtatur, hoc eſt fauorabilius quàm furioſo aut prodigo, vt omnia facere ipſe poſſit tutore auctore, atque adeò, quod omnium difficillimum eſt, hereditatem adire licèt adeuntem neceſſe ſit & adeundi animum habere, & cauſam acquirendæ hereditatis intelligere. Quæ iudicio meo ſententia eſt d. l. pupillus 9. de acquir. hered. Iunctã l. furioſus 63. & l. per curatorem 90. eod. l. cùm in vna

Digitized by Google

17.§.j.D.de appell. Nã iure vetere nec furioſus hereditatem ſibi acquirere poterat etiam curatore auctore, nec curator ipſe eius nomine. Iuſtinianus verò etſi furioſo maximè proſpicere voluit aduerſus iuris ſubtilitatem, nullo modo tamẽ ei permiſit hereditatem agnoſcere, id eſt, vt interpretor, ne quidẽ accedente curatoris auctoritate & conſenſu, ſed ipſi curatori licentiã dedit, ac neceſſitatem impoſuit vt nomine furioſi adeat. l. vl. C. de curat. furioſ. Cur. a. hac parte fauorabilior ſit pupillus quàm furioſus aut prodigus ratio illa eſt, quod ſola ætatis imbecillitas eáq. naturalis ei noceat, certũq; ſit naturam ipſam cum ętate conſilium & iudiciũ allaturã: quod in cæteris ſecus eſt quib. nulla ſanioris iudicij certa ſpes ex natura aut morib⁹, priuſquã ad ſanos mores redierint. Proinde pupilli imbecillitatẽ tutoris cõſilio ſuppleri nihil prohibet ad obligandum eũ ciuiliter, naturalem verò obligationem etiã ſine tutoris auctoritate contrahi, quod negari non poſſit, quin animum habeat pupillus ſe obligandi, qui & interdũ capax eſt doli & iniuriæ faciẽdę, l. pupillũ. 111. de regul. iur. idq. ita conſtitui humaniſſimũ fuit. Maneat igitur certiſſimũ, nec furioſum, nec prodigũ naturaliter tantùm obligari poſſe, ſiue ſtipulanti ſpondeant, ſiue mutuũ accipiant, ſiue auctore curatore, ſiue etiã ſine curatoris auctoritate: ob idq. nec fideiuſſorem pro iis accipi poſſe, qui vtiq. acciperetur vtiliter ſi vel naturalis aliqua obligatio ſubeſſet: quod & diſertè ſcriptum eſt in l. is cui bonis 6. De verbor. oblig. Quoties ergo legimus datum pro furioſo aut prodigo fideiuſſorem vtiliter, de furioſo aut prodigo ciuiliter obligatis intelligere debemus i. vel ex re ipſa vel ex facto curatoris. Atqui eo caſu negat Marcellus fideiuſſori ſubueniendum eſſe. Negat etiam fideiuſſori aduerſus eos mandati actionẽ competere. Idem igitur neceſſariò admittẽdum eſt & ſi quis pro pupillo ciuiliter & cum tutoris auctoritate obligato fideiuſſerit. Cur. n. melior ſit conditio furioſi aut prodigi quàm pupilli cùm omnes ciuiliter obligati ſunt? Hinc. a. infero, Marcellum & Vlp. in d. l. Marcellus nõ niſi fruſtra adiicere potuiſſe verba illa, *ſine tutoris auctoritate obligato*, & tutoris auctoritatem quam illi requirunt, nõ ad obligationem cui fideiuſſor acceſſerit referendã eſſe ſed ad ipſam fideiuſſoris dationem. Quomodo & in d. l. interdum 29. de cond. indeb. tutoris auctoritas ad impediendam condictionem non in ipſo debito contrahendo requiritur, ſed in ipſo actu ſolutionis. Itaque, vt tandem dicam quod ſentio, non dubito quin ſit irreptitia dictio illa *obligato* quæ ſola perobſcuram & inexplicabilem facit tam elegantis loci ſententiam. Irreptitia, inquam, ex gloſſa imperiti alicuius interpretis exiſtimantis deeſſe illam in iis verbis, *pro pupillo ſine tutoris auctoritate*, nec animaduertentis ſequi poſtcà *fideiuſſerit*, quod verbũ ſi fuiſſet adiectũ poſt *auctoritate*, effugiſſet Marcellus interpretis manum. Ea. v. dictione ſublata ſenſus erit apertiſſimus ſi pupillus qui Titio erat obligatus ſiue naturaliter tantùm ſiue etiam ciuiliter, fideiuſſorem dederit ſine tutoris auctoritate, obligari fideiuſſorẽ, nec ei ſubueniendum eſſe, quoniam mandati actionẽ contrà pupillum habiturus non ſit arg. à cõtrario ſenſu d. l. cùm lex 46. D. eo. ti. quæ tamẽ cùm ait *eò magis* quod per fideiuſſoris obligationem ad reum peruenitur, oſtendit ſatis aliã quoq. rationem facere vt in illa ſpecie fideiuſſori ſubueniatur, eámque magis germanã & propriã, nẽpe quòd cùm lex venditioni occurrit ipſa venditio improbetur: conſequens. n. eſt vt fideiuſſor venditionis nomine datus liberetur, quia ius ipſum vẽditionis totáq. eius obligatio improbatur, arg. d. l. ſi mulier 16. § vl. D. ad Velleian. Sic ex contrario cum pupillus fideiuſſorẽ dedit ſine tutoris auctoritate, ratio propter quã fideiuſſori nõ ſubuenitur illa quidem eſt quam Marcellus tradit, *quoniã ei mãdati actio nõ cõpetit*, ſed alia etiam eſt magis propria & germana ei prorſus cõtraria quã vſurpauimus in ſpecie d. l. cùm lex, nimirũ quod non totũ ius obligationis, & ipſam fideiuſſionẽ lex improbet, ſed ſolã obligationem perſonæ pupilli ex cauſa mandati ſine tutoris auctoritate dati. Itaq. vellẽ potiùs Marcellũ ſic ſcripſiſſe quomodo Iauo. in d. l. cũ lex, *eò magis quòd his mãdati actio non cõpetit*, vt appareret rationẽ hãc ex abundãti potiùs adiectã eſſe quã quòd ſit propria & germana. Idémque dicẽdũ eſt, ſi quis pro furioſo aut prodigo fideiuſſerit, niſi quòd hîc nõ diſtinguim⁹, an furioſus vel prodigus fideiuberi mandauerint ſine curatoris auctoritate, an verò curatore auctore, ſed tãtùm, an illi ipſi mãdauerint, an verò curatores eorũ nomine, vt hoc poſteriore duntaxat caſu mandati actionem fideiuſſor habeat. An igitur ceſſante ea ratione qua Marcellus mouetur, hoc eſt illis caſibus quib. mãdati actione fideiuſſor habere debeat ſubueniẽdũ erit fideiuſſori? Minimè, imò tãtò minùs, hoc caſu quòd indẽnitati eius ſatis ſuperq. cõſultũ ſit: nec verò vlla dubitandi ratio ſupereſt ex perſona pupilli cũ fideiuſſor ab eo tutore auctore datus eſt. Sed eo caſu quo pupillus, aut furioſus aut prodigus mandati actione teneri non poſſint, videbatur ſubueniẽdũ fideiuſſori, ne in dãno remaneret cõtrà bonã fidẽ quæ in cauſa mandati præcipuè ſpectãda eſt l. ſi fideiuſſor 29. §. quædã D. mand. Cũ tamen hæc ipſa etiã ratio faciat ne ei ſubueniẽdum ſit, ꝙ mãdati actionẽ nõ habeat, quam ſi habere hoc caſu poſſet ſubueniri ipſi oporteret: ne alioqui eueniret vt propter fideiuſſoris obligationem tenerẽtur hæ perſonæ, quæ tamẽ ex proprio mandato obligari nõ poſſunt. Verũ hîc illa dubitatio incurrit, cur non mandati actione teneantur fideiuſſori pupillus, furioſus, & prodig⁹, qui creditori ciuiliter tenebãtur, cùm nihil eorum interſit an creditori ſoluãt an fideiuſſori qui pro iis creditori ſoluerit. Sed ratio eſt, quia mãdati actio ex perſona nõ ex re naſcitur, huiuſmodi aũt perſonæ obligari non poſſunt ex facto ſuo: facit l. ſi quis cum 29. D. com. diuid. An ergo fideiuſſori tenebũtur actione negotiorũ geſtorũ, quæ dari ſolet fideiuſſori qui pro abſente & ignorãte fideiuſſit & ſoluit? l. ex mãdato 20. §. j. D. mãd. l. 3. §. vlt. cũ ll. ſeqq. de neg. geſt. Minimè: negotiorũ. n. geſtorũ actio ex re ipſa naſcitur non ex perſona, ob idq; & pupillũ & furioſũ & prodigũ, & alios quoſlibet quorũ negotia vtiliter geſta ſint, etiã ignorãtes tenet d. l. 3. §. pupillus, aut, vt Cuiacius mauult legere, §. pupilli, & §. & ſi furioſi, eod. Sed tamen nõ puto in propoſita ſpecie perſonas iſtas negotiorũ geſtorũ teneri. Illa. n. Marcelli ratio, *quoniam his mãdati actio nõ cõpetit*, haud dubiè ſic accipi debet, vt neq; negotiorũ geſtorũ cõpetat. Quid. n. effectus ipſo referret an hæ perſonæ mandati, aut negotiorũ geſtorũ actione tenerẽtur? An non vtriuſq; actionis eadẽ vis eſt & poteſtas? Atqui negari nõ pôt, quin vtiliter negotiũ geſſerit fideiuſſor qui ſoluit. Ita ſanè eſt, ſed negotiorũ geſtorum actionẽ illud impedit, quod mãdatũ interceſſit. Qui. n. mãdatũ ſuſcepit, & fidei liberãdæ gratia impleuit, quãuis vtiliter negotia mandãtis geſſerit, tamen negotiorum geſtorum agere nõ pôt, quia nõ eo animo geſſit, vt aliũ obligaret, ſed vt ſeipſum potiùs liberaret. d. l. ex mãdato §. 1. l. 1. a. 3. & 5. §. 1. mãda. l. mãdaſti 46. & paſſ. de neg. geſt.

geſt.d.l.heredes 25.§.non tãtùm fam.erciſc.l.in hoc iudicium 25.§.j.d.l.ſi quis cum 29.D.commu.diuid. Proinde deterior eſt hoc caſu conditio fideiuſſoris, qui ex pupilli, aut furioſi aut prodigi mãdato ſoluit, quàm geſtoris, qui ſine mandato. Nec ad rem pertinet, quod mandati actio locum hic non habeat, ac ſi mandatum nullum interceſſiſſet, ſufficit.n. interueniſſe, ad hoc, vt impediatur negotiorum geſtorum actio licèt non ſit obligatorium. Vt quod ait l. 5. de neg.geſt.naſci negotiorum geſtorũ actionem, ceſſante mãdati actione, ſic accipi debeat, *ceſſante mandato*. Solum igitur ſupereſt remedium illud fideiuſſori qui pro pupillo, furioſo & prodigo ciuiliter obligatis interceſſit, vt actiones ſibi à creditore præſtari poſtulet. Exemplo confideiuſſoris aduerſus confideiuſſorem agere volentis l. vt fideiuſſor 39. D. de fideiuſſ. Tantò magis enim tenetur creditor ad præſtandas actiones fideiuſſori, quòd nullam fideiuſſor actionem alioqui habere poſſit arg.l.Papinianus 28. D.mandat. Quòd ſi pupillus ſine tutoris autoritate obligatus fuit & naturaliter duntaxat, eo demùm caſu verum eſt nullum fideiuſſori remedium supereſſe, cùm nec actionem præſtare creditor poſſit, quã non habeat. Itaque ſibi imputare debet, non quòd pro pupillo fideiuſſerit, & ſoluerit, (haberet enim, vt diximus, negotiorum geſtorum actionem ſi aliud nihil obſtaret,) ſed quòd pupilli mandatum ſine tutoris auctoritate ſecutus fuerit. Et hæc ſunt quæ ad Marcellum adnotanda putauimus.

Indicatur, & reprehenditur Triboniani additio in l.3. §.vlt.D.de cond.cauſ.dat. CAP. VII.

RECeptum eſt, vt ſtatuliber ſiue heredi ſiue alij centum dare iuſſus ſit, peculiares nũmos dare poſſit, atq; ita ad libertatem peruenire l. 3. §.j.D.de ſtatulib.l.ſi filia 20.aliàs l.ſi vni §.vlt.D.famil.erciſ. ne alioqui difficultas implendæ conditionis libertatem impediat aut remoretur. Nã cùm ſeruus proprium nihil habere poſſit, extra peculium quod patrimonium eius eſt l.peculium, & ea eo 39.l.quoties. 47.§.vltim.D. de pecul. difficillimum eſt vt aliunde quàm de peculio ſoluere poſſit. Ita verò fit vt ſi alteri quàm heredi ſeruus dederit, duplici damno heres adficiatur. Amittit enim ſeruum qui libertatem conſequitur, & præterea nummos qui extraneo ſoluuntur. Ideò remedij loco inductum eſt, vt prohibeat heres ſtatulibero ne de peculio ſoluat. Quamuis enim ea prohibitio nec morã, nec præiudiciũ libertati adferat, cùm prohibendi ius heres non habeat, efficit tamen vt ſalui ſint heredi nummi, quaſi in eius odium impleta per ſtatuliberũ condicione, cùm per heredem ipſum ſtet, quominus impleatur. Idque eſt quod apertiſſimè Vlp. tractat in l.3.§.vlt.De condic.cauſ.dat. vbi tamen ſequitur, *ſed is quem teſtator accipere voluit, aduerſus heredem in factum actione agere poteſt vt teſtatori pareatur.* Hunc verò verſiculum dico eſſe Triboniani, & non minùs ab Vlpiani ſententia quàm à iuris ratione alienum. Nam vt & Accurſius ipſe obſeruauit, quid obſecro Vlpiani cõſilium prodeſſe heredi poteſt ad hoc vt nummos ſaluos faciat, ſi vltrò in eum competere poteſt actio illi in cuius perſona impleri condicio debuit? Aut cur patiamur heredem prohibere ſeruo ne ſoluat, ſi poteſt heres ipſe cogi vt ſoluat? Nam quod nonnulli comminiſcuntur, poſſe conſilium hoc eſſe vtile, ſi fortè heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare ſeruus iuſſus fuit, ridiculum eſt, cùm ſi receptam lectionem ſequamur eum caſum Vlpianus tractet, quo poſſit heres in factum actione conueniri. Quod non contingit, cùm heredi naturaliter debita pecunia eſt. Naturalis enim obligatio parit ius retentionis, & deductionis, atq; ita producit ad effectum exceptione actionẽ, l.frater à fratre 38.§.quæſitum. D. de cond.indeb.l.ſed ſi damnũ 9.§.peculium & paſſ. D.de pecul. Vt taceam hoc etiã caſu non eſſe omnino vtile & efficax Vlpiani conſiliũ, cùm retenta aut deducta per heredẽ pecunia naturalis obligatio ipſi pereat, ex qua fortaſſe aliam pecuniam potuiſſet ille deducere aut retinere. Ideo enim tollitur naturalis obligatio, cùm naturalis creditor retẽtione aut deductione vſus eſt, quòd ea res ſolutionis loco habeatur l.etiam quod natura 6 D.de compenſ.l.Stichum 95. §.aditio de ſolut. Atqui ſolutio ita demum liberat ſoluentem, ſi de ſoluentis, non ſi de ipſius creditoris pecunia facta ſit l.ſi mandauero 22.§.ſi mandauerim D.manda.l.qui ſic 55. l.in perpetuum 61.& paſſ.eod. tit. Alius ergo caſus quærendus eſt, qui tamen reperiri nunquam poterit, quo conſilium Vlpiani vtile eſſe poſſit, vel inuito eo in cuius perſona impleri conditio debuit. Iam verò, an non à iuris ratione prorſus alienum eſt, vt ei in cuius perſona impleri dũtaxat conditio debuit, hoc eſt cui ſeruus pecuniã dare iuſſus fuit, actio vltrò concedatur? Illa autem ratio, *vt teſtatoris voluntati pareatur*, quàm inepta! Siquidem quod conditionis implendæ cauſa accipitur, non tam ex iudicio & voluntate teſtatoris quam mortis cauſa capitur l. mortis cauſa 31.§. ſine donatione D.de mort.cauſ.dona.ob idq; nec teſtamenti iure capi dicitur l.Mæulus 55.de cond.& demonſtr. nec in quartam legatorũ imputatur l.in ratione 30. §.tametſi l.id autem 76.l.in quartam 91. §.vlt. D.ad leg.Falc.vt ſcripſi pluribus lib.6.c.4.& 5. nec rurſus pertinet ad Edictum Prætoris ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſideat l. ſi quis ſub conditione 8.D. ill. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.quamuis eo dicto vnum id agat Pretor, vt teſtatoris voluntatem tueatur l.1.eod. Qua igitur ratione dari poterit actio in factũ, vt teſtatoris voluntati pareatur, ei qui voluntatem teſtatoris non habeat? Nam ſi haberet, vtique ex teſtamento potiùs agere deberet. Ea verò in factum actio quam ei dat Tribonianus, ſubſidiaria quidem eſſe ſolet ciuili actioni, quoties negotiũ aliquod tale geſtũ eſt ex quo naſci actionem neceſſe ſit, quæ tamen certum nomen nõ habeat l.1.& tot.tit.de præſcr.verb. Sed vt ſit ſubſidiaria actioni ex teſtamẽto, fieri ſanè, meo iudicio, non poteſt, quia inter teſtatorem & eum qui ex teſtamento aliquid accipit, nullum negotium geritur, nec proinde fit συνάλλαγμα, ex quo naſci hæc in factum actio ſolet l.iuris gentium 7.§.1.D.de pact. Quid igitur eſſe poteſt, quod Tribonianum fefellerit, vt actionem in factum in propoſito dandam eſſe exiſtimaret? Neque enim ignorauit, quod omnes ſciunt, id quod mortis cauſa capitur non capi ex teſtamento. Alioqui non in factum, ſed ex teſtamento actionem competere ſcripſiſſet. Fefellit eum, vt puto, alius Vlpiani locus. Is eſt in d.l.3.§.ſed & ſi iuſſum D.de ſtatulib. vbi ſcribit Vlpia. ſi iuſſum coheredi dare, non patiatur vnus ex heredibus dare, æquè liberum quidem fore. Sed eum cui iuſſus erat dare & liber eſſe, familiæ erciſcundæ iudicio ab eo qui impediit conſecuturum, quod ſua intererat prohibitum ſtatuliberum non eſſe. Eadem enim ratione & æquitate credidit Tribonianus ceſſante familiæ erciſcundæ iudicio inter eos, qui non ſunt coheredes, concedendam eſſe in factum actionem aduerſus eũ, qui prohibuit ne ſtatuliber de peculio ſolueret. Sed obſeruare vir bonus debebat longè aliã eſſe hac parte rationem heredis cui dare ſtatuliber debuit,

pientis, ob ídque condicendi, ſed non ita eſt, Vlpianus namque in dict. l. ſi ego tractat de pecunia in id data vt in dotem cõuerteretur, nimirum ſecutis nuptiis, neque enim dos ante nuptias eſſe poteſt: at quod implendæ cõdicionis cauſa datur, de quo Proculus tractat in l. dominus, non poteſt ea lege dari vt non priùs fiat accipientis, quàm libertatem ſeruus conſecutus fuerit, nec ita rurſus vt nõ aliter fiat accipientis quàm ſi libertas ſeruo poſſit competere, cùm impleri condicionem omnino neceſſe ſit & conſequenter pecuniæ dominium in accipientem transferri (alioqui non tranſlato nummorum dominio nec impleta conditio videretur) priuſquã quæratur an ſeruo libertas poſſit obtingere. Itaq; quoties is qui pecuniam condicionis implendæ cauſa dedit, alienare eam potuit, condictioni ſemper locus eſt, vindicationi nunquam. An verò poſtquàm dominus cõdixerit à Titio, permittemus ei qui rogatu ſerui ſoluit, vt interim cõdicat à domino? minimè: nã ſi cõdictio nõ poteſt cõpetere ſoluenti aduerſus eũ ipſum cui ſoluerit, multò minus cõpetet aduerſus dominum ſerui cui nihil ſolutum eſt, licèt ei ſolutio proficiat: iuris enim regula eſt his ſolis pecuniam condici quibus quoquomodo ſoluta eſt, nõ quibus ſolutio proficit, l. his ſolis 49. de cõdict. indeb. ſiquidem qui indebiti condictione tenetur, re obligatus dicitur, §. is quoque. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig. & quaſi mutuum acceperit, l. 3. §. is quoque. D. de obligationib. & actionib. alius igitur condictione teneri non poteſt quàm ille ipſe cui res ipſa tradita & ſoluta eſt: quod cùm ita ſit, non video qua ratione defendi poſſit quod apud Proculum ſequitur, *ſed tam benignius quàm vtilius eſt, recta via ipſum qui nummos dedit ſuum recipere*: nam qui ita loquitur, non dubitat quin duplex condictio hîc cõpetat, vna domino aduerſus Titium, altera ei cui ſoluit aduerſus dominum, & quidem ipſo iure, ſed ita tamen vt ex æquitate & circuitus vitandi gratia altera perimatur, & illi qui ſoluit recta via detur condictio contra Titium. Vnde fit vt paſſim noſtri loco iſto abutantur ad probandum vitandos eſſe circuitus. Quod verum quidem eſt, quoniam & aliis pleriſque caſibus euenit vt celeritate coniungendarum inter ſe actionum, altera occultetur, vt Vlpianus loquitur in l. 3. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxo. l. ſingularia 15. D. de reb. credit. ſed tamen non probatur ex d. l. Dominus, ſi iuris rationi plus tribuas quàm Triboniano qui procul dubio totum illum verſiculum nimia iuris imperitia de ſuo adiecit. Siue enim ſerui nomine ſimpliciter data ſit pecunia Titio, ſiue ea lege ne ad dominum ſerui vllo caſu perueniret, neceſſe eſt fateri vtroque caſu denegandam alterutri condictionem, hoc eſt vel domino, vel ei qui ſoluit. Nec ſe hinc extricare Accurſius aut Bartolus poſſunt, quãuis nullũ nõ moueãt lapidem.

Eiuſdem Triboniani alia & apertior nota in l. ſi ego 9. §. 1. De iur. dot.

CAPVT IX.

EAndem Triboniani nanum iuriſque imperitiam agnoſcere facilius eſt, in d. l. ſi ego 9. §. 1. de iur. dot. vbi Vlp. eam ſpeciem proponit: Si res alicui tradidero vt nuptiis ſecutis dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero, deinde ſecutæ ſint nuptiæ. Quærit autem an res iſtæ dotis fieri incipiant: *Et vereor*, inquit, *ne non poſſint in dominio eius effici cui data ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diẽ nuptiarũ, & cùm ſequitur conditio nuptiarũ, iã heredis dominiũ eſt, à quo diſcedere rerum non poſſe dominium inuito eo fatẽdum eſt.* Quæ ratio tam aperta eſt & vera vt conuelli nullomodo poſſit: nemo enim dubitat quin moriendo quiſque rerum ſuarum dominium amittat: quã ob cauſam neceſſe fuit permitti & induci lege teſtandi facultatem, vt alio loco monuimus, cùm is qui teſtatur licèt eo tempore dominus ſit, in id tamen tempus conferat effectum ſuæ volũtatis, in quo ipſe ampliùs dominus non erit l. 4. D. qui teſtam. fac. poſ. l. Stichus ſeruus 39. De manumiſ. teſtam. l. 1. ſi ita cùm morietur 51. de vſufr. Porro dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem ſtatim à die mortis, adita quandocunque hereditate l. heres quandocunque 54. de acquir. hered. l. omnia 193. de regul. iur. conſequens igitur eſt non poſſe inſcio aut inuito herede res illas acquiri marito. Succedit enim receptiſſima & perpetua iuris regula, quæ negat id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri poſſe. Et tamen non potuit ſibi temperare Tribonianus, quin Vlpiani ſententiam prorſus euerteret ſub ſpecie æquitatis & benignitatis, addito integro illo verſiculo qui ſequitur, *ſed benignius eſt fauore dotiũ neceſſitatem imponi heredi cõſentire ei quod defunctus fecit, aut ſi diſtulerit vel abſit, etiam nolente vel abſente eo dominium ad maritum ipſo iure transferri, ne mulier maneat indotata.* Taceo quod Triboniani ſtylus parum elegans ſeipſum prodit ſatis. Sed vt ad fauorem dotium, eámque benignitatis rationem qua Tribonianus mouetur reſpondeã, quis obſecro dotis fauor eſſe debeat in præiudicium heredis qui dotem non conſtituit? Dotis, inquam, quæ nulla vnquam fuit, hoc eſt nec viuo teſtatore, vtpote non niſi poſt eius mortem ſecutis nuptiis, nec eo mortuo, quia neque tunc de alienis bonis neque à mortuo conſtitui potuit. Quòd ſi dicas potuiſſe defunctum res heredis perinde ac ſuas dare, tametſi ſuas eſſe crediderit leg. vnum ex familia 67. §. ſi rem tuam de legat. 2. reſpondebo pertinere id ad eum caſum quo res fuerit heredis non defuncti tempore diſpoſitionis. Nam qui de re ſua tanquam ſua contrahit, non intelligitur obligare velle heredem in eum caſum quo amittat ille dominiũ eius rei priuſquam contractus effectum habeat, quamuis eo tempore quo contractus alioqui effectum habiturus eſſet in dominio heredis res inueniatur. Eſt enim caſus hic nouus & improuiſus de quo actum & cogitatum videri non poteſt. Neque verò ad transferendum ab herede dominium ſufficeret imponi ei neceſſitatem cõſentire facto defuncti, vt Tribonianus Græcorum more loquitur, ſed noua dotis conſtitutione opus eſſet, vt in ſpecie l. ſtipulatio 63. de iur. dot. quoniam ſolus domini conſenſus poſt alienationem à non domino factam ſuperueniens non transfert dominium, ſed prodeſt tantùm vt ſi quod ius in illa re, aut ad rem habuit, remiſiſſe videatur: quemadmodum dicimus in pignore l. ſi debitor. 4. §. ſi in venditione l. ſi conſenſit 7. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit. Et ſicut aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire l. aliud eſt 160. de regul. iur. ita longè aliud eſt dotem conſtituere, aliud dotis conſtitutioni quam defunctus fecerit conſentire. Præſertim verò cùm, vt dixi, voluntas defuncti nõ fuerit vt vel heredis rem vllo modo alienaret, vel ſuã, niſi in eum caſum & illo demùm tempore quo nuptiæ ſequerentur. Debuerat igitur Tribonianus, ſi heredem ex æquitate contrà iuris rationem obligare volebat, neceſſitatem ipſi imponere vt dotem conſtitueret, non vt conſtitutioni per defunctum factæ cõſentiret. Atq; apertè iniquum eſt cogi quẽ

vt dotẽ inuitus conſtituat, & multo iniquius quã n vt mulier maneat indotata. Quod enim dicimus nõ debere mulierem manere indotatam, tunc verũ eſt cum anteà dotẽ habuit, ne alioqui non tantũ mulier decipiatur, ſed etiam maritus qui iodotatam ducere noluiſſet, d.l.ſi donaturus 9.§.j.de condict.cauſ. dat.l.vlt.§.j.in fin.D.quæ in fraud.credit.l.purè 5.§. penul.D.de dol.except. At in propoſito non poteſt videri mulier fieri indotata, quæ nec antè nuptias deficiente conſtituentis voluntate, nec nuptiarum tempore deficiente iure dotem habere potuit. Imputariq; marito poteſt ſi in iure errauit, cur non cõſuluerit peritiores: Si autem in facto, fortè quòd eũ qui in tempus nuptiarum dotem dederat, deceſſiſſe antè nuptias ignorabat, cur non fuerit diligentior in rei veritate inquirẽda, quippe qui ſcire debuerit, nõ aliter poſſe res ſibi datas ex cauſa dotis ſuas fieri, quã ſi nuptiarũ tẽpore viueret is, qui dotẽ dederat. Illud verò an non abſurdius eſt, quod Tribonianus ſubiicit, ſi heres diſtulerit vel abſit, etiã nolente aut abſente eo dominium ad maritum ipſo iure transferri? Qua enim ratione fieri poteſt, vt quod ex ſola æquitate & benignitate contra iuris rationem inducitur ipſo iure fieri dicatur? Potuit ſanè Iuſtinianus facere vt æquitatis quam ille ſibi pro arbitrio comminiſcebatur potior cauſa eſſet quàm iuris ſtricti l.placuit 8.C.de iudic. aut etiam inter ius & æquitatem poſitam interpretationem inſpicere vt ait l.j. C.de legib. Sed cõſtituere vt ipſo iure fiat quod contrà ius ſit, proculdubio non potuit. Poſtremò ſi verum eſt etiam nolente aut abſente herede dominiũ rerum quas defunctus ſub conditione dederat ipſo iure transferri in maritum, rogo cur heredi neceſſitas imponatur vt defuncti facto conſentiat? An non id ſuperfluum fuerit adeòque iniquum? Siquidẽ cõſenſus ab inuito extorqueri non poteſt ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habuit legiſlator. Vnde illud etiam fit vt nec emere, nec vendare, nec aliter contrahere, nec agere, nec accuſare quiſquam cogatur l.nec emere 17.C. de iur.delib. l.vnic. C. vt nemo inuit.ager.vel accuſ.cogat. Et regula iuris eſt, quod inuito te fieri poteſt, poſſe etiam fieri te ignorante licèt ſis in prouincia l.qui poteſt 26.de regul. iur. Nec ad rẽ pertinebit ſi quis dicat mera iuris ſubtilitate niti rationem illam qua Vlpianus mouetur. Mera enim illa ſubtilitas vera iuris ratio eſt, & quæ caſus neceſſitatem ſic coniunctam habet, vt æquitatis prætextu ab ea recedi nullomodo poſſit, vt in alia ſpecie Marcellus tractat in l.ſi mulier 59.§.ex aſſe de iur.dot. quem locum nos explicauimus li.5.ca.7. Quamquam nec æquitas vlla eſt io propoſito quæ iuris rationi refragetur, ſi propiùs inſpicias ea quæ hoc capite adnotauimus.

Emendatio l.vlt. D.eod.tit.de iur.dot.

CAPVT X.

FVndum filiæ nominè pater in dutem dederat, & poſteà decedens eandem filiam ex aſſe heredem reliquerat. Vrgentibus patris creditoribus viſum eſt filiæ vtilius fundum hunc qui dotalis erat diſtrahere, quàm alium vllum ex hereditariis, quòd minùs fructuoſus eſſet, alij verò hereditarij, reditus vberioris. Sed cùm venditio fieri non poſſet abſque conſenſu mariti cui in dotem datus fuerat, cõſenſus eius neceſſariò exquirẽdus fuit. Conſenſit ille ſi nulla in ea re captio eſſet futura, hoc eſt, ſi modò iacturam aut diminutionem dotis ex ea cauſa nõ pateretur, (captionem enim pro damno noſtri accipiũt, vt in l.quoties 59.de V.O.) Atque ita ſecuta eſt venditio. Quæſtionis eſt, An preciũ dotis quæ in hoc fundo fuit, mulieri rectè ſoluatur conſtante matrimonio. Nam cùm maritus cui fundus traditus fuerat, ita conſenſerit diſtractioni, vt tamen nulla eius captio ſit, non malè videatur dici poſſe, precium ipſi marito ſolui debere, vt pro fundo precium habeat, nec priùs id creditori ſoluere cogatur quàm ſibi dotis nomine cautum ſit, ne alioqui indotatam vxorem habeat, quod ſanè fuerit contrà ipſius voluntatem. Exemplo quod Modeſtinus reſpondit in l.Titia 62. eod.titul. Si mulier quæ à fratribus fundum acceperat in vicem portionis hereditariæ, eùmque in dotem dederat, poſteà impetret reſtitutionem ex cauſa minoris ætatis, & vt partem hereditariam reciperet fundum, reddere coacta ſit, cogendum quidem maritum fundum reſtituere, ſed non ideò contentũ eſſe debere cæteris rebus quas etiam in dotem mulier dederat, neq; ei dotem auferendã eſſe pro parte, non magis quàm in totum: At in meram æſtimationem prædij mulierem vel eius heredes condemnari debere in id tempus referendam quo in dotem datũ fuerat. Eſt autem quæſtionis huius vtilitas in eo, quòd ſi mulieri precium in propoſita ſpecie rectè ſoluitur ab emptore, non erit poſtea audiendus maritus ſi cunctante vxore eius fundi æſtimationem in dotem dare eundem emptorem aut ipſius fundi aut precij nomine inquietare velit. Eo prætextu quòd fundus ab initio in dotem datus fuerit, nec eius venditioni ſimpliciter ille conſenſerit, ſed ſub ea conditione, ſi non ex ea venditione in dotis quantitate læderetur. Cum ſi mulieri non rectè ſolueretur conſtante matrimonio, fieret vt ſecurus eſſe non poſſet emptor qui alij quam marito ſoluiſſet, putà mulieri aut etiam eius creditoribus. Neq; enim de illo quærimus, an fundi dotalis alienatio valeat hoc caſu, cũ Pandectarum iure potuerit fundus dotalis alienari conſentiente muliere etiam ſine cauſa l.vnic.§.& cũ lex Iulia.C.de rei vx.act. ac multò magis ſi alienatio eſſet neceſſaria l.j.D.de fund.dot. qualis illa eſt, quæ fit æris alieni exſoluẽdi gratia l.magis puto.5.§. non paſſim.D.de reb.eor.qui ſub tutel. Nec de illo rurſus, An dos adeò rectè ſoluatur mulieri conſtãte matrimonio, vt eo quandocunq; ſoluto non poſſit huius fundi nomine maritus iudicio de dote cõueniri quomodo conuenitur quoties dotẽ ſemel conſtitutam maritus ipſe mulieri ſoluit aut ab alio ſolui patitur manẽte matrimonio extrà eas cauſas in quibus receptũ eſt, vt eo etiam tẽpore dotem recipere mulier poſſit l.mutus 73.§.1.D.de iur.dot. l.quamuis 20.D.ſol.mat. Cũ enim eũ caſum tractemus, quo maritus qui fundum diſtrahi paſſus eſt, dotem tamẽ diminui noluerit, nõ poteſt videri dos mulieri ſoluta aut reddita, ſicut nec in ſpecie d.l.Titia. Itaq; periculum mariti nullũ eſſe poteſt, an malè dotẽ reſtituerit, nécne, ſed tantùm emptoris, an precium mulieri rectè ſoluerit, an potiùs ipſi marito ſoluere debuerit. Cæterũ ſi ponas vtiliter & rectè marito aut mulieri ſolui precium venditionis, nihil planè emptoris intererit an precij pecunia ad creditores mulieris peruenerit an non. Nã poſteaquàm ſemel ſecuta liberatio eſt per ſolutionem ei factã cui fieri debuit, qua ratione obſecro extincta obligatio, ob mulieris damnum reuiuiſcet? Aut cur impediatur liberatio, ſi emptor qui licitè nec contrà leges emit ſoluat precium illi ipſi cui ex neceſſitate ſoluere debuit & vt ſolueret cogi potuit? l.quod autẽ 6.§ apud Labeonẽ quæ in fraud.credit. Rectè autem facta ſolutione & bona fide, quid eius intereſt an malè conſum-

pta ſic

pta ſit pecunia, an creditori ſoluta? argu. l. bona fide 47. D. ad SC. Velleian. Siquidem non debet eſſe curioſus, quid inter maritum & mulierem agatur, aut in quos vſus deſtinata ſit pecunia quæ ex venditione redigitur, leg. doli exceptio 19. in fi. D. de nouat. Nam etſi huiuſmodi venditio fieret ſola mulieris voluntate, & conſentiente marito, licèt nullis creditoribus vrgentibus, proculdubio valeret, vt diximus, in præiudicium tam mulieris quàm mariti, factáq; precij ſolutio alterutri eorum conſentiente altero pareret liberationē. Cur ergo ſi creditores vrgeant requiremus peruenisse ad eos pecuniam, vt emptor liberationem conſequatur? Poſſet ſanè id dici ſi de dote mulieri conſtā e matrimonio reſtituenda tractaretur d. l. mutus §. 1. & d. l. quamuis 20. Neq. n. liberatur maritus qui ſine cauſa vel neceſſaria vel probabili & honeſta dotē reſtituit priuſquā matrimoniū ſolutū ſit, quia neq. ex tali reſtitutione dos mulieri quæritur l. vnic. C. ſi conſt. matr. dos ſolu. fuer. Præterquā in caſu d. §. vxor viro l. cū in fundo 78. de iur. dot. id eſt ſi maritus, qui ſolū fundi vſumfructū in dotem acceperat eum fundum ab vxore totum emerit, quanti venire debuit non detracto vſufructu. Propterea quòd hoc caſu vſusfructus, qui penes maritū fuerat tanquam formalis, incipiat ad mulierem pertinere tanquam cauſalis, id eſt tanquam pars fundi & eius dominij quod penes eam ſemper manſerat. Sed cùm tractemus de marito qui fundi dotalis alienationi conſenſit, non tam vt dotem reſtitueret ſibíve vllum in dote præiudicium faceret, quàm vt ſine ſuo damno mulieris vtilitati conſuleret, quæſtio duntaxat relinquitur de emptore cuinā ſoluere debeat, id eſt an mulieri, an marito. De creditoribus enim ſuperflua & ridicula fuerit quæſtio, an iis potiùs ſolui debuerit, cum neque illi vendiderint, neq. quod ad validitatem vēditionis attinet quicquam interſit, an iis vrgentibus facta ſit an ſine cauſa, poſtquā vtriuſq; coniugis voluntas & conſenſus intercesſit. Sicut & vt permutari dos poſſit ex re in pecuniā ſufficit vtilius eſſe mulieri fundum illū dotalem diſtrahere, quā alios hereditarios, l. ita conſtante 26. & ſeq. l. ſiue 61. eo. tit. Nec quicquam prætereà requiritur, id eſt non nocet quòd caſu aliquo & ipſo euentu nummi perierint qui ad creditorē peruenire debuerant. Sufficit enim negotium ab initio vtiliter geſtū fuiſſe l. verum 11. §. item non reſtituetur D. de mino. quia etſi alium fundum fructuoſiorem vendidiſſet æquè nummi periiſſent, tantóque maius damnum ſenſiſſet mulier quantò fructuoſior fundus fuiſſet, cùm aut hunc aut illum vendi neceſſe fuerit l. in pupillo 47. §. planè de ſolut. Præſertim cū difficilius ſuccurratur mulieri quàm minori l. vlt. in prin. D. ad SC. Vellei. Igitur, vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, dicendū eſt emptorem qui mulieri ſoluit, licèt conſtante matrimonio, rectè ſoluiſſe videri & cōſequēter liberatū intelligi. Fieri. n. nō poteſt, vt preciumq; venditori ſolutum eſt, rectè ſolutum non ſit, cùm alij nulli quam venditori precium deberi poſſit, l. ex empto 11. & paſſ. de act. emp. nec alia ſolutio liberationem pareret, quàm quæ fit illi ipſi cui debetur, l. inuito 12. C. de ſolut. Atque ita Scæuolam reſpōdiſſe arbitror in l. vlt. D. de iur. dot. & receptę lectioni duplex mendum ineſſe. Vnum in illis verbis, *an ea pars dotis*. Legendum enim eſt, *an pretiū dotis*. Nam vt ſequentia demonſtrāt, quæſtio non eſt apud Scæuolam de ſoluenda conſtante matrimonio dote aut parte dotis, quam ſcilicet integram retinere maritus voluit, ſed de ſoluendo pretio fundi venditi; ſoluendo, inquam, non creditori, cum quo emptor nullum negotium geſſit, ſed vel mulieri, vel marito. Dubitandi enim cauſa illa erat, quod cùm maritus conſenſiſſet venditioni ſub ea conditione, ſi nulla inde ad ſe ſibi fraus ſecretò, non aliter videatur emptor tutò poſſe ſoluere, quam ſi marito ſolueret. Sed decidendi ratio illa eſt, quod non maritus, ſed mulier ipſa vendiderat & quidē marito conſentiente. Mulieri ergo rectè ſoluitur. Ex quo apparet aliud mendum eſſe in illis verbis, *ſi pretium creditori ſoluatur*, & pro *creditori* legendū *venditori*. Neq; enim dubitabatur apud Scæuolā, an creditori ſoluendū eſſet: ſed an mulieri conſtāte matrimonio ſolui poſſet. Vt igitur dubitationi congruat deciſio, credendū eſt reſpondiſſe Scæuolam ſi pretium venditori ſoluatur, rectè ſolutum. Quod faciliùs admittet quiſquis obſeruauerit fuiſſe hunc morē Scæuolæ familiarem, vt ad propoſitā in ſpecie quæſtionē plerumq; ex generali aliqua iuris regula reſpondeat, vt in l. à teſtatore 109. de cond. & demonſtr. vbi quod reſpondit *heredem conditioni parere non poſſe* ad iuris regulam pertinet, non ad propoſitam facti ſpeciem, in qua nimirum dubitari nō poterat, an conditio adſcripta eſſet, vt ex Claudij nota intelligitur. ſic in l. lex vectigali 31. D. de pign. cùm quæreretur, an fundus vectigalis rectè pignori datus eſſet, nec dubitandi cauſam aliquam Scæuola videret, reſpondit *ſi pecunia intercesſit, pignus eſſe*, quamuis nec dubitaretur, quin pecunia intercesſiſſet, id eſt, debitum aliquod præcedens cui accedere pignoris obligatio potuerat. Præſupponendi enim erant, vt noſtri aiunt, termini habiles. Sic & in l. qui Romæ 122. §. Agerius de verborum obligationibus, idem Scæuola reſpōdit, *ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non commiſſam*. Ita ſignificans in illa ſpecie conditionem non extitiſſe, ob idque ex iuris regula nec commiſſam eſſe ſtipulationem. Eodem planè modo in d. l. vltim. de iur. dot. cùm vellet dicere ſoluendū eſſe mulieri, & rationem illam reddere quod ipſa non maritus vendiderat, ſcripſit breuiùs, *ſi pretium venditori ſoluatur, rectè ſolutum*: quæ ſanè indubitata & perpetua eſt iuris regula, cuius nimirum concipiendæ gratia neceſſe ei fuit ſcribere *venditori*, cùm alioqui tractans de muliere, quæ vendiderat debuiſſet ſcribere *venditrici*. Facilè autem pro *venditori* irrepſit dictio *creditori* ſiue culpa librarij quem vtriuſque dictionis adfinitas deceperit, ſiue imperitia interpretis exiſtimantis tractare Scæuolam de dote conſtante matrimonio ſoluenda vel reſtituenda: & moti ex eo quòd non aliter conſtante matrimonio dos mulieri ſoluitur, quàm ſi æs alienum vrgeat aut alia iuſta cauſa interueniat. Item quòd putaret dictionem *venditori* ſalua recti ſermonis ratione ad mulierem referri non poſſe. Sanè mendi coniecturam illud præbet, quòd cùm vulgata editio habeat *creditoribus*, Florentina tamen legit *creditori*: nec ſatis accommodatè, ſi ea Scæuolæ mens fuit, vt de ſolutione creditoribus facienda ſenſerit. In præcedentibus enim de pluribus creditoribus tractat, quorum omnium dimittendorum gratia, fundi dotalis venditio non quidem neceſſaria, ſed vtilis fuerit. Prius verò mendum præter ea, quæ diximus ex illo etiam arguitur, quod in Pand. Florent. dictio *ea* notatur aſteriſco, vt notari ſolent cęterę dictiones ſuſpectę & irreptitiæ. Item ex eo, quod ſolus fundus in dotem datus proponebatur, non vt in d. l. Titia 62. eodem, cum aliis rebus, quicquid cauſetur Accurſius. Proinde non pars dotis, ſed tota dos in fundo erat. Tertio, quia nihil intereſt, an dicas partem fundi dotalis, an partem dotis, quę in fundo eſt. Atqui non poteſt Scęuolę quęſtio intelligi de parte fundi dotalis ſoluenda mu-

Digitized by Google

l'eri durante matrimonio. Totus enim fundus venditus proponebatur nec niſi de fundi pretio dubitari poterat. Non igitur Scęuola ſcripſit *an pars dotis*, ſed quòmodo legendum dicimus, *an pretium dotis quæ in fundo eſt*. Lubricus autem error fuit, cùm veteres librarij dictionem illam *pretium* ſolerent ſcribere contractis literis in modum *prtz*, quas facilè fuit ſic accipere, ac ſi ſcriptum eſſet *pars*, præſertim ſi ponas vltimā literam minùs rectè expreſſam. Proximè námq; accedit ad literam S. Quæ res fecit, vt & in poſtremis verbis d. l. Titia ſcriptum ſit *datus* pro *datum*. Ita verò emendato contextu tam elegās quā aperta hæc erit legis ſententia. Non eò minùs ſoluendum eſſe mulieri pretiū fundi dotalis ab ea venditi quòd matrimonium adhuc duret, aut quòd maritus fundi venditioni conſenſerit ſub ea conditione, ſi ex ea venditione nō læderetur. Hoc ipſo enim quod maritus conſenſit vxori vt venderet, conſenſiſſe etiam videtur, vt ſolutionem illa acciperet. An igitur marito nil proderit, quòd ſuo conſenſui eam conditionem adiecerit, ſi nulla in ea re captio futura eſſet? vtique proderit ideò quòd vxorem obligatam habebit eiuſve heredem, vt meram verámque eius fundi æſtimationem præſtet dotis nomine in id tempus referendam quo in dotem datus fuerit d. l. Titia. Sic námq; intelligi proculdubio Scæuola & ſuppleri debet. Nec ſimilis ſpecies eſt, quę proponitur in l. vlt. D. de pact. dot. de cuius quoq; ſententia & emendatione ſcripſimus c. vlt. lib. 3.

Ad l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pign. habeant. & ad Nouell. 97. de æqual. dot. §. his conſequens, noua pleraque.

CAPVT XI.

DVplex noſtrorum error eſt in huius Conſtitutionis interpretatione. Vnus ille, quòd putant priuilegium à Iuſtiniano conceſſum mulieri dotem repetenti, vt omnibus mariti creditoribus præferatur licet anterioribus, nec tantùm chirographariis, vt anteà, ſed etiam pignoratitiis & hypothecariis, aduerſus eos dūtaxat exerceri poſſe qui tacitam hypothecam habeant, non contra eos qui expreſſam: alter de quo ĩ. tractabimus c. 13. quòd priuilegiū hoc in mulieris liberos eoſdémq; heredes tranſire exiſtimant, in eóq; meliorem eſſe conditionem liberorum quàm extraneorum heredum, in quos certū eſt non tranſire. l. vnic. C. de priuil. dot. Priorem errorem conuincunt apertiſſima legis verba, Generaliter enim Iuſtinianus conſtituit, vt priora iura mulier habeat cōtrà omnes mariti creditores licet anterioris temporis priuilegio ſint vallati: cui etiam conuenit quod idem Iuſtinianus ſcribit Nouel. 109. De priuileg. dot. hæret. mulier. non præſt. c. 1. in illis verbis: *quia enim dedimus priuilegium mulieribus dotium, vt etiam prioribus creditoribus præponantur*, nulla diſtinctione adhibita, expreſſámne an tacitam duntaxat hypothecā creditores anteriores habeant. Et verò ratio qua Iuſtinian⁹ mouetur in d. l. aſſiduis verſic. cum enim, quod in perſonalibus actionibus cauſa dotis præferatur creditoribus omnibus anterioribus, oſtendit manifeſtè nullam ab eo conſtitutam differentiam inter creditores hypothecarios, quoniam inter chirographarios diſtinctio & differentia nulla eſt: id enim ille ſibi vult, quemadmodū mulier priuſquā haberet ex Iuſtiniani lege priuilegium tacitæ hypothecę, habebat priuilegium prælationis aduerſus chirographarios quoſcunque, ita poſteaquam adiectum illi eſt priuilegium tacitę hypothecæ, præferri eā debere hypothecariis quibuſcunq; creditorib. etiam anterioribus ſiue expreſſam ſiue tacitam hypothecā habentib⁹. Nec ſane minùs offenditur iuris ratio & æquitas cū mulier præfertur iis, qui tacitam duntaxat hypothecā habuerunt, quā ſi expreſſam quoq. habentibus præferatur: ſiquidem in tacita hypotheca perindeac in expreſſa locū habet iuris regula, Qui prior eſt tempore potior eſt iure, etiā in præiudicium creditorū poſteriorum expreſſam habentiū: eſt. n. hac parte eadem vis taciti quæ expreſſi prætérquam fauore fiſci l. ſi is qui mihi 28. D. de iur. fiſc. de cuius ſententia ſcripſimus lib. 2. Neq. ad rem facit, quod dici ſolet, in cauſa pignoris fiſcū & mulierē pari iuſſu ambulare ex l. 2. C. de priuil. fiſc. fiſco autem conceſſum eſſe priuilegium non ſolùm tacitæ hypothecæ l. 2. C. in quib. cauſ. pig. verùm etiam, vt anterioribus creditoribus, ſcilicet tacitam duntaxat hypothecā habentibus præferatur, arg. l. 1. §. ex illa de falſ. Paul. lib. 5. ſent. tit. 12. §. 10. non item habentibus expreſſam, l. ſi pignus 8. D. qui potior. in pign. hab. l. 4. C. eod. vt quod ſcriptum eſt in dict. l. 2. C. de priuil. fiſc. ceſſare priuilegium fiſci in bonis eius qui rationibus fiſci cœpit eſſe obligatus poſteaquàm ipſius bona iam alteri obligata fuerāt, non pertineat ad eam bonorum obligationem, quę fit per tacitam pignoris conuentionem, ſed ad illam quæ per expreſſam. Neq; enim quo tempore lata eſt d. l. 2. poterant obligata eſſe bona mariti pro dote, niſi expreſsè. Nā reſpondeo nō inde fieri, vt mulier hodie non ſit fauorabilior fiſco, cùm in eam rem habeat priuilegium, ex Iuſtiniani conſtitutione in d. l. aſſiduis, quod fiſco nulla vnquam lege datū eſt. Antonini enim temporib⁹ nullum priuilegiū habebat mulier, ne quidē tacitæ hypothecæ, tantùm aberat, vt vel fiſco pręferri deberet, vel cum fiſci priuilegio cōcurrere. At Iuſtinianus vtrunq; priuilegium dedit duplici conſtitutione: nimirum tacitæ hypothecę, l. vnic. §. 1. C. de rei vxo. act. & prælationis d. l. aſſiduis. Non poteſt igitur ex Antonini lege ſumi argumētum ad interpretandam conſtitutionem Iuſtiniani, qui haud dubiè magis fauere voluit mulieribus quā fiſco, cuius & olim deterior cauſa fuit in quibuſdam quàm cæterorum creditorum expreſſam hypothecam habentium, vt in ſpecie l. Moſchis 47. de iur. fiſc. iunct. l. diſtractis 14. l. perſecutione 24. C. de pig. quāuis in perſonalib. actionib. aut ſi tacita duntaxat hypotheca præcederet, fiſcus omnibus præferretur. l. quod quis nauis 34. de reb. auct. iud. poſſi. alias l. 19. de priu. cred. Paulus lib. 5. ſent. tit. 12. §. 10. Nec ſatis cautè faciunt, qui contrariam Iuſtiniani mentē coniiciūt ex l. vbi adhuc 29. C. de iur. dot. in illis verbis: *ita eam poſſe rem vindicare vel à poſterioribus creditoribus*. nam lex aſſiduis, de qua tractamus, poſterior eſt, vt ex eo apparet, quòd illius etiam meminit, eo loco, *quòd & alias Conſtitutiones fecimus pro dotibus.* Intelligit enim eas conſtitutiones, quæ extant in d. l. vbi adhuc; & in d. l. vnic C. de rei vxo. act. vt rectè omnes explicant: quantò autem poſterior eſt lex aſſiduis, tantò etiam fauorabilior eſt mulieribus, quibus nunquam ſatis conſultum eſſe poſſe bonus Imp. credidit, plus æquo vxorius. Fauor verò in eo elucet, vt non tantùm poſterioribus creditoribus mulier præferatur, ſicut anteà, ſed etiam prioribus, & quidem quibuſcunque, hoc eſt, ſiue tacitam ſiuè expreſſam hypothecam habentibus, illo ſolo excepto, qui emendæ militiæ cauſa marito pecuniā mutuam dederit inſtrumento in eam rem conſcripto: hunc enim fauore militiæ & Reipublicæ Iuſtinianus excepit Nouel. 97. de æqual. dot. ca. 4. §. quia verò, vt faciliùs inuitarentur homines ad credendum

in eam cauſam, ex qua tamen Nouella ſit apertius quod volumus, id egiſſe Iuſtinianum vt mulier anterioribus quibuſcunque præferatur: nam in cap. præcedenti. §. his conſequẽs, iubet ille vt iis quoque præferatur, qui ad emendam aut reficiendam nauim vel domum crediderint: quorum tamen omniũ conſtat priuilegiũ illud eſſe, vt licèt tẽpore poſteriores ſint, anterioribus nihilominùs præferãtur, quòd eorũ pecunia ſaluã fecerit aut prębuerit totius pignoris cauſam l. interdũ 5. cum l. ſeq. D. qui potior. in pign. hab. nec eſt quod quis dicat habere hos omnes priuilegiũ tacitæ hypothecæ ſicut & pręlationis: ideóque debere Iuſtiniani legem ſic intelligi vt iis mulier pręferatur illo demùm caſu quo tacitam duntaxat non etiã expreſſam hypotheeã habeãt. Etſi enim qui credidit ad reſtitutionẽ & reædificationẽ inſulæ tacitã hypothecam habeat ex Senatuſcõſulto cuius meminit Papin. in l. 1. D. in quib cauſ. pign. tacit. cõtr. & Vlp. in l. ſi ventri 24. §. 1. de reb. auct. iudic. poſſid. alias l. 9. de priuil. credit. imò & dominium ſi post quatuor menſes pecunia cũ vſuris medij tẽporis nõ reddatur, l. cùm duobus 52. aliàs l. ſi fratres 9. idẽ reſpondit ſocius D. pro ſocio. non perinde tamen tacitæ hypothecæ priuilegium habet qui credidit ad emendam domum aut ad emendum agrum, id enim ſpecialiter & ſingulari iure pupillis conceſſum eſt l. idémque eſt 7. in princi. D. qui potior. in pign. hab. l. 3. in princi. de reb. eor. qui ſub tutel. l. penult. C. de ſeru pign. dat. manum. Itaque cõſulere ſibi debet expreſſa conuentione pignoris ſiue ſpecialis ſiue generalis l. quamuis 17. C. de pign. Sed nec generalis hypotheca ſufficiet vt ei ex cuius pecunia res empta eſt competat in ea re priuilegium prælationis, niſi eadem res ipſi ſpecialiter obligata ſit l. licet 7. C. qui potior. in pign. hab. Quoties igitur legimus, eũ, qui ad emendam domum vel nauim credidit habere priuilegium prælationis inter hypothecarios creditores, ponendum eſt præceſſiſſe conuentionem pignoris nec generalem tantùm, ſed etiam ſpecialem, quamuis qui credidit probet ſe in hoc ipſum crediſſe vt ex ea pecunia res compararetur, & ſubinde fuiſſe comparatam. Dixi, *inter hypothecarios creditores*, quoniam ſi inter eos agatur qui perſonalem tantùm actionem habent, faciliùs inducitur priuilegium prælationis, non quidem in eo qui ad emendam domum credidit aut ad emendum agrum (hic enim priuilegium nullum habet, niſi cùm expreſsè conuenit de ſpeciali pignore) ſed in eo qui credidit ad emendam nauim: quem ſanè conſtat habere priuilegium post fiſcum, non ſecus ac eum qui ad armandam aut reficiendam nauim credidit l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. de reb. auct. iudic. poſſid. alias l. 11. & 19. de priuil. credit. ideò fortaſſe quòd ex maritima negotiatione longè plus commodi accedat Reipublicæ quàm ex ædificij aut agri emptione: quid enim Reipublicæ intereſt cuius ſit ager vel domus? at maximè intereſt eius eſſe nauim, qui nauigationis & tranſmarinæ negotiationis artem calleat, aut per inſtitores eius rei peritos eam negotiationem exerceat: ob idque nec dubitandum puto quin is qui credidit ad reficiendam nauim priuilegium habere debeat hypothecæ tacitæ exemplo eius qui credidit ad reficiendam domum. Nam ſi fauorabilior eſt cauſa eius qui credidit ad emendam nauim, quàm eius qui ad emendam domum, multò magis illud admittẽdũ eſt, æquè fauorabilẽ eſſe debere eum qui credidit ad reficiendã nauim, ac eũ qui ad reficiẽdã domũ. Cur autẽ fauorabilior ſit is qui credidit ad reficiendã domũ, quàm qui ad emendam, ratio illa eſt, quòd, vt dixi, Reipub. nil interſit, an domus Titij ſit an Mæuij. Intereſt vero diruta ędificia reſtitui, ne deformentur nimis ciuitates l. ad curatores 46. de damn. infect. Hæc cùm ita ſint, fatendum eſt Iuſtinianum qui mulieri dedit priuilegium prælationis aduerſus eum qui ad emendam domum vel nauim credidit, præferri eam voluiſſe non minùs iis qui expreſſam hypothecam habeant, quàm iis qui tacitam, cùm iſti nullam habeant niſi expreſſam. At fortaſſe dicat aliquis ea Iuſtiniani conſtitutione non tam datum mulieri aduerſus huiuſmodi perſonas priuilegium, quàm ademptum iis quod aduerſus mulierem, cæteróſque creditores anteriores ex prioribus legibus competebat. Nec aliud inductum niſi vt ſi ſint muliere poſteriores, non præferantur: ſed non inde fieri vt nec præferri debeãt cùm ſint anteriores. Sic enim doctiſſimis pleriſque iuris placere video poſt Accurſium ex illis verbis *veniat autem & alter creditor poſterior*. Quaſi inter hos ſaltem creditores qui aliis omnibus præferrentur, & mulierem locus relictus ſit priuilegio temporis, ſatíſque mulieri eſſe debeat quod cùm anterior illa eſt, nullo ipſi aduerſus eam priuilegio vtantur. Verùm aliud mihi iudicium eſt. Nam quod Iuſtinianus de poſteriore creditore tractat qui ad emendam domum vel nauim crediderit, non idcirco factum eſt, quia ius aliud conſtitutum voluerit in anteriore, ſed quoniam id agit vt creditores iſtos qui aduerſus cæteras perſonas habent priuilegium prælationis, ab eo priuilegio (quod ad mulierem pertinet) excludat. Priuilegium porrò nullum eſt, niſi cùm ſunt poſteriores. Nam cùm ſunt anteriores vincunt iure communi, quo qui prior eſt tempore potior eſt iure. Tolle igitur priuilegium, quod faciebat vt nihil referret an eſſent illi anteriores an poſteriores tempore, conſequens fiet, vt redigantur ad inſtar cæterorum qui priuilegium non habent. Et proinde ſicut cæteris creditoribus etiam tempore anterioribus mulierem præferri Iuſtinianus voluit, ita his quoque præferetur. Idque apparet euidentius ex eo quod Iuſtin. ſubijcit de lucris nuptialibus vt in iis nullum prælationis priuilegium habeat mulier aduerſus creditores iſtos ſi ſint illi anteriores. Id enim ſignificãt verba illa, *ſufficit enim quòd à lucris cadant ſi priora*, ſcilicet priuilegia, *ante nuptialis donatione inueniãtur*. Quæ vulgata verſio eſt, & longè rectior quàm Haloandrina ſic habens, *etſi tempore prior inuenietur donatio antè nuptias*. Nam Græca lectio ait [illegible]. Quod & iam conſtitutum fuerat in d. l. aſſiduis §. vlt. Vt ergo melior ſit cauſa dotis quàm antè nuptias donationis, fatendum eſt, mulierem pro dote præferri priuilegiatis iſtis creditoribus licèt anterioribus, poſtponi autem in donatione propter nuptias. Cùm tamen ſi de creditoribus tempore poſterioribus ageremus præferenda eſſet illa non minus pro donatione propter nuptias quàm pro dote, ſeruato ſcilicet temporis ordine d. §. vlt. Nam nec magis aduerſus lucra nuptialia quàm aduerſus dotem ipſam priuilegiũ vllum relictum eſt iis qui ad emendam aut reficiendam domum vel nauim crediderunt præter priuilegium temporis. Siquidem priuilegium cauſę vtroque caſu ſublatum eſt. Alioqui conſtituere Iuſtinianus debuerat vt à lucris caderent mulieres, etiam ſi talia priuilegia tempore poſteriora inuenirentur, non, vt ille ſcribit, ſi priora inueniantur. Neque ſanè aliter poſito iure ſatis prouiſum eſſet mulieri ratione dotis, quam nullo modo & nulla arte minui poſſe Iuſtinianus voluit. Quid enim facilius quàm virum antè nuptias aut antè dotis conſtitutionem pecuniam mu-

T

Digitized by Google

tuam accipere in refectionẽ domus aut nauis, inſcia etiam muliere; vt ſecutis poſteà nuptiis, acceptáque dote, & ſoluto quandocunque matrimonio dotis iacturam mulier ſentiat?

Ad §. quia verò Nouell. 97. de æqual. dot.

CAP. XII.

EX ſuperioribus moueor vt putem quod ſequitur in §. quia verò, poſtponendam mulierem illi ſoli qui credidit ad emendam militiam ſi omnia concurrãt quę Iuſtinianus eo loco requirit, ſic accipi debere, ſi mulier ſit tẽpore poſterior nõ etiam ſi prior. Eſt enim ea exceptio ad id quod proximè conſtitutum fuerat, vt mulier cæteris creditoribus priuilegiatis tempore anterioribus poſtponeretur quidem in donatione antè nuptias, prę̃ferretur autẽ in dote, ne qua circũueniendæ mulieris ratio ſupereſſet prętextu alicuius priuilegij, ſiue cauſæ priuilegium illud eſſet, ſiue temporis. Vult autem Iuſtinianus excipiendum eum, qui ad emendam militiam crediderit, id eſt cæteris præferendum non quidem in aliis bonis debitoris, ſed in ipſa militia, quippe quæ & pignori obligari poteſt l. vlt. C. de pignor. ſed hoc ita, ſi ea omnia obſeruauerit in contrahendo debito, quæ textus congerit, ne fraudandæ dotis animum habuiſſe videatur, hoc eſt ſi in eam cauſam ſpecialiter crediderit, ſi vis anterioris hypothecę ſibi ſpecialiter quoq; & expreſſim ſtipulatus ſit, ſi reuera in eam rem pecunia impenſa ſit, ſi negotium ex ſcripto geſtum fuerit, ſi denique inſtrumentum habeat teſtium ſubſcriptiones: quibus omnibus concurrentibus putat Iuſtinianus nõ poſſe ſuſpicionem fraudis ſubeſſe, quæ tamen facile ſubeſſe poſſet, ſi ita ius eſſet vt talis creditor licèt poſterior mulieri anteriori præferretur, argumento eorum quæ idem Iuſtin. ſcribit in eadem Nouell. §. aliud quoque ad fin. Quid enim ſi maritus improbus in eam rem, dotali pecunia abutatur quam nouo huic creditori clam numerauerit, tum palam ab eo mutuam acceperit, nec tamen fraus probari poſſit? Neque verò ſimilis eſt qui rem ſuam vendidit ſub eo pacto vt ſibi obligata maneret pro pretio, in eóque pignore potior eſſet. Nullam enim ille facere poteſt iniuriam aut mulieri aut aliis creditoribus anterioribus, vtpote qui nullum in ea re pignus haberent ſi non fuiſſet vendita, quam porrò venditor nõ alienaſſet ſciens emptorẽ pluribus creditoribus obnoxium, ſi non per huiuſmodi conuentionem ſibi conſulere potuiſſet, ſicuti eleganter Paulus diſputat in l. 2. de reb. eor. qui ſub tutel. aduerſus Vlpianum qui contra ſcripſerat in §. vlt. l. j. eod. tit. vt dubitari nõ oporteat, quin Triboniani ſit prorſúſque inepta additio illa ad Paulum, *ſi igitur talis ſpecies in priuato vẽditore inciderit imperiali beneficio opus eſt vt ex reſcripto pignus confirmetur.* Nullo enim reſcripto Principis opus eſt ad confirmandum pignus quod in ipſa vẽditione exceptum eſt, quamuis alioqui pignoris conuentio non valeret arg. l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. D. de ſeruit. l. venditor 13. D. commun. præd. Ideóq; nec dubito quin huiuſmodi venditor in pignore ipſius rei venditæ mulieri quoque perinde ac cæteris creditoribus anterioribus ſemper præferatur. At cùm ei cuius bona iã ab aliis creditoribus anterioribus tenebantur, pecunia creditur in cauſam emendæ militiæ addita conuentione pignoris, & vt in ea re potior ſit qui poſterior credidit, licèt nulla fiat iniuria prioribus creditoribus, ſi bona fide res geratur, quia nec hypothecam haberent in ea re ſi debitori quæſita non fuiſſet, poteſt tamen, vt dixi, fraus fieri, debitore & nouo creditore colludentibus in necem anteriorum. Quæ res ſufficit ad inducendum mulieris priuilegium, aut, vt loquar meliùs, ad impediendum ne priuilegium vllum nouus hic creditor exercere poſſit aduerſus mulierem quod contrà cæteros exercere poſſet. Cæteris enim fraudem allegantib. incumbit onus probandæ fraudis. Mulieri verò ſatis eſt probare fraudem committi potuiſſe quamuis commiſſa eſſe non conſtet. Vel ob hoc ipſum quod fraudis probatio plerunque difficillima eſt: In eóque nimirum verſatur priuilegium mulieris. Sicut & ex contrario cùm ſuſpicio eſt fraudis per mulierem commiſſę, putà ſi mulier habens bona, immobilia conſtituat dotis augmentum in bonis mobilib. cùm maritus ęre alieno laboraret, noluit Iuſtinianus habere eam priuilegium licèt fraus ipſa non probetur per anteriores creditores: quia ſufficit fraudari eos potuiſſe talis augmenti prætextu. Ita demum igitur habebit mulier ius tacitæ hypothecæ & prælationis pro augmento dotis, ſi aut vtrinque aut ſaltẽ ex parte mulieris augmentum fiat in bonis immobilibus, aut in bonis mobilibus quidem, ſed eo tempore, quo nullos creditores maritus habeat, quòd his caſibus nulla fraudis ſuſpicio ſubeſſe poſſit, vt ait Iuſtinianus in d. §. aliud quoque d. Nouell. 97. Nec tamẽ eò minùs verum eſt hunc qui ad militiam emendam credidit ſubiecto pacto pignoris & prioritatis, fauorabiliorem eſſe cæteris creditoribus nõ in eo ſolùm quòd illis præfertur, licèt anterioribus, ſed etiam ratione mulieris. Cùm aduerſus illum ſaluum ei ſit priuilegium temporis, hoc eſt vt ſi ſit prior tempore præferatur mulieri: cæteri enim nõ magis temporis quàm cauſæ priuilegiũ habent, ſed mulieri etiã poſteriori poſtponũtur. Minus mouet, quod nonnulli obiiciunt ex l. 3. C. de primipil. lib. 12. tit. penul. in debito ob cauſam primipili cõtracto fiſcũ potiorẽ eſſe muliere, propterea quod vtilitas publica præferenda ſit priuatorũ contractibus. Primum. n. nõ de fiſco Iuſtinianus tractat in d. §. quia verò, ſed de priuato qui ad emẽdã militiã credidit. Deinde lõgè aliud eſt deberi quid in cauſa mutui ad emẽdã militiã accepti, lõgè aliud deberi ex cauſa primipili. Eſt. n. debitũ huiuſmodi fauorabiliſſimũ, vt ex eo cõſtat, quod ex ſola primipili cauſa liberos etiãſi patribus heredes non exiſtãt iuris ratione teneri placuit l. vlt. C. eo. Sed & dici poteſt legẽ illã 3. eſſe Impp. Diocletiani & Maximiani, quorũ temporibus nullũ priuilegiũ aut tacitæ hypothecæ aut prælationis habebat mulier, neque contrà fiſcum neq. cõtrà cæteros creditores. Iuſtinianum verò vtrumque illi priuilegiũ dediſſe, nec minùs contra fiſcum quàm contrà cæteros, cũ ad fauorẽ procreationis liberorum reſpicere ſe teſtetur in d. l. aſſiduis, quæ ſanè cauſa publicam vtilitatẽ cõtinet l. j. D. ſol. mat. Hodie igitur ſi quis primipili vſus ſupereſſet dicerẽ prę̃ferendam fiſco mulierem ex Iuſtiniani legibus, vel eo magis quòd excipiendo eum ſolũ creditorẽ qui ad emendam militiam mutuos nummos dederit ſi ſit anterior & expreſſo pacto ius anterioritatis ſibi reſeruauerit, cęteros omnino omnes quanquam anteriores proculdubio excluſit, & mulieri poſtpoſuit. Additis etiam iis verbis in d. §. quia verò, *hoc ſolo caſu cedere mulierem.* & paulò poſt, *aliis omnibus prævalere mulierem ſecundum quod iam à nobis ei datum eſt priuilegium.* Quibus verbis ſignificat ſanè conſtitutionem illam quæ extat in d. l. aſſiduis, cuius etiam meminit in d. §. aliud quoque. Hos enim & liberis & vxori præferri vult, nimirum ſi & generalẽ hypothecã habeant, & vxor nõ de dote repetẽda certet, ſed de munificentia Principis conſequenda: & qua primum induxit vt mulier præferatur creditoribus

tibus omnibus, non poſterioribus, in quo priuilegiũ nullum eſſet, ſed anterioribus, vt proinde ex eorum cõparatione appareat, eius qui ad emẽdã militiã credidit diuerſã à cęteris rationẽ in eo cõſtitui, nõ quod præferri debeat mulieri anteriori, ſed quod ſi ſit ipſe anterior tẽpore nõ præferatur ei mulier quę poſterior eſt. Neq. ad hãc quæſtionẽ pertinet Iuſti. Nou. 53. de exhib. reis §. optimũ quoque vet. propterea igitur, vbi pręfert vxori eum qui ad emendã militiam credidit. Non. n. tractat eo loco de dote aut de vxore credit. ce, vt malè noſtri ſẽtire vidẽtur ad Auth. quòd obtinet. C. de pig. ſed dat priuilegium mulieri etiã dotem nõ habẽti vt poſt defuncti liberos pręferatur creditoribus omnibus in commodis militiæ defuncti licèt ſint illi hypothecarij, dummodo non crediderint ad emẽdam militiam. Demq; creditoris huius priuilegium hoc vnum eſt quod nullo aduerſus eum priuilegio gaudet mulier, non quòd aduerſus mulierem aliquod priuilegiũ ipſe habeat extrà communes iuris regulas. Cũ n. vero ita demùm pręferatur mulieri, ſi & eam præcedat tẽpore, & expreſſam hypothecã habeat, adeóque ſpecialiter expreſſum ius anterioritatis, vt cũ noſtris loquar, profſua conſequens eſt id eg. iſſe Iuſtinianum vt cæteris creditorib. qui minùs fauorabiles ſunt mulier præferatur, etiam anterioribus, & expreſſam hypothecam, adeóque quod magis eſt, exceptum & reſeruatũ ius anterioritatis habentibus. Alioqui dici non poterit in quo cęteris fauorabilior ſit, & melioris conditionis is qui ad emendam militiam credidit. Atquin apertè iniquum eſt, inquies, mulierẽ quæ ſit tempore poſterior præferri illis qui expreſſa pignoris conuentione ſibi proſpexerint. Fateor duram legem eſſe & iniquiſſimam. Sed ita ſcripta eſt, vt Vlp. loquitur in l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manum. Nec tamen inficior prudẽter feciſſe veteres interpretes, licèt nimis audacter, qui cum Iuſtiniani legẽ abrogare nõ poſſent ęquiſſima interpretatione ſic eam tẽperarunt, vt prælationis priuilegium mulier habeat contrà eos duntaxat creditores anteriores qui nõ niſi tacitam hypothecã prætendunt. Quòd cum generalis locorum omnium cõſuetudo & iudiciorũ omnium auctoritas admiſerit, audacior ſanè & temerarius fuerit qui cõtrà ſentire, & iudicare velit. Apertiſſimè enim iniquum eſt priuilegiũ temporis quod expreſſa pignoris cõuẽtione quæſierim, mihi adimi per ſubſequens debitoris mei matrimoniũ. Quid enim mea intereſt an vxorem ille ducat, dotẽq; ab ea accipiat, & malè conſumat néene? Et ridiculus eſt Iuſtinianus qui eandem iuris aut ęquitatis rationẽ ſubeſſe putat concedendi priuilegij aduerſus pignoratitios & chirographarios creditores. Nam inter chirographarios & qui perſonalem tantum actionem habent priuilegia non ex tempore æſtimantur ſed ex cauſa, & ideò ſi eiuſdẽ tituli fuerint concurrunt, licèt alij aliis ſint tẽpore priores l. priuilegia 32. de bõ. auct. Iu dic. poſſid. aliàs l. 17. de priuile. credit. Nimirum quia priorib. nulla in eo fit iniuria, cum imputare ſibi debeãt cur nõ de pignore conuenerint arg. Nouel. 136. de argentar. cap. 5. §. inſuper in fin. At inter hypothecarios ordo temporis regulariter attenditur l. ſi fundum 4. l. ſcripturas 11. & paſſ. C. qui potior. in pig. habeãt. quoniam ſine priorum fraude & iniuria cõſtitui aliter nõ poſſet, aduerſus quã tamen nullum vel diligẽtiſſimo cuiq. creditori remedium ſupereſſet. Sépérque potior eſt cauſa hypothecariorũ creditorũ quã chirographariorũ, niſi in caſu l. vlt. in fi. C. qui bo. ced. poſ. Nec ſimile eſt quòd interdũ etiam qui poſterior eſt tempore, potior eſt iure d. l. interdum 5. D. qui potior. in pig. hab. Id enim non aliis caſib. accidit quàm cũ poſterior pignoris cauſam anteriorib. præbuit aut ſaluam fecit: quòd cùm euenit, æqui boníque conſulere anteriores debent quòd poſterior crediderit, qui alioquin pignus aut non haberent aut amiſiſſent re ipſa extincta. Mulier autem quæ poſt contractum pignus nubit & dotem dat, nec ſaluam facit pignoris cauſam creditorib. anterioribus, ob idque nec iis pręferri debet, niſi in ipſis reb. in dotem datis, ſi fortè adhuc extent, quarum ratione æquiſſima ſanè eſt Iuſtiniani conſtitutio in l. in reb. 30. C. de iur. dot. ſi aliam coniungas quæ mulieri tacitam hypothecam pro dote dedit d. l. vnic. C. de rei vxo. act. Alioqui non poſſet in hypothecaria ius vllum prælationis habere mulier quæ hypothecam nullam haberet: eſſétque illi neceſſaria vindicatio quam & eadem conſtitutione Iuſtinianus ei dedit, & quæ nullo temporis priuilegio indiget, vt idem Iuſtin. ait Nouell. 91. vt exact. inſtant. dot. §. his igitur. Cum olim pro dote non niſi perſonalis actio competeret l. dotia actione 9. C. ſolut. matr. Vindicatio autem nullomodo, vt pote tranſlato in maritum dotis dominio, l. doce ancillam 6. C. de rei vindicat. §. 1. Inſtit. quib. alien. lic. vel non.

Mulieris priuilegium vt creditoribus etiam anterioribus præferatur non tranſire in liberos.

Capvt xiii.

Alivs noſtrorum error eſt longè grauior & reprehenſibilior, quòd exiſtimant priuilegium illud mulieris de quo ſuperiori capite diximus, vt anterioribus creditoribus præferatur cùm dotẽ repetit, tranſire in liberos ſi iidem ſint heredes matris, licèt fateantur non tranſire in extraneos. In quo apertè vim faciunt iuris rationi, quæ ſicuti tranſmittit in heredes quoſcunque priuilegia omnia quæ non tam perſonæ mulieris, quàm cauſæ dotis conceſſa ſunt, cuiuſmodi illud eſt vt ſit inalienabilis l. dotale 13. §. heredi D. de fund. dot. vt tacitam hypothecam habeat, vt iudicium de dote ſit bonæ fidei, vt nullas admittat retentiones, & alia de quibus agitur in l. vnic. C. de rei vxor. act. Ita quæ ipſi perſonæ mulieris licèt pro dote tributa ſunt in ipſius heredes tranſire non patitur, l. vnic. C. de priuil. dot. vbi quod lex ait *ad heredem* & generale eſt & de quocunque herede intelligi debet, non ad extraneum coanguſtari, præſertim cùm nec ſuos heredes mulier habeat l. illud 4. §. ad teſtamenta de bon. poſſ. contr. tab. & proinde ſint ei liberi quoque extranei, niſi extraneos improprìè accipias, quod noſtri faciunt, non ad differentiam ſuorum ſed liberorum. In eorum autem numero quæ ipſi perſonæ mulieris potiùs quàm doti conceduntur vel hoc maximè vnum eſt vt creditoribus anterioribus præferatur, non ſolùm chirographariis quibus & iam olim præferebatur cùm nondum tacitam hypothecam haberet vt Iuſtin. refert in l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pignor. habeant. (de quo priuilegio accipi debet quod ſcriptum eſt in d. l. vnic.) ſed etiam hypothecariis ex noua Iuſtiniani conſtitutione, in qua hoc ipſum apertiſſimè expreſſum eſt iis verbis, *nec ad fragilitatem muliebrem reſpicientes nec quòd & corpore & ſubſtantia & omni vita ſua maritus fungitur, cum pene mulieribus tota ſubſtantia in dote conſtituta eſt.* Et paulò pòſt, *non de dote mulieris quam ad ſuos victus ſuáſque alimonias mulier poſſidet.* Item in ſequentibus. *quis enim earum non miſereatur propter obſequia quæ maritis præſtant, propter partus periculum, & ipſam liberorum procreationem?* Et apertiùs eo loco, *& ſiue liberos habeat mulier, ſiue ab initio non ha-*

buit, ſiue progenitos amiſit, hoc ei priuilegium indulgemus. Quæ rationes non tã doti quàm mulieri dotem repetenti fauendum eſſe probant. Nec eſt contrariũ quod eiuſdem cõſtitutionis verba ſic habent, *ſancimus ex ſtipulatu actionẽ quã mulieribus iam pro dote reſtituẽda dedimus cuique etiam tacitã donauimus ineſſe hypothecã potiora iura cõtrà omnes habere mariti creditores.* Nã quàuis res vxoria in actionem ex ſtipulatu trãsformata ſit, ex ſtipulatu autem actio trãſmittat ius repetendæ dotis in quoſcũque heredes d. l. vnic. §. 1. & §. maneat C. de rei vxor. act. & conſequenter priuilegium tacitę hypothecę, quod actioni ex ſtipulatu inſeparabiliter datũ eſt: poſſunt tamẽ & debẽt ſupradicta verba ſic accipi vt priuilegiũ prę lationis ita demùm actioni ex ſtipulatu Iuſtinianus dederit ſi ab ipſa muliere nõ etiã ſi ab eius heredibus talis actio inſtitueretur. Idq; euidẽter apparet ex eo quod ille ſubiicit tale priuilegiũ hac parte dare mulieri aduerſus hypothecarios creditores, quale habebat olim rei vxoriæ actio contrà chirographarios. Atqui quod habebat olim aduerſus chirographarios nõ tranſmittebatur in heredes d. l. vnic. C. de priuil. dot. Ergo neque nouum hoc & Iuſtinianeum priuilegiũ heredibus mulieris cõcedetur: quod nõ obſcurè idẽ Iuſtinianus ſignificat his verbis, *quapropter nõ ex hypotheca hoc mulieri etiã nunc indulgemus beneficium?* Alioqui ſi eadẽ ratio conſtitueretur vtriuſque priuilegij tacitæ hypothecæ & prælationis, fatendum eſſet nõ minùs ad extraneos heredes quàm ad liberos tranſmitti priuilegium pręlationis, quoniam & priuilegium tacitæ hypothecæ in eos haud dubiè tranſmittitur d. §. maneat. Et tamen non eſt ex interpretibus qui non excludat extraneos à beneficio prælationis. Sic enim omnes poſt Bart. ad d. l. aſſiduis, & ad l. 1. D. ſolut. matrim. Cur ergo in liberis aliud conſtituendum crediderunt? Nimirum fefellit eos, quod Iuſtin. in d. l. aſſiduis, ita ſcribit, *ſimilem eis prærogatiuam ſeruamus*, & paulò pòſt, *quaſi adhuc viuente etiam matre eorum.* Quibus tamen verbis apertiſſimum eſt non illud Iuſtinianum ſignificare, præferendos eſſe liberos creditoribus anterioribus (cùm ſecunda vxor cui eos præferri vult, non ſit ex anterioribus, ſed ex poſterioribus) At illud potiùs, Mulierem quæ in dotis repetitione præferatur cæteris omnibus, licèt anterioribus, non eſſe tamen præferendam liberis prioris matrimonij maternam dotem repetentibus. Ratione illa quę ſequitur, *duabus enim dotibus ab eadẽ ſubſtantia debitis, ex tempore prærogatiuam manere volumus.* Senſus eſt nõ debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contrà priorem mulierem æquè priuilegiatam, aut eius heredes ſuos. Etſi enim priuilegiũ quod prior vxor habuit, nimirum tacitæ hypothecæ, non ſolùm contrà maritum, ſed etiam contrà mariti creditores, tale eſt quod tranſit in heredes quoſcunque etiã extraneos, nedum in liberos: quippe quod, vt diximus, non tam mulieri quàm ipſi actioni de dote cõceſſum ſit d. l. vnic. §. 1. & §. maneat C. de rei vxor. act. Vult ergo Iuſtinianus idem ius, & priuilegium, tacitæ nimirum hypothecæ non prælationis ſeruari liberis ex priore matrimonio ſuſceptis contrà ſecundam mulierem, vt quemadmodum illa poſterior eſt tempore, ſit etiam poſterior iure. Ne alioqui videatur priori vxori denegatum quod poſteriori conceditur. An igitur ſi extraneos heredes prior vxor reliquerit habebunt illi idem priuilegium, non quidem prælationis (certum enim eſt non habituros aduerſus anteriores) ſed tacitæ ſaltem hypothecæ in præiudiciũ poſterioris vxoris vt ei præferantur? Minimè. Ius enim illud licet ex Iuſtiniani conſtitutione datum ſit mulieri, eiúſque heredibus quibuſcumque: Attamen non niſi contrà maritum, eiúſque creditores datum eſt. At contrà aliam vxorem quæ eò fauorabilior eſſe debet quòd viuit adhuc, poteſtque iterum nubere & Reipublicæ vtilis eſſe ad replendam liberis hominibus ciuitatem, nec datum eſt priuilegium in dict. l. vnic. nec ſeruatum per dictam l. aſſiduis aliis heredibus quàm liberis in quorũ perſona mater ipſa viuere creditur. Id enim eſt quod ait Iuſtinianus *quaſi viuente eorum matre.* Denique non facit ſecundæ vxoris fauor, vt pro dote anterioris hypothecam tacitam extranei heredes non habeant, ſed vt ex ea hypotheca nullum priuilegium temporis ſibi adrogare poſſint, perindéque poſteriori vxori poſtponantur, atque cæteri creditores antiquiores hypothecarij, quorum non maiorem rationem hac parte haberi Iuſtinianus voluit, quàm ſi chirographarij tantùm eſſent. Et hæc mihi videtur veriſſima licèt noua & inaudita ſatis obſcuri loci ſententia, vt quod lex ait, *ſimilem prærogatiuam*, non ſimiles poſteriori vxori faciat liberos prioris contrà creditores tempore anteriores licet tacitam duntaxat hypothecam habentes, ſed ſimiles faciat liberos matri in iure tacitæ hypothecæ, ad ſeruandum iis ordinem temporis, vt eo fulti priuilegio poſteriori vxori præferantur ex communis iuris regula propter temporis priuilegium, ex tacitæ hypothecæ priuilegio inductum. Quod non fuiſſet obſcurum, ſi poſt illa verba, *ſimilem eis prærogatiuam ſeruamus*, adieciſſet Tribonianus interpretationis loco, *id eſt ius idem tacita hypotheca etiam contrà poſteriorem vxorem*, quod anteà non niſi contrà maritum eiúſque creditores alios ab vxore competebat. Neque enim quæ prior nubit mulier, cogitat de priuilegio aliquo, ſibi aduerſus eam quæ poſterior vxor futura eſt acquirendo, niſi ominoſa interpretatione velis cogitare eã de ſecundis mariti nuptiis quæ primas contrahit, præſertim hodierno tempore quo fieri nequit vt viua priore vxore poſteriori locus eſſe poſſit. Itaque concludere licet Iuſtinianum in dict. l. aſſiduis fauere mulieribus potiùs quàm dotibus voluiſſe, alioqui, vt diximus, heredibus quibuſcunque de dote repetenda certantibus concedendum erat priuilegium vt anterioribus quoque creditoribus tacitam duntaxat hypothecam habentibus præferrentur: quod tamen ſoli mulieri, non etiam eius heredibus, ne liberis quidem conceſſum eſt. Item vt vi tacitæ hypothecæ præferrentur heredes quilibet prioris vxoris etiam extranei, poſteriori vxori, quod tamen ſolis liberis datum Iuſtinianus voluit. Nec eſt quòd pro ſententiæ noſtræ confirmatione apertius teſtimonium quæramus quàm quod Iuſtinianus ipſe præbet in §. fuerat Inſtit. de actio. *Præferri autem aliis creditoribus*, inquit, *tunc cenſuimus cùm ipſa mulier de dote ſua experiatur, cuius ſolius prouidentia hoc induximus:* vt mirum ſit in re tam aperta errare noſtros potuiſſe, accedente præſertim iuris regula quæ habet in omnibus cauſis id obſeruari, vt vbi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente perſona beneficium quoque deficiat, vbi verò genus actionis id deſiderat, ibi ad quemuis perſecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilij l. in omnibus 68. de regu. iur. l. priuilegia 196. eod. l. cùm patronus 28. de legat. 2. l. 1. §. 1. D. de iur. immunit. Neque ſimile eſt quod priuilegium marito datum vt dotis nomine in quantum duntaxat facere poteſt condemnetur, licèt perſonale ſit, ideóque nec in heredem tranſeat l. maritum 12. cum l. ſeq. D. ſolut. matrim. tranſit tamen in liberos qui patri heredes extiterunt leg. etiam 18. eod. tit.

Digitized by Google

tit. nam præter id quod non ad quoſcunque patris liberos tranſit, ſed ad communes tantùm, hoc eſt, qui ipſius quoque mulieris liberi ſint vt lex ait. Illud etiam obſeruandum eſt longè fauorabilius eſſe priuilegium quod marito datur, cùm de dote conuenitur; quia & reus eſt, & talis perſona cui etiam poſt ſolutum diuortio matrimonium reuerentia debeatur in honorem tranſacti matrimonij. l. 1. 2. & 3. §. ſed & cum vxore. D. rer. amot. Nam & cùm de dote promiſſa maritus agit aduerſus ſocerum idem priuilegium ſocero tribuitur vt non niſi in quantum facere poteſt condemnetur, nec ſolum ſi conſtante matrimonio & manente adfinitate conuenіatur, ſed etiam ſi ſoluto matrimoniu, dummodo nihil dolo fecerit, nempe veneratione præteritæ adfinitatis l. penul. D. de iur. dot. l. ſicut autem 21. cum ſeq. D. de re iudicat. quoniam parentis locum obtinet l. rei iudicatæ 15. §. vlt. cum l. ſeq. D. ſolut. matrim. Proinde nec mirum videri debet idem priuilegium communibus liberis competere non quaſi ad eos tranſmiſſum à patre, neque enim id lex ait, ſed quaſi proprium & ipſis liberorum perſonis debitum, in quibus nimirum eadem fauoris & æquitatis ratio locum habeat, imò ſi dicere liceat, ferè maior ob honorem ſanguinis & naturæ. Nam quæ obſecro matri iniuria fit, ita conſtituto iure vt proprios liberos non niſi deducto ne egeant vrgere poſſit? cùm ſi egerent alere eos de ſuo ipſa cogeretur l. ſi quis à liberis 5. in prin. & §. 1. & 2. verſ. ergo & matrem. D. de agnoſc. & alend. liber. Sic & patroni liberos à liberto alendos eſſe dicimus, non quaſi tranſmiſſo in eos per hereditariam ſucceſſionem patroni iure, ſed quia liberti obſequium præſtare non tantùm patronis, ſed etiam liberis eorum debeant. Ideóque nec tam facilè alendos liberos quàm patronos decernere Prætor debet, ſed ex cauſa: neque eò minùs alendi ſunt liberi patroni quòd patri heredes non extiterint, d. l. ſi quis à liberis §. vtrum autem tantùm patroni, iunct. l. ſi operarum 29. D. de oper. liber. Idcirco autem in ſpecie d. l. etiam 18. D. ſolut. matrim. requirit Pomponius patri heredes extitiſſe liberos ad hoc vt priuilegium habeant, ne ſuprà quàm facere poſſint conueniantur, non quòd iure hereditario priuilegium illud nanciſcantur, ſed quia nec aliter de dote per patrem debita conueniri poſſint, quàm ſi patris ſint heredes. At priuilegium de quo diſputamus, quod mulieri conceſſum Iuſtinianus voluit vt creditoribus omnibus, quamuis anterioribus præferatur, minùs fauorabile eſt, cùm non exceptionem inducat, ſed actionem, & iniuriam manifeſtè inferat anterioribus creditoribus quibus nihil imputari poteſt, cùm expreſſa conuentione pignoris ſibi proſpexerint arg. leg. 3. de ſeparat. & quorum nihil planè intereſt, vtrum dotata ſit mulier, necne. Sed & eas concedendi priuilegij rationes Iuſtinianus adfert, quæ ad ipſam mulieris perſonam ſic pertinent vt liberis conuenire nullomodo poſſint, non magis quàm extraneis quibuſcunque heredibus. Nulla igitur ratio eſt vt idem priuilegium liberis ſiue proprio ſiue hereditario iure concedatur. Proinde ſuperuacua & inanis eſt illa quæſtio: An communibus duntaxat liberis, an iis etiam quos ex alio matrimonio prior mulier ſuſceperit priuilegium hoc concedi debeat vt creditoribus anterioribus pro dote materna præferantur, cùm neque his, neque illis tale vllum competat, vt diximus. Sanè priuilegium illud de quo diximus, hoc eſt vt poſterior vxor priuilegium prælationis ſibi datum aduerſus cæteros non magis exercere poſſit contra liberos prioris defunctæ, quàm aduerſus eam ipſam ſi viueret, non ad quoſcunque liberos prædefunctæ pertinet; ſed ad cõmunes duntaxat, hoc eſt qui ex eodem marito ſuſcepti ſint. Nam quod ſcriptũ eſt in Auth. ſi quidem od. ti. C. qui potior. in pignor. hab. *ſeu qualibet eius ſoboles*, hunc ſenſum habet vt priuilegium illud non ad ſolos primi gradus liberos coarctetur, ſed ad nepotes quoque & pronepotes extendatur alióſque deinceps ſucceſſores, id eſt deſcendentes in infinitum cuiuſcunque naturæ ſint ſiue maſculi ſiue fœminæ. Cæterum ex priore eiuſdem viri matrimonio ſuſceptos eos eſſe neceſſe eſt, vt apertiùs conſtat ex verbis Nouel. 91. vt exact. inſtant. dot. in princip. & §. 1. In eóque cum Bartolo & cõmuni noſtrorum ſchola ſentio.

Emendatio §. j. l. hinc quæritur 19. D. de pecul.

CAP. XXIII.

QVam impensè & plus æquo mulieribus fauere Iuſtinianus voluerit non ſolùm ex iis conſtitutionibus apparet quæ extant in Codice & in Nouellis, ac de quibus proximè diximus, ſed etiam ex pleriſque Pandectarum locis quos ob eam cauſam Tribonianus pro arbitrio ſic immutauit & deprauauit, vt quamuis manum eius agnoſcere non ſit difficile, priſtinam tamen Iuriſconſulti ſententiam aſſequi, quę ex recta iuris ratione ſemper æſtimãda eſt non ita facilè & obuiã cuilibet videri poſſit. Proferam ego huius rei exemplum nec inelegans, nec obſcurum, ſed tamen à nemine hactenus, vt puto, obſeruatum, ex Vlpiano in l. hinc quæritur, 19. §. j. De pecul. *Poteſt*, inquit Vlp. *eſſe apud me*, duplicis iuris peculium. Vt puta ſeruus eſt dotalis, Poteſt habere peculium, quod ad me reſpiciat: Poteſt & quod ad mulierem. Nam quod ex re mariti quæſijt vel ex operis ſuis, ad maritum pertinet: imò & quod magis eſt ſi reſpectu mariti ſit heres inſtitutus, aut legatum ei datum, conſtat id eum non debere reſtituere. Finge igitur agi mecum ex eo contractu qui ad me reſpicit, Vtrum omne deducam quodquod debetur mihi, ſiue ex mea cauſa ſiue ex ea, quæ ad vxorem reſpicit: An verò ſeparamus cauſas, quaſi in duobus peculiis vt & cauſa debiti ſpectetur? Quæſtio in eo eſt, Vtrum ſi de eo peculio agatur quod ad mulierẽ ſpectat, id deducam quod ex eo debeatur, ſi autẽ ex eo cõtractu qui ad me reſpicit, meum deducã? Priùs autem quàm ad propoſitam quæſtionem Vlpianus reſpondeat, ſubiungit idem quoque dilucidiùs tractatum eſſe in fructuario, Vtrum ex eo demùm contractu poſſit de peculio conueniri qui ad ſe pertinet (*qui* enim pro *quod* legẽdum eſt,) an ex omni. Et ad hanc poſteriorem quæſtionem reſpondens ex Marcello, ait fructuarium teneri ex omni contractu. Ratione illa, quòd is qui cum ſeruo contrahit totum ipſius peculium qualecunque & vndecunque illud ſit intuitus videatur. Illud tamen omnimodo admittendum, vt priore conuento eo ad quem res reſpicit, in ſuperfluum, is cui quæſitum non eſt, conueniatur. Eámque ſententiam & probabiliorem eſſe, & Papiniano quoque probari. Vtpote quæ ſine vllo creditoris incommodo fiueat ei ad quem non reſpicit contractus ex cuius cauſa de peculio agatur. Subiicit verò Vlpianus idem etiam in duobus bonæ fidei emptoribus dicendum eſſe vt ſi de peculio agere creditor velit ex contractu ſerui qui ad alterutrius duntaxat emptorum peculium reſpiciat, habeat quidem alterius quoq; emptoris peculium eo nomine obligatum, ſed tamen non priùs cõtra alterum illum agere poſſit, quàm huc conuenerit ad cuius peculium reſpicit cõtractus cuius ratio-

Digitized by Google

ne de peculin agitur. Cur non ergn & in marito idem obtineat? Eadem enim quæſtio nec diuerſus tractatus eſt vt Vlp. docet iis verbis, *qua quæſtio dilucidiùs eſt in fructuario tractata.* Ideò autem dilucidiùs tractetur hæc quæſtio in fructuario & in bonæ fidei emptoribus, quod cùm ſeparatæ ſint perſonæ proprietarij & fructuarij, itémque duorum bonæ fidei emptorum, facilior quoque & expeditior peculiorũ ſeparatio eſt. Nã quod ex peculio & re proprietarij ſeruus acquirit non acquirit fructuario, nec cõtrà. Et ſimiliter quod ex re & peculio vnius ex bonę fidei emptoribus, non acquirit alteri, ſed ei ſoli ex cuius re & peculio quæſierit l. ſi ſerui vſusfructus 21. cum ſequentibus. D. de vſufr. l. acquiruntur 10. §. de his autem & §. ſeq. l. qui bona 23. De acquir. rer. domin. At cùm de marito agitur vna eadémque perſona eſt quæ duplicis peculij dominium habeat, ſi fortè ſeruus dotalis peculium acceperit & à marito & à muliere. Perinde enim peculiũ quod ad mulierẽ reſpicit mariti eſt ex cauſa dotis atq; ſeruus ipſe qui peculiũ habet l. vlt. D. ſolu. mat. Hoc ſolum inter vtrũque peculiũ intereſt, quòd peculiũ dotale ſoluto matrimonio mulieri dotis iudicio reſtituendũ eſt d. l. vlt. ſicut & cætera omnia quæ ſeruus dotalis marito cõſtãte matrimonio acquiſiuerit (præterquã ſi ex re mariti & ex peculio quod à marito habeat) puta ſi heres inſtitutus ſit aut legatũ ei relictũ l. ſeruus dotalis 58. eod. dummodo non mariti contemplatione d. l. hinc quæritur §. j. de pecul. quò pertinet l. ſi legato 65. de iur. dot. vbi quod ait Pomponius, *noluit* accipiendum eſt, prò *non voluit*. Etſi enim aliud eſt non velle, aliud nolle, ſufficit tamen teſtatorem non voluiſſe marito acquiri per ſeruũ dotalem licèt nec dixerit ſe nolle. Videtur autem voluiſſe acquiri marito quiſquis mariti intuitu aliquid ſeruo dotali reliquit. Ei porrò ſẽper ſeruus acquirit cuius gratia hereditatem vel legatum aut quid aliud meruit d. l. ſi ſerui vſusfructus cum ſeq. D. de vſufr. l. facta 63. §. ſi heres ad Trebell. Alioquin acquirit proprietario, & conſequenter ſeruus dotalis acquiret mulieri, quoniam aditio hereditatis aut agnitio legati non eſt in opera ſeruili l. aditio 45. D. de acquir. hered. l. ſi ſeruo 47. D. de iur. dot. Acquiret quidẽ marito, eo iure quo dos ipſi quoque acquiritur, nec ſolùm conſtante matrimonio, ſed etiam quod magis mirum eſt, ſi poſt diuortium ei hereditas aut legatum obuenerit priuſquàm ſeruus ipſe dotalis iudicio de dote redditus ſit l. ſi marito 31. §. vlt. D. ſolut. matrim. Nempe quia quamdiu redditus non eſt, dotalis manet, & in dominio mariti, ob idque nec ſi ſolutũ ſit matrimoniũ capere eum aut vindicare propria autoritate mulier poteſt, ſed debet de dote agere l. dotis actione 9. C. eod. nec quia dos ſine matrimonio conſtitui non poſſit, ideò fit vt ſoluto matrimonio dos ipſo iure eſſe deſinat. Sed quod per huiuſmodi ſeruum marito quæſitũ erit, iudicio de dote reſtituetur tãquam dotale. Nõ item quod hic ſeruus aut ex operis ſuis quæſierit, aut ex eo peculio quod ad maritũ ipſum pertineat, aut ex aliena liberalitate in eũ collata intuitu & contemplatione mariti. Cæterùm non ex eo quod conſtante matrimonio maritus vtriuſque peculij dominus eſt, inferri poteſt in propoſita quæſtione quam Vlp. tractat in d. §. j. l. hinc quæritur, aliã mariti rationẽ eſſe, quàm ſit fructuarij aut vnius ex bonæ fidei emptoribus. Niſi in eo quòd ſiue cõfundas ſiue ſepares peculia & debiti peculiarij cauſas, alius conueniri nequeat quàm maritus, licèt ex eo contractu agatur qui ad mulieris peculium ſpectet: nẽpe quia conſtante matrimonio vtriuſque peculij licèt aliter atque aliter dominus & poſſeſſor eſt: nec proinde inter illum & mulierẽ cadere poteſt ea ordinis ratio, vt vllo caſu prior mulier conueniatur, in ſuperfluum verò maritus: quomodo contingit cùm inter fructuarium & proprietarium agitur, aut inter plures bonæ fidei emptores, inter quos diuerſitas perſonarum non tantùm diuiſionem & ſeparationem peculiorum admittit, ſed etiam conueniendi ordinem. Sed qui ordo conueniendi in vna eadémque mariti perſona conſiderari non poteſt, in ipſis tamen peculiis, quæ reuera diſtincta & ſeparata ſunt facile admittetur. Non enim de illo Vlp. quærit an ſi contractum ſit cum ſeruo ex ea cauſa quæ ad mulierem reſpiciat mulier prior de peculio conueniri poſſit durante matrimonio, deinde maritus in ſuperfluum, (nam quis neſcit mulierem quæ nec ſeruum dotalem nec eius peculium penes ſe habeat conſtante matrimonio de peculio conueniri non poſſe?) Sed de illo primùm an confundi an potiùs ſeparari peculia & debitorum cauſas oporteat. Deinde conſtituto eo vt ſeparari non debeant in præiudicium creditoris qui cum ſeruo contrahens vtrumque peculium tanquam vnum idémque patrimonium intuitus eſt, An hactenus ſaltem ſeparari debeant fauore mariti ad quem negotium non reſpicit, vt prius de peculio mulieri ſatisfieri oporteat, ſi id non ſufficiat, de peculio quidem ipſius mariti, ſed ita tamen vt quod ob eam cauſam de ſuo præſtiterit, aduerſus mulierem quandocunque dotis nomine agentem deducere poſſit. In quam ſẽtẽtiam Vlpianus poſt Marcellum procliuior eſt. Sic enim ſcribit, *Et ait ſi id quod creditori præſtitum eſt ad vtriuſque generis peculium pertinebit, pro rata vtrique peculio decedere debere: Ex quo intelligi poteſt ſi ad alterum peculium contractus pertinebit modò ſoli vxori detrahi, modò non detrahi ſi ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum reſedit.* Quod cùm ita ſit, non poſſum intelligere quid ſibi velint illa præcedentia, *ſed in marito melius eſt dicere ſimpliciter eum de peculio teneri.* Nec dubitandum puto quin ſint Triboniani id perpetuò agentis vt mulieri faueat, nec animaduertentis per inſcitiam iuris, repugnare ſequentia quæ ille tamen patùm cautus incorrecta reliquit. Nam cùm Vlpianus, quantum coniectura aſſequi poſſum, ita ſcripſiſſet, *Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicendum. Sed ſi maritus aliquid præſtiterit, &c.* quaſi pro dicto & aperto habens idem quoque in marito dicendum eſſe, atque ita propoſitæ quæſtioni ſatisfactum, Tribonianus vt deteriorem faceret condicionem mariti quàm fructuarij, aut bonæ fidei emptoris adiecit de ſuo intermedium illum verſiculum quem nos reiicimus, & vt priora Vlpiani verba cum ſequentibus connecteret, addere cum neceſſe fuit illa etiam quæ proximè ſequuntur: *ſin autem maritus huiuſmodi ſerui nomine aliquid præſtiterit.* Eſt enim Triboniano perfamiliare tam in Iuſtiniani conſtitutionibus, quàm in iis Digeſtorum locis quos ille pro arbitrio corrumpere voluit, vt diſtinctiones ſuas his verbis concipiat, *ſin autem*: quæ quoties in Pandectis lego, toties videor mihi Triboniani manum agnoſcere & palpare. Vt in l. ſi cum dotem 22. §. ſi maritus D. ſol. mat. l. cùm de indebito 25. de probat. l. ſin autem 29. de leg. j. l. domũ 57. D. de contr. empt. aliiſque innumeris. Inſcitiam verò Triboniani illud manifeſtè detegit, quod, vt dixi, & præcedentia & ſequentia oſtendunt nihil referre an in fructuario & proprietario, an in duobus bonæ fidei emptoribus tractetur hæc quæſtio, an in marito ſi dotalis ſeruus duplicis generis peculium habeat. Seruo enim dotali obligato ex ea cauſa, quæ aut

ad

ad mulierem ſolam aut ad maritū ſolum reſpiciat, alium quidem conueniri non poſſe quàm maritum, ſed prius tamen conueniri eum debere ratione peculij ad cuius cauſam contractus pertinuit, in ſuperfluum verò ratione alterius quoque. Et verò an non iniquum fuerit creditorem cui nihil imputari poſſit damnum ſentire ob fauorem mulieris, qui totum ſerui dotalis peculium quaſi vnum patrimonij corpus intuitus fuerat? Quòd ſi dicas non creditoris damno id ceſſurum, ſed mariti quem Tribonianus vult ſimpliciter de peculio teneri, facias ſanè iniuriam marito. Nam cùm ſeruus obligatus eſt ex ea cauſa, quæ ad mulierem non ad maritum pertinet, cur oporteat maritum non tantùm prius ſed etiam ſolum de ſuo peculio ſoluere? Deinde cum nec in ſolidum teneri poſſit ex cōtractu ſerui ſed peculio duntaxat niſi in dolo ſit l. in bonæ fidei 36. eo. tit. (quod Tribonianus fatetur ſatis cùm non ſimpliciter teneri maritum ait, ſed ſimpliciter de peculio) quæro quomodo ſuccurri poſſit creditori, ſi minus ſit in peculio mariti, quā in debito quod totius peculij intuitu contractum fuit? Hic enim nimirum caſus eſt quem Vlpia. tractat cùm ex alterutro peculio totum ſeruari non poteſt. Quòd ſi manco & non ſufficiente peculio mariti damus actionem creditori non quidem aduerſus mulierem, ſed aduerſus peculium quod à muliere ſeruus habuit, in quo obſecro melior erit condicio mulieris aduerſus maritum quàm proprietarij aduerſus fructuarium, aut vnius bonæ fidei emptoris contrà alium bonæ fidei emptorem? niſi quòd cùm illi de peculio conueniri poſſint, mulier tamen non ipſa conuenietur, ſed peculium quod ab ea ſeruus dotalis habeat. Atqui iam ſuprà diximus hoc ad rem non pertinere: quia non de perſona quæ conueniri poſſit diſputamus, ſed de peculio, & an ex hoc vel ex illo potiùs, an ex vtroque ſolui creditori debeat. Ergo fatendum eſt, neque ad propoſitæ quæſtionis deciſionem pertinere, quod Tribonianus ait melius eſſe dicere maritum ſimpliciter de peculio teneri; neque referre quicquam verum de ſeruo dotali an fructuario aut à bonæ fidei emptoribus poſſeſſo diſputetur. Semper enim verum eſt prius ſoluendum eſſe creditori ex eo peculio ad cuius cauſam pertineat negotium de quo contractum eſt, deinde ſi id non ſufficiat, ex alio: ſalua tamen ei cuius nil interfuit actione, aut repetitione, aut deductione aduerſus alium ad quem debiti cauſa ſpectabat. Nec quod maritus ſolus conueniendus eſt etiam ratione peculij dotalis, facit vt deterior eius condicio ſit quàm cæterarum perſonarum, cùm & ex dotali primum peculio permittatur ei ſoluere, & quòd dotali non ſufficiente, de ſuo ſoluere coactus fuerit, aduerſus mulierem quandocunque de dote agentem deducere. Finge itaque tantundem eſſe in peculio dotali, quantum ſit in debito contracto ex cauſa ad ſolam mulierem ſpectante. De dotali tantùm peculio maritus ſoluet, nihil autem de ſuo. Ideóque nec aduerſus mulierem de dote agentem quicquam deducet, quomodo deduceret ſi præter dotale peculium aliquid de ſuo ſoluiſſet. Id enim vtrumque eſt quod Vlpian. ex Marcello ſubiicit, ſi ad dotale duntaxat peculium contractus reſpiciat ſoli vxori detrahendum eſſe, quod ſerui nomine præſtitum eſt. Non igitur verum eſt maritum teneri de peculio ſimpliciter, hoc eſt indiſtinctè, ſed ita demùm ſi ad eius peculium obligationis cauſa pertineat. Cur enim faciliùs detur marito deductio aduerſus vxorem de dote agentem, quàm creditori actio in peculium mulieris ex contractu inito cum ſeruo dotali & pro cauſa dotali? aut potiùs, quo iure detur marito deductio contrà vxorem dotem petētem, niſi quia priùs ſit vt peculium dotale creditori ſit obſtrictum, eóque nomine quaſi ex perſona vxoris maritus teneatur? Obligata ſcilicet muliere de peculio non ad finem duntaxat eius peculij quod ab ipſa ſeruus habuit, ſed quatenus etiam à marito. Eadem igitur ratione ſi debitum ex cauſa ad ſolum maritum ſpectante proceſſerit, iſque de peculio à creditore conuentus, non tantùm quicquid à te ſeruus dotalis in peculium habebat, ſed etiam de dotali peculio ſoluerit, cogetur iudicio de dote tātundem mulieri aut eius heredibus reddere. Eadem ſiquidem ratio facit hoc caſu pro muliere contrà maritum, quæ ſuperiore pro marito contrà mulierem. quanquam hic caſus ab Vlp. & Marcello prætermiſſus eſt, quaſi qui ex aliis capitibus induci, & intelligi facilè poſſet. Denique generale & perpetuum eſt, vt neque in damno creditorem morari oporteat qui totum peculium velut ſerui patrimonium intuitus eſt, quatenus tamen ex peculio vndecunque illud ſit indemnis ſeruari poteſt. Neque ex facto ſerui alieni aut alienam rem tractantis alteri nocetur d. b. at. l. & ancillarum 27. §. vlt. eod. tit. de pecul. l. etſi non omnes 8. §. vlt. D. commun. diuid. Triboniano autem iam plus æquo fauere mulieribus geſtienti erroris & audaciæ anſam præbere illud potuit, quòd exiſtimauit fortaſſe propoſitam de ſeruo dotali quæſtionem indeciſam ab Vlp. relictam eſſe, quaſi in eo aliud iuris conſtituendum putauerit: Cùm tamen nihil ſit apertius, quàm ex præcedentibus & ſequētibus intelligere eandem ſerui dotalis quam ſerui fructuarij & à bonæ fidei emptoribus poſſeſſi rationem conſtituendam eſſe, idque & Marcello & Vlp. placuiſſe. Nec ſanè explicari poteſt in quo eluceat diuerſitas illa quam in marito Tribonianus inducere voluit, quicquid cauſetur Caſtrenſis qui loci huius perobſcuri ſenſum quaſi facilem aſſecutus eſſe ſibi viſus eſt, vt taceam Iuriſconſulti elegantia parùm dignam eſſe locutionem illam, *ſed in marito melius eſt dicere*, & Triboniano magis quā Vlp. aut Marcello familiarem. Illud verò nullius ſenſus quod ſequitur, *ſimpliciter de peculio teneri*, ſimilē Triboniani audaciam & loquendi formulam obſeruaui in l. quamuis 6. D. de pignor. act. in illis verbis, *melius eſt autem dici*, à quibus vſque ad §. ſi creditor nihil eſt quod non prodat Triboniani ſtylum, Pomponij ſententiā, & iuris rationem ad animi ſui ſenſum accommodantis, vt conſtat ex l. à Diuo Pio 15. §. quòd ſi res in fi. D. de re iudicat. & ex iis quæ ad eum locū dicemus infr. cap. 18.

Cur non ſicut venditio ita pignus nominis debitoris ipſo iure valeat.

CAP. XV.

QVòd ſcriptum eſt in l. nomen 4. C. quæ res pign. obligat. poſſ. iampridem placuiſſe vt debitoris nomē & generaliter & ſpecialiter obligari poſſit, oſtendit ſatis ſummo quidem iure huiuſmodi pignus non valere, ſed æquitatis & vtilitatis intuitu eò decurſum eſſe vt pro valido habeatur l. poſtquàm eò decurſum eſt 7. C. de her. vel action. vendit. Neque id ex ſola prudentum ad ius ciuile interpretatione, vt plerunque fit, ſed tuitione Prætoria, quòd conuentio hæc pignoris talis ſit quam Prætor pro ſua iuriſdictione tueri debere videatur l. ſi conuenerit 18. D. de pignor. act. Cur autem ipſo iure non valeat in obſcuro eſt. An quòd difficilius ſit vt iura pignoris vinculo teneantur quam res corporales? Atqui perinde obligari poſſūt, cùm æquè ſint in noſtro dominio Tit. de reb. corp. & incorp. apud Iuſtin. Ideóque & vendi poſſunt, vt puta hereditas l. 1. 2. & tot.

tit. de hered. vendi D. & C. & vſusfructus l. ſi vſusfructus 66. de iur. dot. Ergo & pignorari ex generali regula quæ habet, Quicquid emptionem venditionémque recipit etiam pignorationem recipere poſſe d. l. ſi conuenerit in fin. l. ſed & quod 9. §. 1. D. de pign. l. 1. §. vltim. D. quæ res pign. oblig. poſſunt. Et verò conſtat etiam iura poſſe capi pignori in executione iudicati l. à Diuo Pio 15. §. in venditione D. de re iudicat. An potiùs, vt quidam putant, quòd rei alienæ pignus non valeat? l. 1. & 2. & tot. tit. C. ſi alien. res pign. dat. ſit. l. 1. 2. & 3. l. & quæ nondũ 15. §. quod dicitur D. de pign. At ſi ita eſſet valeret ſaltem nominis pignoratio conſentiente debitore. Nam & aliena res pignori dari voluntate domini poteſt l. aliena res 20. de pign. act. Atqui non ideò magis valet pignus nominis ſi ſummum ius inſpicias quod debitor ipſe conſentiat, vt paulò pòſt videbimus. Deinde nec illud verum eſt nomen quod datur pignori alienam rem eſſe. Eſt enim in dominio creditoris. Fateor id quod ex nomine redigitur non eſſe creditoris ſed debitoris, quoniam alioqui nec ſolutum pareret liberationem l. nam etſi 10. l. non omnes 19. De rebus credit. l. ſi procuratorem 8. §. ſi liber homo l. ſi mãdauero 22. §. ſi mãdauerim D. mandat. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos de fideiuſſ. l. ſi is cui nummos 94. in princ. & §. ſed & ſi fideiuſſor. de ſolut. Sed aliud eſt nomen debitoris & ius ipſum obligationis, aliud res illa quæ debetur, ſicut & aliud eſt ius vſusfructus, aliud perceptio fructuum d. l. ſi vſusfructus 66. in fin. l. cùm in fundo 78. de iur. dot. Sanè ſi quæratur cur pignus pignori dari non poſſit ſummo iure (nam vt dari poſſit etiam benignè receptum eſt & ex æquitate contrà meram iuris rationem l. 1. Cod. ſi pignus pignor. dat. ſit l. grege 13. §. cum pignori D. de pignor.) illa quidem ratio afferri poterit quoniam prius eſt vt nomen ipſum debitoris pignori dari poſſit quàm vt pignus quod pro eo nomine obligatum eſt Sed & illud rectiſſimè dicetur quoniam aliena res eſt, nemo enim accipiẽdo pignus, acquirit ſibi dominiũ, nec verò pignus cõſtitui poteſt in re ad creditorem pertinente l. neque pignus 45. de regul. iur. nec quod primus creditor pignus à domino cõſtitutum habeat facit vt domini voluntas in ſecundo pignore interuenire videatur: cum neque ob eam cauſam neque ea ſpe dederit ille vt creditori quoque ſui creditoris in nouum & aliud pignus cederet. Illa tamen æquitas pignoris oppignorationem admitti ſuaſit, quod eius dominium licet alienum, ſic effectum & obligatũ ſit priori creditori, vt non magis inuiti ipſius manus effugere poſſit, quam ſi is rei dominus eſſet. Adeò vt ex eius perſona ſecundus creditor, hoc eſt qui ipſius quoque creditoris creditor eſt, retentionis ius habeat quoadusque pecunia aut ſibi ſoluatur, aut debitori, qui primus accepit pignus. Vtrique enim ſolui poſſe conſtat liberandi pignoris gratia. Quanquam in eo fortius eſt ius ſecundi creditoris, quod denunciare domino poteſt ne priori ſoluat. d. l. nomen 4. Cod. quæ res pign. non etiam prior ne ſoluatur ſecundo, vt pote in quem ius ſui pignoris ipſe tranſtulerit, ſed in nominis pignore omnia ſunt diſſimilia: Nam neque alia res eſt, neque tam grauis iniuria fieri videtur debitori cuius nomen pignori datur, quàm ſi id ipſum nomen venderetur. Atqui venditio valeret neque indigeret Prætoris auxilio l. nominis 3. l. ex nominis Co. de hered. vel act. vendit. Cur non igitur & oppignoratio valebit? Ex ea præſertim regula, quam diximus, quòd pignorari poſſint omnia quæcunque vendi poſſunt d. l. ſed & quod 9. §. 1. de pignor. Puto iuris rationem quę pignus hoc impediat, eam eſſe, quod in poteſtate eſſet debitoris qui nomen pignori dediſſet, facere vt pignoris vinculum pro arbitrio diſſolueretur etiam citrà debiti ſolutionem, aliámve ſatisfactionẽ, quod planè repugnat naturæ & qualitati pignoris, cuius ſemel conſtituti nomine tandiu hypothecariam competere & durare certum eſt quandiu verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe d. l. grege 13. §. etiam eod. titul. quamuis non ſolùm principalis obligatio & naturalis & ciuilis perempta ſit l. debitor 59. ad Trebell (de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus libro ſuperiore) ſed etiam ius ipſum pignoris vt in ſpecie l. penultim. §. 1. D. de exception. rei iudicat. Quod autem in poteſtate debitoris futurũ ſit nominis pignus pro arbitrio diſſoluere & hypothecariam quoque perimere, ex eo apparet quod huiuſmodi oppignoratio facere nequeat quominùs perinde debitor aduerſus debitorem ſuum agat & ab eo exigat acſi nomen pignori datum non eſſet, perindéque liberationem cõſequatur debitor cuius nomen obligatum ſit ſi creditori ſuo ſoluat. Quo facto & extincto nomine quænam obſecro hypothecaria actio, aut in quam rem ſupereſſe poteſt? Nam cùm & ſolutione creditori facta eius quod debetur, contingat debitori liberatio, & reſoluto iure datoris reſolui neceſſe ſit ius acceptoris l. lex vectigali. 31. D. de pignor. Prorſus conſequens eſt, vt quo inſtanti obligatio perimitur, vinculum quoque pignoris diſſoluatur quo ea obligatio tenebatur. Atqui nulla & inanis eſt obligatio ſiue perſonam ſiue rem afficiat quæ ex mero debitoris arbitrio pendet, l. hæc venditio 7. D. de contr. empt. l. ſub hac condicione 8. D. de oblig. & act. l. ſtipulatio 17. l. à Titio 108. in fi. de verb. obligat. Dices fortaſſe, Debitorem qui debitoris ſui nomen pignori dederat, ſi ipſe exegerit, inſcio aut inuito ſuo creditore, obſtrictum eo nomine fore, & creditori ſuo condemnari debere, propterea quòd contrà bonam fidem propriámque conuentionem fecerit. Fateor: Sed ea actio ſiue de dolo, ſiue alia quælibet futura eſt, non niſi in perſonam eſſe poteſt, ideóque ſemper verum eſt inutilem manere pignoris conuentionem, cùm eius vtilitas tota in eo conſiſtat quòd pariat actionem in rẽ & plus cautionis ſit in rem, quàm in perſonam l. plus cautionis 25. de reg. iur. Sed etſi rem ex nomine debitam numquam exigere vellet is qui pignori dediſſet, bonámque fidem præſtare mallet, æquè tamen inanis maneret eius creditori nominis obligatio, quia nec ipſe exigere quicquam poſſet cùm ſola pignoris conuentio non faciat eum creditorem. Imò & quod plus eſt, ſi ſolueret ei debitor cuius nomen obligatum fuerat repetere poſſet, quaſi indebitum: quoniam ſolutio illa nõ acquireret ei liberationem aduerſus proprium creditorem, cui quandocunque agere volenti priſtina actio ſupereſſet. Neque enim liberatur qui ſoluit quod debet ſi alij ſoluat quàm cui debet ignorante aut inuito vero creditore l. inuito 12. C. de ſolut. Succedit autem iuris regula, ſolutionem quæ non proficiat ad liberationem proficere debere ad condictionem l. cùm quis 38. §. qui hominem l. pupilli 96. §. vltim. de ſolu. Excepto caſu l. Neratius 63. de condict. indeb. Cùm itaque nec ſolutionem accipere poſſit creditor hic pignoratitius inuito ſuo debitore nec acceptam retinere inuito eo cuius nomen pignori datum ſit, quænam pignoris vtilitas eſſe poteſt? Nã ſi inutile pignus dicimus, quod vẽdi nõ pót. l. ſi cõuenit 4. & ſeq. de pig. act. Paul. li. 2. ſent. tit. 5. §. 1. & ti. 13. §. 15. quanto magis inutile erit, quod nec retineri? Nec ad rẽ pertinebit ſi quis obiiciat cõtingere liberationẽ

etiamſi

etiamſi alij ſoluatur, quàm cui debetur, cùm creditoris voluntas & conſenſus interuenit d.l. inuito l. vero procuratori 12. l. qui hominem 39. D eod. l. etiamſi 19. l. ſi mulier 59. in princ. de iur. dot. l. ſi cùm dotem 22. §. tranſgrediamur D. ſolut. matrim. ſiquidem eius qui nomen ſui debitoris pignori dat, non illa voluntas eſt vt creditori ſuo ſoluat debitor ad conſequendam liberationem, ſed tantùm vt per eam rem quæ debetur cautum ſit creditori. Ea verò res quæ ex nomine redacta erit, maneat in dominio pignorantis, acſi illam ipſam rem pignori dediſſet. Alioqui non in pignus ſed in ſolutum dediſſe nomen, aut vendidiſſe diceretur. Argumentum rei eſt, quod ſi nomen ſit corporis alicuius, & à creditore per vtilem hypothecam exactum, non ideò corporis illius dominium creditori qui exegit acquiritur, ſed incipit illi eſſe pignoris loco. Quòd ſi exacta ſit pecunia perinde eius debitor eſſe intelligitur qui exegit acſi nomen in pignus non habuiſſet, nec ipſius retinendæ ius habet quaſi ſuæ, ſed æquitate tantùm cuiuſdam compenſationis ad concurrentem vſque debiti quantitatem, quòd quantùm eo nomine debet ſuo debitori, tantūdē ei viciſſim à debitore debeatur, vt eleganter & apertè ſcriptum eſt in d.l. ſi conuenerit 18. de pignor. act. & in d.l. grege 13. §. cùm prædium in fine de pignor. Non igitur poteſt videri creditor qui nomen in pignus accepit mandatum habere de exigendo debito quaſi procurator & nomine ſui debitoris, ſed tantùm quaſi creditor vt exactam rem pignoris iure teneat, & conſequenter non poteſt ſolutionem accipiendo præſtare liberationem debitori: nec proinde facere quominùs ipſe condictione teneatur. Ita fit vt creditori creditoris inutile pignus ſit cùm ex alterutrius debitorum pendeat arbitrio. Quæ videtur etiam dubitandi ratio fuiſſe apud Scæuolam in d.l. lex vectigali fundo 31. eod. tit. De pignor. Lege enim vectigali fundo ſic dicta, vt ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum nō eſſet is ad dominum rediret. Videbatur in poteſtate debitoris facere vt pignus extingueretur hoc ipſo quòd nihil faceret, hoc eſt quòd in vectigalis ſolutione ceſſaret. Sed Scæuolam illud mouit, quòd imò verò potuerit creditor etiam inuito debitore vectigal ſoluere, atque ita impedire ne venditionis lex committeretur, vt probant verba illa: *cùm in exſolutione vectigalis tam debitor quàm creditor ceſſaſſet.* Quòd ſi ea lex vectigali fūdo dicta nō fuiſſet, potuiſſet quidē dominus fūdū auferre poſſeſſori itéq; ei qui à poſſeſſore ius habuiſſet. (Tādiu enim dūtaxat retinere fundum vectigalem poſſeſſor poteſt quādiu vectigal ſoluit l. 2. D. ſi ager vectig. vel emphyt. eſſe dicatur §. adeò Inſtit. de locat. & conduct.) Sed purgari mora quandocunque poſſet, nec ipſo iure ad dominum res rediret, nec proinde pignoris vinculum ipſo iure diſſolueretur, quomodo contingit cùm ex ipſa venditionis lege venditio reſoluitur. l. voluntate 10. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. ob idque minor dubitatio eſt quin vectigalis vel emphyteuticarius fundus ſimpliciter traditus pignori dari poſſit l. tutor 16. §. etiam vectigale de pign. act. l. grege 13. §. & in ſuperficiariis. de pignor.

Cur conuentio de pignore nominis per Prætorem defendatur.

CAPVT XVI.

HÆc cùm ita ſint ſupereſt vt videamus, quænam illa æquitatis ratio fuerit, quæ induxit vt contra iuris rigorem pignorati poſſit nomen debitoris. Alia verò quærenda nō eſt, quàm quæ traditur in d.l. ſi conuenerit, quòd conuentionem hanc Prætor hactenus tueatur, vt & creditoris creditorem in exigenda pecunia præferat vero creditori, & debitorem poſteaquàm creditoris creditori ſoluerit non patiatur à creditore ſuo conueniri. Sed quoniam hoc ipſum obſcurum eſt, cur ita Prætor faciat ſi quis pergat quærere, dicā ad officium & iuriſdictionem Prætoris pertinuiſſe vt nimiam iuris ciuilis aſperitatem temperaret quoties id exigeret æquitas quæ ſemper ex cōtrahentium & publica vtilitate æſtimanda eſt. At nemo negauerit quin publicè vtile ſit, & naturali rationi conſentaneum vt quemadmodum licet cuique de reb. ſuis pro arbitrio diſponere l. qua ratione 10. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin. l. 2. D. ſi à parent. quis manum. ita & liceat debitoris ſui nomen pignori dare. Quid enim ſi quis pecuniam mutuam ſine pignoribus inuenire non poſſit, nec aliud quicquam præter nomina debitorum in bonis habeat? An non iniquum ſit & inhumanum laborare eum egeſtate ſi fortè aut exigendi debiti dies nondum venerit, aut non ita commodè pecuniam explicare debitores poſſint? Idcóque nimirum dici ſolet fructum rei eſſe vel pignori dare licere l. vl. D. de vſur. Cur igitur hoc rei ſuæ fructu & commodo priuetur dominus? Tuetur autem Prætor pignorati nominis conuentionem vt Paulus ait in d.l. ſi conuenerit. Data ſcilicet exceptione doli ob conuentionem pignoris vt voluntas ipſa contrahentium iuris rigori præferatur. Quomodo etiam contingit ſi qua ſeruitus ex tempore aut ad tempus conſtituta ſit l. 4. De ſeruit. l. 1. §. vlt. de ſuperfic. aut ſi quis ad tempus debitorem ſe conſtituerit l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action. l. eū qui 56. §. qui ita ſtipulatur de verb. obligat. & generaliter quoties quis abuti vult occaſione iuris ciuilis contra naturalem æquitatem l. 1. C. de dol. except. Naturalis autem æquitas facit vt pacta omnia ſeruari debeant, quæ nec contrà leges ſint, nec contrà bonos mores, licet legum & iuris ciuilis auxilio ſint deſtituta l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor de pact. Ius verò ciuile non prohibet pignus nominis, ſed tantùm non permittit nec admittit. Itaque Prætor ſe in eo poteſt interponere, cui ſcilicet ſufficit legem non prohibere licèt nec permittat l. nec nō 28. §. quo ad eius D. ex quib. cauſ. maior. Propter quam cauſam & pacti exceptione aut replicatione tutus eſſe poteſt creditor creditoris aduerſus creditorem ipſum qui debitoris nomen dedit pignori, ſi contrà conuentionem velit ipſe nomen exigere. Pactum ſiquidem inter eos initum eſt. Sed in perſona debitoris ſi à ſuo creditore qui pignus dedit conueniatur poſtquam aut creditori creditoris ſoluerit aut ab eo certior factus ſit de nominis obligatione, prorſus neceſſaria eſt exceptio doli quam dicimus ſubſidiariam exceptionis pacti, & quæ competit quoties pactum initum quod inter alios eſt aliis per quandam conſequentiam prodeſſe debet l. reſcriptum 10. §. vltim. cum ſequentib. D. de pact. Illud ergo facit vtilem pignoris nominis conuentionem, quòd doli exceptione ſummoueri poſſit creditor ſi aduerſus debitorem ſuū poſt ſolutionem creditori pignoratitio factā aut poſt pignoris denunciationem experiatur. Sic & in l. ſi pecunia 77. de legat. 1. Vlpianus ſcribit ſi quis fideicommiſſum à debitore ſuo reliquerit, id vtile fieri ex reſcripto Diui Pij, ratione illa, quòd ſi poſteà conueniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione vti poſſit. In eo autem pignoris huius vtilitas verſabitur quod habiturus ſit creditor creditoris vtilē actionē perſonalē cōtrà debitoris debitorem, itémq; vtilē hypothecariā in eas res quas pro ignorato nominē

obligatas eſſe apparebit dict. l. ſi conuenerit. l. nomen 4. Cod. quæ res pignor. oblig. poſſ. Sed & nomen ipſum pignori datum vendi poterit per pignoratitium creditorem (alioqui eſſet inutile pignus quod vendi non poſſet, vt proximo capite diximus) Secuta autem venditione vtiles illæ actiones tam perſonalia quàm hypothecaria non tantùm creditori competent, ſed etiam emptori d. l. poſtquã 7. C. de hered. vel act. vendit. Et ad hunc quoque caſum pertinet lex periculum 30. D. de pignor. quæ ait periculum pignorum nominis venditi ad emptorem ſpectare, ſi tamen probetur eas res obligatas fuiſſe. Eſt enim id generale, ſiue pignoratum ſiue liberũ fuerit nomẽ quod vẽditum eſt. Pignora námque nominis ſemper ſequuntur nomen ipſũ ſi nõ aliud in vendendo actum ſit: ideóque & periculum eorum ad emptorẽ pertinere æquum eſt, Periculum, inquã, non caſus fortuiti (pertinet enim hoc ad dominũ l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. emptor autẽ nominis nõ ideò ſit dominus pignorum pro nomine obligatorum) ſed euictionis, ſi fortè aliena res pignori data probetur. Sufficit enim ad exonerãdum creditorem qui nomen vendidit, vt res obligatas fuiſſe probet, licèt ab eo ſint obligatæ qui pignorandi ius non habuerit, nec hac parte quicquam refert an debitoris nomen quis vẽdiderit an delegauerit l. cùm ea conditione 68. §. 1. De euict. Planè ſi debitor cuius nomen pignori datũ fuit ſoluat creditori ſuo antequã à ſuperiore creditore certior factus ſit de pignore nominis, liberabitur, nec vlla exceptione indigebit aduerſus creditorẽ hunc pignoratitium, ſi quandocunque poſteà vtilibus actionibus experiri velit aduerſus eũ, qui & ipſo iure liberatus ſit, & ita liberatus vt illi imputari nihil poſſit. Quòd ſi ei imputari aliquid poſſet, puta ſi ſoluiſſet iam certior factus ab ipſo creditore creditoris de pignore nominis, perinde quidem ſtricto iure liberaretur, ſed ſi quandocunque agenti creditori pignoratitio obijceret liberationem, repelli poſſet replicatione doli, quippe qui liberationem ſciens captaſſet cum alterius iniuria, quandoquidẽ nihil eius intererat ſuóne & proprio creditori ſolueret an creditoris ſui creditori, ex cuius perſona indemnitatem ſibi acquirere potuiſſet beneficio exceptionis doli. Id enim eſt, meo iudicio, quod ſignificãt verba illa *nondũ certior à te factus* d. l. nomẽ 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ. Nominis venditi alia ratio eſt. Valet enim venditio ipſo iure nec requirit auxilium Prætoria l. nominis venditio 3. l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit. l. ſi nomen 4. cum duab. ſeqq. D. eod. l. ſi plus vel minus 74. §. vlt. de euict. quia licet directæ actiones remaneant penes vendentem vel inuitum, idcóque nec aliter emptori competant quàm ſi mandatæ ſint l. j. C. de oblig. & action. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priuat. debitorem ſui debit. conuen. poſſ. l. quis ergo 26. de pecul. l. 3. D. pro ſocio l. 1. & 3. C. de nouat. Vtiles tamen transferuntur in emptorem eíque proprio iure competũt, quoniam id agitur vt omne actionis commodum in illum tranſeat, etiam ignorante & inuito debitore. In quo differt venditio nominis à delegatione d. l. 1. Co. de nouat. Adeò vt quicquid nominis venditor vel cõpenſatione vel exactione vel qua alia ratione fuerit conſecutus, totum id & integrum emptori reſtituere compellatur l. venditor 23. §. 1. D. de hered. vel act. vendit. Quòd ſi debitor huic nominis emptori ſoluere maluerit liberatur ipſo iure quia ei ſoluit qui vtiles à creditore habebat actiones ad exigendum proprio iure, quique venditi nominis dominus factus fuerat ex cauſa emptionis. Sed & in poteſtate eſt eius qui nomen emit facere ne quid venditor vi directarum actionum exigere poſſit à debitore. Nempe ſi quid faciat eorum quæ traduntur in d. l. 3. C. de nouat. de qua ſcribemus alio loco. Quæ omnia in nominis pignore, vt diximus diſſimilia ſunt, vt proinde mirum non ſit ceſſare hoc caſu ſupradictam iuris regulam, quæ habet oppignorari poſſe omnia quæcunque vendi poſſunt.

Quæ ſint differentiæ inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.

Capvt xvii.

Differentiæ complures ſunt inter pignus nominis conuentionale, & iudiciale, hoc eſt quod in iudicati executione capitur, & quod iudicis exequentis auctoritate conſtituitur. Prima illa eſt, quòd debitoria nomen conuentione pignorari poteſt, etiamſi alia bona habeat is qui de pignore conuenit. Ideóque & in generali cæterorum bonorum obligatione venit l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poſſ. At in cauſam iudicati non aliter capi poteſt, quàm ſi alia bona nulla ſint, quæ ſine controuerſia capi & poſſideri queãt l. 2. C. quand. fiſc. vel priuat. debitoris ſui debit. conuen. poſ. Nempe quia cùm pignus nominis ipſo iure nullum ſit, nec niſi tuitione Prætoria ſubſiſtat, vt docuimus in ſuperioribus, fruſtrà Prætor aut iudex ab eo datus in executione iudicati ſe interponat ad conſtituendũ pignus in debitoris nomine, quã diu alia bona ſunt quorũ natura & cõdicio patiatur vt pignori capi poſſint. Nã & cũ neceſſitate cogit vt nomẽ debitoris capiatur, aliis ſcilicet bonis nullis exiſtẽtib. attamẽ nõ tã pignoris iure capi dicitur quã pignoris loco, vt ait d. l. 2. hoc eſt in ſubſidium nullo pignore ſe offerẽte. Sanè quę vtilitatis, & ęquitatis ratio induxit vt pignorari ex cõuẽtione nomẽ poſſit, nę alioqui eo rei ſuæ fructu careat qui nihil niſi nomina in bonis habeat, aut qui aliud nihil æquè cõmodè oppignorare poſſit, ita induci neceſſe fuit vt in iudicati quoq. cauſam capi nomen poſſit nõ tam pignori quàm pignoris loco, ſi nullę res ſint in quibus poſſit iudicati executor pignus conſtituere. Secũda differentia quæ hinc naſcitur illa eſt, quòd cùm, vt diximus, debitor cuius nomen pignoris loco capitur in executione iudicati habeat exceptionem ordinis, & non factæ excuſſionis, quandiu alia condemnati bona ſunt quæ ſine cõtrouerſia capi, & diſtrahi valeãt: is tamen cuius nomen expreſſa creditoris conuentione pignori datum eſt ſi hypothecaria conueniatur, huiuſmodi exceptione iuuandus non eſt, vt rectiſſimè Bartolus concludit ad d. l. nomen. Neq. n. eadem illius quæ tertij poſſeſſoris ratio eſt, cũ neq. poſſeſſor ſit, neq. eius interſit an creditori ſuo ſoluat an creditoris creditori. Vtroq. ſiquidem caſu perinde cõſequitur liberationem, niſi quòd ſoluens creditori ſuo liberatur ipſo iure, ſoluens autem creditori creditoris liberatur beneficio exceptionis doli. Vt verendũ nõ ſit ne fiãt de lite lites ſi primo loco conueniatur: quæ tamẽ ſola ratio induxit exceptionem non factæ excuſſionis, quòd alioqui poſſeſſorẽ conuentũ hypothecaria & cõdemnatũ neceſſe eſſet ad conſequendã indemnitatem agere rurſus contra debitorem, ab eóque repetere litis æſtimationẽ, quã ipſius creditori ſoluiſſet. Intereſt. n. non ſolũ poſſeſſoris ne ſoluat potiùs quã vt ſolutũ repetat l. 3. D. de cõpẽſat l. ſi ſtipulatus 15. D. de fideiuſſ. ſed etiã reipublic. ne lites multiplicẽtur l. quidã 21. D. de reb. cred. l. ſingulis. 6. D de exce. rei iud. Vnde fit vt neq. nudo detẽtori tametſi naturaliter poſſideat hæc exceptio dãda ſit, cũ ſi res illi euincatur, nullũ tamẽ eo nomine regreſſũ aduerſus dominũ ſperare poſſit. In quo

hallucinatus

hallucinatus videtur Bald. ſd d.l.a.in fi.C.quand.fiſc. vel priuat. Obſeruandum autem eſt quod diximus eum cuius nomen pignori obligatum eſt non habere exceptionem ordinis, ita verum eſſe ſi expreſſa conuentione obligatum ſit. Nam ſi tacitè duntaxat,& ex ſola legis poteſtate pignus conſtitutum proponatur, perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ excuſſionis ſi alia ſint bona, atque ſi magiſtratus auctoritate in executione iudicati nomen pignoris loco captum eſſet l.nō priùs 4.C.eo ti.quand.fiſc.vel priuat. Siue quod iam olim id obtinuerit quotieſcunque ex tacita hypotheca ageretur l.Moſchia 47.de iur.fiſc. Siue potiùs quod nimia plena ſit hac parte, vt aliàs ſæpe, prouiſio legis quàm hominis, quia nil neceſſe ſit conſtitui à lege ius pignoris, ſicut nec à Magiſtratu in ea re quę ſui natura vinculum obligationis ſuſcipere non poſſit, quandiu in alia rebus & commodiùs, & vt ita dicam, naturaliùs conſtitui poteſt. Tertia differentia eſt quòd nomen debitoris ſi pignori datum ſit ex conuentione, vtiliter obligatum intelligitur tametſi debitor neget ſe debere, ſi modò creditor cui obligatum eſt probet deberi. Habet námque vtilē act.perſonalē contrà debitorem debitoris, cuius actionis poteſtate fit vt diſputare poſſit an debeatur. Verum enim quid debeatur necne non niſi per actionem perſonalem diſceptari poteſt. At in iudicati executione non aliter nomen debitoris capi pignoris loco permittitur quàm ſi non inficietur debitum is qui condemnati debitor eſſe dicitur. Alioqui non victoris eſt ſed condemnati cum debitore contendere an quod petitur debeatur l.à Diuo Pio 15.§.ſed vtrum D.de re iudicat. Nam cùm executioni mandari non poſſit ſententia prætèrquàm in bonis condemnati, prius eſt vt conſtare debeat eſſe quid in ipſius bonis quàm vt pignoris loco capiatur d.l.à Diuo Pio, §.ſi rerum. Idémque iuris eſt ſi ex tacita hypotheca agatur in nomen debitoris, leg. ſi debitum 3.Cod.quand.fiſc.vel priuat. Credo quòd legis hypothecam conſtituentis mens illa ſit, vt debitoris debitorem non aliter obliget creditoris creditori, quàm ſi verum debitorem eſſe appareat ne ſi ſecus faceret litis materiam potiùs quàm ius pignoris creditori acquirere videretur. Atqui, inquies, Vlpianus in d.§.ſi rerum, apertè ſcribit iudices qui ſententiam exequuntur, cognoſcere debere de proprietate rei cuius mouetur controuerſia inter victorem & poſſeſſorem: vt ſi cognoſcant eius fuiſſe qui condemnatus eſt, rem iudicatam exequantur, dummodò meminerint ſummatim eſſe cognoſcendum, nec ipſi condemnato aut aliis, ſed tantùm capioni pignoris aut nocituram aut profuturam ſententiam. Cur non ergo ſi controuerſia ſit de debito cognoſci æquè poterit inter victorem & debitorem, & quidem ſummariè an quod petitur debeatur? Reſpondeo diuerſam eſſe hac parte nominum & cæterarum rerum ſiue corporalium ſiue incorporalium rationem d. §. ſed vtrum. Quoniam, vt dixi, de debito diſputari non poteſt an ſit, niſi per eum cui deberi dicitur, cùm eo nomine perſonalem actionem exerceri neceſſe ſit: quæ porrò alii non poteſt competere, vt vel ipſa perſonalis actionis diffinitio demonſtrat, quàm ipſi creditori aut ei qui vtiles ab eo actiones habeat qualis eſt is cui creditor ipſe nomen vendiderit aut obligauerit, non etiam is cum quo nulla de nomine debitoris conuentio inita ſit. Factum enim aliquod creditoris interuenire neceſſe eſt vt ex eius perſona aduerſus debitorem agere, aut etiam proprio iure creditoria creditor poſſit. At de dominio cæterarum rerum ſiue corporalium ſiue incorporalium diſceptari etiam inter alios poteſt domino ipſo ignorante, cùm & alienæ res plerumque à non dominis poſſideantur, & de facto, vt aiunt, vindicentur leg. vltim. Codic. de rei vindication. leg. vltim. D. de acquirend. poſſeſſion. An igitur ſi debiti controuerſia fiat, obſeruandum illud erit, quod ſequitur apud Vlpian. in dict. §.ſi rerum? *Sed illud debet dici, vbi controuerſia eſt de pignore id dimitti debere, & capi aliud ſi quod eſt ſine controuerſia.* Minimè vero. Nam cùm in nomine ſpeciale ſit, quemadmodum diximus, vt ita demùm capi poſſit pignori ſi nihil aliud ſit quod capi poſſit, vt idem Vlpianus ſcribit in eadem legē, §. ſic quoque iudices (quomodo & illud accipi debet quod ſcriptū eſt in l.etiam nomen 5.C.de execut rei iudic.) conſequens eſt in nomine pignori capto diſtinctioni huic locum eſſe non poſſe. Niſi proponas diuerſa fortaſſe eiuſdem debitoris aut plurium nomina, & ex his alia controuerſa eſſe, alia non eſſe. Quid ergo ſi vnicum debitum ſit & id quidem controuerſum, quónam remedio victori ſuccurretur? Illo nimirum, ſi rectè ſentio, vt in executione iudicati condemnatus iubeatur debitum perſequi & probare, vt ita probationis & cōdemnationis quæ ſequetur emolumentum primo victori proficiat, hoc eſt creditoris creditori, accepturo pecuniam quaſi in ſolutum & iure cuiuſdam compēſationis ſi pecunia debebatur, aut corpus debitum velut pignoris loco ſi corporis non pecuniæ nomen fuit l.ſi cōuenerit 18.D.de pign.act. l.grege 13.§.cùm prædium D.de pign. Eſtque notandus hic caſus inter eos quibus agere quis inuitus compellitur vt alteri præbeat actionem, contrà receptam iuris regulam, Vt nemo inui.ager.vel accuſ.cogat.tit. C. Quomodo & illud quoque admittimus, quod magis mirum eſt, cogendum interdum tutorem vt adminiſtret tutelam, & gerat ob hoc ſolum vt aduerſus eum, eiúſque fideiuſſores agi poſſit ex ſtipulatione, Rem pupilli ſaluā fore, quoniam alioqui nec tutor qui non geſſit nec ipſius fideiuſſor conueniri ex ea poſſet l.4.§. ſed enim D.rem pupill.ſalu.fore. iunct. l.1.C.de magiſtr. conuen. Eoque pertinet lex 1.C.de condict.ex leg. In cuius ſpecie fauor & priuilegium fiſci ob debitum ex cauſa primipili contractum nō in eo elucet quòd debitor fiſci contrà debitorem ſuum agere cogitur, ſed quòd etiam antè diem agere poteſt. Sic & quāuis regulare ſit vt non cogatur creditor pignus diſtrahere nec pati vt ab alio diſtrahatur: attamen ſi res pignorata in executione iudicati capiatur aliud eſt §. quòd ſi res d.l. à Diuo Pio. Quòd ſi confeſſum nomen pignoris loco captum ſit, in arbitrio eſt eius, qui iudicatum exequitur, vt vel exigat quod debetur, & in cauſam iudicati conuertat, eo quem diximus modo, vel vendat nomen vt pignora corporalia ſolent, prout faciliùs illi videbitur ad rem exequendam §. item quid dicemus ead. leg. Tametſi, vt dicam quod ſentio, totus ille verſiculus quem retuli, *ſed illud debet dici, &c.* mihi valde ſuſpectus ſit. Et niſi me fallo, Triboniani additio eſt temperantia aut potiùs corrigentis quod Vlp. dixerat, mota de proprietate rei controuerſia ſummatim de eo cognoſcere iudicem debere atque exequi iudicatum. Neque enim potuit Vlp. corrigere aut immutare quod ille ipſe non à ſe commentum & excogitatum, ſed ab Imperatore ſuo conſtitutum eſſe fateatur. Niſi fortè imperatoris reſcriptum coarctare velis ad eum caſum quo aliud nihil ſit quod pignori capi poſſit præter eam rem, de cuius proprietate quæſtio fiat. Sed non fuerit id probabile. Nam in d.§.ſed verùm idem Vlpianus generaliter repetit, In corporum pignoribus iudices cognoſcere de proprietate, ſed

quiratur, cùm inter eos modos quib. acquiri dominium iure Quiri. jũ poteſt, vnus ille ſit, ac fere præcipuus, qui fit per legem vt ex Vlpiani Titulis probauimus, dict. cap. 4. lib. ſuper. Nemo autem neſcit lege duodecim tabularum non ſolùm inducta & confirmata legata, ſed etiam ſub legati nomine permiſſam generaliter teſtandi facultatem l. verbis legis 120. de verb. ſignifi. Ex eo verò quòd legata etiam ignorantibus acquiruntur, euenit vt non ſolùm filiofamilias, aut muto, aut ſurdo qui teſtamentum facere non poſſunt, acquirantur, ſed etiam infanti & furioſo, vt ex Pomponio & Marcello proditum eſt in l. filiusfamilias 16. D. qui teſtam. facer. poſſ. Generaliter enim verum eſt, ex quibus cauſis ignoranti quæritur, etiam furioſo & infanti acquiri l. ſi à furioſo 12. de reb. credit. l. ſi à furioſo 24. de obligat. & actio. l. 1. §. item acquirimus de acquir. poſſeſ. l. cùm furioſus 39. de iudic. Quod cùm ita ſit non poſſum nõ mirari quod vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad d. l. filiusfamilias ſcripſit neque furioſo, neque aliis legatariis acquiri dominiũ rei legatæ ignorãtibus, ſed tantùm actionem perſonalem ad legatũ conſequendum quaſi non aliam ob cauſam tot locis cõtrà ſcriptum ſit acquiri legatũ ignorãti, quàm quòd rem ipſam habere videatur qui vtilem actionẽ habet ad rem perſequendã. Nã imò verò de re ipſa legata, nõ de actione ad legatũ iuris autores paſſim intelligũt, cùm ſcribunt acquiri legatum ignoranti, vt in d. l. ſi partẽ §. 1. quemadm. ſeruit. amit. vbi ait Pomponius, viam quæ legata erat non vtendo amitti, ſi per conſtitutum tempus nõ ſit eã vſus legatarius cùm ignoraret ſibi legatã: *quia ſcilicet*, inquit ille, *legatarij via eſſe cœperat*. Adeò vt ſi medio tẽpore ac priuſquam reſciret legatarius ſibi legatam ſeruitutem, fundum vendiderit cui ea ſeruitus debeatur, tranſeat via in emptorem ſi reliquo tẽpore ea vſus fuerit, & quod magis eſt ac propemodum ſingulare, ita vt nec iam legatum repudiare legatario liceat, poſtquàm fundus ad eum pertinere deſiit, quorum omnium nihil verè diceretur ſi actio tantùm ad ſeruitutem conſtituendam, non etiam ipſa viæ ſeruitus ignoranti legatario acquiſita intelligeretur. Sic & in d. §. ſurdo, non legari actionem ignoranti quæri vult Papinianus, ſed emolumentum, quod ipſum, vt quiuis facilè videt, nõ in agendi facultate conſiſtit, ſed in ea ipſa rè quæ legata eſt. Neque verò ſic intelligi Papinianus poteſt vt in fideicommiſſo quod à ſurdo legatario relictum eſt ſola perſequendi legati actio contineatur, cùm id ipſum legatarius reſtituere iuſſus proponeretur quod accepiſſet, rem verò quæ legata erat accepiſſet non tantùm actionem. Atqui apertè Papinianus ſcribit, id ipſum fideicommiſſo contineri, quod ignorãti ſurdo vel muto quæſitum fuerat. Sentit igitur rem ipſam quæ legata eſt ignoranti legatario quæſitam intelligi. Denique id apertiùs ab Vlpiano expreſſum eſt in d. l. magis puto 5. §. fundum autem, illis verbis, *cùm res ſit pupilli*: neque enim Seueri oratio, De non alienandis rebus minorum ad iura & actiones pertinet, ſed tantùm ad res immobiles, prædiáque, ſiue ſuburbana, ſiue ruſtica l. 1. eod. tit. Quid ergo eſt quod in tam aperto iure virum doctiſſimum fallere potuit? Nimirum id vnum quod in d. l. filiusfamilias ita ſcriptum eſt, *nam etiam compotibus mẽtis perſonales actiones etiam ignorantibus acquiruntur*. Etenim, vt ille non improbabiliter argumentari videtur, cur de perſonalibus actionibus loquatur Marcellus, ſi de rebus ipſis legatis idem exiſtimauit, vt etiam ignorantibus legatariis acquiratur? Scio placere Accurſio idem quoque admittendum eſſe in realibus, neque dubito ita eſſe quod pertinet ad legata. Sed hoc ipſum eſt quod me malè habet, cur ergo de perſonalibus Marcellus tractet, præſertim cum præcedentia illa, *quia poteſt ſibi adquirere legatum*, rem ipſam legatam demonſtrent potiùs quàm actionem perſonalem legati nomine competẽtem. Deinde verò falſa eſt generalis illa propoſitio ſi tam indiſtinctè accipiatur, *compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus acquiri*. Nam imò verò non niſi certis caſibus, iiſque perpaucis fieri poteſt vt ignoranti perſonalis actio acquiratur. Itaque puto ſubeſſe mendum, & pro *perſonales* legendum *perſonis tales*, nato fortaſſis errore ex eo quod prior dictio breuiter ſic ſcripta eſſet, *perſon.* quod non animaduerſum ab imperito librario ex duabus illis dictionibus vnam conflante, *perſonatles*, quæ nullius ſenſus eſt, fecit poſtea vt ſublata litera *t* ſuperfuerit dictio *perſonales*. Admiſſa verò hac emẽdatione, ſententia eſt elegans & aperta furioſo acquiri legatum vel fideicommiſſum, propterea quòd etiam compotibus mentis perſonis tales actiones, id eſt quæ legatorum vel fideicommiſſorum nomine competunt etiam ignorantibus adquiruntur. Porrò actionum generali appellatione, eas intelligimus tam quæ in rem ſunt, quàm quæ in perſonam. Omnes enim acquiruntur legatario etiam ignoranti. Nam cui dominium rei legatæ etiam ignorãti quæritur, multò faciliùs perſonalem actionem ad conſequendum legatum acquiri fatendum eſt. Illa tamen adhuc dubitatio ſupereſt, cur de actionibus loquatur Marcellus potius quàm de dominio rei legatæ. Sed dicendum eſt ita Marcellum loqui debuiſſe, quoniam in præcedentibus non tantùm de legato egerat, ſed etiam de fideicommiſſo iis verbis, *quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum*. Fideicommiſſi autem hac parte alia ratio eſt, quàm ſit legati. Siquidem eius rei quæ per fideicõmiſſum relicta eſt dominium non acquiritur fideicõmiſſario ignoranti, adeóque nec ſecuta traditione, vt pluribus explicauimus d. cap. 4. ſed tantùm actio perſonalis ad perſequendum fideicommiſſum, quæ ignoranti ita acquiritur, vt etiam ab ignorante in heredem tranſmittatur l. vlt. C. quand. dies legat. ced. Qua etiam ratione poſſit quis fortaſſe, nec malè, vulgatam lectionem defendere: Quaſi neceſſe fuerit Marcellum de perſonalibus actionibus loqui, propterea quòd non niſi ratione perſonalium actionum potuerit adferre rationem, quæ fideicommiſſis perinde ac legatis conueniret, cùm de fideicommiſſis quoque loqueretur. Verùm quanquam id non improbabiliter dici poteſt, probabilius tamẽ exiſtimo vt textus eo quo diximus modo emendetur. Ita enim fiet vt ratio ſit generalior, nec tantùm perſonales actiones comprehendat in quibus legata & fideicommiſſa conueniunt, ſed etiam actiones in rem quæ ſpeciali iure legatario tanquam domino accommodantur, ſiue per vindicationem legatum ſit, ſiue per præceptionem. Omnes enim huiuſmodi actiones ſignificantur, iis verbis *tales actiones*, id eſt, *pro ea re*, ſeu pro legato vel fideicommiſſo competentes. Neque tamen ex eo inferri poteſt eaſdem actiones pro legato & fideicommiſſo competere. Nam pro legato, vt dixi, competunt in rem & in perſonam, pro fideicommiſſo autẽ in perſonã duntaxat. Cæterùm illud vtriſque commune eſt quòd ſiue in rem ſint legatorum tantùm nomine, ſiue in perſonam ex cauſſa legati vel fideicommiſſi, & acquiruntur ignorantibus & ab ignorantibus in heredes tranſmittuntur. In quo diſſimulare non poſſum errorem Accurſij, qui cùm ait idem in actionibus realibus ad-

Digitized by Google

mittendum eſſe quod lex ait de perſonalibus, non ſatis videtur obſeruare differentiam illam quæ Pomponij & Marcelli ætate vigebat inter legata & fideicommiſſa, quòd ad rei dominium & actiones in rē quæ pro dominio dantur, pertinet. Sanè poſt Iuſtiniani conſtitutiones in l.j. & .C.commun.de legat. quibus mouetur Accurſius, fateor exæquata legis fideicommiſſa ſingularia vt in cæteris omnibus ita in hoc etiam quòd fideicommiſſorū perinde ac legatorum nomine non tantùm hypothecaria cōpetit, ſed etiam vindicatio, quod non aliter induci potuit, quàm admiſſo & inducto eo in neceſſarium antecedens, vt fideicommiſſi dominium fideicommiſſario acquireretur ipſo iure, & citrà traditionem. Sed non conuenit Pomponio aut Marcello ea interpretatio tanquam aliena à ratione iuris veteris quod eorum temporibus obtinebat.

Recta emendatio l.ſi primo 8. De liber & poſthum.

Cap. XX.

PRæterito filio qui iam teſtamenti tēpore natus erat, & in poteſtate, cōſtat iniuſtum & ab initio inutile eſſe teſtamentum l. inter cætera 30. de lib. & poſthum. l.j. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta. Præterito aūt poſthumo qui poſteà natus ſit ſiue viuo ſiue mortuo patre non inutile eſſe, ſed rumpi agnatione ſui heredis d.l.1. & 3. in princip. l.ſi quis filio 6. l. verum eſt 8. l. poſthumus 12. & paſſ. eod. tit. Loquimur n. de poſthumo ſuo, hoc eſt qui quo tēpore naſcitur primum in familia & cauſa ſucceſſionis gradum obtineat, quem ſuorum heredum numero cōtineri Vlpianus in fragmentis ſcribit tit. 22. qui hered. inſtit. poſſ. §. poſthumi quoque liberi 15. Fortius ergo ius eſt filij iam nati, quàm poſthumi, quia quādiu poſthumus natus non eſt, incertum eſt an futurum ſit vt naſcatur, ideóque intereà valere teſtamentum non ſolùm æquum eſt ſed etiam neceſſe. Vnde illud quoque fit, vt minus fauorabile ſit teſtamentum in quo filius iam natus præteritus eſt, vtpote quòd ab initio non valuerit, nec vnquam conſtiterit, adeò vt etiamſi viuo patre decedat filius præteritus, nihilomagis teſtamētum conualeſcat l.ſi filius 7. de liber. & poſthum. quod ita accipiendum eſt, vt neque bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re ex eo peti poſſit: Cùm tamen præterito poſthumo qui poſteà viuo teſtatore natus ſit, & deceſſerit, licèt iuris ſcrupuloſitate teſtamentum perinde ruptum ſit, nihilominus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re obtinere ſcriptus heres poſſit, ex Hadriani conſtitutione d.l. poſthumus 12. de iniuſt. rupt. de cuius ſententia & ratione dicemus infr. cap. 15. lib. prox. Interdum autem ex contrario euenit vt potentius ſit ius poſthumi præteriti quàm filij iam nati. Nam poſthumus in primo gradu præteritus licèt in ſequentibus ſit inſtitutus vel exheredatus, totum tamen teſtamentum rumpit ſibíque locum facit. Filius verò iam natus & in primo gradu præteritus in ſecundo exheredatus primum duntaxat gradum iniuſtum facit, nec ſibi locum aperit, ſed ſecundo gradui & ſubſtituto à quo eſt exheredatus, vt Vlpianus tractat in l. nam etſi 5. verſic. rumpēdo de iniuſt. rupt. An quòd poſthumus ſit fauorabilior? Minimè: ſed quia cùm primus gradus rumpitur à poſthumo intercedit factum rumpentis hoc ipſo quòd naſcitur, & naſcendo rumpit. Idq; & verbum ipſum *rumpendi* demonſtrat. Abſurdum autem ſit dicere poſthumum rumpere vt alij locum faciat at non potius ſibi ipſi. Dum verò primum gradum ob præteritionem filij iam nati nullum & iniuſtum eſſe dicimus, non tam filij ipſius factū ſignificamus quam legis vim & poteſtatem, quæ gradum illum valere non patitur odio præteritionis. Eatenus igitur duntaxat teſtamentum infirmat quatenus filius præteritus eſt, ac proinde non prohibet quominùs ſequentes gradus valeant in quibus idem filius vel inſtitutus ſit vel exheredatus. In cæteris ſolet eadem eſſe poſthumi & filij ſuperſtitis cauſa vt in ſpecie l. ſi primo herede 8. de liber. & poſthum. in cuius fine ratio illa redditur *quoniam cùm eſt natus filius, loco eius eſt qui ſuperſtes eſt.* Species autē eius legis quæ in filio ſuperſtite prior proponitur, nec elegās eſt nec obſcura. Ait Pomponius, *Si primo herede inſtituto filium exheredauero, à ſecundo autem ſubſtituto non exheredauero, & dum pendet an prior aditurus ſit filius deceſſerit, ſecundum ſententiam qua vtimur non erit ſecundus heres quaſi ab initio inutiliter inſtitutus, cum ab eo filius exheredatus non ſit.* Quod autem ſubijcit, Si in poſthumo filio idem acciderit: eadem de ſubſtituto dicenda eſſe licèt obſcuriùs videatur, commodam tamen interpretationem recipit ex Africano in l. poſthumus 14. eo. ti. Nempe, quoties poſthumus à primo gradu exheredatus, à ſecundo præteritus eſt, quamuis eo tempore naſcatur quo ad heredes primo gradu ſcriptos pertineat hereditas, hoc eſt quo iis delata ſit, ſecundum tamen gradum vitari placet, & perinde rumpi agnitione poſthumi atque ſi eo tempore quo poſthumus naſcitur iam prioris gradus heredes excluſi eſſent. Nec ad hoc ſolum vt inſtitutis prætermittentibus ipſe poſthumus heres exiſtat, ſed etiam vt etſi defuncto eo heredes inſtituti omiſerint hereditatem non poſſint ſubſtituti adire quemadmodum pluribus tractat Africanus in d.l. ſi poſthumus. Perpetuum enim eſt in teſtamentis, cùm de teſtamenti iure & validitate quæritur vt non illud duntaxat tempus inſpici debeat quo hereditas ſcripto heredi defereretur ſiue ſuo ſiue extraneo, ſed illud præcipuè quo teſtamentum factum eſt, cùm eo potiſſimùm tempore valere debeat inſtitutio l. ſi alienum 49. §. j. De hered. inſti. l. penult. de regul. iur. Nec quicquam hac parte inter ſuos & extraneos heredes intereſt, niſi quod in extraneis non tantùm teſtamenti & mortis tempora ſpectantur, ſed etiam aditionis leg. ſi alienum 49. §. in extraneis de here. inſti. In ſuis verò priora duo ſolum, quia cum ipſo iure & citrà aditionem heredes exiſtant, nulla in iis aditio aut neceſſaria aut poſſibilis eſt l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit. nec diſtincta ſunt in illis tempora delatæ, & acquiſitæ hereditatis. Itaque rectè Pomponius ſententiæ ſuæ rationem illam reddit, *quaſi ab initio inutiliter inſtitutus*. Vt teſtamenti quoque, non ſolius delationis tempus inſpiciendum eſſe ſignificet. Illa enim dubitandi ratio erat, quòd pendente eo an prior heres aditurus eſſet, filius deceſſiſſet, quam apertiùs exprimit Africanus in dict. l. ſi poſthumus, cùm ait, *quamuis eo tempore naſcatur quo ad heredes primo gradu ſcriptos pertineat hereditas*: Nam ſi poſt excluſum morte aut repudiatione primum heredem, & iam ſecundo gradui hereditate deferenda poſthumus à ſecundo gradu præteritus natus fuiſſet, dubitandi cauſa nulla eſſet quin ſecundus gradus agnatione rumperetur, proindéque ſubſtitutus excluderetur, tametſi poſteà poſthumus quoque deceſſiſſet. Atque ita fit vt eadem hac parte conditio ſit poſthumi quæ filij iam teſtamenti tempore ſuperſtitis, Nam & huius præteritione inutile eſt teſtamentum quòd ad ſecundum gradum attinet à quo præteritus eſt, quāuis pēdente primi heredis aditione deceſſerit. Eadem prorſus iuris ratione vtroque caſu idem ius inducente. Quid ergo eſt quod Pomponij ſententiam adeò obſcuram facit, vt de recepta lectione vel

tuenda vel emendāda tantis cōtentionibus viri quidam doctiſſimi hac noſtra ætate in Gallia ad conuicia vſque decertauerint? Illud nimirū quod de poſthumo tractans Pomponius ponit eum natum viuo patre à quo fuerat exheredatus, deinde mortuum, nec aperit viuóne an mortuo iam patre deceſſerit. Dubitationem fecit Cuiacio, quòd ſi ponas defunctum poſthumum viuo patre, non poſſit verum eſſe quod lex ait ſubſtitutum non admitti. Obſtat enim, inquit, conſtitutio Hadriani in dict. l. poſthumus. Ruſus ſi ponas natum quidem patre viuo ſed mortuum poſt patrem, quæ Accurſij interpretatio eſt, ineptus ſis, cùm nihil hoc caſu interſit an viuo, an mortuo patre poſthumus natus ſit. Quare nec dubitat quin vbi legitur *viuo patre*, legendum ſit, *viuo primo*, vt intelligatur Pomponius de poſthumo poſt patris mortem nato, & eo tempore quo heredi inſtituto iam delata erat hereditas, quique deliberante primo herede deceſſerit, vt poſterior hæc legis ſpecies priori omnimodo conueniat, & iis quæ Africanus ſcripſit in d. l. ſi poſthumus iunct. l. 3. §. vltim. & l. 4. de iniuſt. rupt. Ego verò equidem nō dubito quin de eo poſthumo Pomponius ſenſerit qui poſt patrem defunctus ſit, non ea ratione quòd alioqui obſtatura ſit Hadriani cōſtitutio quæ ſanè nihil commune habet cum iuris ratione de qua Pomponius tractat, vt dicemus ad dictam l. poſthumus, ſed quia non aliter fieri poſſit vt poſterior ſpecies priori ſimilis videatur. Prior enim ſpecies eſt de filio, tempore quidē teſtamenti ſuperſtite, ſed qui mortuo iā patre deceſſerit, & primo herede deliberāte, iis verbis, *& dum pēdet an prior aditurus ſit, filius deceſſerit.* Neque tamen viri doctiſſimi emēdationem probo. An quia cū Roberto putē intereſſe, quod ad propoſitā quæſtionem attinet, viuóne patre an mortuo natus ſit poſthumus? Minimè, ſi ad ea tantùm reſpicias quæ Robertū mouerunt. Non enim eò minùs verum eſt quod lex ait poſthumum cùm natus eſt loco eius eſſe qui ſuperſtes eſt ſiue viuo ſiue mortuo patre natum ponas, neque nato eo poſt mortem patris ideò magis admittendus eſt ſubſtitutus, quòd teſtamentum ruptum mutare pater nequiuerit, cùm perinde rumpatur gradus ille à quo poſthumus præteritus eſt, agnatione poſt patris obitum ſuperueniente atque ſi viuo patre ſuperueniſſet d. l. ſi poſthumus, aliiſque innumeris. Me igitur illud mouet quòd ſi nihil intereſt an viuo an mortuo patre natus ſit poſthumus qui poſt patrem deceſſit, illud etiam conſequens eſt nihil intereſſe, an legas *viuo patre*, vt habet recepta lectio, an quomodo Cuiacius reponit, *viuo primo*. Sanè quod idem Cuiacius putat in hac lege, *Primum*, nomen eſſe inſtituti, *Secundum*, ſubſtituti, non ſolùm ocioſum eſt, ſed etiam improbabile. *Primum* enim Pomponius dixit, cum ipſum quem poſteà *priorem* vocat, cum ait, *an prior aditurus ſit*, primúmque heredē intelligit, qui primo loco inſtitutus eſt, ſicut & ſecundum qui ſecundo loco, quem & ſubſtitutum vocat, vt gradus deſignet potiùs quàm perſonas, quomodo & Africanus fecit in d. l. ſi poſthumus. Sed quamquam hæc ita ſunt, alia tamen ratione moueor, vt receptam lectionem probare non poſſim, eámque à Cuiacio prætermiſſam fuiſſe miror. Ea eſt, quòd ante legem Velleiam cuius tota hac lege mentio nulla ſit, non valebat inſtitutio aut exheredatio poſthumi, qui viuo teſtatore poſt teſtamentum naſceretur. Huc enim lege Velleia primùm inductum eſt, vt poſſet hic poſthumus inſtitui aut exheredari, ſiue filius eſſet, ſiue nepos aut pronepos l. Gallus 29. §. nunc de lege, & §. ille caſus hoc tit. l. 3. §. 1. de iniuſt. rupt. Atqui Pomponius de eo poſthumo tractat qui & vtiliter inſtitui aut exheredari potuerit, & à primo gradu ritè exheredatus ſit. Ergo non de illo, qui viuo patre natus ſit, ſicut nec African. in d. l. ſi poſthumus, nec alius quiſquam Iuriſconſultus vllo iuris loco, niſi cùm de lege Velleia tractatur. Itaq. cogor fateri totam illam additionem, *vt natus viuo patre à quo exheredatus ſit moriatur*, inepti eſſe interpretis, & parùm acuti, interpretari volentis quod Pomponius in præcedentibus dixerat, *quod ſi in poſthumo filio idem acciderit*. Quæ tamen interpretatio, & inepta eſt, & māca. Inepta, in eo quod ponit viuo patre natum poſthumum, cùm non ſolùm nihil referat viuóne an mortuo patre natus ſit qui poſt patrem moritur (quæ Cuiacij ratio eſt non mala, licèt leuior quàm vt ſi aliud nihil moueret recepta lectio emendari debeat) ſed etiam fieri nequeat vt vtiliter exheredatus videatur poſthumus qui viuo patre natus ſit. Manca autem in eo quod vt omnia ſimilia ſint in poſthumo, quæ prior legis ſpecies tractauerat in filio, ponendum eſt, vt iam monuimus, poſthumum non tantùm mortuum eſſe, ſed etiā mortuum deliberante primo herede, vt & in d. l. ſi poſthumus, & d. l. 5. de iniuſt. rupt. Nō quod & aliud eſſet ſi poſt repudiatā à primo hereditatem poſthumus mortuus proponeretur, ſed vt ſit elegantior legis ſententia, & de caſu magis dubitabili. Nemo enim dubitare poſſet quin rumpi deberet ſecundus gradus ſi eo tempore poſthumus naſceretur aut viueret quo ſecundis heredibus hereditas deferretur. Feſellit verò interpretem ſicut & Robertum quod in fine legis ſcriptum eſt, *quoniā cùm eſt natus filius, loco eius qui ſuperſtes eſt*, quaſi non poſſit eſſe loco filij iam nati tempore teſtamenti, niſi is demùm qui viuo teſtatore naſcitur: quod ſanè ridiculum eſt. Nam quandocunque naſcatur poſthumus incipit eſſe loco ſuperſtitis, niſi quòd ſuperſtes facit vt teſtamentum ab initio inutile ſit & iniuſtum. Natus poſteà rumpit duntaxat, ſiue viuo ſiue mortuo patre naſcatur. Sicut & nil intereſt an poſthumus naſcatur viuo primo herede poſt mortem patris an viuo patre, niſi quòd qui viuo patre naſcitur, alia ratione rumpit teſtamentum iure ciuili, quia nec inſtitui potuit nec exheredari ante legem Velleiam, vt diximus.

ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber nonus.

De poſthumi heredis inſtitutione ad formulam Galli Aquilij, & primum caput legis Velleæ.

Capvt I.

POſthumorum ſumma & perfecta diuiſio illa eſt, vt quidam ſint ſui, quidam alieni. Sui ſunt, qui ſi eo tempore naſcerentur quo teſtamentũ fit, dummodò iã tum cõcepti ſint, inter ſuos heredes teſtatori futuri eſſent: alieni contrà qui teſtamenti tempore iam concepti ſi tum naſcerentur, inter ſuos heredes teſtatori futuri non eſſent §. poſthumo quoque alieno, Inſtit. de leg. Nam qui teſtamenti tempore nondum concepti ſunt in iis teſtamenti tempus ſpectari non poteſt, cùm eo tẽpore neque in hominũ neq; in rerũ natura ſint, nec ſui dici poſſunt, nec alieni, quia nec liberi ſunt, nec animãtes. Iis autem poſteà cõceptis ſolius cõceptionis tẽpus inſpicimus, quaſi & eo ipſo die quod ad illos pertinet facto teſtamento, nimirum cùm de teſtati ſucceſſione agitur. Exemplũ Iuſtinianus profert in d. §. poſthumo, de nepote concepto ea filio emãcipato, quem auo eſſe poſthumum extraneum ait, quãuis nihil vetet recipere filium in patris poteſtatem, priuſquã nepos naſcatur. Eodẽ pertinet quod Vlpianus ſcribit in Fragment. ti. 21. qui hered. inſti. poſſ. §. poſthumi quoque liberi. id eſt qui in vtero ſunt. & apertiùs idẽ Vlp. in l. 1. §. ſi pater in poteſtate verſic. *ſed etſi poſthumus natus ſit ex emãcipato antè emãcipationem cõceptus idẽ erit dicendũ*, D. de coniung. cum emancip. liber. Neque obſtat quod in Velleano poſthumo nihil aliud requirimus niſi vt ſuus naſcatur l. Gallus 29. §. nunc de lege de lib. & poſth. Non enim fecit Velleus vt ſuus poſthumus dici debeat qui ſuus naſcitur, ſed vt quamuis ſit alienus, poſſit tamen inſtitui ſi ſuus naſcatur. Cùm autem de inteſtati cauſa quæritur, ſicuti teſtamenti tempus inſpici non poteſt, ita neque conceptionis, ſed id ſolùm quo inteſtati ſucceſſio locum habere incipit, hoc eſt, quo teſtator moritur, ſi teſtamentum nullum factum ſit, aut, ſi factum quidem ſit, ſed poſteà deſtitutum, quo deſtitutum & deſertum ſit, id eſt quo hereditas ex eo adiri poſſe deſierit. Id enim faciunt verba legis 12. tabul. *ſi inteſtato moritur*. l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium in fin. de liber. & poſthum. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. l. ſcripto 7. vnd. liber. Quoniam verò poſthumos ſuos cum dicimus ſuos heredes intelligimus & qui nati inter ſuos heredes futuri ſint, illud quoque ſciẽdum eſt ſuos heredes non eos eſſe qui in poteſtate duntaxat teſtatoris futuri ſint ſi tum naſcantur, ſed qui & in poteſtate futuri ſint, & primum in familia gradum, quòd ad cauſam ſucceſſionis pertinet, occupaturi. Fieri ſiquidem poteſt non in perſona filij ſed in perſona nepotis aut pronepotis, vt in aui vel proaui poteſtate ſit, nec tamẽ inter ſuos heredes numeretur, quòd cum pater in cauſa ſucceſſionis præcedat. At contrà, vt primũ in familia & cauſa ſucceſſionis locum quis obtineat, nec tamen ſuus ſit, fieri nullo caſu poteſt l. ſi quis filio 9. in princi. de iniuſt. rupt. l. ſi filiusfamilias 33. §. 1. de teſtam. mili. d. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. Etſi autem viuo teſtatore heres dici non ſolet, quia nec viuentis vlla eſt hereditas l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. qui ſuperſtitis 94. de adquir. hered. leg. 1. D. pro hered. Suum tamen heredem etiam viuo patre aut auo dicimus, quòd hæc appellatio iis conueniat qui etiam viuis parentibus quodammodo domini videantur l. in ſuis 11. de liber. & poſth. & conſequenter heredes: cùm qui heredem dicit, dicat dominum §. vlt. Inſtit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater, verſ. non tamen D. de caſtrenſ. pecul. l. 3. §. penult. D. de minor. Propter quam cauſam & legis Velleæ verba poſteriore capite ſic cõcepta ſunt: *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit* ſcilicet *viuo teſtatore*. Pertinent enim non tantùm ad caſum illum Aquiliana formula comprehenſum, ſed ad omnes quoque cæteros, quos in Galli Aquilij formula ſupplendos eſſe placuit, hoc eſt, ſiue moriatur, ſiue deportetur, ſiue ab hoſtibus capiatur filius viuo teſtatore d. l. Gallus §. ſequenti parte. Quomodo autem ſuus eſſe deſineret viuo teſtatore, qui ſuus nunquam fuiſſet? Inde verò fit, vt in ſuo quoque poſthumo dignoſcendo non id tempus ſpectemus quo teſtator moritur, cùm teſtamentum factum eſt, ſed quo poſthumus, vt iam dixi, conceptus ſit, & vel inſtitutus, vel exheredatus, vel præteritus. Ex quo apparet ſi de poſthumo nepote Aquiliano quæratur, an ſuus ſit, an alienus, ſimpliciter reſponderi non poſſe. Non quòd, vt quidam putant, tertiam ſpeciem conſtituat poſthumi vel extranei, vel non ſui (qui enim heres eſt, eum aut ſuum aut extraneum, & quod idem eſt alienum eſſe neceſſe eſt d. l. ſcripto 7. vnd. liber.) ſed quia duplici ratione conſiderari poteſt, & tanquam poſthumus, & tanquam Aquilianus, hoc eſt qualis in Galli Aquilij formula inſtituitur. Si tanquam poſthumus, proculdubio alienus eſt, quia ſi teſtamenti tempore naſceretur, non eſſet ſuus heres auo teſtatori. Et ideò antè Gallum Aquilium nulla eius inſtituendi ratio eſſe videbatur quaſi alieni, tametſi ſuus naſci poteſt, præmortuo intereà patre viuo auo. Vnde euenire neceſſe erat vt eius agnatione teſtamentum rumperetur. Is enim agnaſcendo rumpit quem nemo præcedit non teſtamenti, ſed mortis tempore d. l. ſcripto, & d. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam. Si tanquam Aquilianus & eo modo quo eum inſtitui Gallus voluit, haud dubiè ſuus non alienus dicendus eſt. Neque enim potuiſſet Gallus inducere poſthumi alieni inſtitutionem quam ius ciuile non agnoſcebat, cùm nec ius facere poſſet aduerſus ea quæ iam cæterorum prudentum omnium conſenſu & auctoritate recepta erant, & conſtituta. Quanquam

quã enim non ignoro prudentes ius facere potuiſſe, & prudentum reſponſa iuris ciuilis partẽ conſtituere §. reſponſa Iuſti. de iut. natur. gẽt. & ciuil l. ius autem 7. de iuſt. & iur. nõ tamen id ita accipi poteſt vt vnicuique licuerit de iure pro arbitrio reſpondere in ea re quæ iam communi aliorum placito decreta eſſet, ſed in iis duntaxat quæ nullo adhuc certo iure ſtabilita, aut interpretatione, aut noua cautione egere videretur. Alioqui pro tot opinionum varietatibus contraria plerunque iura conſtituerentur, quod eſſet abſurdiſſimum, & ab ipſa cõdicione iuris, quòd certum eſſe debet, prorſus alienum. Cùm igitur non illud Gallus induxerit, vt poſthumus hic nepos inſtitui poſſet, ſed tantùm qua ratione & arte poſſet, præſcripta in eam rem formula, quod proprium Iuriconſulti munus eſt, fateri oportet poſthumum Aquilianum, quatenus Aquilianus eſt, non eſſe alienũ, ſed ſuũ. Subtiliter enim Gallus animaduertit quod antè eum nemo obſeruauerat, poſthumum hunc quãuis teſtamenti tempore ſit alienus, & tum quoq; cùm concipitur, ſiue antè ſiue poſt teſtamentũ conceptus ſit, poſſe tamen ita inſtitui, vt ipſo etiam inſtitutionis tẽpore inſpecto reuera ſit ſuus: collata nimirũ nõ tãtũ inſtitutionis cõdicione ſed ipſa etiã inſtitutione in id tẽpus quo ſuus erit, quod fit cõmodiſſimè ſi teſtator ita ſcribat, *filius meus heres eſto*, (filij nãque inſtitutionẽ neceſſe eſt vt teſtamentũ valeat, vt dicemus ad §. in omnibus l. Gallus) *ſi filius meus viuo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos ſiue quæ neptis poſt mortẽ meã in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natáve erit, heredes ſunto*. His enim verbis inſtituitur nepos non in eo tempore quo teſtamentum fit, ſed eo demum inſtãti quo filius moritur propter articulum illum, *tunc*, qui temporis extremitatem denotat l. ſi his legatum 4. §. vlt. de condic. & demonſtr. id eſt inſtans illud quo incipit poſthumi nepotis inſtitutio, ad excludendum nõ ſolùm tempus anterius quo inſtitui nepos hic non potuiſſet, tanquam alienus poſthumus, ſed etiam, quòd pauci obſeruarunt, tẽpus poſterius in quo non niſi ſerò & fruſtra inſtitueretur poſthumus qui iam antè inſtitutionem factus eſſet ſuus, quíque præteritum ſe reperiret: nam qui teſtamento inſtitutus non eſt, eo modo & tempore quo inſtitui debuit, non eò minùs videri debet præteritus, quòd poſteà cœperit eſſe inſtitutus. Alioqui ſuum heredem vel in remotiſſimo gradu inſtitutum aut exheredatum eſſe ſufficeret, vt priores gradus quibus præteritus eſſet confirmarentur, quod non ita eſt. Atqui ſi poſt mortem filij nepos hic poſthumus heres inſtitueretur, dari poſſet inſtans quo & ſuus heres fuiſſet, & præteritus. Nempe inſtans illud quod proximè & immediatè ſecutum eſſet filij mortem. Cùm enim aliud ſit inſtitui, aliud eſſe inſtitutum, & prius ſit vt quis inſtituatur quàm vt inſtitutum ſe reperiat, fieri ſanè nequeat vt nepos qui primo illo & proximo inſtanti poſt patris ſui mortem incipit eſſe ſuus poſthumus auo, quíque tunc demùm & eo primùm inſtãti inſtituitur, videri poſſit iam inſtitutus. Eſt ergo præteritus. Nam qui nec inſtitutum ſe reperit nec exheredatũ, is neceſſe eſt reperiat ſe præteritum. Nec mouet, quòd eo ſaltem tempore quo naſcetur inſtitutum ſe reperiet. Nam vti ne rumpat teſtamentum non ſufficit inſtitutum eum reperiri cùm naſcitur, ſed illud quoq; præterea requiritur vt à quo tẽpore poſthumus ſuus fuit nullo inſtanti videri poſſit teſtamento præteritus: adeò vt etiamſi nondum conceptus ſit teſtamenti tempore, inſtitui nihilominus debeat aut exheredari, vt ab initio teſtamentum ita valeat ne rumpi vnquam poſſit l. placet 4. l. inter cætera 30. de lib. & poſt. Itaque ſic formulam Gallus concepit, *ſi filius meus viuo me morietur*, non ita, *ſi filius meus viuo me mortuus erit*, quia verbo illo *morietur* inſtans ipſum mortis demonſtratur, quod vitæ adſcribitur: cùm moriatur is demùm qui adhuc viuit, non qui iam mortuus eſt leg. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam. Cùm verò non eo ipſo inſtanti quo filius moritur, nepos in ipſius locum ſuccedat, ſed eo ſolùm quod proximè ſequitur mortem, quia non ſuccedit viuo ſed mortuo d. l. Gallus §. ſequenti parte, euenit neceſſariò, vt qui ita inſtitutus eſt ſicuti Gallo Aquilio placuit, reperiat ſe inſtitutum eo inſtanti quo ſuccedit. Verùm hic illa rurſus incurrit hæſitatio, quòd ſi nepotis huius Aquiliani inſtitutionem in id tempus aut potiùs in id inſtans conferri neceſſe eſt quo filius moriatur, & inſtãs illud vitę filij computatur, vt diximus, illud quoque incõmodi accidit vt alienus poſthumus inſtitutus videatur, vtpote qui viuo filio nec emancipato, nec deportato nec ab hoſtibus capto non poſſit eſſe ſuus. Et hoc ſanè præcipuè eſt quod perdifficilem faciebat nepotis huius inſtitutionem. Sed abſurdum Gallo viſum eſt huiuſmodi inſtitutioni obſtare inſtans illud vitæ filij quo moritur, & quo iamiam certum eſſe incipiat per rerum naturam, nepotem proximo inſtanti in ſui heredis locum ſucceſſurum arg. l. Iulianus 20. de iur. dot. l. libertas 17. in princip. d. l. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam. l. vlt. D. de fideic. libert. Ne alioqui nulla ſuperſit ratio inſtituendi opportunè poſthumi huius, quem vtique neceſſe eſt inſtitui priuſquàm fiat ſuus. Vnde intelligere licet quàm ſit neceſſarius in Galli Aquilij formula articulus ille *tunc*, qui ſi ſolus abeſſet, nullomodo, vt puto, inſtitutio valeret, quaſi facta de alieno poſthumo, & collata non ipſa inſtitutione, ſed inſtitutionis tantùm condicione in id tempus quo ſuus factus eſſet, quod ad inſtitutionis validitatem non magis ſufficeret quam ſi nepos hic ita inſtitutus eſſet, *ſi nauis ex Aſia venerit, qui ex filio meo poſt mortem meam naſcetur nepos heres eſto*. Quo tamen caſu nemo diceret nepotem hunc qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet vtiliter inſtitutum intelligi, quamuis moriente teſtatore ſuus reperiretur, quia ſemper verum eſſet inſtitutum fuiſſe eum cum quo teſtamenti tempore teſtamenti factio non fuit. Neque enim minùs in condicionali, quàm in pura inſtitutione teſtamenti tempus inſpiciendum eſt vt ſciatur an valeat, cùm exiſtens quandocunque condicio retrotrahatur ad tempus teſtamenti, indéque fiat vt inſtitutio quæ primùm condicionalis fuit pro pura habeatur. Nec inſtitutioni inſerta condicio poteſt facere vt inſtitutionis validitas in euentum vſque condicionis ſuſpendi debeat, ſed tantùm ſuſpendit effectum, vt quantumuis valeat non priùs tamen acquiri ex ea poſſit hereditas quàm condicio impleta ſit: cùm alioqui à die mortis teſtatoris acquiri potuiſſet. Denique condicio facit duntaxat vt non mortis ſed condicionis euenientis tempus ſpectari oporteat, ſed non eò minùs ſpectandum eſt tempus teſtamenti, quia & eo quoque caſu ſpectandum eſſet quo mortis tempus inſpici oporteret l. ſi alienum 49. §. in extraneis leg. liber homo 59. §. ſi heres D. de hered. inſtit. Itaque vt inſtitutio valeat poſthumi nepotis Aquiliani, non illud ſufficere poteſt, quòd ſub condicione fiat, cuius euenientia tempore poſthumus ſuus reperiatur qui teſtamenti tempore fuit alienus: Nec ſi ea condicio adiecta ſit *ſi ſuus heres erit*: ſed ita inſtitutionem concipi oportet vt eueniens quandocunque condicio retro-

trahi nequeat, & defendi poſſe poſthumum ſuum inſtitutum ipſo quoque factæ inſtitutionis tempore inſpecto. Id verò ita fit, ſi inſtitutionem præcedat particula *tunc*, quæ impediat antè mortem filij nepos inſtitutus videatur: Exemplo non ineleganti eius quod ſcriptum eſt in l. ei qui ſoluendo 88. de hered.inſtit. Ei qui ſoluendo non eſt ita demùm poſſe ſeruum cum libertate heredem exiſtere, & alium præterea heredẽ adiici, ſi teſtator ita ſcripſerit *Stichus ſeruus meus liber & heres eſto: ſi mihi Stichus heres erit tunc Titius quoque heres eſto.* Nã ſi ſimpliciter ſcriptũ eſſet poſt Stichi inſtitutionem *ſi mihi Stichus heres erit, Titius quoque heres eſto* nõ adiecta particula *tũc*, nõ magis poſſet Stichus liber & heres eſſe quàm ſi ita ſcriptum eſſet, *Stichus heres heſto, Titius heres eſto:* cùm ea condicio *ſi heres erit* in neceſſario herede qui non poteſt heres non eſſe pro condicione non ſit, nec impediat quominùs Titius purè coheres datus videatur arg. l. quod ſi ea 18. D. de condict. indeb. l. ſi pupillus 9. §. 1. de nouat. Nam & ſi Sticho ſub ea condicione *ſi heres non eſſet* Titius ſubſtitutus fuiſſet teſtamentum à ſubſtituto incipiendum eſſet l. ſi is qui ſoluendo 57. de hered.inſtit. Quamuis in cęteris heredibus non neceſſariis, Si Mæuius heres inſtitutus ſit deinde Titius ſub ea condicione *ſi Mæuius heres erit*, expectanda ſit Mæuij aditio tanquam alia quælibet condicio, nec priùs heres eſſe Titius poſſit, quàm Mæuius adierit l. 3. §. ſi quis ita eod. titu. nempe quia poteſt condicio non exiſtere Mæuio repudiante. At cùm in Titij inſtitutione adiecta eſt particula *tunc* poſt ſerui neceſſarij inſtitutionem, fit neceſſariò quod Caius ſcribit in d. l. ei qui, vt non poſſit Titius heres eſſe antequàm Stichus ex teſtamento heres extiterit, quia nec antè id tempus inſtitutus intelligitur, qui alioqui purè inſtitutus videretur. Poſteà verò quàm ſemel heres extitit ſeruus, non poteſt adiectus efficere vt qui ſemel heres extitit deſinat heres eſſe. Itaque intelligimus particulam *tunc* ſi poſt condicionem appoſita ſit, facere vt condicioni inſit tempus, hoc eſt, vt ex tempore duntaxat impletæ condicionis inſtitutio facta videatur. Nec eſt cõtrarium quod dici ſolet heredem non poſſe ex tempore inſtitui, ſicut nec ad tempus, neque ex cõditione, neque ad conditionem præterquàm à milite l. hereditas 34. de hered. inſt. l. in fraudem 15. §. miles l. querebatur 19. in fin. l. miles ita 41. in princip. de teſtam. milit. Id enim eo demùm caſu verũ eſt quo poſt mortem teſtatoris dies aut conditio euenire poteſt, ne alioqui fiat vt pro parte temporis teſtatus pro alia parte inteſtatus deceſſiſſe quis videatur, quod in paganis receptum non eſt ſiue ratione bonorum eam ſucceſſionis diuiſionem inducere velis, ſiue ratione tẽporis vulg. l. ius noſtrũ 7. de regu. iur. Iunct. d. l. miles ita. At nos cũ de formula Aquiliana tractamus de ea die & conditione loquimur quam viuo teſtatore euenire neceſſe ſit: ſic enim habet formula *ſi filius meus me viuo morietur tunc*, &c. vt proinde nihil incommodi poſſit conſequi tametſi hæc inſtitutio tanquam ex die & ex conditione facta non retrotrahatur ad diem conditi teſtamenti, cùm viuo teſtatore de teſtati aut inteſtati ſucceſſione quæri non oporteat, arg. l. poteſt quis 56. D. de hered. inſt. Quòd ſi particula *tunc* abeſſet, haud dubiè retrotraheretur inſtitutio tanquam non ex conditione, ſed ſub conditione facta, & quidẽ ad tempus facti teſtamenti, & conſequẽter ad id tẽpus quo poſthumus nepos alienus fuiſſet, atque ita perinde corrueret, aut, vt veriùs dicã ab initio inutilis eſſet, acſi ea cõdicio adſcripta eſſet, *ſi nauis ex Aſia veniſſet.* In ſpecie autẽ d. l. ei qui ſoluendo etſi proponitur Titius inſtitutus ex ea cõdicione quæ nõ niſi mortuo teſtatore potuerit contingere, quia viuentis hominis ſuus quidem heres eſſe poteſt, ſed neceſſarius heres exiſtere nemo poteſt, non ideò tamen fit vt vllo inſtanti videatur teſtator fuiſſe inteſtatus, quippe qui neceſſarium habuerit heredem, in cuius perſona totius aſſis hereditarij acquiſitio conſtitit, quaſi inſtituto Titio non in eodem aſſe aut eiuſdem aſſis aliqua parte ſed in dupondio, licèt illo poſteà adeunte aſſes ſinguli ad ſemiſſes reducantur l. item quod Sabinus 17. §. ſed ſi aſſe expleto eod. ti. de hered. inſt. Denique ſeparanda eſt inſtitutio quæ fit ſub condicione, ab ea quæ fit ex condicione. Illa retrotrahitur exiſtente quandocunque condicione, ſiue condicio talis ſit quæ viuo teſtatore poſſit contingere, ſiue talis quæ non niſi eo mortuo: ſed cum hac tamen condicione, vt quæ condicio viuo teſtatore impletur, retrotrahatur ad tẽpus teſtamenti acſi purè inſtitutio fuiſſet: Quę autẽ poſt obitũ teſtatoris ea primũ retrotrahatur ad tempus mortis, ac ſi purè & ſtatim poſt mortem teſtatoris delata hereditas fuiſſet, & rurſum à tempore mortis ad tempus teſtamenti. Illa verò inſtitutio quæ fit ex condicione nunquam retrotrahitur, ob idque nec permiſſa eſt in pagano niſi cum talis condicio eſt, vt diximus, quam viuo teſtatore impleri neceſſe ſit. Parum igitur cautè Bartolus Aquilianam formulam ideò receptam eſſe ait, quòd quanquam alienus poſthumus per eam inſtituatur, ipſius tamen inſtitutio confertur in id tempus & in eum caſum quo ſuus erit. Debuit enim potiùs dicere idcirco receptam eſſe formulam, quòd per eam non alienus ſed ſuus poſthumus inſtituatur, vtpote facta inſtitutione ex ea die & condicione qua exiſtente non poſſit hic poſthumus nepos ſuus non eſſe, vt verum ſit non ſolum nullo caſu, ſed etiam nullo tempore inſtitutum fuiſſe poſthumum alienum. Etſi namque dici ſolet parum referre quo tempore quid fiat, ſed id præcipuè tempus inſpiciendum eſt in quod diſpoſitio conferatur l. quod ſponſæ 4. C. de don. ant. nu. l. ſi ego 9. §. ſi alicui de iur. dot. l. Stichus 39. de manu. teſt. non tamen habet id locum in inſtitutionibus, in quib. conſtat præciſè ſpectandum tempus teſtamenti, vt ſciatur an ab initio conſtiterit, nec ſufficere vt mortis aut aditæ hereditatis tempore valere potuerint l. pen. de reg. iur. l. Si alienum 49. §. in extraneis d. l. liber homo 59. §. ſi heres de hered. inſt. l. eius qui apud hoſtes 8. D qui teſtam. facer. poſ. l. 1. in princ. de le. 3. Vnde illud fit quod ſcriptum eſt in l. in tempus 62. eo. ti. vt in tempus capiendæ hæreditatis inſtitui heredem poſſe beneuolentiæ ſit, nẽpe quia iuris ratio repugnabat. Beneuolè tamen receptum eſt non tam fauore teſtamentorũ quam odio legum quib. prohibẽtur ex teſtamento capere qui alioquin capere poſſent, quoniã pœnales ſunt l. ſi is qui heres 11. de vulg. & pupill. ſubſt. Eſt enim humanum vt qui teſtamenti aut mortis tempore capere non potuit eo ſaltem tempore capiat quo capere poteſt, ſi modò in id tẽpus collata ſit inſtitutio. Quod autem ſequitur, *idem & in legato*, non hunc ſenſum habet vt eadem prorſus ſit hac parte legati & inſtitutionis ratio (neque enim in legatis inſpicimus tempus teſtamenti ſi modò teſtamentum valeat, ſed id duntaxat quo deberi incipiant) At, vt quamuis in cæteris legatis cùm quæritur an debeantur ſpectari oporteat tempus quo dies eorum ceſſerit, valeant tamen quæ incapaci relicta ſunt, tametſi eo quoque tempore ſit incapax, dum tamen in id tempus legatum collatum ſit quo capere poterit, nec

ideò

ideò quicquam in fraudem legis factum videatur. Quæ etiam fortaſſis ratio eſt l.ſi ſeruus eius 82. de acquir. hered. à Cuiacio non malè explicata ad l.ſi alienum 49. in fin de heredis inſti. Itaque fatendum eſt, non potuiſſe Gallum Aquilium facere ſalua iuris ratione vt alienus poſthumus inſtitui vllo caſu poſſet, ne quidem collata in id tempus inſtitutione quo eſſet ſuus. Fuiſſéque in eam rem neceſſarium legis nouæ auxilium apparet manifeſtiſſimè ex lege Vellea, cuius primo capite nihil aliud conſtitutum eſt, quàm vt liceat eum poſthumum inſtituere aut exheredare qui teſtamenti tempore ſit alienus dummodo naſcatur ſuus. Quanquam cum iam per Aquilianam formulam reperta eſſet ratio inſtituendi nepotis nati poſt mortem aui, non fuit neceſſaria lex Vellea niſi eo demum caſu quo nepos hic viuo auo naſceretur, aut filius viuo patre (ſpectat enim primum caput legis Velleæ ad omnium graduum poſthumos ſiue patri ſiue auo ſui naſcantur d. l. Gallus. §. nunc de lege & §. ille caſus. l.3. §.1. de iniuſt. rupt) Neque ad alium ſanè caſum lex Vellea pertinet, ſi verba inſpicias. Sic enim habent, *etiamſi parente viuo naſcantur*, d. §. nunc de lege in fin. quo etiam referendum eſt quod in eadem l. Gallus §. & quid ſi tantùm, ſcriptum eſt caſus illos quibus ſuus heres poſt mortem aui naſcatur ad legem Velleam non pertinere. Sed ſi legis mentem & ſententiam inſpicias dubitandum non eſt, cùm voluerit valere poſthumi alieni inſtitutionem ſi modò ſuus naſceretur eo caſu quo difficiliùs erat admitti vt inſtitui poſſet, hoc eſt in quo vita aui naſceretur, multò magis voluiſſe eam vt valeret inſtitutio alieni poſthumi qui ſuus naſceretur etiamſi mortuo teſtatore. Cur autem difficilior fuerit inſtitutio poſthumi viuo teſtatore nati quàm eius qui mortuo dicemus poſteà. Idque eſt, meo iudicio, quod Scæuola ſentit in d. §. & quid ſi tantum, cùm ait, *Sed ex ſententia legis Velleæ hæc omnia admittenda ſunt*. De quo tamen fuſiùs tractandum nobis eſt ad eum locum.

Ex quo iure deſcendat poſthumorum ſuorum & alienorum inſtitutio, & ad §. vlt. l. Titius 25. de liber. & poſthum.

CAPVT II.

Reſtat vt moneamus poſthumorum ſuorum inſtitutionem non ex lege duodecim tabularum deſcendere, vt malè quidam putant, ſed ex prudentum ad eam legem interpretatione, ex qua & illud iam in ductum erat vt incertæ perſonæ nec inſtitutionis nec alio vllo titulo relinqui quicquã poſſet, vt Vlpianus in fragmentis ſcribit tit. 22. qui hered. inſti. poſ. §. incerta perſona. vbi rationem illam reddit quod certum eſſe debeat conſilium teſtantis. Nã cùm lex duodecim tabularum cauiſſet vt quemadmodum paterfamilias ſuper ſua re pecuniáve legaſſet ita ius eſſet l. verbis legis 120. de verb. ſign. abſurdum iuriſconſultis viſum eſt eam teſtatoris voluntatem ius facere quæ nec conſilio, nec iudicio certo regeretur, iudicium verò aut cõſilium certum eſſe nõ poteſt quoties incertæ perſonæ quid relinquitur §. incertis & §. ſed nec huiuſmodi verſicu. tutor Inſtit. de legat. Poſthumi porrò perſona eſt incerta, aut ſi malis loqui cum Theophilo, ſimilis incertæ perſonæ, cum nec per ipſam rerum naturam certum ſit an quandoque ſit naſciturus necne, & an maſculus an fœmina, an vnus pluréſve, imò nec animal eſſe videtur, ſed ſpes tantum quædam animantis leg. 1. de ventr. in poſſ. mitt. & portio viſcerum matris l. 1. §. 1. de ventr. inſpic. Quia tamen præteriti rumpebant parentum teſtamenta ſi ſui naſcerentur, quaſi pro natis haberi debuiſſent qui moriente patre legitimè concepti fuiſſent, vt Caius lib. 1. Inſt. ſcribit tit. de mat. §. vlt. & lib. 2. tit. 3. de exhered. liber. §. poſthumorum, l. qui in vtero 26. de ſtat. homin. (quo tamen loco obſerua de legitimis hereditatibus nominatim agi, quia quod ad teſtamentarias attinebat, poſthumus iure ciuili non habebatur pro nato) induci tandem neceſſe fuit vt inſtitui vel exheredari poſſent, quod ſignificat non obſcurè dictio illa placet in l. 4. de liber. & poſth. fauore ſcilicet teſtamentorum ne ſui heredis agnatione rumperentur l. inter cætera 30. eod. cuius prior pars ad poſthumos liberos, poſterior ad iam natos pertinet. Poſthumi namque rumpunt quod ab initio validum fuit, iam nati cum præteriti ſunt faciunt vt ab initio teſtamentum inutile ſit l. 1. de iniuſt. rupt. Quemadmodum autẽ ſola neceſſitatis vis hoc extorſit vt inſtitui poſſint poſthumi ne rumpant: ita de iis ſolis poſthumis inſtituendis aut exheredandis egerunt Iureconſulti qui poſſunt rũpere, hoc eſt qui ſui ſunt non etiam de alienis. Alieni enim rumpere non poſſunt. §. eſt autem alienus Inſt. de leg. At quoniã & qui alieni ſunt tẽpore teſtamenti poſſunt eſſe ſui cum naſcuntur, atq; ita rumpere (quia cùm quæritur an teſtamentũ agnatione rũpatur natiuitatis, nõ conceptionis tẽpus inſpicimus) inueſtiganda neceſſariò fuit formula per quam poſſet vtiliter inſtitui poſthumus, hic qui teſtamenti quidem tempore alienus eſſet, poſteà verò ſuus naſceretur. Quam ſubtiliter Gallus adinuenit, docens faciendam inſtitutionẽ ex eo tempore quo ſuus erit, & ita demũ ſi poſt aui mortem naſcatur. De auo tantum locutus eſt Gallus & de nepote, quia fieri nequeat vt poſthumus primi gradus ſit alienus quo tempore pater moritur, deinde naſcatur ſuus. Cùm, vt ſuperiore capite monuimus, alienus aut ſuus poſthumus ex inſtanti cõceptionis dignoſcatur, nulla autem ſtatus mutatio poſſit accidere in illo qui nondum in hominum natura eſt. In nepote ſecus eſt, propter ſtatus mutationem quæ in perſona patris medio tempore poteſt contingere. De illo autem nepote duntaxat qui poſt aui mortẽ naſcitur Gallus idcircò præſcripſit formulam, quia poſthumi quãdocunque poſt teſtamentum viuo teſtatore nati inſtitutio permiſſa non erat, nec ſi ſuus eſſet, quia nec erat neceſſarium vt permitteretur, valente ſcilicet teſtatore teſtamentum quod ſe viuo per agnationem ruptum eſſet pro arbitrio mutare ſibique proſpicere. Cum tamen poſſet etiam aliquando contingere, & verò contingeret ſæpiſſimè vt mutare teſtamentum paterfamilias non poſſet aut quòd peregrè ageret, ac in loco vbi ciuiũ Romanorum copia non eſſet, aut morbo fortaſſis oppreſſus repentino: Tandem animaduerſum eſt neceſſarium quoque eſſe vt huic periculo prouideretur: Eámque in rem lata eſt, vt diximus, lex Vellea, quę licèt ad poſthumos poſt teſtatoris mortem natos non pertineat, ſufficiente nimirum, quod ad poſtumos filios iure ciuili antiquo, quòd ad nepotes verò, formula Galli Aquilij (ſupplenda tamen hactenus vt nõ nepotis tantùm mentio fiat, ſed etiam pronepotis, nec mortis tantum caſus exprimatur, ſed etiam cæteri ſimiles per quos euenire poſſit vt nepos aut pronepos viuo auo fiat ſuus) multò magis tamẽ ex ſentẽtia Velleij ad illos quoq; pertinebit qui poſt mortẽ aui naſcũtur, quippe quorũ inſtitutio fuerit facilior, cóq; fauorabilior, q eorũ præteritio periculoſior erat. Pertinebit aũt ita vt poſthumus nepos inſtitutus, ſicuti Gallo Aquilio placuit, & caſu tantũ mortis expreſſo perinde vtiliter inſtitutus videatur, licèt alia ratione quàm

morte patris ſuus heres aun factus ſit: cùm alioqui ſi lex Velleia non eſſet, inſtitutio corrueret, quaſi non inſtituto poſthumo nepote in eum caſum qui euenit, & in quem nominatim inſtitui potuerat ex interpretatione ſuppletiua ad Aquilij formulam appoſita, vt ſequenti capite docebimus. An autem poſthumus nepos inſtitutus per Aquilianā formulam, & viuo auo ſuus natus pro vtiliter inſtituto habendus ſit ſiue ex formula Galli, ſiue ex verbis aut ſententia legis Velleæ alia quæſtio eſt de qua dicemus ad §. quid ſi infrà. Illud ſanè annotandum eſt, Poſthumi alieni inſtitutionem iure ciuili improbatam à Prætore tamen receptam fuiſſe vt Iuſtin. refert in Inſt. ti. de bon. poſ. in princ. Quo ſenſu haud dubiè accipiendum eſt quod idem Iuſt. ſcribit 10 §. poſthumus autem Inſt. de leg. poſthumum heredem inſtitui & nunc poſſe, & antè potuiſſe, ſcilicet iure Prætorio. Ita enim loqui eum neceſſe fuit vt oſtenderet differentiam inſtitutionis & legatorum de quibus paulò antè dixerat. Legata ſiquidem alieno poſthumo relicta vſque adeò inualida erant, vt nec iure Prætorio ſuſtinerentur. Inſtitutiones ſuſtinebantur tanquam fauorabiliores l. poſthumus 6. D. de inoff. teſta. l. 1 §. ſi filius in adoptione l. extraneo 6 de ventr. in poſſeſ. mitt. l. 3. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul. Quę etiam Pauli ſententia eſt in §. vltim. l. Titius 25. de liber. & poſthum. vbi tractans de inſtitutione alieni poſthumi qui nullo caſu ſuus naſci poterat, reſpondet iure factam eam videri. Nam & iure facta dici poteſt inſtitutio quæ iure Pretorio ſuſtinetur, cùm parùm referat, quòd ad tabularum effectum attinet, an ex iis adiri hereditas, an bonorum poſſeſſio peti poſſit l. non putauit 8 §. à primo gradu l. quod vulgo 19. de contr. tabul. Malè autem Cuiacius locum illum Pauli explicat, defendens in ea ſpecie valere poſthumi alieni inſtitutionem, quòd is iam reuera natus eſſet facti teſtamenti tempore, quaſi plus valere debeat quod in re eſt quam quod in opinione teſtatoris, qui nondum natum arbitrabatur. Nam imò verò dubitandi ratio apud Paulum illa erat, quòd natus iam fuiſſet teſtamenti tempore quem teſtator adhuc in vtero eſſe putabat vt apertè ſonant verba illa, *verba quidem teſtamenti ad eum pronepotem directa videri, qui poſt teſtamentum factum naſceretur.* Decidendi verò illa eſt, quam & Accurſius & Bartolus non ignorarunt quòd inſpecta volũtate teſtatoris & ex probabili eius errore ꝓ nõ nato haberi debeat qui eadẽ ipſa die & paulò ante inſcio teſtatore natus eſt. An quia, vt illi generaliter tradũt, prouiſio à teſtatore facta in vnũ caſum porrigi debeat ad aliũ in quo veriſimiliter teſtator prouidiſſet, ſi de eo cogitaſſet? Minimè. Obſtat. n. l. cõmodiſſimè 10. l. ſi ita ſcriptũ 13. eo. ti. alięque ſimiles innumeræ. Sed quia probabilis erat & omnino excuſandus error teſtatoris, quòd & eadẽ die qua teſtamentũ factũ erat, neptis enixa fuiſſet, & teſtamẽtũ in ciuitate ſcriptũ eſſet, neptis autẽ ruri agens extra ciuitatẽ peperiſſet. Eſt igitur caſus hic valde ſingularis propter concurrentes circunſtãtias loci & tẽporis, quę ſi abeſſent, vix eſt vt ob ſolã teſtatoris ignorantiã idẽ reſponſurus Paulus fuerit, quod & ſatis apertè ſignificat ille cũ ita ſcribit, *ſed ſi vt proponitur eadẽ die qua teſtamẽtũ factũ eſt neptis teſtatoris antequã teſtamẽtũ ſcriberetur, enixa eſſet*, ne quis fortè reſponſum illud traheret ad conſequẽtias. Cæterũ non de illo tractat, An poſthumus hic iure inſtitui potuerit (certũ enim erat iure ciuili non potuiſſe, Prætorio potuiſſe) ſed de hoc duntaxat, An Inſtitutus eo iure & modo quo inſtitui potuit ob id minùs ritè videri debeat inſtitutus, quòd iam natus eſſet teſtamenti tempore quem teſtator adhuc in vtero eſſe exiſtimabat. Planè conſtat hodie ex Iuſtiniani conſtitutione, quæ tamen in Codice non extat, inſtitui poſſe alienum poſthumum perinde ac ſuum nulla adhibita diſtinctione, poſſéque ei & legari & fideicommitti, ſi eidem Iuſtiniano credimus in d. §. poſthumo quoque alieno Inſt. de leg. Et conſequenter cùm iure ciuili valeat talis inſtitutio ſuperuacuus eſt tractatus de formula Aquil. & lega Vellea, præterquam hoc vno intuitu quòd turpe ſit non tantũ viro Patricio, ſed etiam omnibus qui ſe Iureconſultos audiot dicere, iuris in quo verſantur rationem ignorare, & in veterum prudentum reſponſis interpretandis cæcutire.

Ad §. ſi quod tantùm l. Gallus de liber. & poſthum.

CAPVT III.

IN hoc §. illud inprimis obſcurum eſt quod ſcribit Scæuola, *ſed ex ſententia legis Vellea & hac omnia admittenda ſunt*. Aotonius Goueanus Iureconſ. acutiſſimus, & perſpicaciſſimus cuius extant perelegantes dupliceſque in totam legem hanc commentarij, verba illa *legis Vellea*, diſpungenda eſſe cenſet vt quæ ſint inepti interpretis, & quaſi de Galli Aquilij non de legis Velleæ ſententia Scæuola ſenſerit. Alij ſic interpretantur poſt Accurſiũ & Bartolũ, vt Galli Aquilij formula ſuppleatur per legẽ Velleã quę omnes rũpẽdi caſus cõplexa eſt verbis illis generalib. *ſi ſuus heres eſſe deſierit*. Omnino malè. Sunt. n. ea verba ſecundi capitis non primi d. §. ſequenti parte. Secundum autem caput legis Velleæ non ad poſthumos pertinet, ſed ad eos tantùm nepotes qui teſtamenti tempore iam nati eſſent viuo adhuc parente ſuo herede, poſteáque in ſui heredis locum viuo auo ſucceſſiſſent. Atqui Gallus non niſi de poſthumi nepotis inſtitutione egit. Cùm igitur nihil commune habeat formula Galli Aquilij cum ſecũdo capite legis Velleæ, fieri nullomodo poteſt vt ex eius ſententia interpretationem recipiat, ſed tantùm ex ſententia primi capitis, quo, vt diximus, etiam alieni poſthumi inſtitutio permittitur, adeóque quod magis eſt viuo teſtatore nati. Vtrumque contrà veteris iuris rationem, illud duntaxat requiritur vt qui inſtitutus eſt ſuus naſcatur. Cur nõ igitur multò magis admittamus, poſthumum nepotem ex eo tempore inſtitutum quo ſuus futurus eſſet auo mortuo ex præſcripto Galli Aquilij, vtiliter inſtitutum intelligi quamuis non per filij mortem poſitam in condicione inſtitutionis, ſed alia qualibet ratione ſuitatis iura nactus ſit, & poſt aui obitum natus? Nec felicior Cuiacius, qui horum verborum, *ex ſententia legis Vellea*, hunc ſenſum eſſe arbitratur, vt quemadmodum lex Vellea viuo teſtatore agnaſcentibus poſthumis caſus omnes rumpendi complexa eſt, ita putauerit ſatis, iure antiquo poſt mortem agnaſcẽtibus poſthumis comprehendi omnes caſus, hoc eſt, vt idẽ ille interpretatur, potuiſſe antè legem Velleam inſtitui nepotem qui poſt mortem aui naſceretur, in omnem caſum quo ſuus naſceretur, ſiue nominatim caſus ſinguli, puta deportationis, emancipationis, & captiuitatis, nominatim inſerti eſſent inſtitutioni, ſiue ſimpliciter, aut generalibus verbis inſtitutio facta fuiſſet. Sic enim putat vir doctiſſimus, caſum mortis, ſi ſolus in Aquiliani nepotis inſtitutione comprehenſus ſit, non poſſe trahi ad caſum deportationis aut emancipationis, aut captiuitatis, ſed eam Scæuolæ mentem eſſe vt poſſit nepos inſtitui non ſub ea tantùm condicione, quam Gallus expreſſit, *ſi filius meus me viuo morietur*, ſed ſub hac quoq; *ſi filius meus me viuo deportabitur, aut ab hoſtib. capietur, aut emãcipabitur*. Cuius opinionis

auctorem

auctorem laudat vnum Æmilium Perrotum, veterum illorum interpretum errorem ſecutum, quem à communi Doctorum ſchola iam olim exploſum fuiſſe Caſtrenſis teſtatur. Et optima quidem ratione exploſus is fuit. Quis enim tam ineptus ſit vt dubitare queat, an poſt dictatam Aquilianam formulam liceat teſtatori, ſicut mortem filij, ita deportationem, captiuitatem, & emancipationem in condicione ponere? Aut cur in eam rem neceſſarium dicamus auxilium legis Velleæ, quæ nec mortis, nec deportationis, nec alium vllum caſum ſpecialiter expreſſit, ſed generaliter illum duntaxat quo poſthumus qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet ſuus naſceretur etiamſi viuo auo? De illo itaque Scæuolam dubitare fatendum eſt, an poſthumus ita inſtitutus ſicuti Gallo placuit, hoc eſt ex ea condicione, *ſi filius meus viuo me morietur*, vtiliter inſtitutus videatur eodem filio non mortuo, ſed vel deportato, vel ab hoſtibus capto. Magis autem probat vt vtiliter inſtitutus nepos videatur: An quod ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex ſententia Galli mortis caſum expreſſiſſe ſufficiat vt ad ſimiles omnes trahi poſſit? quemadmodum vulgo creditur. Minimè. Condicionem enim quamlibet, præſertim quæ inſtitutioni adiecta ſit in ſpecie, &, vt noſtri loquuntur in forma ſpecifica, impleri oportet l. qui heredi 44. l. Mæuius 55 de condic. & demonſtr. & planè commentitia eſt illa Bartoli diſtinctio, an condicio voluntaria ſit, an neceſſaria ſiue ad actum ſiue ad effectum actus. Cùm ea condicio quæ in formula Aquiliana exprimitur ſit neceſſaria ad actum & validitatem inſtitutionis poſthumi nepotis, nec tamen poſſit adimpleri per æquipollens etiam fatente Scæuola ſi liberalius interpretationem quam ille ex ſententia legis Velleæ mutuatur. Idque & Bartolus ipſe benè vidit, ſed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat non poſſe condicionem hanc adiectam inſtitutioni nepotis Aquiliani, *ſi filius viuo auo morietur*, impletam videri ſi filius deportatus ſit aut emancipatus, quòd ea interpretatio eſſet contrà legem quæ alieni poſthumi inſtitutionem prohibet. Quaſi verò, eo caſu quo mors filij expreſſa eſt permiſerit Gallus aut permittere potuerit poſthumi alieni inſtitutionem, aut quaſi condicione ſic concepta, *ſi filius meus me viuo morietur*, videri debeat poſthumus inſtitutus in eum caſum quo ſuus erit, potiùs quàm ſi condicio illa adſcripta eſſet, *ſi filius meus viuo me deportabitur aut ab hoſtibus capietur*, quorum tamen omnium nihil certè dici poteſt. Ergo caſus mortis expreſſus in inſtitutione poſthumi nepotis, non trahetur ad ſimiles, ſiue verba formulæ, ſiue mentem Aquilij, ſiue denique ſententiam teſtatoris reſpicias quæ ex verbis concipi poſſit. Alia enim reuera condicio mortis, alia emancipationis, alia deportationis, alia captiuitatis, caſúſque planè diuerſi ſunt. Proinde non licet Iuriſconſulto caſum vnum ad alium porrigere: quia id demùm ſopplere eſſet non interpretari l. commodiſſimè 9. de liber. & poſthum. Eſſétque in eam rem neceſſarium reſcriptum Imperatoris manca prudentum poteſtate vt in l. vlt. C. de poſt. hered. inſtit. l. 3. C. de inſti. & ſubſti. l. iam hoc iure 4. de vulgar. ſubſt. An igitur fiet ea extenſio ex verbis legis Velleæ? Multò minus, ſiue prius ſiue poſterius legis caput adferas. Vtrunque enim loquitur de liberis natis viuo teſtatore. Nos cũ Aquilio de poſthumo nato poſt mortẽ aui. An deniq; ex ſentẽtia legis Velleæ inducemus, vt ad ſimilitudinẽ mortis cęteri caſus admittẽdi ſint? Ita Scæuolæ verba præ ſe ferunt. At neque hoc dici poteſt. Nec enim vllo capite legis Vellęę aut mortis aut alius quiſquã caſus expreſſus eſt, aut etiã per interpretationem ſupplendus. Nã ſicuti nullã inſtituendi poſthumi formulam Velleus præſcripſit: vt pote cui legem roganti facilius fuerit nouum ius facere, quàm formulam nouã conſcribere: ita neq; condicionem vllam inſtitutioni poſthumi aut nepotis iam nati adſcribi iuſſit: ſed generaliter conſtituit priore quidem capite, vt quibuſcunque verbis facta poſthumi, ſiue filij, ſiue nepotis, inſtitutio valeret ſi modò poſthumus ſuus naſceretur etiãſi viuo auo. Poſteriore verò, vt qui in locum ſui heredis ſuccederet quacunque tandem ratione prior ſuus heres eſſe deſiiſſet, ſi modò vtiliter inſtitutus eſſet, aut exheredatus, teſtamentum non rumperet. Et verò in formula Galli Aquilij ideò neceſſaria fuit condicionis adiectio quòd ſimpliciter inſtitui nõ poſſet poſthumus qui teſtamenti tempore alienus erat, eſſétque neceſſe inſtitui illum ex eo demùm tempore quo ſuus eſſet: quæ etiam dubitandi ratio eſſe videtur ad l. 2. in princip. de iur. codic. vbi agitur de legato relicto poſthumo in codicillis teſtamento confirmatis, quorum ſingulare ius eſt vt quæcunque in iis ſcribuntur perinde habeantur acſi in teſtamento relicta eſſent §. codicillorum ead. l. In caſu legis Velleæ non eſt neceſſaria, quia permittit puram alieni poſthumi inſtitutionem dummodò naſcatur ſuus. Quòd ſi contendas, vel hoc ipſo poſſe ex ſentẽtia legis Velleæ ſumi interpretationem vt caſus mortis trahatur ad ſimiles, quòd lex Vellea non diſtinxerit qua ratione fiat vt poſthumus nepos naſcatur ſuus: Dicam Imò verò fieri non poſſe vt ad hanc interpretationem & extenſionem aptetur ſententia legis, quæ nec condicionem inſtitutionis, nec caſum vllum requirat, nec aliud quicquam præter ſuitatem natiuitatis tempore. Quid ergo eſt quod ex ſententia legis Velleæ admittendum eſſe Scæuola ſcribit? Illud nimirum, vt nepos inſtitutus ex præſcripto formulæ Aquilianæ ſolo caſu mortis expreſſo vtiliter inſtitutus videatur; nec rumpat teſtamentum quandocunque poſt aui mortem natus ſuus, licèt filius qui teſtamenti tempore ſuus erat non mortuus fuerit viuo auo, ſed vel deportatus, vel ab hoſtibus captus. Idque non propter vim formulæ Aquilianæ, quæ ſanè manca eſt cùm ſolum mortis caſum exprimit, ſed poteſtate legis Velleæ, quæ admittit inſtitutionem poſthumi etiam alieni, etiam nati viuo auo aut patre. Eſt enim legi conueniens ea interpretatio, vt eadem lex multò magis deſedere voluerit vtilem ab initio poſthumi inſtitutionem ex eo demum tempore factam quo ſuus eſſet. Sufficit námque ad defendendam inſtitutionem vt caſum aliquem vtilem habuerit arg. l. Stichus 39. de manum. teſtam. l. pater filio 54. de hered. inſt. quomodo hîc caſum illum vtilem habuit: Si filius viuo auo mortuus fuiſſet. Ex quo intelligimus ſi lex Vellea ſecuta non eſſet aliud reſponſuros fuiſſe Iureconſultos: Quamquam enim ſupplere potuerunt Galli formulam hactenus vt quod de mortis caſu exprimendo prodiderat idem de cæteris caſibus morti ſimilibus exprimendis ſenſiſſe videretur, hoc eſt vt quemadmodum poteſt auus ex ea condicione inſtituere nepotem, *ſi filius viuo ſe morietur*, ita & poſſit ex illa *ſi filius viuo ſe deportabitur, aut ab hoſtibus capietur*; attamen formulã inſtitutionis à teſtatore factæ in caſum duntaxat mortis filij de qua tractatur in hoc §. ſupplere non potuerunt, & ad alios caſus non expreſſos extendere. Siquidem longè facilius eſt ſupplere formulam Galli Aquilij vt permittamus auo inſtitutionem aliis verbis concipere, dummodo ex verbis apparere poſſit inſtitutum nepotem ex eo tẽpore quo ſuus poſthumus eſſe incipiat, quàm ſupplere

formulam inſtitutionis, quod fieri certè nequeat quin voluntas teſtatoris ſuppleatur. Itaque Scæuola in §. ſequenti parte, non ſic loquitur vt dicat in poſthumi nepotis inſtitutione vno tantùm caſu expreſſo ſupplendos eſſe cæteros, ſed *ſupplendos eſſe in Galli Aquilij ſententia*, quaſi de omnibus caſibus morti ſimilibus idem Aquilij iudicium fuerit vt exprimi ſimiliter poſſint. Porrò Aquilij ſententiam ſuppleri nil neceſſe eſſet ſi vno tantùm caſu à teſtatore expreſſo cæteri ſuppleri poſſent per interpretationem. Sic & in §. idem credendum ſupplet Scæuola formulam Aquilij vt licet de nepote tantùm Gallus locutus ſit, in pronepote tamen idem exiſtimauerit. An vt ſi auus nepotem inſtituerit cenſeatur etiam inſtituiſſe pronepotem? Minimè. Debuit enim pronepos ipſe inſtitui, ad hoc ne ſuccedendo rumperet. Sed vt ita ſcribere proauus poſſit *ſi me viuo nepos decedat tunc qui ex eo pronepos mihi naſcetur*, &c. Quibus conſequens eſt, planéque neceſſariò fatendum non Scæuolæ ſed interpretis eſſe verba illa poſtrema huius §. *vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint*, quæ ſola interpretibus omnibus impoſuerunt vt loci elegantiam percipere non potuerint, vtque tot commẽtarios de caſus vnius ad aliũ extenſione prorſus extrà rẽ effuderint. Putauit autẽ, quiſquis ille fuit malus interpres, ita intelligendum quod Scæuola ſcripſerat, *ſed ex ſententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda ſunt*. Et verò ſi Accurſij gloſſam legas videtur ille ea verba quæ tollimus ad ſequentis §. principium retuliſſe, cui tamen longè minùs cõueniunt vt facilè perſpicere quiuis poteſt. Illud quoque in hoc §. obſcurum eſt, nec à quoquam hactenus benè explicatũ, cur Scæuola emancipationem ſeparet à deportatione, & cur tractet de filio deportato, non autem de nepote emancipato. Et puto rationem eſſe quia filius etiam inſtitutus rumpit teſtamentum cùm emancipatur, non etiam nepos: quod quoniam obſcurius eſt & iam longiores fuimus, explicandum relinquemus infr. ca. 15. libri decimi.

Quàm corruptus ſit contextus eiuſdem legis in §. quid ſi qui filium, & quàm malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat.

Capvt IIII.

Corruptum eſſe pleriſque locis huius legis contextum, cum ex lectionum varietate, tum ex recentiorum commentariis apparet, quibus videas alios aliter nunc hunc, nunc illum §. emendare, ſicut & alij aliter interpretantur. Mihi præcipui momenti videtur eſſe emendatio illa quam nos ſuperiore capite de noſtro attulimus ad §. & quid ſi tantùm. Sed quæ à nobis nunc proponenda eſt, interpretaturis quod ſequitur in §. quid ſi qui filium, tãtò difficilius admittenda videbitur, quantò audacior eſt, & ob id periculoſior, ac locus ipſe longè obſcurior. Ideóque apertiſſimis rationibus agendum nobis erit vt eos ſaltem ſententię noſtræ aſſertores habeamus, qui noſtri exemplo non iuris rationẽ ex recepta lectione aut Doctorum interpretatione, ſed verã lectionem legúmque interpretationem ex iuris ratione metiemur. Sic ait Scęuola, *Quid ſi qui filium apud hoſtes habebat teſtaretur? Quare non induxere vt ſi anteà quàm filius ab hoſtibus rediret, quãuis poſt mortẽ patris decederet: tunc deinde nepos vel etiã adhuc illis viuis poſt mortẽ ſcilicet aui naſceretur, non rũperet? Nam hic caſus ad legẽ Velleã nõ pertinet.* Hîc illa primũ explicari nullo modo poſſunt, *adhuc illis viuis poſt mortẽ ſcilicet aui*. Prorſus enim repugnat vt nepos natꝰ ſit *viuis illis*, i. *patre & auo*, de quibus ſunt pręcedentia, & vt natus ſit poſt mortẽ aui. Nec video qua ratione Accurſij & Bartoli interpretatio probari poſſit, licèt eã Cuiacius probet vt Scæuola parùm ad id animaduertens à ſingulari numero tranſeat ad pluralem, & *viuis illis* dixerit pro *viuo illo*, id eſt, *patre*. Neque enim potuit Scæuola ſine flagitio in hoc peccare tractans ſcilicet quæſtionem illam cuius deciſio ex eo potiſſimùm pendeat an viuo auo aut patre aut vtroque aut neutro poſthumus nepos natus ſit: quod & demonſtrant ſatis ſequentia illa *poſt mortem videlicet aui*, quæ ſi Scæuola non prætermiſit, vt noſtri volunt, ne dubitatio vlla ſupereſſet quis credat imprudenti ei excidiſſe vt in eadem parte clauſulæ pluralem numerum pro ſingulari vſurpauerit? Dicerem potius ſi aliud nihil moueret quod Goueanus in prioribus Commentariis ſcripſit parùm acuti interpretis eſſe verba illa *vel etiam adhuc illis viuis*, aut ita ſaltem reſtituenda vt legamus *illo viuo* quod in poſterioribus idem ille magis probauit. Quod vero nonnulli his verbis moti ſomniant tractare Scæuolam de pronepote, magis ridiculum eſt, cùm & præcedentia & ſequentia oſtendant toto hoc §. non niſi de nepote agi. Sed magis ridiculus Alciatus, qui locum hunc ſic emẽdat vt legat, *poſt mortem, ſcilicet qui naſceretur*, quæ nec vllius ſenſus lectio eſt, nec præcedentibus iis vllomodo conuenit *illis viuis*. Itaque vt hinc noſtra coniectura incipiat dico delenda prorſus verba iſta *poſt mortem ſcilicet aui* & ita legendum *tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis naſceretur*, vt ſenſus ſit, quòd ad propoſitam dubitationem attinet, nihil referre an nepos ex filio ab hoſtibus capto natus ſit patre & auo mortuis, an vtriſque viuis. Neuter enim caſus aut ad Aquilij formulã aut ad legem Velleam pertinet. Non equidem ad Aquilij formulam, his verbis conceptam, *ſi filius meus me viuo morietur*, non tantùm quòd longè alius & diſſimilis caſus ſit captiuitatis à caſu mortis, ſed etiam quia filius qui teſtamenti tempore apud hoſtes fuit quandocunque in eodem ſtatu deceſſerit iam tũ mortuus fuiſſe intelligitur non ex fictione legis Corneliæ vt vulgo noſtri omnes imperitiſſimè exiſtimant (neq; enim fictio legis Corneliæ locum habere poteſt in perſona filiifamilias vt docebimus lib. ſeq. cap. 8.) ſed quoniam citra fictionem ab ipſo inſtanti captiuitatis factus reuera ſeruus pro nullo & mortuo haberi debuerit l. quod attinet 32. de reg. iur. Vt proinde non ferè minus ſtultè faciat auus qui filium habens apud hoſtes vnde nunquam reuerſus ſit, nepotem ex ea cõdicione heredem inſtituit, *ſi filius me viuo apud hoſtes deceſſerit*, aut etiam prætermiſſis iis verbis, *me viuo*, acſi ſic ſcriberet filio iam teſtamẽti tẽpore mortuo, *ſi filius meus morietur*. Denique Galli Aquilij formula pertinet ad inſtitutionem nepotis poſthumi qui teſtamenti tempore ſit alienus. Hic autem natus poſt teſtamẽtum ſiue viuis patre & auo, ſiue vtriſq; mortuis, ſiue alterutro tantum, ſi modò conceptus ſit ex eo qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat, nec vnquam reuerſus fuit, ſuus heres auo iam inde ab eo tempore quo teſtamentum præceſſit, fuiſſe credendus eſt. Ergo non ſolum minus ſufficiens eſt huius nepotis inſtitutio in caſu mortis filij concepta, quæ, vt ſuperiore capite diximus, nec ad deportationis aut emancipationis caſum trahi poſſet, ſed & ipſa Aquiliana formula in hanc rem prorſus inepta eſt, adeò vt nec ſuppleri in ea poſſit caſus hic præſentis captiuitatis: tametſi & captiuitatis futuræ perinde ac deportationis aut emancipationis condicionẽ admittat. Quapropter non malè Florentina lectio ſic habet, *quare nõ induxere*, non quomodo vulgata quam tamen

Goueanus probat, *quare non induxit.* Neque enim miratur aut quærit Scæuola cur Aquilius non induxerit vt huius nepotis inſtitutio valeret (cum etiam vetere iure & ante Gallum potuerit haud dubiè poſthumus hic nepos vtiliter inſtitui defuncto quandocumque poſteà patre apud hoſtes, quaſi iam ſuus, vt dixi, quia & impunè pater eius præteriri poterat, hac eadem l. §. in omnibus & l. penult. infrà eod. Reuerſo autem patre, nullomodo potuerit inſtitui quòd eſſet alienus) ſed quærit cur ij qui Aquilianam formulam ſic interpretati ſunt vt quamuis teſtator de morte filij nil expreſſerit, at ſimpliciter poſthumum nepotem inſtituerit, valeat inſtitutio in eum caſum qui ex verbis concipi poſſit (de quibus in § quidam rectè) iidem non induxerint vt ex filio captiuo nepos inſtitutus ſicuti Gallo placuit vtiliter inſtitutus videatur ſiue patre & auo viuis, ſiue vtriſque mortuis, ſiue alterutro tantùm viuo deceſſerit. Cauſa autem propter quam id inducere debuerint, illa fuit, quòd hic nepos præteritus perinde rumpat teſtamentum ac ſi filius poſt teſtamentum captus ab hoſtibus fuiſſet. Non enim, vt mox Scæuola ſubiicit, caſus hic ad legem Velleam pertinet, quod ita accipi omnino debet vt nec ad verba nec ad ſententiam legis pertineat, ſiue viuis, ſiue mortuis vtriſque parentibus naſcatur, cùm vtrumque caſum tractet Scæuola. At quia lex Vellea eorum tantùm poſthumorum inſtitutionem adprobet qui viuo teſtatore naſcuntur? At ratio hæc probaret potiùs pertinere igitur hunc caſum ad legem Velleam nato nepote viuis parentibus, quod tamen Scæuola negat. Deinde iam oſtendimus ſuperiore capite, legis quidem Velleæ verba iis tantùm poſthumis conuenire qui in vita naſcuntur, ſed ſententiã tamen ad eos quoque extendi qui naſcuntur poſt mortem ſi modo naſcantur ſui, & caſum aliquem vtilem habuerit inſtitutio: quam diximus eſſe ſententiam §. & quid ſi tantùm: An quia lex Vellea de iis tantùm, & locuta fuiſſe & ſenſiſſe videatur qui teſtamenti tempore fuiſſent alieni cùm introduxerit vt poſſent inſtitui §. ille caſus infr. hac lege. Verùm & illum quoque caſum Velleius primo capite complexus eſt ſi nepos eo tempore inſtituatur quo filius non ſit, & conſequenter quo nepos iam ſit ſuus, vt apertè Scæuola ſcribit in §. nunc de lege. Nec fuit hoc caſu ſuperuacua legis prouiſio, cùm iure antiquo nec talis poſthumus ſuus poſſet inſtitui, ſi poſteà viuo teſtatore naſceretur, perindeque rumperet ac ſi non eſſet inſtitutus, l. 3. §. 1. de iniuſt. rupt. Vlp. tit. 22. qui hered. inſt. poſſ. §. eos qui in vtero ſunt, in fragment. Ratio igitur propter quam caſus hic de quo tractamus ad legem Velleam nullomodo pertinet, illa ſola eſt, quòd nepos ex eo natus qui apud hoſtes eſt natiuitatis tempore, non omnimodo naſcitur ſuus, ſed ita demùm ſi poſteà pater decedat apud hoſtes. Quid enim ſi ab hoſtibus reuertatur? Fictione poſtliminij nunquam captiuus fuiſſe videbatur, ſed in ciuitate & patris poteſtate perpetuò manſiſſe, atque ita nepoti obſtitiſſe quominus ſuus vllo tempore fuiſſe videri poſſit. Atqui lex Vellea primo capite eius demùm poſthumi inſtitutionem & permittit, & admittit, qui omnimodo ſuus heres naſcatur. Deſignat enim præcisè tempus natiuitatis poſthumi dict. §. nunc de lege. Ideóque nec poteſt eius poteſtas in ſuſpenſo manere vſque in id tempus quo certum eſſe incipiat an fictio poſtliminij locum habitura ſit vt poſthumus natiuitatis tempore ſuus fuiſſe videatur. Nec ad rem pertinet quòd ob eandem fictionem ipſius quoque teſtamenti via in ſuſpenſo manet. Id enim idcircò fit quòd filio redeunte ab hoſtibus nulla captiuitatis ratio habebatur, nec nepos ſuus vnquam fuerit: filio autem apud hoſtes mortuo verum ſit iam tum cùm teſtamentum fiebat fuiſſe illum extra patris poteſtatem, atque ita nepotem poſt captiuitatem natum ſuum heredem fuiſſe eo inſtanti quo natus eſt. Denique fictio poſtliminij facit quidem vt inteſtati ſucceſſio filio quandocunque reuerſo delata intelligatur l. pen. de ſuis & legit. At captiuo apud hoſtes defuncto nepotem qui in ciuitate manſit & reuera ſuus fuit heredem ab inteſtato, non facit, quoniã nulla in eam rẽ fictionis poteſtas eſt, quam ſcilicet ſufficit ceſſare vt nepos iure communi admittatur. Ergo quòd ad cauſam teſtati pertinet multò minus fictio ſola ſufficiet, vt poſthumus medio tempore natus vtiliter inſtitutus cenſeatur, quia prius eſt vt inſtitui potuerit, quàm vt vtiliter inſtitutus fuerit. Inſtitui porrò non potuit ſiue ius ciuile, ſiue legem Velleam inſpicias, niſi is demùm poſthumus qui ſuus omnimodo naſcitur, quod huic ſanè non euenit. Nam admittimus quidem ſuum natum fuiſſe hoc ipſo quòd eius pater iam tum captiuus, nec poſteà reuerſus abinde mortuus habebatur, ſed non ita ſuum natum fuiſſe vt non ſuus naſci non potuerit. Itaque idem hîc, licèt alia ratione, euenit quod in ſpecie l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. vt filius qui nepoti non obſtaret in ſucceſſione inteſtati eidem obſtet in cauſa teſtati, non vt impediat ne præteritus nepos rumpat teſtamentum, ſi filius ipſe apud hoſtes moriatur, ſed vt faciat ne potuerit nepos ex lege Vellea aut ex iure ciuili inſtitui, propterea quòd pendente eo an filius quandiu apud hoſtes eſt pro viuo aut mortuo haberi debeat propter poſtliminij fictionem, ipſius quoque nepotis ius pẽdere neceſſe ſit. Nulla ſiquidem retrofictione fieri poteſt vt nepos auo moriente ſuus illi heres omnimodo naſciturus fuiſſe videatur, cùm reuerſo quandocunque patre ab hoſtibus futurum ſit vt appareat natiuitatis tempore fuiſſe eum non ſuum. Quæ etiam differentiæ ratio eſt inter nepotem ex filio captiuo, & nepotem ex filio exheredato, in ea ſpecie quam Paulus ex Pomponio & Marcello tractat in l. ſi quis poſthumos 9. §. filium de liber. & poſthum. de huius ſententia & emendatione dicemus lib. ſeq. cap. 12. His conſequens videtur, vt quod apud Scæuolam ſequitur *melius ergo eſt vt in eiuſmodi vtilitate, præſertim poſt legem Velleam quæ & multos caſus rumpendi abſtulit interpretatio admittatur*, & cætera omnia ad finem vſque §. Triboniano potiùs quàm Scæuolæ adſcribamus. Nemo enim vnquam ex Iuriſprudentibus quorum ſcripta habemus reſpondit, aut reſpondere potuit eũ qui inſtitutus eſſet ſub ea condicione, ſi poſt teſtatoris mortem naſceretur, vtiliter inſtitutum videri eo caſu quo natus eſſet viuo teſtatore. Quin extat in cõtrariũ apertiſſima Põponij ſententia in l. commodiſſimè 2 . hoc tit. l. ſi ita ſcriptũ 47. §. 1. de her. inſt. Item; Pauli lib. 3 ſen. ti. 4. de teſta. §. antep. Imò & eiuſdẽ Scæuolæ quẽ tractamus in hac ipſa lege §. forſitan, vbi negat ille, rectè inſtitutũ videri eũ qui viuo teſtatore natus eſt, ſi in caſum iuris antiqui inſtitutus erat, hoc eſt ſub ea condicione, Si poſt teſtatoris mortem naſceretur. Et ſanè longè aliud eſt interpretari verba teſtatoris, aliud ſupplere. Interpretari Iuriſconſultus & poteſt & debet, quantùm voluntatis coniectura patitur, ſupplere verò nec poteſt nec debet, tametſi maxima æquitatis ratio vrgere videatur, in eámque rem prorſus neceſſarium eſt aut legis alicuius aut reſcripti principalis auxilium vt iam ſuprà diximus cap. proximo. Primus itaque Iuſtinianus fuit qui ſumma æquitate motus conſtituit in l. vlt. C. de poſthum. her. inſtit. quę vna ex 50. Deciſ. vt

poſthumus in caſum iuris antiqui inſtitutus, hoc eſt, ſi poſt mortem teſtatoris naſceretur vtiliter inſtitutus videatur etiam in caſum legis Velleæ, hoc eſt tametſi viuo teſtatore naſcatur. Ne, inquit, præteritionis pœnam patiatur pater qui liberos non præteriit. Quæ conſtitutio cùm apertè nouum ius faciat, fruſtrà labores cum noſtris interpretibus, ſi eam cum Pandectarum legibus conciliare velis. In eóque iam recentiores omnes cõſentiunt, reiectis diſtinctionib. illis quas vulgares interpretes comminiſcũtur, an decem menſium tempus in condicione naſcituri poſthumi expreſſum ſit nécne, aut an demonſtratum fuerit corpus quod in vtero eſſet, an generaliter & indefinitè inſtitutus poſthumus. Nam ea procul dubio Iuſtiniani mens eſt vt qui in caſum mortis inſtitutus eſt videatur rectè inſtitutus omni caſu ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore natus ſit, vt teſtatoris voluntas adiuuetur. Quanquam autem ea conſtitutio, ſi verba inſpicias, non niſi de filio loquitur, idem tamen teſtamentorum fauor, eadémque voluntatis coniectura & æquitatis ratio euincit vel inuito Bartolo, vt in poſthumo nepote ſub eadem formula inſtituto idem admittamus. Nec enim recta eſt ratio illa diuerſitatis, quòd filius poſthumus iure antiquo perinde in vtrumque caſum potuerit inſtitui, poſthumus nepos non item: Cum per legem Velleam non minùs in filio quàm in nepote poſthumis inductum ſit, vt poſſint inſtitui, ſi viuo parente naſcantur, vt rectè Cuiacius docuit ex l. 3. §. 1. de iniuſt. rupt. Et longè rectiùs quàm Goueanus qui in poſterioribus quoque commentariis ſcripſit, ad nepotum duntaxat, nõ etiam filiorum inſtitutionem pertinuiſſe legem Velleam, deceptus eo quod ſcriptũ eſt in d. l. ſed etſi conditioni 6. §. 1. de her. inſt. nec animaduertens tractare Vlp. eo loco non de primo cap. leg. Velleæ, quod ſanè generale fuit, ſed de ſecundo, quod cùm ad eos tantùm pertineat qui ſuccedendo teſtamentum rumpere poſſunt, in nepotibus tantùm habere locum poteſt, non in filiis, quia quotã in primo gradu conſtituti ſunt non habent cui poſſint ſuccedere. Ad hanc igitur Iuſtiniani conſtitutionem quæ de filiis poſthumis lata eſt reſpiciens Tribonianus, & vt hanc ipſam dubitationem dilueret quam noſtri quaſi indeciſam agitant, vtrum in poſthumis nepotibus idem admittendum eſſet addidit ad Scæuolam totum illum cõtextum verborum, *melius ergo eſt*, inquit, *vt in euiſmodi vtilitate*, hoc eſt propter vtilitatem publicam ad quam fauor teſtamentorum pertinet, *præſertim poſt legem Velleam quæ & multas caſus rumpendi abſtulit*, neque enim omnes abſtulit, ſaltem ne hunc quidem quem Scæuola proponit De nepote ex filio captiuo qui natus ſit viuis patre & auo *interpretatio admittatur*, ſuppletionem dicere debuerat potius quàm interpretationem, *vt inſtituens nepotem*, malè ab his verbis veteres interpretes nouum §. inchoabãt, *qui ſibi poſt mortem ſuus naſceretur*: Ecce formulã veterẽ inſtitutionis poſthumi ab Aquilio quoque obſeruatam in poſthumo nepote inſtituendo, *rectè inſtituiſſe videatur quibuſcunque caſibus nepos natus ſuus eſſet rumperéque præteritus.* Sic enim lego ſublatis illis verbis, *poſt mortem*, vt pote additis ab eo ipſo, vt credibile eſt, interprete qui in prioribus illa etiã addiderat, quæ nos iã ſuſtulimus, *poſt mortẽ ſcilicet aui*. Alioqui nõ erit deciſio cõgrua & accõmodata ad propoſitum caſum De nepote qui adhuc viuis patre & auo natus ſit: fatendúmque erit caſum illũ manere indeciſũ, cùm tamẽ nõ potuerit deciſio cõcipi verbis generaliorib. quàm illa ſunt, *quibuſcunque caſibus*. Illud. n. dũtaxat intuẽdũ vult Tribonianus: An poſthumus nepos in vnũ caſũ inſtitut' talis ſit qui in aliũ rũpere teſtamentum poſſit tanquam præteritus, vt in eum ipſum caſum in quem rumperet, vtiliter inſtitutus videatur. Ratione illa generali, vt arbitror, quæ poſita eſt in d. l. vltim. C. de poſthum. hered. inſti. ne præteritionis pœnam patiatur qui nepotem non præterit. Cui conuenit quod ſtatim ſequitur. *Atque etiam ſi generaliter quicquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem, vt* (nam & ſic lego, non *aut*) *quicunque natus fuerit ſit inſtitutus ſi ſuus naſceretur.* Ecce hic repetita non eſſe verba illa, *poſt mortem*, vt intelligamus etiamſi teſtator inſtitutionem ſic conceperit, *quicquid mihi liberorum natum erit poſt mortem*, inſtitutum tamen videri quicunque ſuus natus fuerit: *quicunque*, inquam, id eſt tam qui viuo quã qui mortuo teſtatore natus ſit, dũmodò ſuus, hoc eſt talis cuius præteritione alioqui teſtamentum rumperetur. Qualis eſt etiam is qui auo in ciuitate natus eſt ex patre capto ab hoſtibus. Quanquam enim nõ omnimodo ſuus naſcitur propter ſpem poſtliminij, obidque nec ex lege Vellea inſtitui nullo modo poterat patre tamen poſteà apud hoſtes mortuo, apparet natum fuiſſe ſuum, ideóque teſtamentũm rumperet ſi pro præterito haberetur. Melius ergo eſt, inquit Tribon. vt in tanta vtilitate quanta eſt ſuſtinendi teſtamẽti vtiliter inſtitutus videatur licet in alium caſum natus ſit, quàm in quem fuerat inſtitutus. Errant autem manifeſtiſſimè qui huius loci ſententiam illam eſſe putant, vt cautionis loco ne tam facilè teſtamenta rũpantur conſilium dare Scæuola velit, concipiendæ inſtitutionis verbis generalib. cuiuſmodi illa ſunt. *Qui mihi poſt mortem ſuus naſcetur*, aut *quicquid mihi liberorũ natũ erit poſt mortem*. Nullo expreſſo caſu aut mortis aut deportationis aut captiuitatis filij ex quo conceptus ſit nepos qui inſtituitur. Nam ſi conſilium dandũ erat commodius aliud excogitari non poterat quàm quod à Pomponio traditur in d. l. commodiſſimè, vt qui nondum natus eſt, vel in vtrumque caſum expreſſũ vitæ & mortis inſtituatur, vel etiã purè neutrius temporis habita mentione. Atqui Scæuola de ea inſtitutionis formula loquitur in qua additus & expreſſus ſit caſus ille ſpecialis, *poſt mortem meam*. Et verò cùm Aquilij formulam interpretatur, non potuit ea verba prætermittere, quia nec Gallus potuerat cùm poſthumi ſui inſtitutio iure antiquo non niſi in hunc nominatim caſum permiſſa eſſet vt ſupradicto Sententiarum loco Paulus refert: nec niſi poſt legem Velleam valere cœpit inſtitutio poſthumi talis qualis à Pomponio præſcribitur in d. l. commodiſſimè, hoc eſt aut in vtrũque caſum aut purè facta. Quæ omnia ſi vera ſunt vel hic maximè locus probabit caſum mortis trahi hodie ad caſum vitæ, etiamſi neque certum tempus, neque certum poſthumi corpus in inſtitutione demonſtratum ſit contrà eorum errorem qui putant his caſibus non eſſe locum deciſioni dictæ l. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit. Vnus tantum in Pandectis textus eſt, ex quo tentari poſſit etiam antè Iuſtinianum caſum mortis ad caſum vitæ trahi potuiſſe: de quo ſequenti capite dicendum nobis eſt, quòd & ſuperioribus aduerſari, & non minùs emendatione aliqua quàm noua interpretatione egere videatur.

Emendatio & interpretatio l. ſi pater filium 26. De vulg. & pupil. ſubſt. & l. poſthuma 24. de liber. & poſthum.

Capvt V.

Ait lex, *Si pater filium impuberem heredem ſcripſit, & ei ſubſtituerit ſi quis ſibi poſt mortem natus erit, deinde viuo fratre poſthumus natus erit, teſtamẽtũ rũpetur, Poſt mortem autem fratris viua patre, natus*

natus,ſolus heres patri ſuo exiſtet. Locus ſanè peroblcurus eſt,quia conciſus, variáſque admittens, ſi noſtris credimus,interpretationes. Accurſio, Bartolo, & veteribus omnibus pręter vnum Iacobum de Rauenna, placuit non de pupillari ſubſtitutione intelligi legem debere, ſed de vulgari tantùm, ideóque nihil referre an impubes an pubes filius ſcriptus proponatur. Subſtitutum autem eſſe hoc caſu poſthumum qui teſtatori non mortuo,ſed viuo naſceretur, poſt mortem tamen filij inſtituti. Ideóque ſi viuo fratre naſcatur,teſtamentum rumpere, quia nõ fuerit in hunc caſum inſtitutus, ſi poſt mortem fratris & patre viuo, non rumpere, quaſi purè inſtitutum,purificata ſcilicet,vt loquuntur, duplici illa inſtitutionis condicione, qui tamen rumperet ſi poſt patris quoque mortem naſceretur. Vtpote in contratium caſum inſtitutus, ſi viuo patre natus eſſet, ſed propiùs intuenti mihi non poteſt interpretatio hæc ratione vlla videri probabilis. Quid enim apertius,quàm tractare Iulianum de pupillari ſubſtitutione,& ob id nimirum de ſcripto herede impubere loqui, non etiam de pubere? Etſi enim impuberi quoque vulgariter ſubſtitui poteſt perinde ac puberi,ea tamen ſubſtitutio ex Diuorum fratrum cõſtitutione pupillarem etiam caſum continet l. iam hoc iure 4.D. hoc tit.euadítque in pupillarem quoties pupillus patri heres extitit, ac poſteà impubes deceſſit.Inſtit.de pupil. ſubſtit. in princip. Deinde quod lex ait, *ſi quis ſibi natus erit*, ſic intelligere vt ſuppleas *viuente*,prorſus commentitium eſt, nec ſolùm commentitium ſed etiam improbabile cùm ſtatim ſequatur, *poſt mortem*. Illud verò iterum abſurdius, verba hæc,*poſt mortem*, referre ad mortem filij inſtituti, ac non potiùs ad mortem teſtatoris, ad quem proximam illam & præcedentem dictionem,*ſibi*,referendam eſſe omnes fatentur,& apertiſſimum eſt. Vt taceam vulgarem & ex vetere iure receptam fuiſſe illam poſthumi inſtitutionem, Si poſt teſtatoris mortem naſceretur, vt ſuperiore capite diximus ex Paulo lib.3.ſenten.tit.4.§.antepen. Nam etſi non ignoro Iuliani temporibus, & poſt legem Velleam potuiſſe inſtitui poſthumum ſub ea quoq. condicione, Si viuo patre natus eſſet, cùm tamen magis propriè poſthumus is dicatur,qui poſt patris mortem naſcitur l.3.in princi.de iniuſt. rupt. vix eſt vt quis ſub ea tantùm cõdicione poſthumum ſuum inſtituat, ſed vel ſub illa potius quæ vulgaris erat, Si poſt mortem naſceretur, vel ſub vtraque ex Pomponij conſilio in l. commodiſſimè de libet. & poſthum. ne tam facile teſtamentum rumperetur. Nec ſane memini legere me vllo iuris loco,poſthumum ſub ea ſolùm condicione inſtitutum proponi, Si viuo teſtatore natus eſſet, ſed vel ſimpliciter, vel ſub illa, Si mortuo teſtatore, vel ſub vtraque ſimul. Sicut nec vſquam reperias inſtitui poſthumum qui poſt mortem fratris ſui inſtituti naſceretur. Imò & tale teſtamentum ab initio nullum eſt & iniuſtum, vtpote in quo præteritus ſit ille ipſe filius iam natus qui inſtitutus proponitur. Nam cùm ex teſtamento non poſſit deferri hereditas ne quidem ſuo heredi ſcripto, quandiu rumpi teſtamentum poteſt l. ventre 84.de acquir.hered. & in propoſita ſpecie teſtamentum in eo ſit vt per agnationem poſthumi rumpi poſſit niſi vno illo caſu quo poſt fratris inſtituti mortem naſcatur poſthumus: Conſequens eſt vt filius inſtitutus non niſi poſt mortem ſuam ſcriptus videatur, ac proinde vt ſit præteritus, qui ſcilicet quamdiu vixit nec inſtitutus fuerit nec exheredatus l. ſi ita ſcriptũ 13.§.vlt.l.fili' 28.de lib.& poſth.

Atqui manifeſtũ eſt Iulianum eã ſpeciẽ tractare in qua teſtamẽtum valeat quo ad vſq; per agnationem poſthumi ruptũ ſit,& ꝙ tale in eo caſu valere poſſit quo poſt mortẽ fratris viuo patre nat' ſit poſthum', vt in fine legis ſcriptũ eſt. Deinde quid inepti' quã legis ſentẽtiã illã putare vt poſthumus ſub duplici cõditione inſtitutus, Si & viuo patre,& poſt fratris mortẽ naſceretur, heres eſſe poſſit vtraque impleta conditione,ſi aliud nihil impediat? Itaque miror Iacobum Cuiacium in Commentariis ad d.leg. commodiſſimè, Accurſij ad hunc locum interpretationem tam improbabilem adprobaſſe. Iacobus autem de Rauenna quem Bartolus refert,licet de pupillari ſubſtitutione legem interpretetur, Iuliani tamen ſententiam aſſecutus non eſt,qui eam eſſe putat, vt tacita vulgaris quæ in pupillari expreſſa continetur non expiret defuncto pupillo viuo teſtatore quando impuberis frater eſt ſubſtitutus. Neque enim aut de tacita vulgari, aut de vi ſubſtitutionis Iulianus tractat ſed de viribus teſtamenti, an & quonam demùm caſu agnatione poſthumi rumpi poſſit. Videbatur namq; poſthumus omni caſu pręteritus, quippe qui non inſtitutus aut exheredatus ſed tantùm ſubſtitutus eſſet ſiue vulgariter, ſiue pupillariter ſubſtitutum malis dicere. Illam verò tacitam vulgarem quæ in pupillari expreſſa ex Diui Marci reſcripto continetur, certum eſt non ideò expirare quòd viuo teſtatore impubes cui ſubſtitutus datus fuerat, deceſſerit, ſiue impuberis frater, ſiue extraneus ſubſtitutus ſit. Nam quod dici ſolet non aliter adiri hereditatem pupilli ex pupillari ſubſtitutione, quàm ſi paterna quoque ex paterno teſtamento adita ſit, tum demùm verè dicitur cũ pupillus exheredatus proponitur non cùm inſtitutus fuit l. 2. §. adeò l. ſed ſi plures 10.§.ſi ex aſſe D. hoc tit. l. ita tamen 27. qui ſuſpectam D. ad SC. Trebell. Si quidem inſtituto impuberi datus ſubſtitutus, impubere aut ante patrem mortuo aut ſe abſtinente poteſt ipſe ex vulgari tacita patri ſuccedere, atque ita vel pupillares quoque tabulas cõfirmare vt alio loco ſcripſimus, licèt Goueanus paſſim diſſentiat, vel ſi de pupillaribus tabulis tractari nihil poſſit, filiofamilias prędefuncto, paternam ſaltem hereditatẽ vindicare. Non enim ſolo pupillorum fauore ſed etiam teſtamentorum nititur illa Diui Marci conſtitutio. Filio exheredato vulgaris tacita, aut, ſi melius loqui velis, à lege ſubintellecta, nulla eſt, cum nõ niſi ineptè poſſit ſub ea conditione, *ſi heres non erit* ſubſtituere illi qui exheredatus eſt, nec heres eſſe poteſt. Rectiùs igitur Goueanus ad hanc legem, licèt nõ omnino rectè, Iulianum ſic explicat, vt in propoſita ſpecie teſtamẽtum rumpatur agnatione poſthumi fratri impuberi ſubſtituti, quia in primo gradu præteritus reperitur: in quo omnes conueniũt, ſi viuo fratre poſthumus natus fuerit. Quandiu enim frater viuit qui primo loco & ſolus inſtitutus eſt non poteſt ex ſubſtitutione deferri hereditas l. quandiu inſtitutus 69.D. de acq. hered. Et conſequenter non poteſt ea ſubſtitutio facere quin poſthumus in primo gradu præteritus reperiatur, ſiue viuo ſiue mortuo patre naſcatur, quia quãdocunq; natus, loco eius eſt qui teſtamenti tempore ſuperſtes fuit l. ſi primo 8. in fi. de liber. & poſthu. Sed quæri adhuc poteſt, Cur non admittat Iulianus, vt rupto primo gradu teſtamentum incipiat à ſecundo in quo poſthumus inſtitutus reperitur. Et reſpondet Goueanus non poſſe teſtamentum in ſecundo gradu conſiſtere quòd in eo filius ſuperſtes præteritus ſit. Non malè, ſed minus ſufficienter niſi hanc rationem ex alia ſuppleas & adiuues. Poſſet

X

enim adhuc obijci, quod veriſſimum eſt, ſufficere ad validitatem totius teſtamenti vt filius in primo gradu ſit inſtitutus, nec eſſe neceſſe vt in ſequentibus inſtituatur vel exheredetur, d. l. ſi poſthumus. §. quod vulgo. l. 4. §. vlt. de hered. inſtit. Itaque addendum eſt, toties ſufficere filium in primo gradu inſtitutum fuiſſe quoties ex ea inſtitutione cum ſecundi gradus heredibus heres eſſe poteſt, quod non aliter contingit quàm ſi habuerit coheredem cui ſubſtitutus datus eſt, primúſque ille gradus valeat. Alioqui abſurdum ſit inſtitutionem in primo gradu factam quæ vnà cum gradu rupta ſit, ipſi filio nocere vt hereditatis paternæ commodo priuetur ſicut in ſimili de exheredatione quoque ſcriptum eſt in l. filium 20. verſ. Iulianus de bonor. poſſ. contr. tabul. Hic autem fieri nequeat, vt ſimul cum poſthumo ſubſtituto admittatur filius inſtitutus, cùm duo gradus ſint ſucceſſionis ordinem neceſſariò inducentes arg. l. cùm in teſtamento 37. de hered. inſtit. & l. prox. ſup. hoc ti. ne fiat contra voluntatem ſi adiectum coheredem demus ſubſtituto cui totum teſtator dederit arg. l. verbis ciuilibus 7. D. hoc ti. ſed & reſpondere Goueanus potuit, & meliùs, non poſſe in propoſita ſpecie teſtamentum conſiſtere in ſecundo gradu in quo poſthumus eſt inſtitutus, nec ſi frater in eodem inſtitutus eſſet aut exheredatus, quia poſthumus in primo gradu prçteritus ſi naſcatur viuo inſtituto rumpit totum teſtamentum, nec ſequentem gradum valere patitur. In quo ſanè plus iuris habet quam filius iam teſtamenti tempore natus, & in primo gradu præteritus, in ſecundo vel inſtitutus, vel exheredatus l. nam etſi 5. verſ. rūpendo de iniuſt. rup. Et quod dicitur poſſe fieri vt poſthumus partem duntaxat teſtamenti rumpat, tunc euenit cùm in primo gradu eſt exheredatus, in ſecundo præteritus l. 3. §. vlt. & l. ſeq. l. ſi ego 19. eo. l. ſi poſthumus 14. de libe. & poſth. Poſthumo autem inſtituto in primo gradu licet præteritus ſit in ſequentibus totū teſtamentū valet ſi modò nihil ſit quod impediat ne primus valere poſſit, quia nihil imputari poteſt patri qui poſthumū in primo gradu heredem inſtituerit. Nec minùs in poſthumo quàm in filio iam nato locū habet quod ſcriptū eſt in d. §. quod vulgo l. poſthumus 14. de lib. & poſth. Si autem fratre iam mortuo poſthumus naſcatur, quæ ſecunda legis pars eſt, longè difficilius videtur, An teſtamentum omnimodo & indiſtinctè rumpat. Nam quod Iulianus ita ſcribit, *Poſt mortem autem fratris viuo patre natus ſolus heres patri ſuo exiſtet*, diſtinctionis materiam Goueano præbuit, Poſt patrémne, an verò antè patrem filius primo gradu inſtitutus deceſſerit. Vt ſi ante patrem eo demùm caſu poſthumus non rumpat teſtamentum, propterea quòd inſtitutione fratris facta quaſi caduca ſubſtitutio poſthumi ad intellectum inſtitutionis reuocetur l. cùm ex filio 39. §. quidam hoc ti. Si v. poſt patrem adhuc rumpat, quia in primo gradu præteritus reperiatur. Et ſanè vix eſt vt alium ſenſum admittāt verba illa *viuo patre* quę haud dubiè eſſent ſuperflua ſi nihil referret viuóne an mortuo patre frater poſthumi deceſſiſſet. Videamus tamē ne falſum ſit quod ille putat rumpi teſtamentum à poſthumo poſt fratris mortem nato, ſi poſt patrē frater deceſſerit. Nā certi iuris eſt non aliter rumpi teſtamentum agnatione poſthumi, quàm ſi eo tempore præteritum ſe inueniat quo naſcitur. l. 3. §. ex his apparet de iniuſt. rupt. l. 2. C. de bonor. poſſ. contr. tabul. Hic autem de quo agimus licèt in primo gradu præteritus fuerit, reperit tamen ſe inſtitutū cùm naſcitur, quippe qui poſt fratris mortem natus & eo tēpore quo de primo gradu amplius quærendū nihil eſt, hereditatem patris poſſit ſibi ex ſubſtitutione acquirere. Nec q. n. frater iā mortuus obſtare poteſt quominus poſthumus ſubſtitutus heres exiſtat ex ſubſtitutione pupillari ſi modò in pupillari ætate deceſſerit. Nā ſi iā pubes factus diem ſuum obiiſſet, cùm pupillaris ſubſtitutio extincta & finita eſſet, poſthumus qui ſubſtitutus tantū fuerat, præteritus reperiretur, & ita teſtamentum agnatione rumperet. Nec ad rem pertinebit ſi quis obiiciat ſubſtitutionē pupillarē teſtamentum eſſe filij, nec proinde valere poſſe in vllum caſum ſiue vulgarem ſiue pupillarem, ſi paternum ipſum teſtamentum nō valeat l. ex pupillari 44. hoc ti. Nā reſpondeo, Eum quoq. qui impuberi ſubſtitutus ſit, nō minus patri quā ipſi impuberi heredē eſſe l. j. §. j. ſup. l. prox. j. eod. l. ſi ita ſcriptum 8. §. qui filio de bonor. poſſ. ſecund. tab. & ideo nō minus videri eum teſtamento patris inſtitutum ſecundo gradu, quàm ſi alij cuilibet inſtituto vulgariter ſubſtitutus fuiſſet, cùm patris & filij teſtamētum vnum ſit l. paterfam. 28. de reb. autor. iudic. poſſid. aut ſaltem pro vno habeatur tā ciuili iure quā Pretorio l. patris 20. hoc ti. Vnde illud quoq. fit vt poſthumus qui pupillo alienus ſit, heres ei dari poſſit dūmodò ſit ſuus teſtatori l. 2. §. prius. a. hoc ti ꝙ falſum eſſet, niſi eą ratione fieret, quòd quiſquis pupillo ſubſtituitur ab ipſo patre inſtitutus videatur. Alioqui. n. obſtaret iuris ciuilis regula, quę alieni poſthumi inſtitutionem nō admittit. Sed & ex eodē fōte manat ꝙ qui patri neceſſarius eſt, idem pupillo quoq. eſt d. §. priùs autem. l. ſed ſi plures 10. §. quos poſſum eod. Valebit igitur teſtamentum patris filio inſtituto etiam poſt patrem mortuo, poſthumóq. qui in ſecundo gradu pupillariter ſubſtitutus, in primo præteritus fuerat, deinde nato, quia quo tempore natus eſt nihil ei obſtat, quo minùs poſſit ex teſtamēto heres eſſe, & quidem ſolus, ſublato iam fratre de medio: Vt proinde abſurdum ſit dici eum preteritū qui ſolus ſit heres. Atqui inquies vel ob id ſaltem teſtamentum erit nullum quod, vt ſuprà diximus, filius inſtitutus quamdiu vixit non potuerit heres eſſe, cùm toto illo tempore teſtamenti vires in pendenti fuerint, incerto eo an poſthumus viuo fratre naſciturus eſſet necne d. l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. d. l. filius 28. de liber. & poſthum. Sed reſpondeo filium quidem priuſquàm moreretur non potuiſſe heredem exiſtere propter metum & periculum rumpendi teſtamenti dict. l. ventre 84. de acquirend. hered. At quo inſtanti mori cœpit, heredem extitiſſe, quoniam eo demùm inſtanti certum quoque eſſe cœperit non naſciturum eo viuo poſthumum, & conſequenter teſtamentum amplius rumpi non poſſe ab illo, qui ſe inſtitutum poſteà reperturus ſit arg. l. vlt. De condict. inſtit. l. ſi filius 16. de liber. & poſthum. Eſtque hic caſus valde ſingularis in quo teſtamentum valet adeò vt ex eo heres filius extiterit, nihil obſtante præteritione poſthumi deinde nati: Nempe cùm poſthumus ſubſtitutus eſt, & poſt fratrem inſtitutum natus. Quid ergo ſibi vult Iulianus iis verbis, *viuo patre?* An vt teſtamentum non aliter valeat quàm ſi poſthumus & poſt mortem fratris, & viuo patre natus ſit? Minimè. Quinimò poſthumus ita inſtitutus aut ſubſtitutus Si poſt mortē teſtatoris naſcetur, rūpit teſtamētū ſi naſcatur viuo teſtatore, vt ſuperiore capite ex Pādectarum iure diſputauimus. Deditq. ea res cauſā interpretationi Accurſij, vt ad dictionem illam *ſibi*, adiecerit, *viuenti*, & ea verba, *poſt mortem*, ad fratris non ad patris mortem retulerit, quod nos iam re-

tutaui-

ſtatuimus. Goueanus verò difficultatem hanc ſic eludit vt dicat verba illa, *viuo patre*, non ad ſequentem dictionem, *natus*, referenda eſſe, ſed ad præcedentia *poſt mortem fratris*, ponendámque in textu virgulā poſt *patre*, non poſt *natus* (ſic enim in eius commentariis legendum eſt,) vt ſenſus ſit mortuum quidem fratrem viuo patre, ſed natum poſthumum poſt mortem patris, quod certè durius eſt quam vt admitti poſſit. Adde quod & nos iam probauimus nihil referre an filius inſtitutus idémque poſthumi frater deceſſerit viuo patre, an mortuo, ſed tantùm an viuo fratre natus ſit, an poſt eius mortem, vt ſi viuo fratre, rumpat omnimodo teſtamentum etiam prædefuncto patre, multò magis eo adhuc ſuperſtite, Si poſt fratris mortem, non rumpat, dummodo non viuo patre naſcatur. Itaque cùm hæc veriſſima ſit nec obſcura legis ſententia, quid ſupereſt niſi vt ea verba, *viuo patre*, quæ ſola tot inexplicabiles perplexitates induxerunt deleamus, & in gloſſam inepti cuiuſdam interpretis vnde irrepſerunt relegemus? Fefellit interpretem quod lex ait poſthumum poſt mortem fratris natum ſolum heredem patri ſuo exiſtere: quaſi id fieri non poſſit niſi ponas natum eum viuo patre, cùm ſi patri filius ſuperfuiſſet ipſe primus heres patri extitiſſet, non igitur poſthumus ſolus. Sed animaduertere debuit imò verò poſſe fieri vt filius patri ſuperſtes ei heres extiterit, nempe ſi viuo illo non ſit natus poſthumus, nec eò minùs tamen poſt eius mortem poſthumus quoque heres exiſtat, & quidem patri licèt etiam fratri ſimul ex pupillari ſubſtitutione, adeóque ſolus poſteáquam nemo ampliùs eſt qui poſſit aut impedire aut concurrere. Ex quo apparet non idem dici poſſe ſi teſtator filium puberem inſtituerit, eique poſthumum vulgariter ſubſtituerit. Omnimodo enim teſtamentum rumpetur non ſolùm ſi viuo fratre poſthumus natus ſit, ſed etiam ſi poſt mortem fratris, vtpote defecta condicione vulgaris ſubſtitutionis, quæ ſcilicet numquam euenire poſſit, atque ita præterito poſthumo non minùs in ſecundo quàm in primo gradu. Nam ſi obiicias fieri poſſe vt frater qui patri ſuperſtes fuit ſiue pubes ſiue impubes paterna hereditate ſe abſtinuerit, & hoc ſaltem caſu perinde condicionem vulgaris ſubſtitutionis euenire atque ſi viuo patre frater deceſſiſſet, ſaltem ſi non deliberante ſed etiam abſtento fratre poſthumus natus ſit: dicam errare tē ſi exiſtimas poſſe fratrem abſtinere paterna hereditate quandiu rumpi teſtamentum poteſt agnatione poſthumi. Etenim ſi verum eſt quod ſuprà monuimus non deferri hereditatem ex teſtamento quod in eo ſit vt vt rumpi poſſit d. l. ventre 84. de acq. hered. conſequens eſt vt ſicuti filius eo teſtamento ſcriptus immiſcere ſe non poteſt, ita nec abſtinere queat, quoniam priuſquam delata ſit hereditas, nec immixtionis nec abſtētionis ius illi competit. Ergo nec illud fieri poteſt vt poſthumus cum naſcitur viuo fratre, reperiat fratrem excluſum ſeq. inſtitutum, hoc eſt vt fratre viuo exiſtat vnquam condicio illa vulgaris ſubſtitutionis, *ſi heres non erit*. Imò, quod magis mirum eſt, nec fratre mortuo, quia, vt diximus, ipſo inſtanti mortis heres fuiſſe intelligitur, (ex quo certū eſſe cœperit teſtamentum ampliùs rumpi per poſthumum non poſſe.) Et quidem neceſſarius, quia neque ſe abſtinere eo inſtanti potuerit, cùm non ſicut hereditas ſuo heredi acquiri in inſtanti poteſt, ita & in inſtanti ab eo omitti poſſit. Acquiſitio ſiquidem fit ſola iuris poteſtate & hoc ipſo quòd hereditas ſuo heredi defertur, omiſſio autem non niſi per abſtentionem, abſtentio verò non in inſtanti ſed in tempore, quia factum hominis requirit, nec per alium quam per ipſum filium fieri hoc caſu poteſt arg. d. l. vlt. de cond. inſtit. Etſi namq. non ignoro poſſe pupillum abſtinere per tutorē l. pen. de autor. tutor. l. ex contractu 44. de re iudic. id tamē non aliter procedit quàm ſi tutori conſtet delatam pupillo hereditatem, quod hic nō euenit, quia nec defertur niſi eo ipſo inſtāti quo pupillus moritur: poſt pupilli verò mortem ſera & ridicula tutoris abſtentio fuerit. Cùm igitur abſtentio hæc neque per ipſū pupillum, neq. per eius tutorem fieri poſſit eo præciſè inſtanti quo pupillus moritur, reſtat vt pupillum qui nūquam ſe abſtinuerit, patri ſuum & neceſſarium heredem extitiſſe concludamus, idq. ex teſtamento l. 3. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtā. ſicut & ab inteſtato heres eſſet ſi eo mortis inſtanti certum eſſe inciperet neminem ex eo teſtamento heredē futurum d. l. ſi filius 16. de liber. & poſthu. Hinc verò & illud quoq. neceſſariò ſequitur, cōdicionē vulgaris ſubſtitutionis, quæ illa eſt, *ſi heres nō erit*, exiſtere nūquā poſſe in propoſita ſpecie, hoc eſt in perſona filij qui moriens ita fuit heres ex teſtamento neceſſarius, vt quandiu vixit abſtinere ſe nunquam potuerit. Ac proinde cùm omni caſu reperiatur poſthumus præteritus, qui fuit tantùm vulgariter ſubſtitutus, niſi cū vulgaris ſubſtitutio impuberi facta trahitur ad pupillarē ex Marci conſtitutione, illud quoq. euenire neceſſe eſt vt omni caſu rumpat teſtamētum: etiamſi poſt mortē fratris naſcatur, licèt mortuo iam patre, ac multò magis ſi viuo adhuc patre, cùm eo caſu rūperet, tametſi primo gradu fuiſſet inſtitutus ita nominatim concepta cōdicione inſtitutionis, Si poſt mortem naſceretur d. l. cōmodiſſimè. Eadem porrò aut potiùs contraria ratione fit, vt ſi proponas inſtitutum filium ſiue puberem ſiue impuberem emācipatum fuiſſe, qui moriens ipſo iure heres eſſe non potuerit, aliud prorſus dicendum ſit, hoc eſt vt ei inſtituto vtiliter poſſit ſubſtitui poſthumus frater in caſum vulgarem, quia caſus ille poſſit contingere mortuo quandocūque emancipato ante natum poſthumum, cùm emancipatus nec citrà aditionem heres eſſe poſſit, nec adire priuſquàm hereditas deferatur, nec hereditas deferri ex teſtamento quandiu rumpi teſtamentum poteſt, nec rurſus ab inteſtato quandiu ſperatur poſthumus ex teſtamento heres futurus. Tantò magis quod nec emancipati filij præteritione teſtamentum iniuſtum dici poſſit: ſed tamen quoniam ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato rem ille omnimodo habiturus fuit aut ciuili iure, ſi poſthumus non natus fuiſſet, aut iure ſaltem Prætoris, ſi teſtamentum viuo eo per agnationem poſthumi ruptum eſſet, æquiſſimum erit hóc etiam caſu accōmodari ei decretū illud cuius mentio fit in d. l. ventre, & in l. 4. §. vlt. iunct. l. 5. de bon. poſſ. contr. tabul. & de quo latè ſcripſimus lib. 1. cap. 10. Notandúſq. eſt perelegās hic caſus quo decretum illud neceſſarium ſit, à nemine adhuc ex interpretibus noſtris animaduerſus. Cùm autē Iulianus non de emancipato filio loquatur, ſed de ſuo herede, vt probant illa verba, *ſolus heres patri ſuo exiſtet* (exiſtere enim proprium verbum eſt ſuorum heredum non emancipatorum l. in ſuis 14. de ſuis & legit.) fatendum eſt non poſſe legem hanc de vulgari ſubſtitutione intelligi, ſed tantùm de pupillari, quæ nec puberi fit nec emancipato: quæ res magis me confirmat vt ea verba *viuo patre* delenda eſſe exiſtimem. Coniecturam iuuat quòd in præcedentibus idem ferè error Florentinā

quoque lectionem inuaſerat, quę ſic habet *teſtamentum viuo rumpetur*, vbi nemo non videt & alij Codices probant dictionem *viuo* eſſe irreptitiam. Idem error, imò lōgè fœdior irrepſit in l. Gallus 29. §. forſitan de liber. & poſthum. in illis verbis, *iſque viuo patre*, vbi pro *viuo* alij codices habent mortuo, & rectiùs, vt facilè appareat vetuſtiores interpretes dum hos locos tractarent in quibus præcipue inſpiciendum eſt viuóne an mortuo teſtatore natus ſit poſthumus, non ſibi temperaſſe quin ſuas adhiberēt interpretationes & contextui infererent. Ita fore exiſtimantes vt apertior & facilior fieret legum ſententia quam ex contrario dum incauti decipiuntur miris perplexitatibus innodarūt. Sic & in l. poſthuma 24. de liber. & poſthum. vt hoc quoque ſubiiciā, puto abundare eadem ipſa verba *viuo patre*. Nam cùm poſthuma ſub condicione heres inſtituta eſt ſi pendente condicione naſcatur etiam mortuo patre perinde rūpit teſtamentum atque ſi viuo patre nata eſſet, arg. l. cùm poſthumus 22. cod. vbi ſcriptum eſt cum poſthumus ſub condicione inſtituitur, caſuali ſcilicet vel mixta, non etiā poteſtatiua vt rectè Accurſ. interpretatur (ſiquidem poteſtatiua, nec viciat inſtitutionem, nec antè poſthumi natiuitatem impleri poteſt) ita demùm non rumpi teſtamentum agnatione poſthumi, ſi priuſquàm naſcatur condicio extiterit. Neque enim hac parte differentia vlla eſt aut olim fuit inter poſthumum & poſthumam, quamuis inter filios iam teſtamenti tempore ſuperſtites differētia eſſet vt Caius & Iuſtin. in Inſti. ſcribunt, adeóque inter poſthumum & poſthumā, quòd ad exheredationem nominatim faciēdā attinebat, aut etiā inſtitutionē. Poterat. n. poſthuma non item poſthumus inter cæteros inſtitui vel exheredari, dūmodò exheredatæ aliquid legaretur, vt refert Vl. tit. 22. qui her. inſt. poſſ. §. poſthumus filius 21. in fragmēt. Quæ omnia Iuſtin. ſuſtulit in l. maximū vitiū 4. C. de libe. præt. Ideóq. de poſthuma Paulus loquitur in d. l. poſthuma, non quaſi aliud ſit in poſthumo, ſed vt intelligamus, quāuis dubitandi ratio maior ſit in poſthuma, vt nō tam facilè atq. poſthumus teſtamentū rumpere videatur, propter ſexum cui alioquin minùs faueri ſolet, idē tamē ius hìc admitti debere. Sanè poſthumā certū eſt rūpere teſtamentū non ſolū ſi ſub cōdicione inſtituta ſit, & condicione pendente naſcatur, ſed etiamſi purè ſcripta fuerit, quoties viuo teſtatore naſcitur, ſi ius antiquum inſpicias, ſi verò legem Velleam, quoties ſub ea demōſtratione ſcripta eſt *quæ poſt mortem meam naſcetur*, quoniam apud Iurecōſultos, & antè Iuſtin. in d. l. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit. inſtitutio facta in vnum caſum, ad alium omiſſum trahi nunquàm potuit. Proinde rumpit quaſi præterita. Abeant itaque qui contrariam ſententiam ex hoc Iuliani loco probare velint, aut aliam Iuliani ſententiam quærere.

Ad §. ſi ēiiu, l. Gallus.

Cap. VI.

QVi filiū habebat, & nurū prægnantem, poſthumum nepotem inſtituerat. Nurus ab hoſtibus capta apud eos pepererat, ſuperſtitibus adhuc in ciuitate auo & patre, Fū pater ante auum deceſſerat: Auo ſubinde mortuo nepos ab hoſtibus redierat. Quærit Scæuola, vtrū caſus hic ad legem Velleā reſpiciat, an ad ius antiquū aptādus ſit, hoc eſt, an poſthumus hic nepos teſtamentū non rūpat tanquā inſtitutus ex præſcripto Aquilianę formulę, an potiùs tanquam inſtitutus in eū caſum qui lege Vellea cōprehenſus eſt. Ponimus enim nepotem hūc inſtitutū nō ſub ea nominatim condicione quæ Galli Aquilij formula continetur, *ſi poſt aui mortem naſceretur* (alioqui fruſtrà de lege Vellea dubitaretur, ad contrariū caſum pertinēte ſi viuo teſtatore ſuus naſcatur, qui caſus in caſu mortis comprehendi nullo modo poteſt l. cōmodiſſimè 10. de lib. & poſthum.) ſed ſimpliciter & nullo caſu expreſſo. Ex cōſilio Pōponij in d. l. cōmodiſſimè, & aliorum de quibus Scęuola in hac l. Gallus §. quidā rectè. Non quęrit Scæuola, an poſthumus hic nepos, ſimpliciter vt dictum eſt, inſtitutus teſtamentū rūpat. Ponit enim pro certo non rūpere vt probant ſequentia illa, *Sed cum teſtamentum ab eo non rumpatur*. (hoc verò cur ita, dicemus poſteà) At de illo duntaxat dubitat, An ideò non rumpat quòd vtiliter inſtitutus videatur ex iure antiquo, an quòd ex iure nouo, hoc eſt ex lege Vellea. Ius. n. antiquum intelligit non legē duodecim tabularum, ſed ius ciuile quod Aquilij temporibus & ante legē Velleā, quę nouū ius fecit, obtinebat. Quærit igitur, an vtiliter hic nepos inſtitui potuerit iure ciuili vetere, an verò lege Vellea. Nec tamen decidit quidnam probabilius dici poſſit. Noſtri verò quod ille prætermiſit, ſic ſupplent vt lōgè diuerſa ſentiant. Sunt námque qui putent poſthumi huius inſtitutionem defendi poſſe ex iure antiquo, propterea quòd cū ab hoſtib. poſt patris & aui mortem redit poſthumus, eo demū inſtanti naſci videatur, vtpore qui in illū vſq. diem nec ciuis Romanus fuerit, ſed ſeruus hoſtiū, nec proinde iuri ciuili cognitus, quod neque Romanorum ſeruos agnoſcit l. quod attinet 32. de regul. iur. Caſus autem in quo ius ciuile vetus permittebat poſthumi ſui inſtitutionē, ille erat, ſi poſt teſtatoris mortē naſceretur, vt pluribus diſputauimus ca. 1. ſup. Aliis placet defendi hāc inſtitutionem ex lege Vellea duntàxat propter fictionem poſtliminij quæ omnia retrò agens, facit vt viuo adhuc auo nepos hic natus videatur, quo ſcilicet viuo captus ſit ab hoſtib. Quam ſententiam vir doctiſſimus Iac. Cuiacius probabiliorem arbitratur. Alij, vt ſubtiliores videantur, magis probant vt vtroque iure inſtitutio hæc defendatur. Vetere quidem ſi actionē inſpicias, quaſi ficta natiuitas illa ſit cū captiuus redit ab hoſtib. Nouo autē ſi veritatē attendas, ꝙ reuera natus ſit viuo auo, qui apud hoſtes ante mortē aui natus eſt: vt de illo tantū dubitet Scæuola an veritatē an fictionē ſpectari oporteat. i. an qui natus eſt apud hoſtes, videatur natus in ciuitate: qui natus eſt nō ſuus, videatur natus ſuus: quę videtur fuiſſe veterū omniū opinio, à Cuiacio quoq. parum ſibi hìc cōſtāte ꝓbata. Mihi verò, pace tātorū virorū dixerim, prorſus deſipere hi omnes vidētur. Nā ſi verum eſt, quod ſanè negari non poſſit, partum in ciuitate conceptum & apud hoſtes editum ſi poſteà quandocunque in ciuitatem redeat habere ius poſtliminij vt & locus hic probat, & l. ab hoſtibus 15. §. 1. Ex quib. cauſ. maior. illud prorſus conſequens eſt, poſthumū hunc nepotem quādocunq; reuerſum etiā poſt mortem aui, ſemper tamen & in ciuitatē & in poteſtate fuiſſe retrofingi l. non vt à patre 8. l. retro 16. & paſſ. de captiu. & poſtlim. Quod ſi ita eſt non minùs ex fictione quàm ex veritate dici poteſt natum fuiſſe eum viuis patre & auo, ac proinde nullomodo poſſe inſtitutionem eius defendi ex iure antiquo, quod ne ſui quidem poſthumi inſtitutionē aliter permittebat quàm ſi is & ſuus & poſt teſtatoris mortem naſceretur. Itaque hoc caſu fictio poſtliminij cum veritate congruit. Prorſúſque noua & inaudita eſt fictio illa quam iſti comminiſcuntur vt qui ab hoſtibus redit tum demùm agnaſci videatur.

Cùm

Cùm non ſolùm rei veritas repugnet, ſed etiam poſtliminij fictio quæ contraria iſta fictione deleretur. Illud ſanè plus eſt in poſtliminij fictione quàm in veritate, quod qui reuera apud hoſtes & natus & educatus eſt, in ciuitate natus fuiſſe ac perpetuo vixiſſe creditur, vnde illud quoque fit vt qui reuera natus eſt ſeruus hoſtium, & alioqui pro nullo computandus iure ciuili, videatur tamen natus viuo patre qui tū cum hic apud hoſtes natus eſt viuebat in ciuitate & ſub patris ſui eiuſdémque teſtatoris & aui poteſtate. Sic euenit vt cōcurrente quod ad hoc etiam pertinet poſtliminij fictione cum rei veritate, non minus verè quàm fictè dici poſſit nepotem hunc natum fuiſſe non ſuum, & conſequenter talem qui nullo iure inſtitui potuerit, nec vetere nec nouo iure. Id enim iuri veteri cum nouo, hoc eſt cum lege Vellea commune fuit, quod neutrum patiebatur inſtitui poſthumum niſi qui ſuus eſſet. Et quidem aut eo tempore quo inſtitueretur, ac ita demum ſi poſt teſtatoris mortem naſceretur (quæ fuit iuris antiqui conſtitutio) aut eo ſaltem tempore quo naſceretur tametſi viuo teſtatore, quod Vellea lex introduxit. Fruſtrà igitur labores in quærendo & inueſtigando, an ex antiquo iure an potius ex lege Vellea vtiliter inſtitutus videatur is quem conſtat nullo iure inſtitui potuiſſe. Idque & Scæuola ipſe fatetur in §. ille caſus infr. hac leg. in illis verbis: *Porrò præcedere debet vt vtiliter ſit inſtitutus, quod nullo iure potuit is qui nondum natus erat.* Nam in illo §. eandem prorſus quam in iſto ſpeciem tractat de auo qui filium habens, nepotem nondum natum inſtituerat, poſteà viuis patre & auo natum, deinde poſt obitum patris viuo adhuc auo mortuum: hac ſola differentia, quòd hic tractat de nepote nato apud hoſtes mox poſt patris & aui mortem reuerſo, illic verò de nepote qui nunquam apud hoſtes fuerit. Atqui nemo dixerit, nepotem apud hoſtes editum melioris condicionis eſſe debere hactenus vt vel ſuus natus fuiſſe vel faciliùs inſtitui potuiſſe videatur quàm ſi ab hoſtibus nunquam captus fuiſſet. Poſtliminium enim eandem quidem condicionem facit reuerſi ab hoſtibus quæ ſi eſſet in ciuitate ſemper manſiſſet, ſed meliorem facere non poteſt. Cùm igitur inſtitui non potuerit hic poſthumus nepos ſiue ex veritate, ſiue ex fictione natū cum dicas, vel viuo, vel mortuo teſtatore, quia tam rei veritate, quàm poſtliminij fictione inſpecta natus eſt non ſuus. Parum certè ſubtiliter faciunt qui rationem reddentes cur teſtamentum non rumpat, hanc afferunt quòd commodiſſimè ſit inſtitutus. Quaſi vt commodiſſimè inſtitutus quis videatur ſufficiat ita eſſe inſtitutum vt commodiùs inſtitui non potuerit, ac non priùs de illo quærendum ſit an aliquo modo aut aliquo iure inſtitui potuerit, nam qui nullo iure inſtitui poteſt multo minùs poſſit commodiſſimè inſtitui. Et tamen teſtamentum non rumpit, vt ait Scæuola, An quòd, vt fert ſecunda Accurſij interpretatio, nec præteritus rumperet? Nam ſi ita eſt, fruſtrà ſanè quærtamus, an iure aliquo vtiliter inſtitutus ſit, qui vtiliter potuit præteriri. Conſtátque tam antiquo iure ciuili quàm lege Vellea non alios prohiberi rumpere, cùm inſtituti ſunt vel exhæredati, quàm qui rumperent ſi eſſent præteriti. Atque ita Goueanus quoque ſenſit in poſterioribus ſuis ad hunc locum Commentariis. Sed ego non probo. Eſſet enim ridicula quæſtio: An nepos hic ita vti dictum eſt inſtitutus teſtamentum rumpat ſi nec præteritus rumperet. Et in dict. §. ille caſus in quo eadem, vt dixi, ſpecies proponitur de inſtituto nepote, qui & natus ſit non ſuus, & poſt mortem patris viuo auo deceſſerit, apertè Scæuola ſcribit, Iuliani ſententiâ neceſſariò admittendam fuiſſe vt nepos hic inſtitutus teſtamentum non rumperet commixtis ſcilicet duobus capitibus legis Velleæ: Quod vtique ſupervacuum fuiſſet ſi etiam præteritus non rumperet. An igitur ſi præteritus eſſet rumperet agnaſcendo an ſuccedendo? Alterutro ſiquidem ex his modis rumpat neceſſe eſt. Atqui agnaſcendo non poteſt rumpere qui non naſcitur ſuus. Hic autem cum & reuera & ex fictione poſtliminij naſcatur viuo patre ſuo herede, ſuus heres auo naſci nō poteſt, nec ſi ſemper in ciuitate fuiſſet, quia pater eum præcederet. In eóque omnes conſentiunt, quia nec dubitandi ratio vlla eſt. Et hac de cauſa fortaſſis poſſit quis dicere Scæuolam negare hunc nepotem rumpere, quoniam tota hac lege vſque ad §. ſequenti parte, non niſi de iis poſthumis tractat qui ſi præteriti ſint agnaſcendo rumpunt, quoniam & de iis ſolis inſtituendis Gallus, & Velleus tractarunt. Cùm, quòd ad eos attinet, qui ſuccedendo rumpunt ſecunda pars legis Velleæ ſic prouiderit vt non tam inſtitui eos permiſerit, quàm vetuerit rumpere, ſi modò inſtituti eſſent vel exhæredati d. §. ille caſus. Vt proinde quod in fine huius §. Scæuola ſcribit: *ſed cùm teſtamentum ab eo non rumpatur, nihil refert vtrū ex iure antiquo an ex lege Vellea excludatur*, perinde ſit ac ſi diceret fruſtra quæri an nepos hic vtiliter inſtitutus ſit ex iure antiquo an ex lege Vellea, vt excludatur à poteſtate rūpendi teſtamenti, cum non rumpat agnaſcendo, de iis autē ſolis inſtituendis Gallus & Velleus egerint qui teſtamentum rumpere agnaſcēdo poſſunt quoties ſunt præteriti. Verùm quoniam verba illa, *cùm teſtamentum ab eo non rumpatur*, tam generalia ſunt vt omnē rumpēdi modum excludere Scæuola videatur, hoc eſt, ſiue agnaſcendo, ſiue ſuccedendo, inueſtigandum nobis eſt an nepos hic præteritus, quem diximus non rumpere agnaſcendo, rumpat ſuccedendo. Nam vt rumpat illud omnino facit, quod cū fictione poſtliminij videatur ſemper fuiſſe in ciuitate, eadem ipſius conditio eſſe debeat in omnib. nec melior aut deterior quàm ſi nunquam apud hoſtes fuiſſet. At ſi in ciuitate manſiſſet, eiuſque pater ante auum deceſſiſſet, proculdubio ſucceſſiſſet ille in locum ſui patris, atque ita ſuccedendo aui teſtamētum rupiſſet l. poſthumorum 13. infr. ti. prox. Cur nō ergo rumpet quādocunque reuerſus ab hoſtibus? An quia extremum fictionis ad quod nō ſit habile, vt Bartolus, Caſtrenſis & veteres omnes exiſtimāt? Sic enim ſentiūt, poſthumū hunc qui apud hoſtes natus ſit nō poſſe videri aut retrofingi manſiſſe in ciuitate in qua nūquā anteà fuerit. In quo labūtur apertiſſimè. Nā vt maximè verū ſit requiri neceſſariò ad inducēdā poſtliminij fictionē, quod in ciuitate aliquādo fuerit is qui in perpetuò manſiſſe videri velit, Conſtat enim qui in ciuitate cōceptus eſt licet apud hoſtes natus ſit, ſtatim atque in vtero fuit, pro iam nato habitum fuiſſe, præſertim quod ad poſtliminij fictionem attinet l. penult. D. de ſtat. homin. indéque fieri quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt vt patri quoque poſtliminium detur d. l. ab hoſtibus 15. §. 1. ex quib. cauſ. maior. l. ſi quis filio 6. §. ſiue autem infr. ti. prox. nimirum ſi apud hoſtes natus tantùm non etiam conceptus fuerit, vt ſequenti capite diſſeremus. An ergo verius eſt quod Goueano placuit nepotem hunc de quo tractamus ideò non rumpere aui teſtamentum ſuccedendo, quòd in aui poteſtatem nunquam reuerſus ſit, quo ſcilicet iam mortuo ab hoſtibus re-

pedaueri? Verum & huic ſententiæ ipſa iuris ratio refragatur, quæ propter fictionem postliminij facit vt nepos hic ſicut in ciuitate ita in aui poteſtate ſemper fuiſſe intelligatur, adeo vt nec tractari poſſit an in poteſtatem reuerſus ſit de qua nunquam exierit. Niſi velis defendere ob eã cauſſam ceſſare hic poſtliminij fictionem quod extremum à quo non ſit habile iam defuncto auo quo tempore nepos ab hoſtibus reuertitur. Sed hoc multò minus dici poteſt. Nõ enim ex aui, ſed ex ipſius nepotis perſona inſpiciẽdum eſt an extrema ſint habilia: ſufficitque nihil prohibere quominus nepos apud hoſtes natus in ciuitate ſemper manſiſſe fingatur, vt cetera omnia cõſequantur, quæ pro factis haberentur ſi nunquã hoſtium potitus fuiſſet, alioqui nõ eſſet plenum & integrum ius poſtliminij, ſed diminutum & dimidiatum, quale eſſe non magis poteſt quàm illud fieri vt eodem tẽpore vnus idémq. homo & liber ſit & ſeruus, & in ciuitate & apud hoſtes. Atqui ſi nepos hic ſemper in ciuitate manſiſſet, haud dubiè prædefuncto patre viuo auo in patris locũ ſucceſſiſſet, ac ſuccedendo aui teſtamentũ rupiſſet. Idem ergo admittendum quoque eſt cùm in ciuitate conceptus, apud hoſtes natus in ciuitatem rediit, mortuo etiã patre: Cæteroquin eadẽ iuris ratio faceret, vt iam natus filius ab hoſtibus captus, & patre mortuo reuerſus, patri ſuus heres exiſtere nõ poſſet, cũ ſuus heres ille ſit qui mortis tempore & in poteſtate eſt & primũ gradum occupat in cauſa ſuccedendi d.l.ſi quis filio 6.in princip.inf.tit. prox.l. ſi filiusfamilias 33. §.j.de teſtam.milit.l.ſcripto 7.D.vnd.liber. At conſtat filium qui apud hoſtes ſit teſtamenti tempore licèt impunè præteriri poſſit ſi in eadem cauſa decedat, ſi tamen ab hoſtibus redeat etiam poſt mortẽ patris perinde iniuſtum facere teſtamentum iure ſui heredis præteriti, acſi cùm teſtamentum condebatur in ciuitate fuiſſet §. in omnibus inf. hac leg.l.pen.hoc ti.d.l.ſi quis filio 6.§.ſed ſi pater inf.tit.prox. Adeò vt quãdiu pendet an filius ab hoſtibus rediturus ſit, hoc eſt quandiu viuit, neque ex teſtamento neq. ab inteſtato deferatur hereditas l.nec nos 4.C.de poſtlim.reuerſ. ne nepoti quidem cuius intereà ius pendet, ac in ſuſpenſo manet l.ſi quis poſthumos 9. §.ſi filium hoc ti. Nam & ſi pater ab hoſtibus captus eſſet filio in ciuitate relicto, tum filio iam mortuo pater rediiſſet, eadem poſtliminij fictione omnia quæ medio tempore filius quæſiſſet, patri acquiſita cenſerentur, quaſi nunquam egreſſo filio poteſtatem patris: nec patri poſſet obiici extremum à quo non eſſe habile vt filius iam tum mortuus in poteſtatem redire nequeat, vtpote qua nunquam fuerit in plenum liberatus propter ſuſpenſi iuris conſtitutionẽ l.proponebatur ff.de caſtr.pecul.l.penult.D.de ſuis & legi.l.bonæ 22.§.j.de captiu.& poſtlim. Denique captiuũ ab hoſtibus filium patre mortuo medio tẽpore lex poſteà reuerſum ſi in poteſtate patris tẽpore quo capiebatur fuit, ſuum facit heredem, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater deceſſerit l. captum 9. C. eod: (vbi tamen obſerua dictionem illam *Cornelia* abundare & vel ab imperito interprete additam vel exſcriptoris inſcitia ex dictione *poſteà* quæ ibidem optimè quadrat conflatam: cùm apertiſſimum ſit non ex lege Cornelia id fieri ſed ex poſtliminij fictione, quæ multum diſtat à lege Cornelia, & moribus ac naturali æquitate priùs quàm lege vlla videtur introducta l.poſtliminium 29.eod.) Quod itaquẽ in filio ab hoſtibus reuerſo poſtliminium facit etiã mortuo patre, idẽ in perſona nepotis faciet poſt aui mortem ab hoſtibus redeuntis ſi modò ante auum pater deceſſerit: ac proinde ſuccedendo, teſtamentũ aui rupiſſe intelligetur non minùs quàm ſi ſemper in ciuitate manſiſſet, quaſi viuo auo in locum patris ſucceſſiſſet. Non enim poſtliminij fictio facit vt rediiſſe in ciuitatem nepos videatur viuo auo, ſed vt nũquam abfuiſſe intelligatur. Cum igitur neceſſariò fatendũ ſit nepotem hunc aui teſtamentũ rũpere ſuccedendo, conſequens eſt vt rumpat nõ ſolũ ſi ſit præteritus, ſed etiamſi inſtitutus inſpecta iuris veteris ratione. Nam ante legem Velleam nepotes omnes qui in ſuorũ locũ ſuccedendo ſui heredes fiebant ſuccedendo rumpebant, quamuis inſtituti eſſent, & inſtitui potuiſſent, ob idque neceſſaria fuit lex Vellea cuius ſecundo capite prohibiti ſint rumpere d.§.ille caſus inſr. Ergo quod ait Scæuola teſtamentum ab eo non rumpi rationem illam habere non poteſt quòd ſit inſtitutus: cùm in iis qui ſuccedendo rumpebant ante legem Velleam nihil planè referret an inſtituti eſſent, an præteriti, nec tamen aliter inſtitui poterant, quàm ſi iam nati eſſent. Planè poſt legem Velleam intereſt, quoniam eos ſolos ſuccedendo rumpere lex prohibuit qui vtiliter inſtituti eſſent vel exheredati d.§.ille caſus. An autem ex eo inferemus legis Velleæ poteſtate fieri vt nepos hic teſtamentum non rumpat ſuccedendo? Minimè. Nam ſicut legis huius primo capite eorum tantùm poſthumorum inſtitutio permiſſa eſt qui & ſui heredes, & viuo teſtatore naſcerentur, in quorum numero non eſt hic de quo agimus, quia non ſuus & viuo patre natus eſt: ita ſecũdo capite nõ de permittẽda nepotum inſtitutione locuta lex eſt, ſed de iis dũtaxat agẽs qui omni iure inſtitui poterant ſaltẽ tãquam extranei, hoc eſt de nepotibus iã natis, id ſolùm conſtituit quod legis autoritate conſtitui neceſſe erat, vt ſi vtiliter inſtituti eſſent vel exheredati teſtamentum rumpere prohiberentur. At nos de eo nepote agimus qui teſtamẽti tẽpore necdum natus erat, nec in eo vt ſi tum natus fuiſſet ſuus heres auo exiſtere potuiſſet, quippe quẽ pater præcedebat: quique ob eam cauſam nullo iure inſtitui poterat. Non magis igitur ad ſecundum quã ad primũ caput legis Velleæ caſus hic pertinet. Quod cũ ita ſit, illa ſemper dubitatio manet quid illud ſit quod Scæuola negat teſtamentum ab eo rũpi: non puto aliud reſponderi poſſe quàm quod res eſt, Scæuolam reſpexiſſe ad ius illud, quod iã tũ Iuliani autoritate receptũ erat, & exploratum, quo defẽditur inſtitutio nepotis huius, qui & viuo patre natus ſit, & in prædefuncti patris locum viuo auo ſucceſſerit, vt nec præteriri eum neceſſe ſit, nec eo inſtituto vereri oporteat ne ſuccedendo teſtamentum rumpat, quaſi commixtis legis Velleæ capitibus. Priore quidem ad permittendã inſtitutionem eius qui alioqui præteritus ſuccedendo rumperet. Poſteriore verò ad prohibendum ne ſuccedendo rumpat is qui vtiliter fuerit inſtitutus. Hic enim Iuliani caſus eſt, de quo idẽ Scæuola tractat in §.ille caſus.j. huic noſtro prorſus ſimilis, imò idem penitus, niſi quod in hoc §.ponit nepotẽ apud hoſtes natum & poſt mortem patris atq; aui reuerſũ. Quæ tamẽ circũſtantię nullã iuris diuerſitatem inducũt, nẽpe propter fictionem poſtliminij quæ nõ ſolum captiuitatis, ſed etiam liberationis & reditus memoriã ſic obliterat, vt nec vnquã captus fuiſſe, nec à ciuitate abfuiſſe, nec proinde in ciuitatẽ rediiſſe nepos videatur. Cur ergo, inquies, caſum hunc Scæuola ſeparat à caſu Iuliani, de quo necdum quicquam dixerat, dicturus duntaxat in d.§.ille caſus. Nimirum quia nihil commune habet caſus Iuliani, ſi captiuitatis & poſtliminij circum-

circunſtantias tollas, cum formula Galli Aquilij de qua hic tractat Scæuola & tota hac lege vſque ad §. nunc de lege, vbi de lege Vellea tractare incipit. Iulianus enim de eo nepote tractat qui viuo auo naſcitur non ſuus. Gallus vero de alio qui & poſt aui mortem & ſuus heres auo naſcitur. In hoc autem §. de eo agit Scæuola, qui apud hoſtes viuo auo natus, & ab iiſdem auo iam mortuo reuerſus eſt, qui quoniam non niſi poſt aui mortem caput in ciuitate habere incipit, eo demum inſtanti natus videri poſſet, ideóque & ad formulam Aquilij pertineret, niſi poſtliminij fictio obſtaret, quæ tamen non obſtaret ſi mortuo in ciuitate auo nepos apud hoſtes natus proponeretur. Neq. enim fictio hæc retrofingit poſthumum priùs natum quàm natus ſit, vt viuo auo natus videatur qui reuera eo iam mortuo natus eſt. (Repugnat ſiquidem naturæ ordo qui non magis fictione iſta poſtliminij quàm alia vlla ciuili lege & conſtitutione immutari poteſt,) ſed fingit dũtaxat natum in ciuitate qui apud hoſtes natus eſt, quia non ſicut tempus ita locum certum naſcendi vllum natura præſcripſit. Vt verò ſemper in ciuitate fuiſſe videatur qui nunquam fuit, non ſola poſtliminij fictio facit ſed illa potiſſimùm iuris regula quæ partum in vtero exiſtentem pro iam nato habet vt Iulianus ſcribit in d.l. penul. de ſtat. homin. & Caius in Inſtit. tit. 4. §. vlt. lib. j. Cæterùm quemadmodum & in hoc §. & in præcedentibus, ad propoſitas quæſtiones diſſoluendas Scæuola legis Velleæ ſæpiùs meminit priuſquàm ad eius interpretationẽ accedat, tametſi de formula tantùm Aquiliana diſſerat, Ita & ad ius illud quod Iuliani autoritate inductum erat & ſine controuerſia receptum, reſpicere potuit, cùm ſcripſit à nepote iſto de quo tractat, aui teſtamentum non rumpi, nulla tamen Iuliani mentio facta ſed iuris antiqui duntaxat & legis Velleæ, quia nec ius nouum Iulianus fecit vt nec facere potuit, ſed tantùm induxit vt legis Velleæ duo capita miſcerentur ad comprehendendum caſum hunc nouum & improuiſum, qui neutro capite ſeparatim continebatur, quoniam de illo Velleus nõ cogitauerat. Nec idcirco ſuperfluus eſt tractatus qui ſequitur in d. §. ille caſus, quia ibi Scæuola diſputat qua ratione inductum ſit vt talis nepos inſtitui poſſit ne ſuccedendo rumpat. Hîc verò nihil aliud Scæuola notat quod ad Iuliani ſententiam pertineat, niſi teſtamentum non rumpi tacito eo cur non rumpat: Quæſtionem verò duntaxat illam mouet, An ex iure antiquo & formula Galli Aquilij, an ex lege Vellea inſtitutus videatur. Nam ſi ad ius antiquum caſus hic aptari poſſet propter circunſtantias nati poſthumi in captiuitate, & poſt aui mortem ab hoſtibus reuerſi, nec ad legem Velleam, nec proinde ad Iuliani ſententiam pertineret. Subinde tamen quaſi meliùs re conſiderata, monet Scæuola ſuperuacuam eſſe quæſtionem, quia ſiue ad ius antiquum, ſiue ad legis Velleæ capita aut ſeparata aut commixta caſum aptare velis, certum eſt nepotem hũc tanquam ritè inſtitutum aui teſtamentum rumpere nõ poſſe. Reuera tamẽ ad legem Velleam pertinet ſi cum Iuliano coniunges capita, quæ alioquin ſeparata nil prodeſſent, ſed ſi præteritus eſſet hic nepos, haud dubiè rumperet non agnaſcendo, ſed ſuccedendo. Quanquam putabam aliquando fieri non poſſe vt qui poſthumus, ſiue poſt teſtatoris mortẽ, ſiue poſt teſtamentum natus non rupit agnaſcendo cùm eſſet præteritus, idem vnquam rumpat ſuccedendo: quaſi totam vim poſthumi in rumpendo teſtamẽto, tum exeri neceſſe ſit cùm naſcitur. Sed me nunc in contrariũ illud vocat quod de recepta Iuliani ſententia ſcriptũ video in d. §. ille caſus, *Ne inquit lex rumpatur teſtamenta.* Et ſane cũ nõ eadẽ ſit ratio rũpendi teſtamẽti agnaſcẽdo & ſuccedẽdo, propterea quod agnaſcẽdo rumpit qui ſuus naſcitur, ſuccedẽdo verò qui cũ natus eſſet nõ ſuus, ſit ſuus ſuo intrãdo in locũ patris præmortui viuo auo, nihil vetat eũ qui agnaſcẽdo nõ ruperit licet præteritus, rũpere tamẽ ſuccedendo. Sequitur apud Scæuolam, *Quod quærẽdum eſt ſi iam mortuo filio pronepotem inſtituat redeátque mortuo.* Quibus verbis non mutari ſpeciem defendit Cuiacius, ideóque non, *pronepotem*, legendum eſſe, ſed *nepotem*, quod iam olim Ioannes & Pileus ſenſerunt. Et quia repugnant præcedentia ne dici poſſit nepotem hunc iam mortuo filio inſtitutum ab auo quem Scæuola initio dixerat habuiſſe teſtamenti tempore filium apud hoſtes, addit de ſuo pro *inſtituat*, legi debere, *pariat*. Quæ tamen correctio quàm ſit improbabilis nemo non videt: eo autem improbabilior eſt quò minùs neceſſaria. Nam cùm de pronepote tractare Scæuola incipiat, qui priùs in nepote inſtituto quæſtionem conceperat, nihil apertius eſt quàm quod Accurſius & veteres omnes tradiderunt mutari ſpeciem eadem tamen quæſtione retenta, ne ſcilicet an vtiliter proauus teſtatus videatur ſiue ex iure antiquo ſiue ex lege Vellea, ſi iam mortuo filio pronepotem ex nepote inſtituat & pronepos conceptus in ciuitate apud hoſtes natus, mortuo patre, deinde proauo ab hoſtibus reuertatur. Itaque rectè veteres libri, *Quod & quærendum eſt*, & paulò poſt *mortuo eo*, id eſt teſtatore. Ideò autem tractãs de pronepote Scæuola ponit filium iam mortuum, vt ſpecies hæc magis cõueniat ſuperiori, nepote in locum filij ingreſſo, & pronepote in locũ nepotis. Quamquam nec aliud probari oporteret ſi filius quoque teſtamenti tempore viueret, dũmodo ex aliqua parte inſtitutus eſſet iuxtà eiuſdem Scæuolæ præceptum in §. in omnibus. infrà. Cæterum ſi cum Cuiacio poneres tractare Scæuolam de nepote ex filio iam teſtamenti tempore mortuo, ridiculum faceres Scæuolam qui dubitaret an nepos hic vtiliter eſſet inſtitutus ſiue ex antiquo iure ſiue ex lege Vellea. Apertiſſimũ n. eſſet potuiſſe eũ ab initio inſtitui omni iure tanquam poſthumum ſuum quem patet non præcedebat, eo tamen nato viuo teſtatore inſtitutionem euaneſcere, ſi ius antiquum inſpicias, ſubſiſtere verò, ſi legis Velleæ primum caput conſideres. Nec ſanè dubitandi cauſa vlla eſſet an ad formulam Galli Aquilij aptari caſus hic poſſet, non ſolùm quòd ea formula ad illos duntaxat nepotes pertineat qui propriè ſunt poſthumi, hoc eſt poſt aui obitum nati, ſed etiam quòd in his omnibus ſpeciebus quas Scæuola tractat in Aquilianæ formulæ interpretatione ponendum neceſſariò ſit ſuperſtitem fuiſſe teſtamenti tempore filiũ, adeóq. ex aliqua partẽ inſtitutum d. §. in omnibus. Id enim vnum erat quo nepotis poſthumi Inſtitutio prohiberi videbatur quòd teſtamẽti tempore patet eũ præcederet. Et verò cùm Scæuola ponit nepotem hunc poſt patris & aui mortem rediiſſe, iis verbis, *mox ille poſt mortem patris atque aui redeat*, non obſcurè ſignificat natum eum fuiſſe viuo vtroque. Eo autem nato, ac priuſquam ab hoſtibus rediret, defunctum in ciuitate patrem primo loco, ſubinde auum. Quo fit vt in illis verbis, *ibique viuo pariat*, putem abundare dictionem, *viuo*, quæ & ſola per ſe nullius ſenſus eſt, manſitque in textu ex gloſſa interpretis qui non tantùm dictionem illam addiderat, ſed & alias plures quæ extant adhuc in veteribus libris, in

quibus ſic legitur, *viuo auo & eius filio.* Eadem dictio *viuo* irrepſit etiam in textum l. ſi pater filium 26. de vulg. & pupi. ſubſt. de qua ſuperiore capite diximus. Hęc vero ad loci huius obſcuriſſimi, necdum à quoquam bene explicati, interpretationem ſufficiant.

De ſententia l. ſi quis filio. 6. §. ſed ſi pater. D. de iniuſt. rupt.

CAPVT VII.

TOrſit me diu multúmque hic locus, in eo primum quod Vlp. ait, ſi pater eius qui mortis aui tempore in vtero fuit apud hoſtes erat, nepotem iſtum, patre in eadem cauſa decedente poſt mortem aui ſuccedendo teſtamentum rumpere. Nam ſi verum eſt, quod pro ratione ſequitur, *quia ſupra ſcripta perſona ei non obſtat, nec enim creditur in rebus humanis fuiſſe cùm in eadem cauſa decedat*, conſequens videtur, vt nepos hic in teſtamento aui præteritus illud rumpat, non vt Vlpianus ait, ſuccedendo, ſed agnaſcendo. Nam agnaſcendo rumpit quiſquis ſuus naſcitur, ſi præteritum ſe reperiat, ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore naſcatur: ſuccedendo verò ille demùm qui non ex ſuo fit ſuus ſubintrando in locum ſui heredis viuo duntaxat non etiam mortuo teſtatore, l. poſthumorum 13. inf. hoc tit. l. Gallus 29. ſeq. part. ſupr. tit. 1. Ex quo apparet fieri non poſſe, vt idem nepos rumpat & agnaſcendo & ſuccedendo, ſiue quòd teſtamentum iam ſemel agnatione ruptum, iterum quaſi agnatione rumpi non poſſit, ſiue quòd nec fieri queat, vt vnus idémque poſthumus naſcatur ſuus & non ſuus. Multò minùs autem admittendum eſſe, quod Vlpianus ait poſthumum hunc rumpere ſuccedendo poſt mortem aui, cùm Velleana ſucceſſio, vt dixi, non niſi viuo teſtatore fiat. Accurſius nodum hunc quaſi nec viderit nõ diſſoluit, nec alius quiſquam ex veteribus interpretibus. Cuiacius verò ſic eludit, vt dicat Vlpianum ſcripſiſſe *ſuccedendo*, eo ſenſu, vt idem prorſus ſignificet, quod *agnaſcendo.* Ratione illa quòd quemadmodũ ſucceſſio quaſi agnatio quædã eſt d. l. poſthumorum in fin. ita non malè ex contrario dici poſſit agnationem quadam veluti ſucceſſionem eſſe, cùm poſt mortem teſtatoris ex filio iam defuncto nepos agnaſcitur. Sed hæc longè ſunt diſſimilia. Succeſſionem enim quaſi agnationem appellamus, quoniam qui ſuccedit in locum ſui heredis ex non ſuo fit ſuus, ac proinde quòd qualitatem ſui heredis attinet, quę ſola facit, vt teſtamentum rumpatur, eo demùm inſtanti naſci quodammodo videtur. At agnationem ex contrario ſucceſſionem appellare non poſſumus, nec quaſi ſucceſſionem, quia qui ſuus naſcitur cùm à nemine anteuertatur (alioqui non ſuus naſceretur) non habet in cuius locum poſſit ſuccedere, ſiue de filio agamus, ſiue de nepote. Quanquam verum eſt ſicut nepos non ſuccedit in locum filij ſucceſſione Velleana niſi filius viuo teſtatore ſuus eſſe deſierit, ita nec aliter agnaſci ſuũ heredem auo poſſe, id eſt, proximum ei naſci poſt eius mortem, quàm ſi filius qui eum præcedebat viuo auo ſuus heres eſſe deſierit, ac proinde quàm ſi nepos qui quaſi nepos ſecundum gradum tenet, in filij locum ſucceſſerit, & primum gradum tenere ac filij loco eſſe cœperit, quo ſenſu dici ſanè poteſt ſuccedẽdo rumpere eum qui rumpit agnaſcendo: non quia idem ſit ſuccedere & agnaſci, ſed quòd auo agnaſcatur is demùm nepos qui in parẽtis locũ naſcẽdo ſuccedat l. 1. §. ſi filius & ſeq. de ſuis & legi. Anton. Goueanus neſcio quid prima facie ſubtilius, propè attendenti multo probabilius commentus eſt. Putat namq; nepotẽ hunc cuius pater teſtamenti tempore apud hoſtes fuerit ſi mortuo auo & exſtãte adhuc patre apud hoſtes natus ſit, aui teſtamentũ rumpere non agnaſcendo, ſed ſuccedendo: quoniã, inquit, & in aui morientis poteſtate fuiſſe creditur, qui eo viuo conceptus ſit & eo viuo natus in poteſtate futurus eſſet, & in locũ quẽ pater propter ius ſuſpẽſum poſtliminij obtinere videbatur, ſubintrauit mortuo poſtea apud hoſtes patre. Vnde infert ille non naſcentẽ hunc, ſed iam natũ rũpere: eũ verò qui natus rũpat, neceſſe eſſe rũpere ſuccedendo. Sed in eo vir doctiſſimus labitur, quòd non animaduertit, imò verò nepotem hunc nõ iam natum, ſed naſcentem, & naſcẽdo rumpere, quia quo tempore naſcitur licet patrem habeat viuum apud hoſtes nõ magis tamẽ ei obſtat perſona patris quandocunq; poſtea apud hoſtes defuncti, quàm ſi iam tum defunctus eſſet, vt apertiſſimè Vlpianus ſcribit. Nam tametſi lex Cornelia, quę de hereditatibus teſtamentariis quàm legitimis eorum qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſent lata eſt, ad filiosfamilias non pertineat, qui ſicut bona in ciuitate nulla relinquere potuerunt, ita nec heredem habere poſſunt l. qui vxorem 15. hoc ti. junct. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. ſubſt. vt proinde fingi non poſſit ex ea lege filiusfamilias deceſſiſſe in ciuitate antè primã harum captiuitatis. Verũ tamen eſt deſiiſſe eum viuo patre ſuum heredẽ eſſe cùm ab hoſtib. eo viuo non redierit, & quo inſtãti pater eius moriebatur certum eſſe cœperit non poſſe ampliùs viuo eo filium redire l. Gallus §. videndum ſup. ti. 1. quod nos plurib. explicabimus lib. prox. c. 3. Conſequenter fatendũ eſt nihil obſtare nepoti huic poſt aui mortem naſcenti, quominꝰ auo ſuus heres naſcatur, quãuis ſi viuo auo naſceretur, ſui heredis ius naſcendo nõ haberet nec ſi pater apud hoſtes poſteà deceſſiſſet. In quo differt hic nepos ab eo de quo in priore legis ſpecie dictũ fuerat, hoc eſt qui conceptus ſit ex filio exheredato, & patri ſuperſtite. Ille enim vno tantùm caſu ſuus heres naſcitur, ſi exheredatus filius deceſſerit herede ſcripto deliberante, qui poſteà hereditatem omiſerit, & tamen de illo quidem caſu rumpit teſtamentum, quia potuit præteriti cùm mortis tempore patet eum præcederet l. ſcripto 7. vnd. liber. quam ob cauſam magis probo, vt in huius §. principio legamus, *ſed ſi pater*, quàm, *ſed etſi*, differentiæ indicãdæ gratia. Quòd ſi admittas naſci hunc nepotem ſuum heredem, quia nemo eum præceſſit mortis tempore, negare non poſſis quin agnaſcendo rumpat. Nõ igitur ſuccedendo, cùm vel fatente Goueano ſuccedẽdo rumpat is duntaxat qui natus, nõ qui naſcens rumpit. Quid ergo eſt quod Vlpianus de nepote iſto ſic ſcribit, *poſt mortem aui ſuccedendo teſtamentum rumpet*? Tentemus an dici poſſit Vlpianum his verbis nec de Velleana ſucceſſione agere, quæ fit ſubintrante ſuo herede in locum ſui heredis, nec de ea ſola, quæ fit in gradibus potiùs, quàm in perſonis, hoc eſt ſubintrante ſecundo gradu in locũ primi deficientis etiam priùs quàm perſona naſcatur, quæ gradum illum occupare poſſit, l. 1. de ſuis & legit. (quanquam ſi de hac maximè velis intelligere, non valdè repugnabo, vt ſup. dixi.) Sed de ſucceſſione in hereditate de qua & in præcedentibus illis locutus fuerat, *ab inteſtato verò ſuccedit.* Vt ſenſus ſit longe elegantior, nepotem hunc poſt mortem aui ſuccedendo in ipſius hereditate cùm auo ſuus heres agnaſcatur teſtamentum eius rumpere. Hoc autem ideò (ne quis fortè putet abſurdè aut otioſè hoc verbum additum (quia poſthumus, ſiue filius, ſiue ne-

pos

pos nunquam rumpit niſi ſuccedendo, hoc eſt quin ſtatim & in ipſo inſtanti rumpendi ſuccedat ei cuius teſtamentum rumpit. Et in hoc melior conditio eſt poſthumi quàm filij iam nati. Hic enim ſi in primo gradu teſtamenti præteritus ſit, in ſecundo verò vel inſtitutus vel exheredatus facit quidem primũ gradum iniuſtum, ſed ſequentem valere patitur. Poſthumus verò rumpendo ſibi locum facit, atq; ita non tantùm primum gradum à quo præteritus fuit, ſed & omnes ſequentes totumq. teſtamentum rumpit, vt eleganter idem Vlp. ſcribit in l. prox. pręced. verſic. rumpendo. Vix quoniam li vno caſu euenire poteſt, vt partem dũtaxat teſtamenti poſthumus rumpat: nimirum cùm à primo gradu exheredatus eſt, à ſecundo pręteritus l. 3. §. vlt. ſup. eo. ſcilicet, quia quãdiu primus gradus ſubſiſtit de ſecundo nihil quærẽdum eſt, nec proinde ob ſecundi gradus inualiditatem primus rumpi poteſt. Ergo nec totum teſtamẽtum, ſed pars tantum; ſi fortè vno ex primis heredibus adeunte alius qui ſubſtitutum vulgarem acceperat præterito in ſubſtitutione poſthumo, hereditatem omiſerit l. 4. eod. Suprascriptæ autem differentiæ inter poſthumum & filium iam natũ elegans ratio illa eſt, quam iam ſuperiore libro attigimus c. vlt. quod cùm filij præteritione teſtamentum iniuſtum & nullum eſt, nullũ filij factum intercedit, ſed ſola iuris poteſtas quæ odio præteritionis etiam ignorante filio teſtamentum inutile reddit. Ergo eatenus duntaxat quatenus filius præteritus eſt, atque ita ratione primi gradus tantùm, non etiam ſequẽtium, ſi in ſolo primo gradu filius præteritus ſit, in ſequentib. verò vel inſtitutus vel exheredatus. Quomodo igitur poſſit filius iam natus ſibi locum facere qui nihil facit? Prius ſiquidem eſt, vt faciat, quàm vt ſibi locum faciat. Nec pugnat quod quibuſdam locis ſcriptum legimus filium pręteritum facere iniuſtum teſtamentum, vt in hoc ipſo §. & in d. l. 3. §. ex his ſup. hoc tit. Id enim ſic accipi omnino debet, vt præteritio ipſa filij iniuſtum faciat, aut ſi mauis, vt filius præteritus non patiatur teſtamentum valere quomodo Vlp. loquitur in §. ex ſuis heredibus ti. 22. qui hered. inſti. poſſ. non vt in eam tẽ filij factũ vllũ intercedat aut intercedere ſit neceſſe, cùm, vt dixi, & ignorante & inuito filio ſola iuris poteſtas iniuſtũ faciat gradũ in quo filius præteritus eſt. At cùm poſthumus ſuus heres rumpit hoc ipſo quod rumpit facit aliquid & vel ipſum rũpendi verbũ poſthumi factũ demõſtrat ſe exerentis & in lucem prodeuntis. Stultus verò ſit ſi ideò rumpat, vt alij locum faciat, ac non potius ſibi ipſi. Quanquam enim nec voluntatem nec iudicium habet, qui nunc primùm naſcitur, vt quid faciat poſſit intelligere, lex tamen vtrumq. ſupplet, hoc vno contenta quod factum nepotis in naſcendo interueniat quippe quæ certa ſit ætatem ſolam, & iudicium illi, & voluntatem eſſe allaturam. Itaque non ea ratione potentius eſt ius poſthumi quàm filij iam nati, quòd ille ſit fauorabilior, ſed quia plus eſt & ad euertenda teſtãtis iudicia validius, rumpi teſtamentum quàm nullũ eſſe & iniuſtum. Vt autem poſthumus rumpat non duntaxat iniuſtum faciat, ratio illa eſt, quia quandiu in dubio euentu poſitum eſt an poſthumus naſciturus ſit teſtamentum valet. Proinde vel ſemper validum id manere neceſſe eſt, vel quoniam id citrà poſthumi iniuriam fieri non poſſet, rumpi penitùs & euerti naſcente poſthumo præterito. Ad id ergo nimirum reſpiciens Vlpianus ait nepotem hunc poſt mortem aui ſuccedendo rumpere teſtamentum, quod perinde eſt ac ſi tranſpoſitis verbis diceret rumpendo ſuccedere, vt in d. l. prox. præced. verſ. rumpendo. Cæterum & rumpit & ſuccedit agnaſcendo, qui agnaſcitur, qui, cum in parentis quaſi præmortui locum ſucceſſerit, proximum ipſi locũ cùm naſcitur obtinet. Iam natus, quia ab initio iniuſtum facit, & nullum nunquam rumpit. Nam quod nullum eſt rumpi non põt l. prox. ſup. idq; eſt quod Vlp. noſter innuit in §. ſeq. iis verbis: *ſi gradus ille valeat*. Et errant qui putant præteritione filij iam nati ruptum dici teſtamẽtum in l. inter cętera 30. ſup. ti. 1. Habet enim lex illa duas partes, quarum prior de poſthumis neceſſariò intelligenda eſt de quibus fortaſſe eo loco Caius tractabat, qui ſic loquitur, *ne præteritu iſtu rumpatur teſtamentum*. Poſterior verò de filiis iam natis, & teſtamenti tempore in teſtatoris poteſtate conſtitutis d. l. 3. §. ex his hoc t. Alia quæ ad huius legis principium pertinent, quia magis elegantia ſunt quàm obſcura, nec malè in antiquioribus & recentioribus explicata prętermittimus. Pertinent ad nepotem ex filio exheredato cuius aliam eſſe rationem quam nepotis ex filio captiuo Vlpianus hìc docere voluit, vt & in l. ſi quis 5. §. 1. ſupr. tit. prox. Sed quæ ſequuntur vſque ad §. irritũ, quoniam luce maxima & noua indigent, ſequenti capite exponamus.

Emendatio §. ſiue autem eiuſdem legis, & interpretatio l. ſi ſtatulibera 6. in princip. & §. 1. de ſtatulib.

CAPVT VIII.

Longe obſcuri⁹ eſt quod apud Vlpianum ſequitur in §. ſiue autem hac eadem lege, *ſiue autem*, inquit, *in ciuitate nepos fuit cõceptus ſiue apud hoſtes, quoniam datur & partui poſtliminium, ſuccedendo teſtamentum rumpit*. Hic Vlpianum incipere de Velleana ſucceſſione tractare exiſtimat Cuiacius, quòd nepoti concepto apud hoſtes poſtliminiũ non aliter detur quàm ſi cum filio reuertatur l. 1. C. de poſtlim. Vtroque autem reuerſo ita demùm nepos ſuccedat in locũ filij, & ſuccedẽdo rumpat, ſi filius viuo teſtatore ſuus heres eſſe deſierit l. poſthumorum 13. ſ. hoc ti. l. Gallus 29. §. ſequenti parte ſup. tit. 1. Mihi verò probabile hoc fieri non poteſt, qui video iis verbis *ſiue autem*, coniungi hunc §. cum præcedentibus ita vt eadem ſpecies tractetur, ſcilicet de nepote ex filio teſtamenti tempore capto ab hoſtibus, & in eadem cauſa, hoc eſt in captiuitate defuncto. De nepote, inquam, qui poſt aui mortem natus ſit, ac proinde in cuius perſona Velleanæ ſucceſſionis ordo locum habere non potuerit, ſi verum eſt quod in ſuperioribus ſæpiùs diximus, & vir doctiſſimus non negat Velleanam ſucceſſionem non niſi viuo teſtatore contingere. Quomodo enim viuo teſtatore ſuccedat in locum filij nepos, qui poſt teſtatoris mortem naſcitur, ſed & cùm in præcedẽte §. eadem illa verba extent quæ in iſto *ſuccedendo teſtamentum rumpet*, cur aliter atque aliter ea interpretari liceat, quaſi vno loco de Velleana ſucceſſione Vlp. egerit, alio verò de ſui heredis agnatione, quæ per ſubrogationem ſequentis gradus in locum præcedentis mortuo teſtatore contigerit? Eadem ſanè verba eodem contextu ſcripta, & ad eandem ſpeciem accommodata, vnã eandemq; interpretationem recipiant neceſſe eſt. Nec me mouet quod Cuiacius obiicit nepotem hunc apud hoſtes conceptũ de quo Vlp. tractat non aliter poſtliminium habere poſſe, quàm ſi cum patre ab hoſtib⁹ reuertatur. Nam vt maximè id verum eſſe concedam, quod mox negabo, nepotem ab hoſtibus cum patre reuerſum poſtliminij ius habere, planè ridiculum facias Vlpianum, ſi eum ſic in-

telligas, vt vtroque ab hoſtibus reuerſo viuo adhuc teſtatore ſi contingat filiũ præmori nepos in ipſius locum ſuccedat, & ſuccedendo viuo auo rumpat. Quid enim neceſſe erat captiuitatis mentionem facere, cuius memoriam & incommoda vtroq. poſteà reuerſo poſtliminij fictio deleuiſſet? Aut quis dubitare poterat, eo caſu quo vterque propter ius poſtliminij ſemper in ciuitate manſiſſe credebatur, nepotem in prædefuncti parentis locum viuo auo ſuccedentem ipſius teſtamentum rumpere? Vtiq; pertineret ea res ad tractatum De poſtliminio potiùs quàm ad titulum ſub quo locus hic ſitus eſt De iniuſto rupto, & irrito facto teſtamento. At neque verum eſt, quod Cuiacius pro certo ponit, nepotem in captiuitate patris conceptum poſtliminij ius habere, etiamſi cum patre reuertatur. Qui enim in ciuitate nunquam fuit aut natus, aut pro nato habitus, quomodo retrofingi poſſit perpetuò in ciuitate manſiſſe? An non hîc optimè illud quadrat, quod noſtri iactare ſolent poſt Bartolum ad l. ſi is qui pro emptore. D. de vſucap. neque poſtliminij, neque aliam vllam fictionem tunc locum habere cùm extrema non ſunt habilia? Porrò extremum ad quod hic nullum eſt, ad quod ſcilicet poſtliminij fictionẽ referre poſſis, cùm nepos apud hoſtes cõceptus nec ab hoſtibus captus, nec in ciuitate nunquam fuerit. Nam & quod receptum eſt, vt qui in ciuitate conceptus & apud hoſtes natus eſt poſtliminium habeat l. ab hoſtibus 15 §. j. ex quib. cauſ. maior. d. l. Gallus §. ſi eius ſup. titul. j. aliam rationem non habet, quàm quòd ex iuris regula fauorabiliter introducta, qui in vtero ſunt pro iam natis habeantur quoties de illorum commodo agitur l. penul. D. de ſtat. homin. At vt pro nato habeatur, qui nondum conceptus eſt nec iuris regula, nec fictione vlla conſtitui poteſt. Planè, etiam qui apud hoſtes cõceptus eſt ſi in ciuitatem cũ patre reuertatur, ciuis Romanus efficitur, & patriæ poteſtati ſubditus nõ minùs quam ſi in ciuitate, & conceptus & editus fuiſſet. An quia poſtliminij ius habeat? Id enim eſt quod & virum doctiſſimum & interpretes omnes fefellit. Minimè. Sed quia cùm eius patri poſtliminiũ detur, & poſtliminij ea vis ſit vt patri reddat omnia, ac proinde liberos, in conſequentiam fieri neceſſe ſit, vt reddendo patri liberos in ſeruitute conceptos ac ſi in ciuitate cõcepti fuiſſent, liberis quoq; det patrem, ſiquidem ſunt iſta correlatiua quorum vno poſito alterum quoq; poni neceſſe eſt. In eámq. rem textus eſt perelegans & apertus in d. l. j. C. de poſtlim. reuerſ. in illis verbis, *quanquam enim iure proprio poſtliminium habere non poſſit quæ capta non eſt, tamen parentum reſtitutio reddet patri filiam.* Nec eſt contrarium quod in eiuſdem legis principio ſcriptum eſt, filiam apud hoſtes conceptam ita demùm parentis originẽ ſecutam videri ſi ambo in ciuitatem reuerſi ſint. Sunt enim hęc longè differentia, filiam apud hoſtes conceptam & cũ patre vel matre reuerſam ſequi patris aut matris originẽ, Et, Habere eam ius poſtliminij: Prius verũ ex neceſſitate paterni aut materni poſtliminij: Poſterius falſum, quamuis eò tandem decurſum ſit, vt dici cœperit ex patris perſona dandum huic filiæ poſtliminium, licèt perſona ipſa filiæ quę nec ab hoſtibus capta nec in ciuitate vnquam fuit fictionis huius incapax prorſus videatur. Sic enim omnino accipiendum eſt, quod ait lex apud hoſtes 9. D. eo. filium apud hoſtes ſuſceptum, id eſt & conceptum & editum filij iura habere ſi poſtliminio redierit, ſcilicet cũ patre vel matre. Habere enim poſtliminiũ, nempe ex perſona parentis cũ quo redierit ſiue pater, ſiue mater ſit. Idque ex reſcripto Seueri & Antonini, cuius & idem Vlpianus meminit in l. j. §. interdum ver. ſed etſi apud hoſtes D. ad SC. Tertyl. Quod reſcriptum illud ipſum eſt, cuius verba extãt in d. l. j. C. de poſtli. vt ex inſcriptione apparet. Adde quod & in l. Diui 25. D. de capt. & poſtlim. Marcianus ita ſcribens *& filiam in poteſtate patris quemadmodum ſi iure poſtliminij reuerſus ſit*, ſatis ſignificat non propriè & verè, ſed impropriè & abuſiuè nos loqui cùm dicimus filio qui apud hoſtes conceptus ſit poſtliminium competere, tametſi cum patre reuertatur. Vnde illud etiam fit, quod monſtri inſtar videri poſſit, vt filius conceptus in ſeruitute ſi ſolus aut cum matre ſola in ciuitatem redeat patre apud hoſtes defuncto, nec patrem habere intelligatur, nec proinde matrem ſi cum patre ſolo redeat, defuncta apud hoſtes matre: cum iam inde ab eo tempore quo captus eſt parens quiſquis ille ſit diem ſuum obiiſſe exiſtimetur, vt ait d. l. j. in fine. Itaque ſpurius dicitur priore caſu & vulgo quæſitus dict. l. Diui 25. D. eod. d. l. j. §. ſed etſi apud hoſtes D. ad SC. Tertyll. quod & de libertinis Vlpianus ſcribit in fragmentis, tit. 12. de curator. §. à Prætore. Poſteriore autem ſine matre eſſe exemplo adrogati qui patrem habet non matrem. Id verò magis nouum & mirum hodie videri debeat, natum ex legitimo matrimonio filium pro ſpurio vulgo quæſito haberi, poſtquàm iure nouo & ex Iuſtiniani Nouell. 22. de nupt. cap. 7. §. ſed etiam captiuitatis, inductum eſt, vt per captiuitatem matrimonium non diſſoluatur, quod olim diſſoluebatur l. in bello 12. §. medio tẽpore in fin. D. de capt. & poſtlim. quod & Accurſ. ad d. l. Diui obſeruauit. Nemo enim dixerit illa Iuſtiniani conſtitutionẽ ſublatam fictionem legis Corneliæ quæ facit, vt proximo ante captiuitatem momento captiuus deceſſiſſe retrofingatur. Vereor tamen ne malè Accurſius & poſt eum cæteri legẽ Iuſtiniani accipiant, quæ ſanè illo demùm caſu matrimonium manere patitur quo alterutra coniugum perſona ſuperſit in Republ. non etiam ſi ambo coniuges in hoſtium poteſtatem peruenerint. Ideòque nec dici poteſt ſpurium hoc caſu naſci ex legitimo matrimonio, niſi ponas vxorem non captiuam, ad virum captiuũ commeatu ab hoſtibus, vt plerunque fit, accepto ad eum acceſſiſſe ibique ex eo concepiſſe. Vtut ſit, conſtat filium apud hoſtes conceptum ſi ſolus redeat nullum poſtliminij ius habere, neq; ex perſona propria, cùm, vt dixi, nec ab hoſtibus captus nec in ciuitate vnquam fuerit, neq; ex perſona parentum, qui non redierint. Si verò cum parentibus redeat competere ei ius poſtliminij, ex perſona quidem patris ſi vel vterque parens vel ſolus pater redierit, ex perſona autem matris ſi ſola mater reuerſa ſit. Quò pertinet quod idẽ noſter Vlp. tractat in l. ſi ſtatulibera 6. §. j. D. de ſtatulib. de ſtatulibera, quæ in ciuitate & ante exiſtentem ſtatutę libertatis conditionem ac proinde in ſeruitute conceperit, deinde ab hoſtibus capta ibi poſt exiſtentem conditionem pepererit, An liberũ pariat. Et ait interim quidem, id eſt quandiu apud hoſtes eſt filius dubiũ non eſſe quin ſeruus hoſtium ſit, ſed verius eſſe poſtliminio eum liberum fieri. An verò ex matris perſona, an ex propria? Ponimus enim & matrem & filiũ ab hoſtibus rediiſſe. Et puto ex perſona matris non ex propria tametſi conceptus fuerit in ciuitate, quia eo tẽpore conceptus eſt quo mater nondũ erat libera, ac proinde in ſeruitute, ſcilicet nondum impleta ſtatulibertatis conditione: quæ res facit, vt quandiu in vtero fuit & in ciuitate nõ potuerit haberi ꝓ nato,

cum

cùm ea ſit iuris ciuilis regula, quæ ſicut ad ſeruos nõ pertinet, vtpote iuri ciuili incognitos: ita nec ad filios ſtatuliberorũ, niſi ab eo tẽpore quo exiſtit cõdicio & libertatẽ mater cõſecuta eſt. Idq; elegãter Vlpianus docet, illã ſuæ ſententiæ rationem ſubiiciens *quia ſi mater in ciuitate eſſet*, intellige, tũc cũ ſtatutæ libertatis condicio euenit, *liber naſceretur*. Sufficit enim partui liberã matrẽ vel cùm natus eſt vel quo alio tẽpore habuiſſe, vt & liber, & ingenuus natus videatur l. & ſeruorũ 5. §. ingenui & §. vlt. de ſtat. homin. Quòd ſi poneres conceptum in ciuitate ex ingenua matre filium, deinde natum apud hoſtes ex captiua, poſteà ſine matre reuerſum, dicerem poſtliminium ei competere, proprio iure acſi iam natus vnà cum matre captus fuiſſet l. vlt. C. ex quib. cauſ. maior. tametſi non poſſit retrofingi natus in ciuitate ſine matre: quia nec retrofingi neceſſe eſt, quandoquidem iam pro nato habebatur priuſquam mater ab hoſtibus caperetur, & ſecuta calamitas matris quæ poſt conceptionem ab hoſtibus capta apud eos & pepererit, & deceſſerit nõ magis filio nocere debet, quòd ad ius poſtliminij attinet, quàm in eo vt & liber & ingenuus naſcatur ſi vel minimo medij temporis momento liberam matrẽ habuerit, quanuis & conceptionis & partus tempore ancilla fuerit, d. l. 5. §. pen. & vlt. de ſtat. homi. Quid autem ſi in ſupraſcripta ſpecie ſtatulibera & apud hoſtes concepiſſet, & poſt exiſtentem condicionem edidiſſet? Difficilius eſt vt poſtliminium filio competat, quippe qui non ſolùm in ciuitate numquam fuerit, ſed etiam in duplici ſeruitute conceptus ſit. Sed tamen quia poſt exiſtentem conditionem natus eſt, & eo tempore quo ſi mater eſſet in ciuitate hic liber naſceretur, adhuc benigniùs dicetur cõpetere ei poſtliminium, & liberum eum eſſe, nimirum inducta ex perſona matris poſtliminij fictione, & ita demùm ſi ſimul cum matre redierit: alioqui melior cõditio eſſet filij apud hoſtes concepti ex ſtatulibera quàm eius qui conceptus eſſet ex muliere ante captiuitatem libera, quod tamen dici non poteſt. Matri autem quæ captiuitatis tempore ſtatulibera fuit licèt numquã caput in ciuitate habuerit, ideò fictionem poſtliminij accommodamus quòd quamuis toto præcedenti tempore ſerua fuerit, adeò vt ſi tum peperiſſet etiam partus heredis fuiſſet l. ſtatulibera 16. de ſtatu lib. nihilominùs ſi ſemper in ciuitate manſiſſet, exiſtente quandocumque condicione perinde libera fuiſſet acſi libertatem ab initio purè non in tempus aut cõdicionem accepiſſet l. 2. eo. tit. de ſtatulib. nõ tamen ablatis heredi medij temporis commodis. Itaq. eadem ratio quæ libertati iã cõpetenti poſtliminium daret etiã cõpetituræ fauere debet, & ſuccurrere, nec ciuilis legiſlator pati debet vt ex hoſtium iniuria deterior eius condicio fiat. Dico, *ex hoſtium iniuria*, quoniam ſi mater ſerua pœnæ facta ſit ex condemnatione nihil ei prodeſſe debet quòd poſteà libertatis cõdicio euenerit, cùm & ſi cõdemnationis tempore libera fuiſſet, & ex libera pœnæ ſerua effecta, ei ſubueniri nõ oporteret, tanquã indignæ propter pœnam ex proprij delicti cauſa irrogatam l. Papinian⁹ 20. de mino. Partui tamen ante dãnationem cõcepto proficiet exiſtẽs poſt damnationem libertatis cõdicio, vt perinde liber naſcatur atque ſi mater damnata nõ eſſet, ne obſit ei caſus matris in libertate qui nec in dignitate obeſſe poſſet, arg. l. filiam. 9. D. de Senator. Atqui, inquies, obſtat ei caſ⁹ matris cũ mater ab hoſtib. capta nec reuerſa eſt. Imò, inquam, nõ obſtat ſed potiùs ipſius filij qui & ipſe in ſeruitute cõceptus eſt, ideóq. alieno auxilio indiget vt poſtliminij fictione adiuuetur, quam ex propria perſona inducere non põt. Et hæc mihi videtur Vlp. ſententia quanquã ſubobſcura in d. l. ſi ſtatulibera 6. in prin. & §. j. de ſtatulib. Verũ vt ad rem noſtram redeamus, etſi nullo caſu fieri põt vt ei qui apud hoſtes conceptus eſt ſi ſolus redeat poſtliminium detur, obſeruandum tamen eſt nonnullam hac parte differentiam eſſe inter filium & nepotem ex filiofamilias. Nam ſi ex patrefamilias ab hoſtibus capto conceptus ſit in captiuitate filius, & patre poſteà in eodem ſtatu decedente, filius ſolus in ciuitatem redierit, ea ratio facit ne poſtliminium habere filius poſſit ex perſona patris, quod nec patrem habere intelligatur, quippe qui fictione legis Corneliæ ante primam horam captiuitatis defunctus exiſtimetur d. l. 1. C. de poſtlim. In nepote verò concepto apud hoſtes ex filiofamilias nõ eadem ratio locum habere videtur, quia nec fictio legis Corneliæ ad filiosfamilias pertinet præterquam ſi ſint milites, & ratione duntaxat bonorum caſtrenſium l. filiusfa. 14. de re milit. l. lex Cornelia 28. de vulgar. ſubſtit. quamuis pater idémq. filiusfamil. apud hoſtes poſteà mortuus, videatur iam inde viuo auo ſui heredis ius amiſiſſe d. l. Gallus. §. videndum. ſup. tit. 1. & hac ipſa lege. §. prox. præce. Proinde negari vix poteſt, quin nepos hic patrem habeat, niſi dicas quod & verius & ſubtilius dici poſſe arbitror, patrem hunc licèt non retrofingatur ex lege Cornelia ciuis Romanus deceſſiſſe, quia filiusfamilias fuit, cœpiſſe tamen pro nullo & mortuo haberi ex quo ab hoſtibus captus eſt, & ſeruus hoſtium reuera factus, cùm, quòd ad ius ciuile attinet, ſerui pro nullis & mortuis habeãtur l. quod attinet 32. l. ſeruitutẽ 209. de reg. iur. Indéq. fieri vt tãquã ex nullo aut mortuo cõceptus nec patrẽ habere intelligatur, nec proinde auum, quia coniungi auo niſi per mediam patris perſonam nepos non poteſt: adeò vt nec quaſi ſuus, nec quaſi nepos, neque quaſi cognatus ad aui hereditatem, aut bonorũ poſſeſſionem admittendus ſit, licèt eo iam reuerſo & adhuc ſuperſtite auus moriatur, perinde acſi ex contrario poſt aui mortem conceptus eſſet, hac ipſa lege in prin. verſ. ſed hęc ita, & l. 1. §. ſi quis proximior. D. vnd. cogn. Quid. n. hic intereſt an poſt aui obitum reuera conceptus ſit, an poſt patris mortem & ex nullo conceptus exiſtimetur? His verò cõſequens eſt vt quamuis in ciuitatem reuerſus liber fiat, poſtliminiũ tamen nõ habeat: nec illa ſolũ ratione quòd in ciuitate nunquam fuerit, ſed etiam, quòd nõ habeat, qui eum vel ciuitati reddat vel in ciuitate recipiat, quæ duæ ſpecies ſunt poſtliminij l. cùm duæ 14. de capti. & poſtli. quarum poſterior ne ſeruis quidẽ denegatur dominos in ciuitate reperiẽtib. l. ſicut. 10. l. ab hoſtib. 12. C. eo. Quæ cũ ita ſint, nõ video qua arte defẽdi poſſit quod Vlp. ſcribit in hoc § quem interpretamur, nepotẽ iſtum de quo in præcedentibus dixerat, hoc eſt qui mortis aui tempore in vtero fuit, patre iam ab hoſtib. teſtamenti tempore capto, ibiq. poſteà mortuo rumpere teſtamentum aui ſuccedendo, ſiue in ciuitate, ſiue apud hoſtes conceptus fuerit. Nam qui apud hoſtes cõceptus eſt etiam viuo auo ex filio captiuo & in captiuitate defuncto, is neq. auo ſuccedere, neq. teſtamẽtũ eius aut agnaſcẽdo, aut ſuccedẽdo rũpere põt. Nec aliud erit tametſi cũ Ant. Goueano dicas, quantumuis improbabiliter, mutari hic ſpeciem, & incipere Vlp. loqui de nepote qui apud hoſtes cõceptus mortuo patre poſtliminio reuers⁹ fuerit viuo adhuc auo. Etenim ſiue viuum auum dicas, ſiue mortuum nullo cum ſanguinis aut iuris vinculo põt cõtinge-

re qui ex filio captiuo & ſeruo facto natus eſt, vt diximus. Nempe quod ad cauſam ſucceſſionis attinet, quæ tota iuris ciuilis eſt ſiue teſtamẽtaria ſiue legitima. l. verbis legis. 120. l. lege obuenire 130. de V. S. Deinde ratio illa, quę apud Vlpianum ſequitur, *quoniam datur & partus poſtliminium*, prorſus falſa eſt in partu apud hoſtes concepto, & ab hoſtibus ſine patre aut matre reuerſo, vt apertiſſimè probauim⁹, locúmq; tantum ſibi vindicat in partu qui in ciuitate conceptus, & apud hoſtes natus ſit. Sed etſi ponetes nepotem hunc non ſolum, ſed cum matre ab hoſtibus rediiſſe, atq; ita poſtliminium aut potius poſtliminij commodum ei dates ex perſona matris, attamen non ideò faceres, vt aui teſtamentum vel agnaſcendo vel ſuccedendo poſſet rumpere, quia ſicut ea poſtliminij fictio ex perſona matris non reddit ei patrem qui in captiuitate deceſſit, ita nec reddere illi poteſt auum paternũ, qui niſi per patrẽ nullus eſt. Quòd ſi cum Iac. Cuiacio diuines rediiſſe nepotem cum patre viuo auo, inepta erit & ſuperuacua ratio illa; quod etiam patrui poſtliminium detur. Nam etſi non daretur, patri tamen, de quo nemo dubitat dari ſufficeret ad hoc vt nepos quoq; in ciuitate & conceptus & natus & perpetuò educatus crederetur, ſicut & ſeruos ab hoſtibus redeuntes dominis ſuis reſtitui diximus ex d. l. ſicut 10. C. de poſtli. iunct. d. l. 1. eod. Ergo concludendum neceſſariò eſt corruptum eſſe locũ & abundare dictionem *conceptus*, quæ ſola cum Iureconſulti ſententiam apertámq; iuris rationem deſtruat ex gloſſa imperiti alicuius interpretis, vt credibile eſt, in textum irrepſit. Ea porrò ſublata ſenſus & elegans & clarus ille erit, nepotem hunc quem diximus ſuſceptum ex filio iam teſtamenti auiti tempore captiuo & deinde apud hoſtes mortuo rumpere aui teſtamentum ſuccedendo ſiue in eo præteritus fuerit, ſiue in ciuitate fuit, ſiue apud hoſtes mortis aui tempore, aut cum auus ſuprema ordinaret, dummodo in ciuitate anteà conceptus eſſet, vt talis ſit, cui ratio illa congruere poſſit, *quoniam datur & partus poſtliminium*, quæ alioqui & falſa futura ſit & ſuperuacua. Rumpet autem ſuccedendo, id eſt, vt ſuperiori capite eadem præcedentis §. verba interpretati ſumus, non per Velleianam ſucceſſionem, ſed cùm ab hoſtibus reuerſus aut in ciuitate manens patre iam defuncto apud hoſtes in eius locum ſucceſſerit poſt aui mortem, & ſucceſſionis hereditarię capax factus fuerit. Quo tamẽ caſu aut iure poſtliminij, ſi ab hoſtibus redierit aut iure communi ſi in ciuitate ſemper manſerit, rupiſſe videbitur agnaſcendo, vtpote cùm nulla perſona ei obſtiterit quominus ſuus natus videri poſſit, patre quandocũque apud hoſtes mortuo, quamuis eo viuo nec ſuccedere potuerit in ipſius locum, nec conſequenter in aui hereditate propter ſpem poſtliminij. d. l. 1. §. ſi filius ſuus heres D. de ſuis & legit. Sequitur apud Vlpianum *ſuccedendo itaque ſui non rumpunt ſi vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, ſcilicet ſi gradus ille valeat*. Ex quibus verbis apparet euidentius, non loqui Vlpianum de ſucceſſione Velleana. Nã in ſucceſſione Velleana non is rumpit qui iam ſuus eſt, ſed ex contrario ille qui non eſt, & qui fit ſuus hoc ipſo inſtanti quo ſuccedit in locum ſui heredis. Nõ enim qui iam eſt, ſed qui nondum eſt ſuus, fieri ſuus poteſt. At Vlp. tractat hìc de iis qui iam ſui ſunt, & negat eos rumpere ſuccedendo cuiuſcunque tandem gradus ſint, ſi vel fuerint inſtituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, ſi modò grad⁹ ille valeat. Deinde qui ſuccedunt Velleana ſucceſſione etiam ſi ſint inſtituti, vel exheredati, rumpunt tamen, inſpecta iuris ciuilis ratione niſi confugias ad auxilium legis Velleæ, quę ſecundo capite prouidit & prohibuit ne rumpant d. l. Gallus §. ſequenti parte, de quo dicemus c. 2. lib. prox. Vlp. verò de iis loquitur, qui iure ciuili non rumpunt, cùm inſtituti ſunt vel exheredati, neq; enim legis Velleæ vllomodo meminit, quomodo meminit in l. 3. §. 1. ſup. hoc tit. tractans de filio qui poſt teſtamentum viuo teſtatore natus ſit, itemque Caius tractans de Velleana ſucceſſione in l. poſthumorum 13. in fi. ☞ hoc tit. Denique cùm hic verſiculus vnico contextu ſubiiciatur præcedentibus in quibus nihil de Velleiana ſucceſſione proponi diximus, non video qua ratione diuerſam interpretationem poſſit admittere. Nec pugnat quod ſequitur *quocunque autem modo parentes præcedẽtes in poteſtate eſſe deſierint ſuccedẽtes liberi ſi fuerint instituti vel exheredati nõ rumpũt teſtamẽtũ*. Succedentes enim liberos cõmodè intelligere poſſumus, *ſequẽtes* oppoſitos nimirũ *præcedẽtibus*. Sequentes inquã, in gradu quidem & qui in priorũ locũ ſucceſſerint, ſed qui tamen iã teſtamenti tempore primũ locũ tenuerint parentibus iam tũ aut captis, vt in exẽplo propoſito, aut mortuis aut dãnatis. Id .n. agit Vlp. hoc verſiculo vt doceat nihil referre, an cũ auus teſtabatur pater captus eſſet ab hoſtibus apud quos poſteà deceſſerit, an mortuus, an condẽnatus. Quemadmodũ & illud addere potuit, nihil intereſſe an pater ſuus heres eſſe deſiiſſet, an ſuus eſſe nunquã cœpiſſet, vt in ſingulari illo caſu quẽ idem Vlp. ponit in d. l. 1. §. ſed ſi quis nõ deſiit de ſuis & legit. His enim omnibus caſibus ſucceſſionem nepotum in parentum locum admittimus, ſed ita tamen vt ſuccedẽtes aui teſtamẽtum rumpant agnaſcendo, non ſuccedendo ſi de Velleana ſucceſſione intelligas, ſiquidem hæc nõ niſi poſt teſtamẽtum contingit, & in perſona ſuccedentis in locum eius qui ſuus heres eſſe deſierit. d. l. Gallus §. ſequenti parte, & dict. l. poſthumorum. Háncq; interpretationẽ illud omnino euincit, quòd in præcedentibus palàm eſt tractare Vlpianum de poſthumo nepote ex filio, qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat ob idq; impunè præterit⁹ fuerat, vt verba illa probãt, *in eo præteritus*, cùm ſi apud hoſtes tunc nõ fuiſſet, nominatim inſtitui vel exheredari debuiſſet d. l. Gallus §. in omnibus, tametſi ab hoſtib. poſteà captus fuiſſet, viuo adhuc auo: nã nec teſtamentũ conualeſceret ſi filius in eo præteritus, poſteà viuo teſtatore decederet l. ſi filius 7. ſup. tit. 1. Tractat igitur de poſthumo nepote qui ſi teſtamẽti tẽpore natus fuiſſet ſuus heres auo extitiſſet, patre nunquã ab hoſtibus reuerſo. Vt ergo ſequentia congruant intelligi debent de nepote ſuſcepto ex filio, qui iam teſtamenti tempore aut mortuus eſſet aut condemnatus, ita vt vel ſuus heres eſſe deſiiſſet, vel nunquã eſſe cœpiſſet. Huiuſmodi verò ſuos heredes cùm præteriti ſunt lex ait rumpere ſuccedẽdo, quoniam eodem inſtanti & ſuccedunt & agnaſcuntur. Neq. n. priùs ſuccedunt aut in hereditate aut in locũ parentis excluſi, quàm naſcantur. Ideo autem agnaſcuntur, quia iuxta teſtatorem & proximi naſcuntur priorem gradum vacuum repetientes, eúmque occupantes. Non rumpere verò ſi ſint inſtituti vel exheredati, quia inſtituti ſuccedunt ex teſtamento. Exheredati nullomodo ſuccedunt, ob idq; nec ſuccedendo rumpunt, quamuis non eò minùs ſuccedant in locum & gradum præcedentium parentum, ideóque & inſtitui vel exheredati debeant. Quanquã nec inficior in Velleana ſucceſſione idem obtinere

poſt

poſt legem Velleam vt qui in ſuorum locum ſuccedendo fiunt non rumpant, ſi ſcripti ſint vel exheredati. Etſi autem liberorum dictione, quæ generalis eſt, & ad eos quoq. qui iam nati funt pertinens, Vlpianus vtitur, ſubiectum tamen rumpendi verbum oſtendit non de iis liberis tractare illum, qui ſi præteriti ſint iniuſtum faciunt teſtamentum, ſed de iis tantùm qui rumpunt, id eſt de poſthumis, de quibus ſolis actum eſt tota lege ad hunc vſque locum, quin & in præcedentibus omnibus ab ipſo principio legis tertiæ, ſicut & in omnibus legibus, quæ toto hoc titulo ſequuntur, excepta l.filio .7. quę eſt de liberis iam natis, & d.l. poſthumorum 13. quæ ſola eſt de Velleanis nepotib. quaſi de iſtis iam ſatis ſuperque tractatum eſſet titulo antecedenti. Sed & cum de ſolis poſthumis hunc locum intelligi volo, poſthumos eos ſolos intelligo qui poſt mortem parentis naſcuntur, quos duntaxat dicendos eſſe poſthumos idem Vlp. ſcribit in d.l.3.§.ā.hoc tit. Nam qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcuntur ij propriè non ſunt poſthumi ſed per interpretationem, ideóque nec inſtitui olim poterāt ante legem Velleam. Et in eo errant, qui dictionem illam, *duntaxat*, poſitam in d.§.1. irreptitiam eſſe arbitrantur. Nec mouere illos debuit quod poſthumis exheredatis hi quoque exheredati intelligantur. d.l.3.§. nominatim in fin. cùm tamen exheredatio quæ odioſa eſt adiuuanda non ſit interpretatione l. cùm quidā 19.ā.ti.1. Id enim fit legis Velleæ poteſtate & autoritate, quæ ſicut inſtitui eos ita & exheredari permiſit ne rumperentur teſtamenta, quorum fauor plerunque non minor eſt quàm liberorum l. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam. Eadem ergo ratione ſi parentes præcedentes in poteſtate eſſe deſierint poſt teſtamentum ſuccedentes poſthumi inſtituti vel exheredati ſi viuo teſtatore & ſui nati ſint nō rūpunt propter legem Velleā: ſed quia rupturi eſſent ſi lex Vellea ipſorum inſtitutionem aut exheredationem nō confirmaret, nulláq; hic legis illius mentio fit, eos quoq. non minùs quàm qui iam teſtamenti tempore nati in ſuorum heredum gradum viuo teſtatore ſucceſſerunt, ab huius loci interpretatione arcemus. Eos etiam multò magis qui teſtamēti tempore nōdum nati, poſteà viuo patre & non ſui editi, ſubinde mortuo patre ſuo herede in eius locum ſucceſſerūt. Hi enim licèt inſtituti ſint aut exheredati rumpunt & iure ciuili & poſt legem Velleam, niſi ambo eius capita coniungas ex Iuliani ſententia de qua in d.l. Gallus §. ille caſus. Ex quo apparet magis non poſſe poſtremum hunc verſiculum tam generaliter accipi, vt Velleanam quoque ſucceſſionem cōprehēdat.

Vera lectio & interpretatio §. forſitan l. Gallus 29. de liber. & poſthum.

Capvt ix.

OBſcuram & difficilem huius loci explicationē fecit interpretibus nō ipſa ſolùm quæſtio per Scæuolam tractata per ſe alioquin ſatis intricata, ſed verborum etiam cōtextus non vno loco mendoſus. Quem etſi corruptum eſſe veteres quoque obſeruarunt, & recentiores multò audentiores & perſpicaciores non negant, quomodo tamen ſuæ integritati reſtituendus ſit non conueniunt, dum ſuam quiſque coniecturam proponit, alij aliter emendant. Nemo tamen adhuc dixit, vt arbitror, quod oportuit, quò magis laborandū nobis erit vt noua & vera ſint quę nos de noſtro proferemus. Facti ſpeciē ſic cōſtituo. Qui habet filium & ex filio nurum prægnantem, filium heredem ſcripſit, & ex præſcripto Galli Aquilij nepotem & pronepotem vt ſecuriùs teſtaretur his verbis inſtituit, *ſi filius meus me viuo morietur, tūc qui mihi ex eo nepos aut ex nepote pronepos naſcetur poſt mortem meam, heres eſto.* Natus eſt ex filio inſtituto nepos non ſolum viuo patre, ſed etiam viuo auo teſtatore. Ex eodem nepote conceptus eſt pronepos, natus deinde mortuo primùm patre, eodémque teſtatoris nepote, mortuo ſubinde auo qui & filius erat teſtatoris, ipſo etiam teſtatore proauo poſt nepotem & filium iā defuncto. Quærit Scæuola, An pronepos hic ritè ſit inſtitutus. Quæſtio in eo eſt an inſtitui potuerit. Nam ſi potuit vtique fatendum eſt vtiliter eſſe eum inſtitutum. Dubitandi autem cauſa illa quam Scæuola exprimit: *quia pater ipſius, idémque nepos teſtatoris non rectè inſtitutus eſſet.* At hoc ipſum cur ita? An quia inſtitutus in eum caſum quo poſt teſtatoris mortem naſceretur, viuo eo natus fuerat? Ita Goueanus, Cuiacius, cæterique recentiores ex l. commodiſſimè 10. hoc tit. Non malè, ſed nec tam benè quin meliùs aliquid dici poſſit. Quid enim ſi aut purè, aut in vtrumque caſum inſtitutus fuiſſet ex conſilio Pomponij in d.l. cōmodiſſimè, vt & in l. ſi ita ſcriptū 47.§.1. de hered. inſtit. An in propoſita ſpecie rectè inſtitutum diceremus? Nam & Scæuolæ verba interpretationem hanc admittunt cùm non exprimat quibus verbis concepta eſſet inſtitutio, nec dubitandum ſit quin poſt legem Velleam poſſit nepos hic naſciturus aut purè aut in vtrumque caſum inſtitui, quamuis Galli temporibus ſolus mortis caſus exprimi & poſſet & deberet. Illa igitur ratio generalior & accommodatior eſt propter quam non fuerit nepos rectè inſtitutus, quia non teſtamenti tempore duntaxat ſed etiam cùm natus eſt, alienus poſthumus fuit nō ſuus, quippe quem pater in teſtatoris poteſtate conſtitutus præcederet. Alieni porrò poſthumi inſtitutio iure ciuili prohibita eſt, lege autem Vellea non aliter permiſſa quàm ſi naſcatur ſuus. Inde verò fieri videbatur vt nec valeret inſtitutio pronepotis, vtpote qui teſtatori coniunctus eſſet per mediam nepotis perſonam quę nec rectè inſtituta fuiſſet, nec vtiliter inſtitui potuiſſet. Nam quemadmodum non aliter valet Aquiliani nepotis inſtitutio quàm ſi filius primi gradus heres inſtituatur, adeò vt nec exheredatū eum eſſe ſufficiat §. in omnibus prox. ſeq. ita & videri poterat neceſſariā eſſe nepotis inſtitutionem, eamq. vtilem, vt pronepos rectè & vtiliter inſtitutus crederetur. Abſurdum ſiquidem videtur plus iuris habere eum qui remotiore gradu ſit quā qui proximiore. Et ſicuti alia cauſa non eſt propter quam neceſſe fuerit induci nepotis Aquiliani inſtitutionem niſi quòd verēdum erat ne filio præmortuo nepos in eius locum ſuccedendo ſuus agnaſceretur, atque ita teſtamentum rumperet quaſi ſubrogatus in partem locúmque eius quem inſtitui erat neceſſe. Eadem prorſus ratione videbatur neceſſitas inſtituendi pronepotis ex eo deſcendere quòd præmoriēte nepote in eius locum ſucceſſurus eſſet pronepos. Et conſequenter quo caſu eueniret nepotem inſtitui non poſſe, adeóque præteritum non rūpere, fruſtrà de pronepotiā inſtitutione diſputari, qui nec quicquam iuris habere poſſit niſi in nepotis locum ſuccedat, nec rurſus plus iuris conſequi ex eo quòd ſuccedat in locum illius qui ipſe præteriri impunè potuerit. Aliud tamen Scæuolæ iudicium eſt. Non eſſe, inquit, expaueſcendum ne hic pronepos rumpat quaſi perperam inſtitutus cùm & ſuus heres & poſt mortem teſtatoris naſcatur. Suus.n. naſci-

tur,quia ponimus naſci eum mortuis iam patre & auo à quibus tãtùm poterat in cauſa ſucceſſionis anteuerti. Naſcitur etiam poſt mortem proaui teſtatoris,atque ita nihil impedit quo minus vtiliter inſtitutus habeatur,ſitque melioris conditionis quàm nepos qui nec ſuus natus ſit, nec in ſui heredis locũ vnquam ſucceſſerit,mortuus ſcilicet ante patrẽ, eũdémq. teſtatoris filium,qui & in familia, & in cauſa ſuccedendi primum gradum obtinebat. Iũgit autem Scæuola rationes duas vt probet non eſſe expaueſcendum ne hic pronepos rumpat. Nempe quia & ſuus natus eſt,& poſt mortem teſtatoris. Non ſufficeret natum eſſe ſuum niſi & poſt proaui mortẽ natus eſſet ſi ponas eum inſtitutũ ex præſcripto Aquilianæ formulæ, hoc eſt in illũ caſum quo poſt teſtatoris obitũ naſceretur, quãquã ſi aut pure inſtitutus fuiſſet neutro caſu expreſſo aut in vtrũq. caſum, non eò magis eũperet ꝙ viuo proauo natus eſſet. Rurſus non ſufficeret natũ eſſe poſt mortẽ proaui teſtatoris niſi ſuus natus eſſet. Quid.n.ſi viuo adhuc auo naſceretur? Vtique alienus eſſet poſthumus, ac proinde talis qui nullo iure inſtitui potuiſſet, ſi Prætorium tollas & Iuſtinianeum de quibus nõ loquimur. Porrò ſi quæramus an hic pronepos ex iure antiquo admittatur,an ex lege Vellea diſtinguendum erit quibus verbis concepta inſtitutio proponatur. Nam ſi eo modo concepta ſit qua Galli formula continetur, nihil prohibet quo minùs ex iure antiquo ſuccedat, ſi poſt mortẽ proaui & ſuus naſcatur,ſin viuo proauo licèt ſuus, omnimodo excludetur. Et hunc caſum à Scæuola tractari veriſimilius eſt,non ſolùm quòd Aquilianam formulam interpretetur vſque ad §.nunc de lege,ſed etiam quòd ea potiſſimum ratione moueatur vt defendat pronepotem hunc ritè inſtitutum,quia poſt teſtatoris mortem natus ſit. Sed ſi poneres pure factam inſtitutionem neutrius temporis habita mentione, aut vtroque caſu expreſſo, legis Velleæ auxilium neceſſarium eſſet vt viuo teſtatore natus licèt ſuus,ex teſtamento admitteretur: Perinde tamen ex iure antiquo ſuccederet ſi poſt mortem teſtatoris natus eſſet. Quæ quamquam ita ſunt,illa tamen dubitatio ſupereſt quã ex ipſo Scæuola propoſuimus,quòd pronepotis huius pater nõ rectè inſtitutus ſit,nec inſtitui potuerit tanquã poſthumus alienus. Et ob id nimirum neceſſe fuit Scæuolam dubitationis huius tollendæ gratia ſubiicere quod in textu ſequitur. Ergo & ſic admitti pronepotem hunc qui ex nepote natus ſit viuo poſtea filio acſi ex ipſo filio natus eſſet. Vt quamuis nepos ſuus eſſe nunquam cœperit ſuccedat tamen pronepos in eius locum.non vt tantundem iuris habeat, quantum nepos habuit dum vixit (ſic enim fieret vt nullum haberet)ſed vt id ipſum ius habeat quod haberet hodie nepos ſi viueret. Haberet autem hactenus vt mortuo poſteà filio viuo teſtatore in eius locum ſuccederet, ac ità ſuus naſceretur, & conſequẽter iure inſtitui poſſet, quia & ſi præteritus eſſet, teſtamentum rumperet. Ita fit vt dici non poſſit pronepotis huius patrem rectè inſtitutum non fuiſſe,cũ patrẽ habere intelligatur quod ad proaui ſucceſſionem attinet, non nepotem ex quo reuera fuit cõceptus(cuius nulla ratio habetur, quoniam ante patrẽ ſuũ mortuus eſt,niſi hactenus vt pronepoti det locũ in quẽ poſſit ſuccedere ad hoc vt ſubintret poſteà in gradũ ſui heredis, ſed eum ipſum quem habuit nepos in cuius locum ſucceſſit, id'eſt auum eúmq. teſtatoris filium qui inſtitui non ſolùm potuit ſed etiam omnimodo debuit,vt pote qui iam teſtamenti tempore & natus & ſuus heres eſſet, ac cuius præteritione inutile futurum erat teſtamentum. Proinde nec illud dici quod Caſtrenſis pro notabili tradit, pronepotẽ hũc nõ eò minus rectè inſtitui potuiſſe quòd natus eſſet ex alieno poſthumo,quaſi prohibitio inſtituendi alieni poſthumi ad eum qui ex tali poſthumo natus ſit extendi non debeat. Nam imò verò ſi haberetur pro nato ex alieno poſthumo non poſſet inſtitui,quia nec pater eius poſſet, cum vt ſuprà dixi neceſſitas inſtituendi pronepotis non niſi ex neceſſitate ipſius nepotis inſtituendi pendeat,ordine ipſo naturæ id exigẽre. Nec verò quiſquã iudicio meo dixerit, auũ qui ex filio emãcipato alienum poſthumũ nepotem ſperet quem iure ciuili inſtituere nequeat,pronepotem ex eo poſthumo alieno nepote vtiliter inſtituturum fuiſſe. Nempe quia fieri non poteſt vt qui ex alieno poſthumo naſcitur non ſit itidem poſthumus alienus,niſi quoties talis caſus contingit in quo videri poſſit non tã ex alieno poſthumo quàm ex ſuo herede ſuſceptus vt in ſpecie huius §.Quo demùm caſu pronepotis inſtitutio defenditur hac ſola ratione quod præmortuo nepote qui ita erat alienus vt tamen ſuus naſci potuiſſet, (nimirum ſi poſt patris ſui mortem editus fuiſſet) nõ tanquam nepotis, ſed tanquam filij primi gradus filius haberi debeat,qui ſcilicet in nepotis præmortui locũ ſucceſſit, & proximus teſtatori poſt ſui heredis mortem natus eſt, in ipſius quoque teſtatoris poteſtate futurus, ſi teſtator ſuo heredi ſuperuixiſſet. Cũ verò hac ſententia,vniuerſa §.quæſtio & quæſtionis deciſio concludatur, ridiculi ſanè ſunt noſtri interpretes qui Accurſij ſomnia ſecuti mordicus defendunt duas alias hoc loco proponi quæſtiones. Vnam de pronepote, ſic quidem, vt diximus, inſtituto,ſed nato apud hoſtes viuis omnibus, reuerſo autem in ciuitatem poſt mortem omniũ vt hic tractatus accõmodari poſſit ad formulã Aquilij. Alteram de eo qui cùm eſſet prorſus extraneus & apud hoſtes, adoptatus ſit in locũ pronepotis ab eo qui erat in ciuitate,quiq. ſic adoptatus redierit poſteà in ciuitatem mortuis iam patre, auo & proauo quos illi adoptio dederat. Quæ interpretatio cùm ſit prorſus cõmentitia ſeipſam refellit ſatis vel auctorum ſuorum teſtimonio quos fateri veritas cogit non defendi eam verbis Scæuolæ,ſed hac tamen diuinatione adiuuandum neceſſariò Scæuolam vt ipſius verbis conſtare ſenſus aliquis poſſit. Et ſanè nihil Scæuola de pronepote apud hoſtes nato aut ab hoſtibus reuerſo, nec de nepote ab hoſtibus capto, de quo ſi intellexiſſet multa alia ſupplenda eſſent, & diſtinguenda,de quibus diximus in ſuperioribus, cùm de poſtliminij fictione diſſeruimus. Vt taceam non pertinere ad formulam Galli Aquilij caſum illum quo pronepos in ciuitate conceptus & apud hoſtes natus ſit, licèt poſt teſtatoris mortem redierit, quoniã in ciuitate ſemper manſiſſe retrofingitur. Iam verò quàm abſurdum illud eſt, quòd illi ponunt adoptatum pronepotis loco eum qui tum erat apud hoſtes! Quaſi verò adoptari poſſit non ſolùm qui abſens eſt, quod iuris ratio non patitur l. neque abſens 24. cum l.ſequen. §.vltim.D.de adopt. ſed & qui in hoſtium eſt poteſtate. Is enim cùm interim reuera ſit ſeruus hoſtium quomodo poteſt eo Inſtanti particeps eſſe illorum quæ iuris ciuilis ſunt? in quorum numero vtique adoptio computatur. Nec obſtat quod Bart. & poſt eum cæteri reſpondent poſſe abſentem quoq.adoptari ſi id Princeps permittat ex l. iubemus 5.C.de emãcip.liber. Nam præter id quod lex illa continet ius nouum ab Anaſtaſio primùm introductum & à iuris veteris ratione alienũ vt ap-

paret

paret ex l. liberos 18. C. de collat. l. ſi ab eo 11. C. de legit. hered. illud etiam conſtat loqui eam de emancipatione duntaxat quæ fauorabilior eſſe ſolet, non item de adoptione quam minùs fauorabilem illud facit quod æquum nõ ſit ignorantem quem redigi in patriam poteſtatem. Etſi autem noſtri more ſuo audentiores trahunt ad legitimationem, quod in emancipatione conſtitutum eſt, non eadem tamen ratio eſt trahendi ad adoptionem, quoniam legitimatio fit in fauorem eius ſolius qui legitimatur, vt proinde conſenſum aut præſentiam eius requiri minimè neceſſe ſit. Quanquam nec ignorantem emãcipari Anaſtaſius patitur, ſed abſentem duntaxat & ita demùm ſi emancipationi ipſe quoque cõſentiat vt ait conſtitutio. At adoptio fit in fauorem vtriuſque, nec minùs commodo adoptantis vt ſuum heredem habeat, quàm adoptati cui & bonorũ ſuorum adminiſtratio, & teſtandi facultas, & ipſa denique quodãmodo libertas eripitur. Denique nihil Anaſtaſius conſtituit in perſona filij qui apud hoſtes eſt vt emancipari poſſit. Et verò abſurdum ſit emancipari quem à patre eo tempore quo nõ in patris, ſed in hoſtium poteſtate ſit, ſeruus eorum factus. Multò igitur minùs qui apud hoſtes eſt adoptari poterit, nec ſimile eſt quod Bartolus obiicit id quod apud hoſtes eſt legari poſſe, & poſtliminij iure conſiſtere l. id quod 9. de leg. 1. Id enim ad eas res pertinet quæ teſtatoris fuerũt priuſquã legarentur vt vel ipſa poſtliminij dictio demõſtrat. Nã quod apud hoſtes eſt, ſi noſtrũ nũquã fuit nõ magis legare aut vendere poſſumus quã cæteras res quas in commercio nõ habemus. l. ſeruus 98. eod. l. liber homo 103. de verb. obl. quomodo accipi debet quod ſcriptum eſt in l. vlt. D. de act. empt. At in adoptione nõ de re aliqua agitur, ſed de perſona in quã nihil protſus iuris anteà habuerit adoptator. Deinde alienã quoq. rem & legare & emere poſſumus aut vendere ſi modò aliquo caſu emi poſſit, vt de re hoſtiũ nominatim Iulianus ſcribit in l. ab omnib. 104. §. etiam rem hoſtium. de leg. 1. Adoptare verò non poſſumus niſi eum qui eo ipſo inſtãti quo adoptatur ſub poteſtate noſtra fieri poſſit, quia cùm adoptio ſit actus legitim⁹ nec diem recipit nec cõditionem. l. actus legitimi 77. de reg. iur. iunct. l. quæſitum 34. l. ſi paterfamil. 13. §. vlt. cum ſeqq. de adopt. ſub noſtra autem poteſtate fieri qui reuera ſuus hoſtium ſit non poteſt. Non igitur valet adoptio eius qui cùm adoptaretur apud hoſtes erat, nec ſi poſtliminio redierit, adoptio cõualeſcet, quia nec ab initio valuit, nec tempus à quo inciperet vnquã habuit. Quod ſi dicas adoptatum à teſtatore in locum pronepotis nõ extraneum, ſed eum quẽ natura pronepotem fecerat, quæ Accurſij altera interpretatio eſt, magis ridiculus fueris, cùm fruſtrà adoptetur in pronepotem is qui iam & pronepos, & in proaui poteſtate eſt, niſi cũ Accurſio diuines nepotem quo tẽpore ex eo cõcept⁹ fuit pronepos, fuiſſe ab auo emancipatũ, vt nec in proaui poteſtate naſci pronepos potuerit. Sed id adeò cõmẽtitium eſt & à Scæuolę verbis alienũ, vt operæpreciũ nõ ſit ratione potiùs quã ſilẽtio refellere. Reſtat vt ipſa contextus verba quæ aut corrupta aut obſcuriora & perperam intellecta ſunt, breuiter explicemus. Ait lex, *an iſtis caſibus*. Accurſius intelligit de ſequentibus. Malè: nã & in toto hoc §. & in omnib. quæ ſequũtur vſque ad tractatum de lege Vellea nullus alius caſus proponitur quã qui à nobis hoc cap. expoſitus eſt. Alij putant reſpicere Scæuolã ad id quod monuerat in §. quid ſi is qui filiũ nõ tãtũ ex Galli formula inſtitui poſſe nepotẽ poſthumũ, ſed etiam verbis generalibus, ita, *Qui mihi poſt mortẽ meã ſuus naſcetur heres eſto*, vel ita, *Quicquid liberorum*. Dubitare autẽ, Num iſtis caſibus, hoc eſt inſtitutione naſcituri heredis ſic facta valeat inſtitutio pronepotis qui aliquando naſcetur ex nepote, nato nepote poſt teſtamentum viuo patre ſuo. Sed nos ſuprà monuimus locum illum Triboniani eſſe potius quàm Scæuolæ, & iam antè docuerat Scæuola in §. idẽ credendum & ſeqq. vſq. ad §. & quid ſi tantùm, quibus verbis commodè inſtitui poſſet pronepos, ſiue iam mortuo nepote viuo filio, (*nepote* enim, non *pronepote*, legendum eſſe in §. ſed etſi viuo filio, ferè inter omnes conuenit & certiſſimum eſt,) ſiue vtriſq. viuis. Deinde quod ad huius §. quæſtionem attinet parũ refert quib. verbis inſtitutus ſit pronepos, dũmodo filius quoq. primũ gradũ tenẽs inſtitutus ſit. Itaq. magis probo interpretationẽ Cuiacij, vt his verbis nihil aliud Scæuola ſignificet quã caſus iuris antiqui quib. nepotes aut pronepotes poſthumi inſtituũtur. Nã ad hunc vſq. locũ eos tãtũ caſus propoſuit qui ad Aquilianã formulã ꝑtinere videbãtur, tametſi in decidẽdis quæſtionib. legis quoq. Velleę ſẽtẽtiã interdũ ad cõfirmãdas inſtitutiones neceſſariã, & quaſi in auxiliũ euocãdã eſſe duxerit. Sequitur, *ſi nepos poſt teſtamẽtũ naſcatur viuo patre ſuo, deinde ex eo cõcipiatur*, vt appareat tractari hic de nepote qui natus ſit poſthumus alienus, quem ſcilicet cùm & conceptus & natus eſt, pater adhuc viuus & in gradu & in cauſa ſuccedendi præceſſerit. Inde enim fit vt filio ſuo herede qui primum gradum tenebat rectè inſtituto nepos hic pręteriri potuerit, nec proinde curãdum ſit quod ad validitatem teſtamenti pertinet, an rectè ſit inſtitutus necne. Quamuis hoc ipſum neceſſariò quærendum videatur vt ſciamus an pronepos ex eo nepote conceptus rectè inſtitutus ſit aut inſtitui potuerit. Sequitur, *iſq. viuo patre deinde auo naſcatur*. Eum intellige pronepotem ex nepote cõceptũ. In ſequentibus autem non *viuo*, vt Florentiæ ſcriptum eſt, legendum, ſed *mortuo*, quæ lectio eſt ab interpretibus omnibus & antiquioribus, & recentioribus magis probata. Alioqui pronepotis huius tanquam alieni poſthumi inſtitutio nõ valeret, nec ſi confugeres ad nugas Accurſij, qui vt eam quoque lectionem tueatur, vult pronepotem hunc viuis patre, auo & proauo natum apud hoſtes, tum omnibus in ciuitate mortuis reuerſum. Sed & dictio illa, *deinde*, quæ ordinis nota eſt id ipſum probat apertiſſimè. Non enim pater prior viuit, deinde auus, ſed auus prior, deinde filius. Ex contrario pater prior mori poteſt, deinde auus, quomodo & in §. præcedenti idem Scæuola dixerat, *mox ille poſt mortem patris atque aui redeat*. Subiicit Scæuola *an non potuerit heres inſtitui*, ſcilicet pronepos. Ponit ergo inſtitutum, nec curat, an verbis generalibus an ſpecialibus, ſed de illo tantum dubitat vtrum inſtitui potuerit. Dubitandi rationem ſubnectit, *quia pater ipſius non rectè eſſet inſtitutus*. Quibus verbis refellitur veterum interpretatio exiſtimantium in propoſita ſpecie nepotem hunc fuiſſe præteritũ, quem contrà Scæuola ponit inſtitutum ſed non rectè. Quanquam non nego potuiſſe nepotem iſtum præteriri vt dicemus in §. ſeq. nec malè præteritum dici poſſe eum qui non rectè ſit inſtitutus d. l. commodiſſimè 20. ſup. hoc ti. Cur autem minùs rectè inſtitutus ſit nõ ea ſolùm ratio eſt quã recentiores adferũt quòd viuo teſtatore natus fuerit qui inſtitutus erat in eum caſum, quo poſt mortem naſceretur, ſed illa etiam quam ſuprà attulimus, quòd viuo patre poſt teſtamentum natus alienus poſthumus eſſet nõ

ſuus. Nec video cur Salomonius locũ hũc corruptũ eſſe ſuſpicetur. Sequitur, *quod nõ eſt expaueſcendũ*, id eſt ne malè inſtitutus pronepos videatur, *hic enim*, inquit, *& ſuus heres naſcitur & poſt mortem naſcitur*. Quo demum caſu valet inſtitutio poſthumi nepotis & pronepotis ex iure antiquo. Bene eſt, ſed nondũ ſublatã video dubitãdi rationem. Fateor potuiſſe iã olim inſtitui eum qui & ſuus heres & poſt teſtatoris mortẽ naſceretur ſi aliud nihil impediret. Sed in ꝓpoſito illud impedire videbatur, quòd pronepotis huius pater non rectè inſtitutus fuerat, vt diximus, quoniam alienus erat poſthumus. Quomodo enim fieri poſſit vt qui nepotem inſtituere nec potuit nec debuit idem pronepotem ex eo nepote conceptum inſtituere aut potuerit, aut debuerit? Aut ſi mauis, (eòdem enim vtraque dubitatio recidit) quomodo fieri poteſt vt ex poſthumo alieno naſcatur poſthumus ſuus? Itaque dubitationis tollendæ gratia neceſſe fuit ſubiici quod in textu ſequitur, *Ergo & ſic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, poſteà viuo filio, atque ſi ex eo natus eſſet*. Sic enim legendũ eſſe non dubito. Vt ſenſus ſit, ei quod proximè dictũ eſt, pronepotem hunc ſuum naſci & vtiliter inſtitutum intelligi, conſequens eſſe vt admittatur perinde atque ſi ex ipſo filio non ex nepote natus eſſet: alioqui non ſuus, ſed alienus poſthumus naſceretur. Male in Pãdect. Florent. legitur, *ſi pronepos admittetur*, cum ex aliis codicibus legẽdum ſit, *ſic pronepos admittetur*, id eſt perinde vt monſtrant ſequentia illa *atque ſi*, primúmque hoc mendum interuertendæ lectionis & ſententiæ cauſam præbuit non tantùm Accurſio cęteriſq. veteribus qui mutari hîc caſum exiſtimarunt, ſed etiam Cuiacio qui locum corruptum exiſtimans ſic legendum ait, *Ergo & ſi nepos omittetur*, addito hîc ſcilicet, *qui natus erit ex nepote poſteà viuo filio, atque ſi ex eo natus eſſet, adoptatur*. Hoc ſenſu, vt in ſpecie propoſita quamuis nepos omiſſus & præteritus ſit, poſt mortem nepotis viuo filio, id eſt filio nepoti ſuperuiuente pronepos poſt omnium mortem ex nepote natus, quaſi nepos aſſumatur locúmque nepotis obtineat. Quaſi verò monere neceſſe fuerit, eandem rationem eſſe nepotis pręteriti & non rectè inſtituti. De quo quis vel tacente Scæuola dubitare potuiſſet? Deinde quorſum hîc de adoptione? Aut quis vnquam *adoptari* dixit, prò *aſſumi citra adoptionem*? Eandem igitur ſpeciem Scæuola proſequitur de eodem pronepote quem inſtitutum dixerat ex nepote nõ quidem præterito (quanquam ſi præteritus omnino fuiſſet idem vtique Scæuola reſpondiſſet) ſed quod effectu idem eſt minùs rectè inſtituto, hûncque pronepotẽ admitti ait non ſecus acſi media nepotis perſona non interueniente natus fuiſſet ex filio ſuo herede, vt nepotis perſona quæ pronepotis inſtitutioni obſtare videri poterat, nullomodo conſideretur, proptereà quòd nepos hîc ante patrem ſuum eundémque teſtatoris filium deceſſerat. Id enim eſt quod ait Scæuola, *poſteà viuo filio*, id eſt filio teſtatoris ſuperſtite nepoti, quia ſi præmoreretur filius nepos quem non rectè inſtitutum diximus ſuccedendo rũperet teſtamentum §. idem credendum verſic. num ſi & filius ſupr. *Poſtea* itaq. intellige non vt Goueanus (qui nec feliciùs quàm cæteri locum hunc emẽdauit) *poſt teſtamentum*, ſed omnino *poſt mortem nepotis*. Quod autem ſequitur *ex eo* refer ad proximũ, id eſt ad filium acſi ſcriptum eſſet apertiùs, *atque ſi ex ipſo filio natus eſſet*. His verò verbis cùm tota §. ſententia eleganter abſoluatur & conclũdatur, quid reliquum eſt, niſi vt vocem illam ſequẽtem *adoptatur* quæ ſola tot offudit tenebras & nouæ ſpeciei ac quæſtionis commiſcendæ materiam præbuit, deleamus? Nam & aſteriſco notata eſt tanquam ſuſpecta & irreptitia & proculdubio non tantùm ſuperuacuam eſſe apparet, ſed etiam ineptè additam ab ineptiore interprete qui cùm in præcedentibus legeret *ergo etſi pronepos*, & verbum aliquod ad abſoluendam Scæuolæ ſententiã deeſſe videret, hoc ſubiecit, quo ineptius nullum aliud ſubiicere potuiſſet. Quid enim commune habet adoptionis commentum cũ propoſita facti ſpecie in qua agitur de pronepote in proaui familia & poteſtate concepto ac poſt mortem ipſius edito? Hinc verò etiam intelligi poteſt quàm parùm ad Scæuolæ diſputationem faciant quæ hîc Bartolus & poſt eum cæteri de legitimatione tractant & congerunt.

Ad §. in omnibus l. Gallus.

Capvt x.

HIc monet Scæuola, in omnibus ſpeciebus tota hac lege ad hunc vſq. locũ propoſitis in quib. actum eſt de poſthumi nepotis inſtitutione ex iure antiquo, & formula Galli Aquilij, obſeruandum eſſe vt filius qui eſt in poteſtate ex aliqua parte ſit heres inſtitutus. Nam ex illis ſolis verbis quæ Gallus in concipienda formula vſurpauit, *ſi filius meus viuo me morietur*, licet filij mentionem faciant, adeò vt nec patiantur nepotem ex inſtitutione admitti niſi poſt mortem filij, filius tamen non poteſt videri inſtitutus, quoniam inſtitutio non verbis condicionalibus, ſed diſpoſitiuis & ad exemplum legis quæ teſtandi facultatem dedit imperatiuis perficitur l. 1. §. vltim. de hered. inſtit. l. 3. de liber. & poſthum. Cùm & in cæteris quoque omnibus dici ſoleat, condicionem non diſponere l. ſi quis ſub condicione 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 1. §. item ſi ita l. in ratione 30. §. tametſi D. ad leg. falcid. l. cùm ſine 19. D. quãd. dies legat. ced. Ideóque præteritus dicitur hîc filius qui in condicione duntaxat inſtitutionis nepotis poſitus eſt l. ſi quis cum 16. in fin. infr. de vulg. & pupill. ſubſtit. & hac ipſa lege §. idem credendum, verſic. num & ſi filius, vbi ſcriptum eſt, ſi auus filium & nepotem habens ſuperſtites pronepotis inſtitutionem ita conceperit, *ſi vterque viuo me morietur, tunc qui mihi pronepos naſcetur heres eſto*, ita demùm valere inſtitutionem pronepotis ſi nepos primùm deinde filius deceſſerit: alioqui prædefuncto filio rumpi teſtamentum ſucceſſione nepotis, nimirum quaſi præteriti. Nec enim inſtitutus rumperet poſt legem Velleam quæ inſtitutum rumpere prohibuit §. ſequenti parte & §. ille caſus 3. Et in hoc perpetuus eſt error Bartoli paſſim ſcribentis eum qui poſitus ſit in condicione inſtitutionis, ſiue filius ſit inſtituto nepote, ſiue nepos inſtituto pronepote, tacitè inſtitutum intelligi ex coniectura voluntatis, háncque tacitam inſtitutionem ſufficere vt teſtamentum ſuſtineatur, proptereà quòd nec abſoluta, nec iniurioſa videri poſſit præteritio filij facta in eo teſtamento ex quo is qui inſtitutus eſt non aliter heres eſſe poſſit quàm ſi filius viuo teſtatore deceſſerit: quamuis Accurſius ad huius legis principium contra ſenſerit. Cuius ſententiam cum ex hoc §. aliiſque ſupradictis locis manifeſtiſſimè probetur, miror ego à veteribus ferè omnibus fuiſſe improbatam. Quod enim Bartol. obiicit ex l. ſi quis ita 82. de hered. inſt. ſi quis ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem*, deficere condicionem illo vindicante, longè diſſimile eſt, nec ad rem vllomodo pertinet. Nã ſi legitimus heres in

res in ea ſpecie vindicare hereditatem vellet, poſſet quidem ex voluntate teſtatoris qui ſcriptum heredem ei poſtpoſuit, ſed non ideò fieret vt ex teſtamento poſſet ſuccedere quaſi ipſa condicionis formula inſtitutus: imò tanquam legitimus & ab inteſtato hereditatem vindicaret. Eadem ergo ratione necpro inſtituto haberi debet filius qui tantùm in condicione poſitus eſt, quamuis non niſi eo mortuo inſtitutũ nepotem admitti auus voluerit. Probabilius fortaſſe moueri potuit Bar. ex eo quod Iulianus ſcribit in l. cùm in teſtamento 37. eo. ti. de hered. inſtit. nepotis inſtitutione ſic concepta vti Gallo Aquilio placuit, duos eſſe gradus heredum. Quomodo enim duo gradus eſſe poſſint quin vterq. ad hereditatem vocatus ſit? Sed ſupplendus eſt omnimodo locus ille ex hoc §. & ita intelligẽdus vt filij primi gradus inſtitutio nepotis inſtitutionem præceſſerit: quod vtique Iulianus expreſſiſſet niſi de eo ius certum & exploratum fuiſſet, nec prudentum duntaxat auctoritate, ſed etiam teſtatorum conſuetudine inueteratum l. ſi ita ſcriptum 47. §. 1. eod. Expreſſam igitur filij inſtitutionem præcedere neceſſe eſt vt nepotis inſtitutio valeat, quia licèt nepos in eum caſum inſtituatur quo filius heres eſſe nec vnquam poſſit, nec vnquam potuerit, id eſt quo moriatur viuo teſtatore, attamen teſtamẽtum tale eſſe neceſſe eſt ex quo poſſit filius heres eſſe ſi cum patri contingat eſſe ſuperſtitem. Cùm alioqui teſtamentum quod ab initio nullum & iniuſtum fuit propter ſui heredis præteritionem non idcirco cõualeſcat quòd filius præteritus viuo teſtatore deceſſerit d. §. idem credendum & l. ſi filius 7. ſup. hoc ti. Caius Inſti. §. 2. in fi. de exhered. liber. Sed & obſeruatione dignũ illud eſt quod ſequens nepotis inſtitutio facit vt filij melior condicio ſit quàm ſi nepos nullus eſſet. Facit enim vt omnimodo ex parte aliqua hereditatis inſtitui debeat, quem alioquin exheredari ſufficeret l. prox. j. hoc ti. Nam cùm filius qui in poteſtate eſt neceſſariò inſtituendus ſit vel exheredandus, conſequens eſt eum qui exheredari nequeat omnimodo inſtitui debere. Hic autem ideò exheredari non poteſt, quia vt hîc Scæuola ſcribit poſt mortem ſuam exheredatus videretur contra iuris regulam de qua in l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. ſup. hoc ti. Nempe cùm exheredatio non aliter valeat quàm ſi teſtamentum aditione aut alia hereditatis acquiſitione confirmatum ſit l. filium 20. verſ. ſed eùm exheredatio D. de contr. tabul. nepos autem heres inſtitutus ſub ea nominatim condicione: *ſi filius viuo teſtatore morietur*, non priùs heres eſſe poſſit quàm filius deceſſerit apparet ſi nepos hic primo gradu inſtituatur, & filius exheredetur, filium non niſi poſt mortem ſuam exheredatum intelligi. Idem verò intellige, ſi nepos non in caſum mortis filij inſtitutus ſit, ſed in caſum deportationis aut captiuitatis. Fruſtrà enim poſt deportationem aut captiuitatem ſicut & poſt mortem ſuam filius exheredabitur. An & poſt emancipationem ſuam? Dubitatio maior eſt ex eo quòd non ſit inutilis exheredatio poſt emancipationem cùm excludat filium à bonorum poſſeſſione contra tabulas l. non putauit 8. de contr. tabul. Sed non facit ea res quominus inutilis ſit iure ciuili quo conſtat exheredandum non eſſe filium qui ſit emancipatus. Et cõſequenter verum eſt hũc filium iure ciuili pro præterito habendum, atque ideò nullum, & iniuſtum facere teſtamentum. Quo poſito ſuccedit iuris Prætorij regula quæ nullomodo patitur valere tabulas quibus præteritus ſit ſuus heres, ſi ex iis bonorũ poſſeſſio peti nunquam potuerit l. ſi filius 11. §. 1. quod vulgo 19. eod. tit. de quarum ſententia diximus lib. 1. cap. 19. Atqui teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui viuo patre deceſſerit, tale eſt vt nunquam confirmari poſſit filij approbatione aut conualeſcere d. l. 7. ſup. hoc tit. quomodo confirmari poſſet ſilentio aut expreſſa voluntate filij ſuperſtitis l. filio 17. de iniuſt. rupt. Igitur nec iure Prætorio valebit teſtamentum hoc in quo filius poſt emancipationẽ ſuam exheredatus fuerit. Quanquam & illud verum eſt, quod tota hac lege Scæuola diſputat de teſtamẽti validitate ad ius ciuile non ad prætorium referendum eſſe. Ridiculus verò hic eſt Bartolus, & poſt Bartolum Caſtrenſis, qui filium hunc primi gradus, quem exheredari non poſſe vult Scæuola, præteriri tamen poſſe defendit, eo prætextu quòd huiuſmodi præteritio tacitæ inſtitutionis vim habere queat nõ item exheredatio. Nam quis vnquam ex iuris prudentibus dixit præteritionem etiam cùm permiſſa eſt haberi pro tacita inſtitutione? An nõ potiùs habenda eſt pro exheredatione? vt de materna præteritione proditum legimus §. vlt. Inſtit. de exhered. liber. l. filiam 15. C. de inoff. teſtam. Deinde an non Scæuola ſatis apertè requirit expreſſam inſtitutionem hoc ipſo quod non ſolum negat exheredari poſſe filium, ſed etiam iubet vt ex certa parte inſtituatur? Nam ſi ex aliqua hereditatis parte extraneus ſcriptus ſit qui ſi coheredem nõ habeat ex toto aſſe ſcriptus intelligitur, quomodo filium coheredem habere videbitur, ſi filius nõ ſuit expreſsè & nominatim inſtitutus? Quòd ſi cũ eodem Caſtrenſi dicas locum hunc ita intelligi debere vt filio coheres nullus datus ſit, adhuc magis ridiculus fueris: cùm Scæuola ſcribat debere filium ex aliqua parte heredem inſtitui. Neque enim fieri poteſt vt ex parte tantùm ac non ex toto aſſe heres ſit filius ex parte aliqua inſtitutus ſi coheredem non habeat. Siquidem vel ex fundo inſtitutus nullo accepto coherede, perinde heres eſt ex aſſe, acſi fundi mentio detracta eſſet l. 1. §. ſi ex fundo l. quoties 9. §. ſi duo cum l. ſeq. l. interdum 13. §. denique de hered. inſtit. l. ſi ita ſcriptum 8. D. ſecund. tabul. Itaque debuiſſet Scæuola ſcribere in his omnibus ſpeciebus ſeruandum eſſe vt filius primi gradus ex aſſe heres inſtituatur, non vt ait textus *ex parte aliqua*. Fefellit Caſtrenſem quòd cùm coheres nepoti datus, filius autem exheredatus eſt, poſſit filij exheredatio confirmari adeunte coherede id eóque nec videatur filius hoc caſu poſt mortẽ ſuam exheredatus quando non cogatur coheres filij mortem expectare quod & Goueanus in poſterioribus ad hanc legem commentariis ſcripſit. Vterque malè. Nã coheres nepoti datus non alio gradu ſcriptus videri debet quam quo nepos ipſe cui coheres adſcriptus eſt. Sicut & ſi nepoti ſubſtitutus eſſet non in primum gradum, ſed in ſecundum, ſubſtitutus diceretur, ob idque filio primi gradus herede exiſtente nunquam poſſet cum eo talis ſubſtitutus concurrere, quamuis verum eſſet nepotem heredem non eſſe, id eóque ſubſtitutionis condicio exiſtere videretur d. l. cũ in teſtamento 37. de hered. inſt. qui locus etſi de ſubſtituto loquitur nõ de coherede, eadẽ tamẽ hac parte coheredis quæ ſubſtituti ratio eſt nõ ſolũ quòd coheres in coheredis portione, ſi deficiat pro ſubſtituto accipiatur l. ſi Titio & Mæuio 61. §. Iulianus de legat. 2. ſed etiam quòd fieri nequeat vt coheredes ſint quibus non eodem gradu deferatur hereditas: ac proinde quemadmodum nepos Inſtitutus filio exheredato non poteſt heres eſſe niſi poſt mortem filij, nec conſequenter facere quo minù filius poſt mortem ſuam exheredatus videatur, qui

neque priùs valere poteſt exheredatio quàm nepos heres ſit, ita nec coheres nepoti datus facere poterit vt exheredatio ante filij mortem valeat: quoniam nec adire poteſt antequàm teſtator mortuus ſit, quẽ porrò filio ſuperuixiſſe ponimus, l. qui ſuperſtitis 94. de acq. hered. l. 1. de hered. vel action. vend. Neq. igitur fieri illud poteſt quod Caſtrẽſis, Goueanus & cæteri volunt, vt non cogatur nepotis coheres mortem filij expectare. Niſi fortè quis dicat, poſſe in eo diuerſam conſtitui rationem nepotis & coheredis quòd filio ſuperuiuente teſtatori, inutilis fiat inſtitutio nepotis tanquam poſthumi alieni, non item coheredis extranei, quo demùm adeunte confirmari poſſit exheredatio filij non expectata eius morte. Sed hoc multò minus dici poteſt, quia cùm quærimus an coheres nepoti datus cogatur expectare mortem filij, de ea morte loquimur, quam certum ſit à nepote expectandam eſſe. Nepos autem eam demùm filij mortem expectare cogitur quæ viuo teſtatore contingat, cùm nihil ei prodeſſe poſſit quòd poſt mortem teſtatoris filius etiam exheredatus deceſſerit. Quandoquidem non eò minùs filij perſona ipſi obſtaret vt quaſi alienus poſthumus inſtitui non potuiſſet. l. ſi quis filio 6. infrà titul. 1. Deinde quamuis filij ſuperuiuentia inutilem reddat poſthumi nepotis inſtitutionem non etiam extranei, prius tamen eſt vt ab initio valeat teſtamentum quàm vt coheres ſiue filio ſiue nepoti datus heres ex eo quandoq. eſſe poſſit. Vt verò valeat neceſſe eſt filium primi gradus vtiliter inſtitutum eſſe vel exheredatum. Porrò vtiliter exheredari non poteſt quotieſcunque inſtituitur poſt eius mortem nepos, quia vt diximus poſt mortem ſuam exheredatus tunc videtur. Nec tantùm ratione ipſius nepotis, ſed etiam in neceſſariam conſequentiam propter perſonam nepotis ratione coheredis extranei, quoniam cùm in eodem gradu ſcripti ſint non magis fieri poteſt vt filius vtiliter exheredatus intelligatur reſpectu extranei, & inutiliter reſpectu nepotis, quàm vt idem gradus pro parte valeat & pro parte non valeat, quod nuſquam receptum eſt. Debet enim exheredatio fieri à toto gradu non à perſona l. 3. §. filius hoc ti. l. non putauit 8. §. ſi ab vno de bonor. poſſ. cont. tabul. Valebit igitur extranei inſtitutio & filij exheredatio eo demùm caſu quo nepos præteritus ſit ac ſubinde viuo patre ſuo eodémque teſtatoris filio natus. Non item ſi coheres datus ſit nepoti inſtituto licèt nepotis inſtitutio propter filij ſuperuiuentiam irrita facta ſit. Atqui, inquies, verùm eſt nepoti datum coheredem hùc primo gradu ſcriptum eſſe ante quem ſcilicet nemo ſit inſtitutus. Cur non igitur ex eius ſaltem perſona confirmabitur exheredatio filij ac ſi ſolus ex aſſe ſcriptus eſſet præterito nepote. Quid enim refert an per filij ſuperuiuentiã nepos excluſus ſit an præteritus? Aut an extraneus ſolus & in toto aſſe ſcriptus ſit an nepoti coheres datus deficiẽtem eius portionem accreſcendi iure conſequatur? Verùm reſpondeo longè inter ſe caſus iſtos differre. Nam cùm extraneus ſolus inſtitutus eſt filio exheredato, & nepote præterito, ſtatim & ab initio valet exheredatio, & quidem à toto gradu, quippe qui in vnius heredis perſona conſiſtat qui adire quandocunque poſt teſtatoris mortem poterit non expectata filij morte. Nec quicquam eſt quod eam aditionem impedire poſſit præterquàm ſi rumpatur teſtamentum agnatione ſui heredis poſthumi præmortuo filio viuo teſtatore: quæ res tamen non facit vt teſtamenti viRES ſint in pendenti. Interim namque valet quamuis in eo ſit vt ex euentu rumpi poſſit. Cum vero nepos ex parte aliqua inſtitutus eſt ſub ea neceſſario conditione, Si filius viuo teſtatore moriatur, exheredatio ſtatim non valet, nec quandiu filius viuit conualeſcit, quia nec inſtitutio vlla nepotis intelligitur ante filij mortem. Exheredatio autem non priùs valere poteſt quàm inſtitutio, adeò vt dubitatum olim fuerit an fieri poſſet ante inſtitutionem, licèt tandem magis probatum ſit, non tam ſcripturæ quàm iuris ordinem ſpectandum eſſe ex Traiani primùm, deinde Marci reſcripto l. j. de hered. inſti. l. 3. §. vnde etiam de iniuſt. rupt. Porrò poſt mortem filij ſera eſt exheredatio etiam quod ad coheredem pertinet qui filij mortem expectare non cogebatur, quoniam nec ab eius perſona exheredari potuit filius qui à toto gradu non eſt rite exheredatus d. §. filius, & d. §. ſi ab vno. Nec eſt contrarium quod ſuprà diximus nepotem in ſecũdo gradu inſtitutum videri, d. l. cùm in teſtamento. Ex quo inferre quis fortaſſe velit nepotis inſtitutionem nihil commune habere cum inſtitutione extranei primo gradu ſcripti, nec impedire poſſe quo minùs ex perſona ipſius exheredatio filij ſaltem quod ad primum gradum confirmetur. Etenim cùm dicimus filio & nepote poſthumo inſtitutis duos eſſe gradus heredum, non ſic intelligimus quaſi primo loco deferatur hereditas filio, deinde nepoti, ſed id ſignificamus quod Iulianus ipſe explicat, nullo caſu fieri poſſe vt filio & nepoti ſimul aut etiam ſucceſſiue & eo ordine hereditas deferatur. Nam vel ſoli filio defertur ſi patri ſuperſit nepotémque alienum auo efficiat, vel ſoli nepoti ſi filius præmoriatur, quoniam quandiu filius viuit ſuperſtite adhuc teſtatore nec filio nec nepoti hereditas viuentis deferri poteſt. Rurſus cùm nepos admittitur filio præmortuo, in primo gradu ſcriptus intelligitur non in ſecundo, quia nulli alij antè eum deferri potuit ſucceſſio, ſiquidem graduum diſtinctionem æſtimamus ex hereditatis delatione vt primus gradus ille ſit cui primo loco defertur hereditas, ſecundus cui ſecundo loco: hereditas verò non priùs deferri poteſt quàm ſit hereditas, hoc eſt quàm teſtator defunctus ſit d. l. j. de hered. vendit. Quod ab interpretibus noſtris non obſeruatum fecit vt nepotem Aquilianũ paſſim vocent ſubſtitutũ quaſi ſecundo gradu inſtitutũ, quem tamen neq. hic Scæuola, neque alibi quiſquam ex Iuriſconſultis ſubſtitutum vnquam dixit, ſed ſemper inſtitutum. Verùm de hoc latiùs infr. cap. prox. Hinc autem fit vt ſi filio coheres datus ſit extraneus, nepoti quoq. eo caſu quo nepos ſuccedere poſſit, datus intelligatur, propterea quòd coheres primo gradu ſcriptus ſit, nec quicquam eius referat vtrum filius an nepos in eodem gradu concurrat. Ex quo illud etiam infero, filium à poſthumi nepotis perſona malè, id eſt poſt mortem ſuam exheredatum, non poſſe dici à toto primo gradu exheredatum. Ergo nec ab extraneo, qui in eodem gradu eſt. Sic euenit, vt & aui teſtamentum non aliter valere poſſit quàm ſi filius ex parte aliqua inſtitutus ſit & filio inſtituto non ex alia parte inſtitui queat nepos, quàm ea qua filius inſtitutus fuit. Filio tamen ex aſſe inſtituto nihil vetat nepotem ex parte inſtitui, in reliquo autem dari coheredem, quamuis ex contrario non poſſit plus ad nepotem quàm ad filium ex inſtitutione peruenire. Obſtante nimirum perſona coheredis qui non ſicut nepoti datus intelligitur cùm filio datus eſt, vt diximus, ita ex contrario nepoti datus, ſic habendus eſt ac ſi filio datus eſſet, quia nec ſicut nepos ſub-

intrar

intrat in locum filij præmortui nepote poſt eum inſtitutus, ita viciſſim filius ſuccedens patri ſubintrare videri poteſt in locum nepotis qui non niſi poſt eum & à natura, & ex teſtamento, & à lege vocatur. Dixi *filio ex aſſe inſtituto*, vt alium & ſuperiori contrarium Baldi errorem refellam exiſtimantis in toto illo tractatu De Aquiliana formula ponendum eſſe datum filio coheredem. Cùm, inquit, ſolo filio & ex aſſe inſtituto fruſtrà prouideas ne poſthumi nepotis agnatione teſtamentum rumpatur quando & nullo nato poſthumo perinde futurum ſit, vt inteſtati exitum faciat teſtator præmortuo filio, & facta inſtitutione quaſi caduca. Nàm vt rectè iam olim Caſtrenſ. diſputauit, non id tantum egit Gallus Aquilius, vt prouideret aduerſus periculum, quod imminebat ne filio præmortuo rumperetur ſola poſthumi agnatione teſtamentum in quo præter filium nemo inſtitutus eſſet, ſed illud potiſſimùm, qua ratione poſthumus nepos inſtitui poſſet, vt eo quoque inſtituto teſtamentum non rumperetur, & vt ſucceſſionis teſtamentariæ capax fieret ſi auus mallet habere eum heredem teſtamentarium, quàm legitimum. Perinde autem poteſt nepos hic ex teſtamento ſuccedere, ſiue filius ex toto aſſe ſiue ex parte fuerit inſtitutus, dummodò antè patrem deceſſerit. Sed & alius Goueani error nobis refutandus eſt, qui ad hunc locum ſcribit ſi nepotem ſimpliciter heredem teſtator ſcribat non ex formula Galli, ſed hoc modo, *nepos qui poſt mortem meam naſcetur heres eſto*, rectè filium exheredari poſſe. Omnino malè. Quamuis enim ſimpliciter nepos inſtitutus ſit non expreſſo caſu mortis filij, non valet tamen inſtitutio poſthumi nepotis niſi in eũ ipſum caſum, quem ideò neceſſe eſt poſſe ex verbis concipi, vt ſcriptum eſt in §. quidam rectè hac lege ſupr. Nam cùm poſthumus Aquilianus teſtamenti tempore inſpecto ſit alienus & ob id induci neceſſe fuerit, vt ex eo demum tempore inſtitui poſſet quo fieret ſuus viuo teſtatore, nec rurſum poſſit fieri ſuus niſi mortuo patre, conſequens eſt, vt nullo caſu valeat nepotis huius inſtitutio niſi poſt mortem demùm filij primũ gradum tenentis & poſthumi nepotis ſuitatem impedientis, & conſequenter, vt filius à nepote exheredatus non niſi poſt mortem ſuam exheredatus videatur, tametſi prætereà coheres nepoti purè datus ſit, vt ſuprà probauimus. Nec ſimile eſt quod Goueanus obiicit poſſe etiam nepotem ſuperſtitem exheredato filio inſtitui l. qui in aliena 6. §. interdum de acquirend. hered. Alia enim ratio eſt ſuperſtitis, alia poſthumi nepotis. Superſtes nepos omni iure inſtitui poteſt, ſaltem tanquam extraneus cùm non ſuus eſt patre in gradu præcedente. Poſthumus verò nullomodo inſtitui poteſt, niſi & inſtitutionis & mortis teſtatoris tempore ſit ſuus, qualis tamen nepos eſſe non poteſt viuo filio ſuo herede. Itaque ſuperſtite nepote inſtituto filij exheredatio ſtatim tenet, nec poſt mortem ſuam videtur exheredatus quomodo contingit inſtitato poſthumo. Quod verò idem Goueanus ſubiicit filium exheredatum non obſtare nepoti quominus nepos ſimpliciter inſtitui poſſit, verum quidem eſt, ſed ita demùm ſi exheredatio teneat: alioqui nec exheredatus videtur, qui non ritè exheredatus eſt. Atquin exheredatio non tenet inſtituto nepote poſthumo, vt diximus. Quod ſi nepos iam teſtamenti tempore ſuperſtes fuit non quidem obſtat filius exheredatus inſtitutioni nepotis, ſed non quia ſit exheredatus, at quia nec ſi eſſet inſtitutus obſtaret, cùm ſuperſtes nepos eo caſu quo ſuus non eſt extranei iure cenſeatur & perinde ac extraneus quilibet non ſolùm inſtitui poſſit, ſed etiam patri ſuo eidémque teſtatoris filio ex parte inſtituto coheres dari, non ſecus ac ſi ab extraneo factum eſſet teſtamentum l. ſi ego 26 l. ſi ex ſua 36 de acquir. hered. quod & Cuiacius rectè defendit aduerſus Accurſium in dict. §. quidam rectè. Sed quod addit Goueanus rationis loco, *cum exheredatione ſuus eſſe deſinat*, prorſus falſum eſt, vt iam in ſuperioribus ſæpiùs monuimus, & dicemus latiùs infr. cap. vltim. Eorum quoque opinionem refellere operæ precium eſt, qui vſque adeò parem filij & nepotis rationem conſtituunt, vt quemadmodum nepote inſtituto filium quoque ex aliqua parte inſtitui neceſſe eſt, ita neceſſariam putent nepotis inſtitutionem filio inſtituto. Quidni enim nepotem etiam poſthumum exheredare liceat? vetere ſaltem iure inſpecto l. 3. de iniuſt. rupt. l. ſi poſthumus hoc titul. Nempe ſi filio coheres datus ſit, qui teſtamentum ſuſtineat, vt aditione hereditatis confirmetur exheredatio. Alioqui fateor filio præmortuo, & nullo coherede dato exheredationem nepotis valere non poſſe, nemine ex teſtamento adeunte. In eo itaque diſpar filij & nepotis conditio eſt, quod filij exheredatio nec eò magis valet, quòd nepoti inſtituto coheres datus ſit, vt iam probauimus. An autem filio inſtituto & nepote exheredato ſufficiet datum fuiſſe filio ſubſtitutum? Ita plerique exiſtimant, quod non minùs à ſubſtituto quàm à coherede teſtamentum ſuſtineatur, ſed in propoſito non ita eſt, quia cùm exheredatione poſthumi nepotis in eum ipſum caſum fieri neceſſe ſit in quem fieri poſſet inſtitutio, hoc eſt ſub ea demùm conditione, Si filius viuo auo morietur, & ſubſtitutus ille ſit cui ſecundo loco deferatur hereditas apparet filium hunc cui ante teſtatorem morienti nec delata ſit nec deferri vnquam potuerit in eum caſum patris ſucceſſio, ſubſtitutum verè ac propriè habere non poſſe, ſed eum qui poſt ipſius mortem ſcriptus ſit nepote exheredato perinde inſtitutum dicendum eſſe atque inſtitutus diceretur nepos ipſe ſi non eſſet exheredatus. Adeò, vt ſi ſub nomine ſubſtituti ſcriptus ſit non magis poſſit in inſtitutum euadere filio antè teſtatorem mortuo, quam euaderet nepos ipſe ſi eſſet inſtitutus. De quo ſequenti capite diſſeremus. Planè non nego poſſe teſtatorem ita ſcribere, *filius meus heres eſto, ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi poſt mortem meam naſcetur nepos exheres eſto, Titius heres eſto*. Sed eo caſu Titius inſtitutus dicendus erit, non ſubſtitutus. Nec ſanè perpetuò verum eſt ſuſtineri teſtamentum à ſubſtituto, vt in eleganti illa & perdifficili ſpecie l. prox. in princip. ſupr. hoc titul. de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus libr. 3. cap. 15. Planè ſi nepoti datus ſubſtitutus proponatur, nemo dixerit ideò validiorem fore filij exheredationem, quia cùm non niſi nepote repudiante aut mortuo adire poſſit, is qui nepoti ſubſtitutus fuit, ſemper verum eſt filij viuentis exheredationem non tenere, eúmque quandiu vixit, nec inſtitutum fuiſſe nec exheredatum, ergo præteritum dict. l. filius prox. præced. hoc titul. Cæterùm illud quoque obſeruandum eſt, quod Scæuola ſic ſcribit, *vt filius duntaxat qui eſt in poteſtate*. An ad excluſionem emancipati, vt quidam putant? Minimè, neq; enim de emancipato hic tractari aut dubitari poterat, non ſolùm quod certũ eſſet emancipatorum inſtitutionem non eſſe iure ciuili neceſſariã, cùm eo iure ſint prorſus incogniti

& pro extraneis habeantur, ſed etiam quia poſthumus nepos ex filio emancipato alienus poſthumus eſt, non ſuus §. poſthumò quoque Inſtit. de lega. ac proinde talis qui Galli temporibus & antiquo iure ciuili inſtitui non potuit. Verius igitur eſt quod alij volũt dictionem hanc, *duntaxat*, additam ad excluſionẽ filij ab hoſtibus capti qui licèt filius ſit non eſt tamen in patris poteſtate quãdiu apud hoſtes & eorum ſeruus eſt, ob idq. & impunè præteriri poteſt l. pen. ĩ hoc ti. quaſi pro iam mortuo habẽdus l. quod attinet 32. de reg. iur. quamuis ſi ab hoſtibus redeat, detur ei poſtliminium, & conſequenter iniuſtum faciat teſtamentum ac ſi ſemper in ciuitate manſiſſet l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater de iniuſt. rupt. Item ad differentiã nepotis & aliorum deinceps deſcendentium, quos cõſtat nec inſtitui nec exheredari debere, ſed præteriri poſſe quandiu parens eos præcedit ſiue pater ille ſit ſiue auus, & ſufficere vt eorum parentes qui primum gradum tenent in familia inſtituãtur, itémq. liberi eorum, id eſt pronepos ex præterito nepote, aut abnepos ex præterito pronepote ad hoc ne teſtamentum vel præteritione ſui heredis iam nati iniuſtum ſit vel agnatione poſthumi heredis rumpatur. Sed hoc ita demùm ſi præteritus nepos ante filium moriatur, aut præteritus pronepos ante nepotem; alioqui præteritus nepos aut pronepos rumpet ſuccedendo, nec prohibebitur per legẽ Velleam rumpere, qui nec fuit inſtitutus nec exheredatus 9. idem credendum in fin. ſup. hac leg. Nam quod Vlp. in frag. ti. 22. qui her. inſt. poſſ. & Iuſtinianus tam in Inſt. ti. de exhered. l. b. §. 2. quàm in l. maximum vitium 4. C. de lib. præt. ſcribunt potuiſſe olim nepotes & cæteros deinceps per virilem ſexum deſcendentes præter filium primi gradus impunè præteriri exẽplo filiarũ, ſed ita tamen vt ſcriptis heredibus c. creſcerent, ſuis quidẽ in virilem, extrancia verò in dimidiam, ad eos tantùm nepotes pertinet qui iam teſtmenti tempore præmortuo filio primũ locum tenebant in cauſa ſuccedendi, vt diximus ſup. l. ſi qua pœna 7. de his qui ſunt ſui vel alien. iur. Imò dici poteſt plus iuris habere nepotẽm qui poſt teſtamentum ſuccedit in locum filij, aut inſtituti aut exheredati quàm eum qui ante teſtamentum ſucceſſit in locum filij inſtituendi aut exheredandi. Ille enim cum iam tum haberet iura ſui heredis, non alia ratione præteritus videri potuit quam quia teſtator noluit. Hic verò ideo potius quod ei patris perſona ſiue inſtituti ſiue exheredati noceret. Facit l. 3. §. ſi pater in poteſtate cum ſeqq. D. de coniung. cum emãcip. liber. eius l. illud 4. §. ſi quis filium l. 6. de contr. tab. ¶[Caue. nam Iuſt. in l. ſi quis filium 34 C. de inoff. teſt. ſcribit *nepoti ex filio exheredato*, nullã olim viã ad ſucceſſionem aui eſſe potuiſſe. Itaq. cogita an dici poſſit ius hoc accreſcendi competiiſſe nepotibus ex filio præmortuo tãtùm d. l. 1. §. ſi pater in poteſtate de coniung. cum emancip. lib. eius. Ideóque inſtituendos fuiſſe huiuſmodi nepotes vel exheredandos ne teſtamentũ euerterent l. 4. C. de lib. præt. Facit ꝙ nullo iuris loco ſcriptũ memini præterito nepote ex filio præmortuo teſtamentum eſſe inutile, ſed rũpi duntaxat, vt & in l. 9. §. 2. verſ. dinei ſum. hoc ti. Caius tamen in §. poſthumorum de exh. lib. negat filiam natam & præteritam rũpere teſtamentum licet habeat ius accreſcẽdi, vt ſicuti liberorum ita & ſuorum heredum plures ſint gradus: ij tamen magis propriè ſui dicãtur, qui primum ſuitatis gradum tenent. Quod ſignificare videtur Iuſt. in §. cæteri, Inſt. de her. qual. & diff. vbi ait extraneos heredes dici eos demùm qui non ſunt in teſtatoris poteſtate, cùm tamen quiſquis non eſt extrãneus eum neceſſe ſit aut ſuũ eſſe & neceſſariũ, aut neceſſarium duntaxat. Quod vero Scæuola ſcribit, *quorum ſi liberi heredes inſtituantur inſtitutionem nunquam exigemus*, peſſimè ſic vulgo accipiũt, vt inſtituto filio aut nepote qui præcedit, non ſit neceſſe inſtitui nepotẽ aut pronepotẽ. Nam etſi nõ eſt neceſſe ad hoc vt teſtamẽtũ valeat, eſt tamẽ neceſſe ad hoc ne poſthumi nepotis agnatione rumpatur. Rectior igitur eſt ſecunda Accurſij interpretatio, vt de liberis nepotis aut pronepotis præteriti Scæuola ſenſerit, eiúſque ſententia ſit, Inſtituto filio primi gradus & pronepote poſthumo poſſe præteriri nepotem qui viuo filio deceſſerit, nec verendũ eſſe, vt eius præteritione aut iniuſtum aut ruptum fiat teſtamentũ. Idemque dicendum ſi inſtituto filio & abnepote poſthumo præteriti ſint nepos & pronepos, iidémq. viuo teſtatoris filio mortui. In quo ſanè deterior conditio eſt nepotis quàm filij. Neq; enim ſufficit filij liberos, id eſt nepotes eſſe inſtitutos vt fili' ipſe præteriri poſſit, nempe quia primum gradũ tenet in familia, non etiam nepos quem teſtamenti tempore pater præcedit. Atqui ſi filius præmoreretur nepotes in eius locũ ſuccedentes ſi præteriti eſſent rumperent ſuccedendo. Fateor & ideô nimirum, vt in omnem caſum ſecurè teſtetur auus non minùs nepotem iam natum quàm filium & pronepotem poſthumum inſtituere debet vel exheredare. Sed eum caſum hîc tractat Scæuola quo nepos, ante filium aut pronepos ante nepotem deceſſerit, ac proinde quo neuter ſuccedẽdo rumpere potuerit. Vt appareat in eo differre nepotem aut pronepotem à filio, quòd filius præteritus ſemper facit iniuſtum teſtamentum quãuis viuo teſtatore deceſſerit d. l. ſi filius 7. ſupr. hoc tit. Et verò modus ille rumpendi per ſucceſſionem pertinet ad tractatum legis Velleæ, non Aquilianæ formulæ de qua ſola in hoc §. agit Scæuola, mox de lege Vellea dicturus. An vero hac parte alia erit ratio poſthumorum nepotũ alia ſuperſtitum? Ita Goueanus exiſtimat quòd poſthumorum præteritio teſtamentum vitiet quaſi obliuione prætermiſſi videantur. Sed nõ ita eſt. Nam in eo caſu quem tractamus, hoc eſt filio patri ſuperſtite inſtituto non minùs impunè præteriri poteſt nepos poſthumus atq. is qui iam teſtamenti tempore ſuperſtes fuit. Imò nec ſi auus vellet inſtituere illum poſſet aut exheredare, quia alienus eſt poſthumus. Sanè filio exheredato fuit olim melior cauſa nepotum poſthumorũ quam ſuperſtitum. Hi enim, vt diximus, præteriri potuerunt ſaluo iure accreſcendi ſcriptis heredibus. [Caue propter l. 34. C. de inoff. teſt. de qua ſcripſi in marg. pag. præc.] Illi verò vel exheredandi nominatim fuerunt, vel ſi inter cæteros exheredabantur legari iis neceſſe erat ne obliuione præteriti viderentur, teſte Vlp. in d. titu. 22. § nepotes & pronepotes. Idque nimirum eſt quod feſellit Goueanum, qui & in eo errat quod ſcribit, ſi pronepoti datus eſſet coheres, certam portionem nepoti præterito olim accreuiſſe. Nepoti enim antè filiũ defuncto de quo agimus nulla portio potuit accreſcere, ac multò minùs ſi ante teſtatorem deceſſiſſet. Nepoti autem ſuperſtiti ex filio præmortuo ſi præteritus eſſet non accreſcendi ius dabatur ſiue ſuus heres alius, ſiue extraneus in totũ aut ex parte ſcriptus eſſet, ſed ius dicendi nullum teſtamentum, vtpote cùm primum in familia gradum tenere, & filij loco eſſe cœpiſſet, quemadmodum ſupra docuimus. Nam etſi poſthumus nepos eſſet naſcendo rumperet l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium hoc tit.

Cur

Cur ad inſtitutionem Aquiliam nepotis non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis.

CAPVT XI.

APparet ex ſuperioribus non fuiſſe ſufficiẽtem formulam vulgaris ſubſtitutionis ad poſthumi nepotis inſtitutionem. Nam ſi ſufficiens fuiſſet, quid erat neceſſe Gallum Aquilium tantopere laborare in excogitanda & concipienda formula per quam nepos ille inſtitui poſſet? Siquidem conſtat vulgarem ſubſtitutionem iam inde à primis poſt legem duodecim tabularum temporibus & longè ante Gallum Aquilium in vſu fuiſſe, & in omnium ferè teſtamentis frequentiſſime ſolitam vſurpari, ob idque vulgarem dictam quòd & omnibus & ab omnibus fieri & poſſet & ſoleret. Cùmque nihil interſit inter vulgarem ſubſtitutum & ſecũdũ heredem, dubitandum non eſt quin lex duodecim tabularum quæ heredis inſtituendi poteſtatem dedit patrifamilias, de ſecũdis heredibus æquè ac de primis ſenſerit, indéque vulgaris ſubſtitutionis introductio emanauerit l. Cicero 39. D. de pœn. l. verbis legis 120. de verb. ſign. Dubitandi autem cauſa ex eo naſcitur quòd caſus ille qui Galli Aquilij formula expreſſus eſt, *ſi filius meus me viuo morietur*, tacitè inſit condicioni vulgaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres non erit*, cùm patris heres eſſe nequeat filius qui viuo patre moritur. Quid igitur refert vtro modo inſtitutus ſit an ſubſtitutus? Præſertim cùm nec fieri poſſit vt nepos auo heres exiſtat niſi decedente filio viuo auo, vel quod hac parte idem eſt deportato filio aut emancipato aut ab hoſtib. capto nec reuerſo. Proinde quòd ad poſthumi nepotis perſonam attinet, nõ ſolum caſus Aquilianæ formulæ in vulgari ſubſtitutione comprehenditur, ſed & eadem prorſus vis & poteſtas eſſe videtur Aquilianæ inſtitutionis & vulgaris ſubſtitutionis. Quam ob cauſam non ſolùm veteres ferè omnes interpretes poſt Accurſ. & Bart. ad l. Gallus §. quidam rectè, in ea fuerunt ſententia vt dicerent potuiſſe ante Aquilium vulgarem ſubſtitutionem ſufficere, ſed etiam quod magis mirandum ſit, nõnulli ex recentiorib. inter quos Ant. Goueanus in priorib. ſuis ad hanc legem Cõmentariis, cùm rationem nõdum cõperiſſet, quam poſteà ſibi viſus eſt cõperiſſe, cur nõ poſſet ſufficere. Auget dubitationem quòd ſi quis dicat Aquilium de inſtituendo tantùm, non etiam de ſubſtituendo nepote tractaſſe, propterea quòd verendũ non erat ne rumperetur teſtamentum aui poſthumo nepote nõ ſubſtituto, ſed ne rumperetur eo non inſtituto ſi ſuum naſci cõtingeret, in prõptu cõtradictio eſt ſubſtitutum vulgarem euadere in inſtitutum & ſubſtitutionem vulgarem reuocari ad intellectũ inſtitutionis quoties prior inſtitutus cui ſubſtitutus datus eſt, viuo teſtatore moritur l. cùm ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſtit. aut alia ratione impeditur ne ex teſtamento heres eſſe poſſit, vt in ſpecie l. ſi is qui 57. de hered. inſtit. Cur non ergo pro vtiliter inſtituto haberi potuit poſthumus nepos qui vulgariter ſubſtitutus fuiſſet? Rationem ex veteribus nemo quæſiit. Ex recentioribus, perpauci, nemo tamen inuenit. Idem Goueanus in poſteriore commẽtario triplicem adfert, ſed ita vt ineptam potiùs quàm minùs ſufficientem fuiſſe probet vulgarem ſubſtitutionem. Prima illa eſt, *quòd ipſa perſonarum qualitas ſubſtitutionis condicionẽ contineret*, quæ planè nihil ad rem pertinet. Nam & perinde dici poteſt eandem perſonarum qualitatem continere condicionem Aquilianæ formulæ, cùm, vt diximus, non poſſit nepos poſthumus heres eſſe auo, niſi mortuo patre, aut emancipato, aut deportato, aut denique capto ab hoſtibus. Secunda ratio eſt, *quia filio abſtinente nihilo magis admittetur ſubſtitutus, qui tamen caſus facit locum extraneo ſubſtituto.* Æquè vana & extra rem. Nam nec Galli formula induxit vt iſto caſu nepos admittatur. Quærimus autem, Cur in eum ſaltem caſum quo ex Galli formula nepos admittitur, & qui vi ipſa comprehenditur in vulgari ſubſtitutione, fuerit vulgaris ſubſtitutio non ſolum inepta, ſed etiam inſufficiens, ita vt ad nepotis inſtitutionem excogitari oportuerit nouam & peculiarem formulam. Addit, quæ tertia ratio eſt, *quia emancipato poſt teſtamentum filio nepos quaſi præteritus agnaſcendo rumperet qui aliter admitti non poſſet quàm ſi filius heres non eſſet, cum mutatione perſonæ no vitietur inſtitutio* §. vlt. d. l. Gallus. l. filio 23. §. vlt. eod. l. ſi quis heres 18. de iniuſt. rup. Paulò, vt videtur, ſubtilius, ſed non omnino accommodate. Nam ſi ratio hæc genuina eſſet ac vera, debuerat Gallus in ſua formula caſum emancipationis aut ſolum aut ſaltẽ primo loco & principaliter exprimere, non caſum mortis, cuius tamen ſolius meminit, vt ex eo appareat nec cogitaſſe quidem de caſu emancipationis. Quamuis per prudentum interpretationem & ex eiuſdẽ Galli veriſimili ſententia inductum ſit vt quemadmodũ inſtitui poteſt nepos ſub ea condicione, *ſi filius meus viuo me morietur*, ita & poſſit ſub illa, *ſi filius viuo me emancipabitur*. Vt plurib. explicauimus ad §. & quid ſi tantum, iunctis iis quæ dicemus ad §. vlt. d. l. Gallus. infr. Cæterùm ſi auus in poſthumi nepotis inſtitutione caſum ſolum mortis filij expreſſerit ſecutus verba Aquilianæ formulæ non magis faciet Aquiliana formula vtilem inſtitutionem nepotis, quàm ſi is filio eſſet ſubſtitutus ſub ea condicione, *ſi filius heres non eſſet*, quia ſicuti emancipatio filij non facit quominùs heres ille ſit, ita nec facere poteſt vt vocetur ex teſtamento nepos qui fuerat inſtitutus in eum duntaxat caſum quo filius moreretur. Alia igitur ratio quærenda eſt, cur minùs apta & ſufficiens viſa ſit vulgaris ſubſtitutio ad poſthumi nepotis inſtitutionem, quàm Aquilij formula in ſolum caſum mortis filij concepta. Iacobus Cuiacius tract. 2. ad African. in explicatione l. ſi mater 33. §. 1. de vulg. & pupil. ſubſt. eandem proponens quæſtionem, cur ſatis non habuerit Gallus nepotem poſthumum filio vulgariter ſubſtituere rationem illam reddit quòd in caſum vulgaris ſubſtitutionis quo ſcilicet priori filio deferretur hereditas nullus ſubſit rumpendi teſtamenti metus, (quia per delationem filio factam perinde confirmatur teſtamentum atque in extraneis confirmatur per aditionem) in eum verò caſum quo metus ſubeſt caueri non poſſit niſi inſtitutione nepotis. Verùm quamuis ita eſſe fatear, nõdum tamen propoſitæ dubitationi ſatisfactum eſt. Id enim dumtaxat ratio hæc concludit, Nepotem poſthumum vulgariter ſubſtitui neceſſe non fuiſſe, cùm in caſum delatæ filio hereditatis, qui vulgaris ſubſtitutionis caſus eſt non poſſit rumpere. Inſtitui autem neceſſariò debuiſſe ne rumperet eo caſu quo ipſi primùm & antè omnes deferretur hereditas. Denique non poſſe admitti tanquam ſubſtitutum. Nos autem de illo quærimus, Cur cùm vulgariter ſubſtitutus eſt non admittatur tanquam inſtitutus præmortuo filio, quandoquidem factà inſtitutione in cauſa caduci regulare eſt vt euadat ſubſtitutus in inſtitutũ d. l. cùm ex filio. §. vlt. de vulg. ſubſti. Quomodo. n. rumperet quaſi præteritus qui moriẽte auo poſt filiũ reperiret ſe in primo gradu ſubſtitutũ? Sũt qui putẽt nõ potuiſſe valere ſubſtitutionẽ vulgarẽ in

Digitized by Google

perſona poſthumi nepotis propter regulam Catonianam, quia ſi teſtamenti tempore auus decederet, ea nepotis ſubſtitutio viuo filio facta non valeret. l. 1. de reg. Caton. Quæ ratio ab aliis ideò reprehenditur, quòd regula Catoniana ad conditionales inſtitutiones non pertineat l. pen. eod. ſubſtitutio autem quælibet, conditionalis ſit inſtitutio. Mihi verò nec ratio placet nec reprehenſio. Non reprehenſio, quia quod ad regulam Catonianam ſpectat, nihil differt pura inſtitutio à conditionali, vt docebimus infr. Non ratio ipſa quia verum eſt, quod generaliter Papin. ſcribit in l. 3. ill. tit. Catonianam regulam non pertinere ad hereditates. Illud ſanè verum eſt ex antiqui iuris regula inſtitutionem ſiue puram, ſiue conditionalem quę ab initio non valuit ex poſt facto non conualeſcere l. penult. de regul. iur. antiq. Sed ea regula non magis impedit, ne poſthumus nepos vulgariter ſubſtitui poſſit, quàm ne poſſit inſtitui. Cum nec valeret ipſius inſtitutio, ſi auus eo tempore quo filium inſtituit moreretur. Alienus enim poſthumus contra iuris ciuilis regulas videretur inſtitutus. Et ob id nimirum neceſſe fuit excogitare formulam per quam ex die & conditione inſtitueretur, vt cùm non priùs inſtitutus dici poſſet quàm dies & conditio eueniſſet (vtraque in id tempus collata quo ſuus naſceretur) nihil prohiberet quominus ab initio inſtitutio tanquam ſui poſthumi conſiſteret. Id verò Gallus aſſecutus eſt inſerta formulæ particula *tunc*, quæ inſtitutioni nepotis principium daret, & conditionem quandocunque euenientem poſthumo naſcente ſuo, impediret retrotrahi ad tempus teſtamenti quo alienus fuiſſet, quemadmodum latiùs à nobis ſuprà tractatum eſt. Atqui poterat eadem particula *tunc*, inſeri quoque vulgari ſubſtitutioni, erátq. longe faciliùs inducere, vt vulgaris ſubſtitutio ſic conciperetur, *ſi filius meus heres non erit tunc qui mihi naſcetur ex eo nepos heres eſto*, quam formulam integram prodere, quæ minùs generalis eſſet, ac in caſum vnum mortis filij concepta. Illa igitur ſemper manet dubitatio, cur noua formula putiùs quàm vulgari ſubſtitutione in eam rem vti Aquilius voluerit. Scio alios etiam eſſe qui putent idcirco neceſſariã fuiſſe Galli formulã, quòd cum aliter nepos inſtitui non poſſet quàm in caſum mortis filij, hic tamen caſus in vulgari ſubſtitutione non exprimatur. Sed ratio hæc non tantùm aliena, verùm etiam falſa eſt, caſus enim mortis filij adeóq; viuo etiam teſtatore licèt in vulgari ſubſtitutione ſpecialiter non exprimatur, perinde tamen atque ſi expreſſurus eſſet vi ipſa comprehenditur ſub verbis illis generalibus, *ſi heres non erit*, nec tantùm caſus mortis, ſed & deportationis, emancipationis, captiuitatis, & generaliter cæteri omnes quibus cõtingat filiũ heredem non eſſe ſiue quia noluerit, ſiue quia nõ potuerit: & ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore poſſe deſierit. Qua ratione ſi aliud nihil obſtaret, defendi poſſet longè aptiorem fuiſſe formulam vulgaris ſubſtitutionis ad omnes caſus cõprehendendos, quã Aquilianã, quæ ſi à teſtatore vſurpetur ſolo mortis caſu expreſſo manca eſt, niſi ex legis Velleæ ſentẽtia ſuppleatur d. §. & quid ſi tantùm. Deinde falſum eſt poſthumum nepotem non niſi in caſum mortis filij inſtitui poſſe. Poteſt enim, vt dixi, inſtitui in caſũ ẽt deportationis & captiuitatis, adeóq. emancipationis filij, quæ cùm inſtitutionem filij non faciat irritam morti ſimilis hac parte videri non poteſt. Etſi verò mortis duntaxat caſum Gallus expreſſit æquè tamen ad eius formulam cęteri etiã caſus pertinent nõ vt vllo modo pro expreſſis habeantur ſolo mortis caſu expreſſo, ſed vt perinde ac caſus ipſe mortis exprimi poſſint. Vera itaq. & vnica iã obſcuri iuris ratio hæc eſt, quod cùm poſthumus hic nepos teſtamenti tempore inſpecto verè ſit alienus, ac proinde talis qui tunc nec inſtitui potuerit, nec conſequẽter ſubſtitui (omnis namque ſubſtitutio ſecunda inſtitutio eſt, vt Caius diſſinit in Inſtit.) neceſſe fuerit ipſius inſtitutionem ex die & ex conditione concipi, vt ex eo tantum tempore ſuus poſthumus eſſe inciperet, quo ſcriptus intelligitur. Adiecta nimirũ particula *tunc* vt ſupra dixi. Ac ſi vulgaris ſubſtitutionis formulam ſic conciperes, *Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo poſt mortem meã naſcetur nepos heres eſto*, tantum abeſſet vt poſthumus hic alienus ex eo demum tempore videretur inſtitutus quo poſthumus ſuus eſſe inciperet. Vt ex cõtrario dici potiùs poſſet collatum inſtitutionis initiũ in id tempus quo adhuc alienus eſſet. Illa enim verba, *ſi filius meus heres nõ erit*, ex ſui natura caſum delatæ filio hereditatis demonſtrant, qui propriè vulgaris ſubſtitutionis caſus eſt, (cùm ante delatam hereditatem nemo heres eſſe poſſit, priuatio autem vt vulgò dici ſolet præſupponat habitum) & cõditionem exprimunt quę defuncto tantùm teſtatore poteſt exiſtere ac proinde ex cuius euentu non poſſit inſtitutio initium capere, ſi quidem iam mortuus heredem inſtituere tunc non poteſt. Niſi dicas retrotrahi ad tempus teſtamẽti ſublato vicio temporis, quo caſu æquè eueniet vt alienus poſthumus ſubſtitutus videatur, cùm teſtamenti tempore ſuus eſſe non poſſit quem tunc pater pręcedit. At poſthumus alienus ſicut inſtitui iure antiquo non potuit ita neque ſubſtitui, quia ſubſtitutio quęlibet inſtitutio eſt, ſecunda quidem, ſed tamen vera inſtitutio. Nec obſtat quòd inſtituto ante teſtatorem mortuo, cui proinde nunquam delata ſit hereditas, vulgaris tamen ſubſtitutus ex ſubſtitutione admittitur. Nam imò verò tanquam inſtitutus admittitur non tanquam ſubſtitutus, euaditque in inſtitutum, quia ei primo non ſecundo loco deſertur hereditas, & ob id cum cæteris inſtitutis in deficiente cohæredis portione concurrit ac ſi eſſet inſtitutus d. §. vl. l. cũ ex filio, 39. de vulg. Atqui ſi nepos ex eo tẽpore inſtituatur, quo iã delata ſit hereditas filio, non ſolũ inſtituitur in eũ caſum quo periculum amplius nullum ſit ne teſtamentum rumpatur, vt ait Cuiacius, ſed in illum etiam quo alienus erit poſthumus: fieri enim non poteſt, vt nõ ſit alienus qui à patre anteuertitur in cauſa ſucceſſionis. Cui conſequens eſt, vt non poſſit valere ſubſtitutio ex eo tempore facta, quia nec inſtitutio valeret, iámque ab initio perinde nulla eſſet & inutilis, atque ex contrario validam & vtilem eſſe dicimus eam quam Gallus induxit fieri ex eo tempore quo poſthumus ſit ſuus: atq; ita ſuccederet ſupradicta iuris antiqui regula, quæ inſtitutionẽ ab initio inualidam poſteà conualeſcere non patitur. Ne quidem in eum caſum quo poſthumꝰ hic ſuus reperiatur præmortuo filio, quia in aliũ nominatim caſum ſubſtitutus fuit quo ſubſtitui non potuit, id eſt quo eſſet alienꝰ, cùm ex diuerſo ne purè quidem inſtitui potuiſſet, at in eum nominatim caſum inſtitui debuiſſet quo ex alieno ſuus fieret. Et verò abſurdiſſimum ſit ſubſtitutionem vulgarem, quæ in ſuo caſu, id eſt, tanquam ſubſtitutio valere nunquam potuerit, euadere in inſtitutionem. Prius namque eſt, vt ſubſtitutio aliqua ſit & ſubſiſtat, quàm vt euadat in inſtitutionem. Alioqui ſicut ex nihilo nihil fit, ita ex nulla ſubſtitutione (nulla autem eſt, quæ ſubſtitutionis iure valere nunquã poteſt) nemo

dixeris

dixerit confici poſſe vtilem iostitutionem arg. l. Stichus 39. D. de manum. teſt. in poſtremis illis verbis, *quia nullum caſum vtilem habet*. l. pater filio 54. D. de here. inſt. Denique, vt valeret poſthumi nepotis inſtitutio non ſolum cauendum fuit, ne in eum nominatim caſum conferretur quo alienus poſthumus maneret, ſed etiam prouidendũ vt iis verbis conciperetur, quæ omnẽ omnino delatæ filio hereditatis caſum, poſthumique aliení perſonam omnimodo excluderent, vt nullo prorſus caſu nulloq́; tempore alienus poſthumus inſtitutus videri poſſet. Quod ipſum nõ per vulgarem ſubſtitutionem fieri potuit (quæ licèt contingente caſu non delatæ hereditatis inſtituto præmorienti reuocetur ad intellectum inſtitutionis, iure tamen ſubſtitutionis non niſi caſum delatę hereditatis complectitur) ſed ita demum ſi & in eum nominatim caſum & ex eo nominatim tempore nepos inſtitueretur, quo poſthumus ſuus eſſe inciperet, hoc eſt, non ſub ea tãtùm conditione, ſed ex ea conditione, *ſi filius viuo auo moreretur*, aut deportaretur, aut emanciparetur, aut ab hoſtibus caperetur. Quid autem interſit an ſub conditione, an ex conditione inſtitutio fiat, & cur hic locum non habeat, quod dici ſolet inſtitutionem à pagano ex conditione non magis quàm ex die fieri poſſe tam latè explicauimus ſuprà, vt repetere nil ſit neceſſe. Ex his verò intelligimus, quàm grauiter erret Bartolus exiſtimans nepotem hunc Aquilianum vulgariter ſubſtitutum eſſe, & ipſius inſtitutionẽ ex Galli formula nihil aliud eſſe quàm vulgarem ſubſtitutionem. Feſellit Bartolum & eius ſequaces quod nepotis inſtitutio ſemper ſecunda ſit, cùm neceſſe ſit præcedere inſtitutionem filij primi gradus d. l. Gallus §. in omnibus, ſecunda autem inſtitutio ſubſtitutio ſit. Item quod ſcriptũ eſt in l. cùm in teſtamento 37. de her. inſt. filio inſtituto itémq. nepote ex conſilio Galli duos eſſe heredum gradus, quaſi fieri nequeat vt duo ſint gradus quin is qui in ſecundo gradu eſt ſubſtitutus dici debeat. Sed iam proximo capite ſuperiore monuimus, inſtituendum quidem filium primi gradus, deinde nepotem, at nepotis inſtitutionem licèt ſecunda ſit non ideò ſubſtitutionẽ dici poſſe, ne quidem ſi verba ſola inſtitutionis conſideres (in quo lapſus eſt Cuiacius ad principium l. Gallus) propterea ꝙ fiat in eum nominatim caſum quo nepoti deferatur primo loco hereditas, ipſo ſc. filio præmortuo, aut aliter ſuitatis iure excluſo. Subſtitutio autem, ecũtrario in eum caſum fieri debeat, quo non niſi ſecundo loco deferatur hereditas ſubſtituto. Nec quòd duo heredum gradus eſſe dicantur in d. l. cùm in teſtamento, idcircò nepotẽ ſubſtitutũ eſſe dicendum eſt. Duos ſiquidẽ gradus eſſe Iulianus ſcripſit non alia ratione quàm quia ſimul admitti non poſſint ad aui hereditatem, licèt ambo ſint primo gradu inſtituti ſi gradus metiaris ex ſola hereditatis delatione. Tantum enim abeſt, vt vtrique ſimul hereditas teſtatoris deferri poſſit, vt nec alteri poſt alterum deferatur. Nam ſi filius patri ſuperſtes ſit ei ſoli defertur, non item nepoti qui eo caſu alienus poſthumus reperitur. Quòd ſi filius præmortuꝰ eſt nepoti ſoli defertur, quia nec filio deferri vnquã potuit. In quo obſeruari poteſt tantò minùs nepotẽ hunc ſubſtitutum dici poſſe, cùm in vulgari ſubſtitutione regulare ſit vt vtrique tam inſtituto quàm ſubſtituto ſucceſſiuè tamẽ hereditas deferatur. Eáq; potiſſimùm dubitandi ratio erat apud Iulianum in d. l. cùm in teſtamento, nam ſubſtitutus nepoti eo mortuo poſtulabat admitti ſimul cum patre. Quaſi nepos vnà cum patre inſtitutus eſſet, quod nullo colore petere potuiſſet, nepote non inſtituto, ſed ſubſtituto. Idem apud Africanum tractari poteſt in l. ſi mater 33. §. j. de vulg. & pupil. ſubſt. Sed & ex contrario euenit vno caſu vt nepos & pronepos Aquilianus ſimul admittantur, puta ſi nepos emancipatus ſit, & teſtatori ſuperuixerit. Cùm enim non fiat irrita inſtitutio per emancipationem, & tamen pronepos qui poſt emancipationem naſcitur ſuus heres ſit auo, fatendum eſt vtrumq. hoc caſu in aui hereditate concurrere. quod non ſimiliter euenire poſſet ſi pronepos ſubſtitutus eſſet. Nunquam enim ſubſtitutus cum inſtituto concurrit. De quo dicemus fuſius infr. ad §. vlt. d. l. Gallus. Nec eſt quod quis pro Bartoli ſententia proferat, quod Scæuola ſcribit in §. quidam rectè d. l. Gallus, etiamſi teſtator nihil exprimat de morte filij, ſed nepotem ſimpliciter inſtituat, nihilominùs valere nepotis inſtitutionem eo caſu qui ex verbis concipi poſſit. Alia enim longéque diuerſa illius loci ſententia eſt, de qua breuiter proximo capite diſſeremus.

Ad §. quidam recte. l. Gallus.

CAPVT XII.

DOcuimus in ſuperioribus poſthumum nepotem Aquilianum quoniam verè ſuus eſt non alienus, iure ciuili & ante Gallum Aquilium inſtitui potuiſſe, ideóq; in §. ſi eius hac leg. ſic loqui Scæuolam, vt dicat ex iure antiquo ſuccedere nepotẽ qui ex inſtitutione concepta per Aquilianam formulam ſuccedit. Et ad ius antiquum aptandos eſſe caſus illos, qui ad Galli formulam pertinent. Neque enim ius nouum fecit Aquilius quia nec facere potuit. Sed tamen quia prorſus ignorabatur qua ratione poſſet hic nepos inſtitui cùm teſtamenti tempore eſſet alienus & inſtitutionem ſic concipi oporteret, vt ab initio conſiſteret, perinde fuit neceſſaria Galli formula atque ſi nepos inſtitui anteà non potuiſſet. Quid enim intererat vtrum inſtitui nullo modo poſſet, an poſſet quidem, ſed tamen quomodo neſciretur? Eóque pertinet quod huius legis initio Scæuola præfatur Gallum induxiſſe non vt nepos inſtitui poſſet, ſed vt ſic inſtitui poſſet, *ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi poſt mortem meam ex eo in decem menſib. proximis quibus filius meus morietur natus erit, heres eſto*. Poſteà verò quàm ſubtilitate potiùs quàm auctoritate, quæ tamen maxima & præcipua fuit, inuenta ratio eſt inſtituendi nepotis, cœperũt Iureconſulti ſequentes inducere vti valeret inſtitutio quæ ſimpliciter facta eſſet etiã caſu mortis filij non expreſſo, dummodò caſus vtilis ex verbis concipi poſſet, nec teſtator adeò Galli formulæ obſtrictus videretur, vt eius verba præcisè ſequi neceſſe haberet. Nã cùm iam ſciatur nõ ſolùm inſtitui poſſe nepotẽ hunc poſthumũ, ſed etiam qua ratione & quibus verbis & in quem caſum poſſit inſtitui credendus eſt teſtator qui ſimpliciter inſtituit, in eum caſum inſtituiſſe quo potuit, nõ in eum quo nõ potuit. Quod nõ ſimiliter dici poterat cùm ignorabatur quænã in eam rem formula ſufficiens & idonea videri poſſet. Ita fit vt quę olim & ante Gallum inepta fuiſſet, eadem prorſus nullo addito vel detracto aptiſſima iudicetur, idq́ue eſt quod Scęuola hoc loco monet, non ita reprehendens Aquilium de ſuperfluitate, vt vulgo aiũt (neq. enim potuit Aquilius vel aliis vel paucioribus verbis formulam concipere) ſed potiùs Aquilij factum laudans cuius ſubtilitate factũ ſit tam certum & exploratũ, inſtitui poſſe nepotem poſthumum, vt vel ſimplex inſtitutio ſufficere hodie poſſit, cùm olim nulla ſatis exacta &

idonea ad hoc formula ſufficere crederetur. In quo tamen cauendum eſt ne cum Accurſio, Bartolo, & cæteris antiquioribus interpretibus decepti extiſtimemus tam generaliter & indiſtinctè loqui Scæuolam, vt quamlibet nepotis inſtitutionem ſufficere putauerit: nam quod ille ſubiicit, *vt in eum caſum valeat qui ex verbis concipi poſſit*, oſtendit ſatis non quælibet verba inſtituendo poſthumo nepoti eſſe idonea, ſed ea demũ ex quibus commode poſſit cõcipi caſus ille qui Aquiliana formula pluribus & diſertis verbis expreſſus eſt. Ille autem caſus duabus potiſſimùm circunſtantiis continetur, quarũ prima & potiſſima illa eſt, vti ne alienus poſthumus inſtitutus videatur. Altera ne is quoque qui viuo teſtatore naſcetur. Conſtat enim Galli tẽporibus & ante leg. Velleam, nullo iure inſtitui potuiſſe poſthumũ, qui viuo teſtatore naſceretur, §. ille caſus J. hac l. ſicut nec eũ qui alienus poſthumus eſſet, quãuis poſteà ad beneficium bonorum poſſeſſionis ſecũdum tabulas admiſſus ſit à prætoribus iuris aſperitatẽ temperantibus. Itaq; inſtitutionem ſic incipi neceſſariò oportet, vt caſus mortis teſtatoris exprimatur & is demum nepos inſtituatur, qui poſt aui mortem natus erit, & qui non patri ſuo, ſed auo natus erit, vt ſuus duntaxat non etiam alienus poſthumus natus intelligatur. Ob idque Scæuola ita ſcribens, *etiamſi non exprimat de morte filii*, non addit, quod interpretes de ſuo ſupplent, *nec de morte aui*, vt doceat illa tantũ verba, *ſi filius meus me viuo morietur*, non etiã quę ſequuntur in formula poſſe de nepotis inſtitutione detrahi. Et in §. quid ſi qui filium, verſ. melius ergo eſt J. hac leg. vbi docetur quibus verbis, quàm breuiſſimè & generaliter inſtitui nepos poſſit (ſiue eum verſiculum Scæuolæ cum interpretibus, ſiue Triboniano mecum adſcribere velis) illud tamen omnino requiritur, vt auus inſtituat nepotem qui ſibi poſt mortem ſuus naſcetur, aut etiam generaliter, *quicquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem*. Denique verba illa, *poſt mortem*, quæ ipſius aui teſtatoris non filij mortem demonſtrant ſemper adiici neceſſe eſt, quamuis de filij morte exprimi nil neceſſe ſit, proptereà quòd caſus ille, *ſi filius meus me viuo morietur*, ſatis concipi poſſit ex illis ſequentibus, *qui mihi poſt mortem naſcetur*. Neque enim poteſt mihi ſuus naſci nepos, niſi qui mortuo iam filio meo naſcetur: mortuo, inquam, ante me, alioqui patri ſuo non mihi ſuus naſceretur. Proinde non eſt accommodatum exemplum illud quod Accurſius profert inſtitutionis ſic conceptæ *inſtituo filium & nepotem ex eo*, vel ſic, *filium inſtituo & nepotem ſubſtituo*, quandoquidẽ in his verbis nihil eſt ex quo poſſit concipi eum demùm poſthumum inſtitutum, qui & poſt aui mortem & ſuus heres auo naſceretur. Perinde enim deſignant perſonam nepotis, qui & viuo auo & viuo patre naſcatur, & conſequenter qui nullo iure inſtitui potuit. Nec facit pro Accurſio quod Scæuola ſimplicem nepotis inſtitutionem valere dicat. Simplicem enim eam intelligit, non quæ ſit generalis & indiſtincta ad quemcunque poſthumum pertinens ſiue ſuum, ſiue alienum, ſiue viuo, ſiue mortuo auo naſciturum, ſed quę nec ex tempore fiat, nec ex conditione ad differentiam illius quæ fit per Aquilianã formulam adiectis iis verbis, *ſi filius meus me viuo morietur, tunc*. Cæterùm fieri non poteſt, vt poſthumus vllus inſtituatur, quin cõditio aliqua tacita inſit, vel illa ſaltem, *ſi naſcetur*, l. 1. §. vlt. de cond. & demonſtra. Ea autem verba, quæ adiicienda dicimus, *poſt mortem meam*, non tam nouam conditionem faciũt, quàm eius poſthumi, qui inſtituitur, perſonam & qualitatem demonſtrant, vt appareat non fuiſſe cogitatum de inſtituendo eo, qui viuo teſtatore naſcatur. Aliud verò exemplum, quod affert idem Accurſ. de nepote vulgariter ſubſtituto his verbis, *ſi filius meus heres non erit nepos heres eſto*, longe magis à Scæuolæ ſententia alienum eſt. Nam præter id, quod non poteſt videri ſimplex inſtitutio, quæ expreſſam illam conditionem habet, *ſi filius heres non erit*, illud etiam conſtat, quod ſuperiore capite monuimus, vulgarem ſubſtitutionem fieri in caſum delatæ alteri hereditatis, ita, vt præmortuo inſtituto priuſquam ei deferri potuerit hereditas, hoc eſt viuo teſtatore, non ſuccedat ſubſtitutus iure ſubſtituti, ſed quaſi inſtitutus reuocata ſcilicet ſubſtitutione ad intellectum inſtitutionis l. cùm ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pupil. ſubſtit. vnde fit, vt nepos vulgariter ſubſtitutus in eum caſum ſubſtitutus intelligatur, quo erit alienus, ac proinde inutiliter. Eatenus námque admittit Scæuola nepotis inſtitutionem valere quatenus poſſit ex verbis concipi poſthumum ſuum inſtitutum fuiſſe. Non igitur ex contrario quatenus ex verbis appareat, non ſolùm alienum poſthumum inſtitutum, ſed etiam in eum nominatim caſum quo alienus maneret. Non moueor contrà Accurſium ratione illa quam plerique adferunt, quòd ſi poſthumus nepos inſtitui poſſet per ſubſtitutionem vulgarem fruſtrà Gallus formulam conſcripſiſſet. Iam enim ſuprà dixi poſſe hodie pleraſque inſtituendi nepotis formulas admitti, quæ ante Gallum non poterant: ſed illud contendo, Etiam poſt repertam à Gallo viam qua poſthumus hic nepos rectè inſtitueretur fuiſſe tamen æquè ineptam ac anteà vulgarem ſubſtitutionem, proptereà quòd fiat nominatim, ſiue verba, ſiue naturã ſubſtitutionis conſideres, in caſum delatæ filio hereditatis, & conſequenter in eum caſum quo nepos eſſet, & maneret alienus. Et ſomnium eſt Bartoli, Caſtr. & aliorum quod aiunt, duplicem eſſe vulgarem ſubſtitutionem. Vnam quę fiat in ſuitate, aliam quæ in hereditate. Nam quæ fit in ſuitate ea non à teſtatore fit, ſed à lege quæ vult vt prędefuncto filio qui ſuus heres patri erat ſuccedens nepos in eius locũ fiat ſuus, & quidem etiam inuito auo, adeóq; viuente, quo tempore teſtamentũ ipſius vires nullas habet. Sed neque video qua ratione verba illa, *ſi filius heres non erit*, eam interpretationem recipere poſſint, *ſi filius ſuus heres eſſe deſierit*, non ſolũ quòd non aliter poſſit qui ſuus heres eſſe deſineret quàm ſi priùs talis fuerit (vt proindè tam ridiculum faciat teſtatorem hæc interpretatio quàm ſi ſcripſiſſet, *ſi filius heres erit & non erit*,) ſed etiam quia ſi ponas filium emancipatum fuiſſe poſt teſtamentum, atque ita deſiiſſe ſuum eſſe heredem: non eò magis tamen videbitur extitiſſe conditio illius ſubſtitutionis, *ſi filius heres non erit*, quia nihilominùs filius heres erit, tametſi ſuus eſſe deſierit. §. vlt. infr. hac leg. Si ſequare noſtrorum ſententiam vulgò exiſtimantiũ filij inſtituti emancipatione non rumpi teſtamentum, quam tamen nos infrà refellemus. Sanè non inficior hodie nullum ampliùs his ſubtilitatibus locum eſſe poſtquàm iure ciuili, hoc eſt ex Iuſtiniani Conſtitutione Inductum eſt, vt alienus quoq; poſthumus perinde ac ſuus poſſit inſtitui. Itaque non tantùm vulgaris ſubſtitutionis formula, ſed & alia quælibet ſufficere poterit ad vtilem nepotis inſtitutionem. Nec tamen quæuis ſufficiet, vt nepos ſucceſſiuè & ex ordine poſt patrem inſtitutus videatur. Nam quemadmodũ ſi filium & nepotem ex eo iam natum auus heredes inſtituiſſet temporibus A-

quilij

quilij & Scæuolæ ambo ſimul ad hereditatẽ admiſſi fuiſſent vt rectè Cuiacius hîc contra Accurſium diſputat, quia nepotis ſuperſtitis inſtitutio omnimodo valebat. Sicut &, ſi filius cum nepote inſtitutus fuiſſet, quod nec Bartolus ipſe quantumuis Accurſius negat, ita & eo poſito, poſſe hodie nepotem naſciturum æquè ac iam natum heredem inſtitui: dico vtroque inſtituto his verbis, *filiũ & ex eo nepotẽ inſtituo*, ſiue addas cętera quæ ſequuntur in formula Galli: *qui poſt mortem meam naſcetur*, ſiue prætermittas, vtrumque ſimul vocatum intelligi, neque aut charitatis ordinem aut neceſſitatis rationem facere quominus cum filio concurrat nepos, quãdoquidem extraneus quoque coheres datus concurreret. Planè ſi auo moriẽte nepos recidat in poteſtatem patris, fateor futurum vt tota hereditas aui acquiratur patri, pars quidem vna ex propria eius perſona, pars alia ex perſona filij, ſicut & ſi iam natus ſimul cum patre inſtitutus eſſet ſiue ab auo, ſiue ab extraneo, vt generaliter ſcriptum eſt in l. ſi ego 26. & l. ſi ex ſua 36. de acquir. hered. Sed poteſt inſtitutio nepotis habere vtilitatem ſi fortè poſt teſtamentum emancipetur, cum nepotis emancipatio non faciat irritam inſtitutionem. d. §. vlt. j. hac leg. aut ſi iã teſtamenti tempore nepos ex filio inſtituto, idémq; inſtitutus erat emãcipatus vt in l. Lucius 88. alias l. codicillis §. inſtituto de legat. 2. Neque ſimile eſt quod in contrarium Accurſius obiicit, Si teſtator fundum in familia relinqui præceperit omnes quidem vocatos videri qui ſunt in familia, ſed ita tamen vt ſi non ſint eiuſdem gradus proximus quiſque primo loco inuitatus cenſeatur, & poſt eum cæteri l. omnia 32. alias l. cùm ita §. in fideicommiſſo l. peto 69. §. fratre l. cum pater 77. §. penult. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. ſignific. Alia enim fideicommiſſi ratio eſt, alia inſtitutionis. Voluntas enim teſtatoria fundum in familia per fideicommiſſum relinqui præcipientis nõ aliter ſeruari poteſt quàm ſi fundus in familia maneat, quamdiu vel vnus de familia ſupererit, ideóq; & qui nondum nati ſunt, ſi poſteà in familia naſcantur ad fideicommiſſum veniunt, & cõſequenter ſucceſſiuè, quia nec ſimul venire poſſunt & cum natis concurrere qui nondum ſunt in rerum natura, neque animo comprehendi poteſt vt fideicommiſſũ aliquod ſit perpetuum quin ſit graduale, & temporis ſimul ac perſonarum ſucceſſione perpetuandum, quod & ipſa fideicommiſſi natura facilè admittit, quia per plurium perſonas ambulare poteſt cùm per heredis & alterius cuiuſcunque poſſeſſoris, ad quem bona ex teſtamento aut ab inteſtato peruenerint, manus præſtandum ſit. At inſtitutio ſcriptum heredem immediatè coniungit teſtatori, nec patitur vt ab alio quã à ſeipſo hereditatem inſtitutus capiat, alioqui non inſtitutus ſed ſubſtitutus dicendus eſſet qui poſt aliũ ad hereditatẽ vocaretur, nec ſubſtitutus ſed fideicommiſſarius, ſi per manus heredis aut quod idẽ eſt poſt acquiſitam & aditã ab herede hereditatem aditus illi eſſet ad ſucceſſionem l. tutores 39. §. heres D. de admin. tutor. Poſt aditã enim hereditatẽ vulgares ſubſtitutiones expirãt vulg. l. poſt aditã C. de impub. & aliis ſubſti. Vnúſque tantùm caſus eſt quo inſtitutus dicitur qui nõ niſi poſt alium admittitur: nempe cùm ex præſcripto Aquilianæ formulæ auus filium & nepotem inſtituit. Sed hoc ideò, vt ſuperiore capite diximus, quia ſic vocatur nepos poſt filium vt tamen ei primo loco nõ etiã poſt filium hereditas deferatur. Inſtituto ſcilicet in eũ caſum quo filio nũquam poſſit deferri hereditas, hoc eſt quo filius viuo auo moriatur. Tantúmq; abeſt vt ea ratione nepos cum filio non concurrat quòd ex neceſſitate, vt Bartolus loquitur, inſtitutus ſit, vt ex contrario ea ſola ratio concurſum impediat, quòd nec cum filio, nec viuo eo inſtitui potuerit, vtpote quem filius præcedens alienum poſthumum efficiat, ac proinde talem qui inſtitui nequeat. Quòd ſi teſtator ita ſcripſerit, *Filium inſtituo*, *Nepotem ſubſtituo*, nepos quidem poſt filium admittetur, ſed tanquam ſubſtitutus ſi filius ſuperuixerit, aut tanquam inſtitutus ſi filius prædeceſſerit, quia verbum ipſum *ſubſtituo*, deſignat ſecundam inſtitutionem, cùm ſubſtitutio quælibet ſit ſecunda inſtitutio, ideóque licèt poſſit euadere in primam, nunquam tamen cum prima, cuius reſpectu ſecunda dicitur, poteſt concurrere, id eſt ſubſtitutus cum inſtituto cui ſubſtitutus eſt, licèt poſſit cum inſtituti coheredibus d. l. cum ex filio §. vl. de vulg. & pupill. Sunt qui pro tuenda Accurſij & Bartoli ſententia quam refutauimus, obiiciunt nepotis iam nati inſtitutionem eſſe ex lege Velleã quæ tamen non aliter inſtitui nepotem voluerit quàm ſi is in locum ſui ſuccederet §. nunc de lege inſr. Sed hoc quoque nos in eius loci interpretatione refellemus.

Ad §. idem credendum eiuſd. leg.

Capvt XIII.

Qvae à Gallo excogitata eſt formula vt nepos ex filio tempore teſtamenti ſuperſtite vtiliter inſtitueretur, eadem ſicuti neceſſaria eſt ad pronepotis inſtitutionem, ſi filium & nepotem viuo teſtatore mori contingat, ne alioqui pronepos cùm naſcetur ſuus heres primo gradu vacuo rumpat teſtamentum: ita & commodè vſurpari poteſt, & quidem tribus caſibus. Primus eſt ſi teſtator ex nepote ſuperſtite pronepotem ſperet filio iam mortuo, ſic enim concipere inſtitutionem poterit, *Si nepos me viuo morietur tunc qui mihi ex eo pronepos poſt mortem meam in decem menſibus proximis quibus nepos moreretur natus erit, heres eſto.* Non pono præcedere nepotis inſtitutionem, quia non ſicuti cùm ex filio nepos inſtituitur filium ipſum inſtitui neceſſe eſt §. in omnibus j. hac l. Ita cùm iam præmortuo filio nepos primum locum tenere cœpit requiritur ad confirmandam pronepotis inſtitutionem vt ipſe quoque nepos inſtituatur. Hæc ſiquidem differentia olim fuit inter filium & nepotem, quòd filiusfamilias omnimodo inſtituendus erat aut nominatim exheredãdus, alioqui iniuſtum & nullius momenti erat teſtamentum: nepos verò ſicut & filia impunè præteriri poterat, niſi quod præteriti habebant ius adcreſcendi, hoc eſt accreſcebant ſcriptis heredibus, ſuis quidem in partem virilem, extraneis verò in dimidiam vt Vlp. ſcribit in fragmentis tit. 22. qui hered. inſti. poſſ. & Iuſtinianus tam in Inſtit. ti. De exhered. liber. §. 2. quàm in l. maximum vitium 4. C. de liber. præter. vbi quod ait ius hoc accreſcendi euerſionem quandam fuiſſe teſtamenti, minùs propriè dictum accipi debet. Cùm Caius in Inſtit. tit. de exhered. liber. §. 1. disertè ſcribat filiam præteritam non rumpere teſtamentum, ſed inter fratres ſuos legitimo ſtante teſtamento, ſuam ſicut alios fratres conſequi portionem. Si verò extranei heredes ſcripti ſint filiam ſtante etiam teſtamento hereditatis medietatẽ acquirere. Ideóque & legatis pro parte ſua onerabatur, vt Iuſtinianus refert in d. l. maximum, quia teſtamentum non rumpebat. Idémque ius erat nepotis quod filiæ, tametſi præmortuo filio verum eſſet nepotem non ſolùm ius ſui heredis habere, ſed etiam in filij locum ſucceſſiſſe, nec tantùm præmortuo filio, ſed etiam capite minuto leg. ſi quis pœna 7. de his qui ſunt ſui vel alien. iur. Quam ob cauſam pu-

tabulas aliquando cum Accurſio ad d. l. ſi qua pœna, nepotem hunc qui in filij locum ſucceſſerit perinde ac filium inſtitui debere aut exheredari, ne alioqui videatur dici non poſſe in locum filij ſucceſſiſſe, ſi non eodem prorſus quo filius iure cenſeatur. Mouebat me illud quoque quod videbam Prętorem his nepotibus dare bonorum poſſeſſionem cõtrà tabulas & quidem pro ea parte quam ab inteſtato habituri fuiſſent ex capite, Vnde liberi, nec ſolum iis qui in aui poteſtate manſiſſent, ſed & emancipatis aut ex emancipato ſuſceptis, qui ſi emancipatio nulla interueniſſet ſui heredes futuri erant non alia ratione quàm quod in ſuorum locum ſucceſſiſſent l. 1. §. filium l. 3. § ſi quis filio D. de contr. tabu. l. 1. §. ſi pater in poteſtate 6. cum §. ſeq. in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius (ex quo §. ſi pater, obſeruatu in d. §. ſi quis filio, legendum eſſe: *quia in eius eſt familia, qui & ipſe*, & non vt vulgò legitur, *quia & ipſe*) Denique non poteram intelligere, quo iure nepotes iſti ſuccedendo poſt teſtamẽtum in locum ſuorum heredum viuo teſtatore teſtamentum rumperent, vt hic ſcriptum eſt, & apertius in §. ſequenti parte 3. hac leg. & in l. poſthumorum 13. infr. ti. prox. ita ius erat vt qui iam ante teſtamentum in locum ſuorum heredum ſucceſſerãt, præteriri impunè poſſent. Cur enim permittatur iis rũpere niſi quia præteriti ſint cùm inſtitui deberent vel exheredari? Aut cur potentius eſſe dicamus ius nepotis qui poſt teſtamentum viuo auo in locum ſui heredis ſuccedit, quàm illius qui iam ante teſtamentum in patris ſui locum ſucceſſerat? An non magis imputari poteſt auo cur nõ inſtituerit aut exheredauerit nepotem ex præmortuo filio tã tum ſui heredis iura habẽtem, quam cur præterierit eum, cuius nulla tum ratio habenda erat, vtpote qui licèt in poteſtate eſſet ideóque ſui heredis nomen haberet, iura tamen ſui heredis habere nõ poterat quæ in ſolius filij perſona cõſiſtebãt, vt Caius tractat in d. l. poſthumorum? Quis porrò dixerit faciliùs euertendum teſtamentum aui cui minùs quàm cui magis imputari poſſit? Atque ita, vt dixi, aliquando ratiocinabar. Sed me nunc in contrariam ſententiam illud vocat, quod video paſſim ſcriptum nepotem ex filio ſuperſtite, ſiue inſtituto, ſiue exheredato, ſiue in poteſtate manentem, ſiue emãcipatum, ad aui bona nullo iure vocari nec vocandum eſſe l. illud notandum 4. §. 2. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. d. l. 1. §. ſi pater in poteſtate, de coniung. cũ emãcip. liber. eius. Et verò inſtituto filio in poteſtate, quomodo potuiſſet nepos patri ſuo accreſcere, cui omnia ipſum acquirere oportebat? l. placet 79. de acquir. hered. l. 3. in princip. D. ſi à parẽt. quis manũ. Exheredato autẽ filio quid cõmodi nepos habere poterat ex iure illo accreſcendi, cùm exheredatio facere non potuiſſet quominus aui hereditas filio exheredato per nepotem acquireretur, adeò vt nepos ab auo inſtitutus patrem exheredatum facturus eſſet etiam aditione heredem neceſſarium l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hered. Illud igitur vnum ſupereſt, vt ius illud accreſcendi de quo Vlp. Caius & Iuſtin. tractant iis tantum nepotibus competierit qui iam teſtamenti tempore in parentum locum ſucceſſiſſent, ſiue parentes eſſent præmortui, ſiue præmortuorum loco habendi fortè deportati aut ab hoſtibus capti. Qua in ſententia illud quoque me confirmat quod nullo iuris loco legere memini prę-teritione nepotis iniuſtum & nullius momenti eſſe teſtamentum, ſed præteritione duntaxat filij in poteſtate conſtituti vt in l. ſi filius 7. l. inter cætera 30. & paſſ. hoc tit. Primúſque Iuſtinianus fuit qui in d. l. maximum vitium induxit vt ad exemplum filij tam filia quàm nepos inſtitui debeat aut nominatim exheredari, adeò vt neque iure Prætorio haberent bonorum poſſeſſionem contra tabulas niſi in quantum ius accreſcendi iis competebat, præſertim poſt Antonini conſtitutionem quam ibidem Iuſtinianus refert. Nec quod præmortuo filio nepos in ipſius locum ſuccedat facere poteſt vt perinde teſtamentum iniuſtum faciat ſi prętereatur. Nam & in eo diuerſa eſt huius nepotis & filij ratio, quòd cùm filius non niſi ſub condicione poteſtatiua inſtitui poſſit, nepos tamen ſub omni condicione inſtitui poteſt, etiamſi redigatur ad filij condicionem l. ſuus quoque 4. l. ſed ſi condicioni 6. §. nepotes D. de hered. inſti. vbi nominatim tractat Vlpian. de nepotibus, & deinceps cæteris qui ex lege Vellea inſtituti non rumpunt teſtamentum: vt appareat nepoti qui in locum filij præmortui ſuccedit hactenus tantùm fauere vt ſi poſt teſtamentum ſuccedat & præteritum ſe reperiat, rumpat, non etiam vt in cæteris filij loco haberi debeat quod ad ſolẽnitatẽ inſtitutionis aut exheredationis (vnde & viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio libentiſſimè aſſentior, exiſtimanti quod in l. 3. de iniuſt. rupt. ſcriptum eſt *poſthumos per virilem ſexum deſcendentes ad ſimilitudinem filiorum nominatim exheredandos eſſe*, à Triboniano ſic immutatum fuiſſe cùm Vlpianus ſcripſiſſet *poſthumi virilis ſexus*, ad excluſionem filiarum & nepotum ex filiis, quos conſtat Vlpiani temporibus potuiſſe inter cæteros quoque exheredari, dummodò cùm adiectione legati vt idem Vlp. teſtis eſt in fragm. ti. 22 §. 21. & 22. Et ſanè tota illa lex de filio poſthumo eſt non de nepote.) Cuius diuerſitatis ratio, vt ſuperioribus obiectionibus ſatisfaciamus, quamquam ſanè perobſcura, illa tamen, iudicio meo, non inelegans afferri poteſt, quòd nepos qui iam teſtamenti tempore in locum filij ſucceſſit, cum præteritus fuit ab auo, non alia ratione præteritus videri poteſt, quàm quia ſic auus voluit, iure ſuo vſus, quippe qui nepotem inſtituere aut exheredare non cogebatur. Cùm verò poſt teſtamentum ſuccedit nepos in locum filij non ſolùm inſtituendi vel exheredandi, ſed etiam inſtituti vel exheredati, alia coniectura voluntatis aui capi poteſt, adeóque capienda eſt, vt præteritus videatur ab auo nepos per obliuionem exemplo poſthumi, (nam & loco poſthumi eſſe dicitur l. poſthumorum 13. de iniuſt. rupt. Aut quòd ei ſi patris ſiue inſtituti ſiue exheredati perſona obſtaret, cui perinde acquiſiturus erat nepos iure poteſtatis, potiùs quàm quod præteritum illum & à ſua hereditate excluſum auus voluerit. Sic enim de parentum erga liberos voluntate benignè ſemper quantum fieri poteſt ſuſpicandum eſt. Et ideò ſicut in filij locum ſucceſſit, ita filij iure cenſeri illum æquum eſt, cùm aui voluntas non refragatur. Atqui, inquies, Etiam cùm inſtitutus erat ab auo, nihilominùs ante legem Velleam rumpebat ſuccedendo, & quidem tanquam præteritus: & tamen præteritus per obliuionem, aut propter obſtantem patris perſonam videri non poterat qui ipſe erat inſtitutus. Cedo, ſed hoc ipſo magis rumpebat, quòd pro præterito haberetur quem auus non præteritum ſed inſtitutum voluerat, quod cuiuſmodi ſit & quam ſententiam aut rationem habeat quoniam obſcuriſſimum eſt, explicabimus ad §. ſequenti parte infrà. Secundus caſus quo de pronepotis inſtitutione tractari poteſt, ille eſt, ſi iam teſtamenti tempore defunctus fuerit nepos, ſuperſit autem filius pronuru grauida. Hoc verò caſu præcedere filij inſtitutionem neceſſe eſt, vt deinde pronepos vtiliter his

verbis

verbis inſtituatur, *ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi pronepos naſcetur &c. heres eſto.* Neque vllam hic caſus recepit dubitationem. Tertius eſt ſi habens ex viuo filio nepotem ſuperſtitem ex pronutu grauida pronepotem ſperet, atque ita ſcribit, *Si vterque viuo me moriatur tūc qui mihi poſt mortem meam naſcetur pronepos, heres eſto.* In qua ſpecie ſicut & in ſuperiore, filij quidem inſtitutionem præcedere oportet. Sed de nepote dubitatio eſt non ſolùm an inſtitui debeat, ſed etiā vtrum in condicione ſaltē ponēdus ſit: quibuſdam id negantibus propterea quòd cùm pronepotis inſtitutio non aliter teneat quàm ſi nepos hic præmoriatur, nec inſtitui nepotē neceſſe ſit quādiu in filij locū & primū gradum non ſucceſſit, fruſtrà eius mentio fieri videatur. Ego verò etſi fateor inſtitutionem nepotis non eſſe neceſſariam, & ad validitatē teſtamenti, præmortuo poſteà nepote, ſufficere vt filius inſtituatur ac poſt eum qui ex nepote pronepos ſuus heres auo defuncto natus erit §. in omnibus infr. hac leg. nepotis tamen faciendam mentionem exiſtimo hactenus vt in condicione ponatur, idque neceſſarium eſſe ſiue inſtitutus ſit, ſiue præteritus. Nam & Scæuola hoc ipſum ſatis exprimit cùm ait ſic condicionem concipi debere, *vtriſque mortuis viuo ſe*, & ratio quam nemo tradit, illa eſt, quia ſi mors nepotis in condicione non ponatur, & qui ex eo naſcetur pronepos inſtituatur, in eum ſanè caſum quo alienus poſthumus erit inſtitutus videbitur qui ex contrario inſtitui debuit in eum caſum & ex eo tempore quo eſſet ſuus. Neque enim fieri poteſt vt præmortuo etiam filio pronepos ſuus heres auo naſcatur, quin nepos quoque prædefunctus ſit. Planè quemadmodum in §. præcedenti Scæuola ſcripſit nō malè à quibuſdam admiſſum eſſe, vt etiāſi nihil expreſſum ſit de morte filij valeat tamen inſtitutio nepotis ſimpliciter concepta. Ita & recipiēdum eſt valere poſſe inſtitutionem pronepotis licèt nulla de morte filij & nepotis mentio facta ſit, ſed cum illa tamen adiectione quæ ponitur in dict. §. quidam rectè, & quam nos ſuprà explicauimus, *vt in eum caſum valeat qui ex verbis concipi poſſit.* Neceſſe enim eſt ſic concipi inſtitutionem ſiue nepotis ſiue pronepotis vt ex verbis conſtare poſſit in eum demùm caſum factam inſtitutionem quo nepos aut pronepos ſuus heres futurus ſit cum naſcetur, ne vllo caſu alienus poſthumus contra iuris regulam inſtitutus videatur, ſed ea interpretatio ab huius §. ſententia aliena eſt, quia non vt in d. §. quidam rectè tractat hîc Scæuola quibus verbis poſſit hodie concipi inſtitutio pronepotis, ſed quibus concipi eam poſſe Gallus exiſtimauerit quem vtique credendum eſt idem de pronepote quod de nepote ſenſiſſe. Atqui nepotis inſtitutionem ſic concipiendam credidit vt mors filij in condicione poneretur, his verbis, *ſi filius meus me viuo morietur.* Idem ergo & de pronepotis inſtitutione exiſtimaſſe eum credendum eſt, vt inſtituatur ex hac condicione, *ſi nepos meus me viuo morietur*, niſi iam teſtamenti tempore mortuus nepos proponatur. At illud adhuc difficilius eſt quod idem Scæuola ſubiungit, Inſtituto filio & præterito nepote tum inſtituto quoque pronepote ex præſcripto Aquilianæ formulæ eo quem diximus modo, ita demum vtilem fore pronepotis inſtitutionē ſi priùs nepos deinde filius decedat, *ne*, inquit, *ſucceſſione teſtamentum rumpatur.* Sunt enim qui putēt ideò neceſſe omnino eſſe præmori nepotē quod Galli tēporibus nullomodo inſtitui poſſet; ne quidem in eum caſum quo mortuo filio in eius locum ſuccederet, nondum ſcilicet lata lege Vellea ex qua nepotis huius inſtitutionem deſcēdere arbitrantur, in quo tamē errant euidentiſſimè. Non enim ſic Scæuola ſcribit vt dicat omnino & omni caſu neceſſe eſſe vt nepos præmoriatur, ſed in illo tantùm caſu quem tractat, hoc eſt cùm nepos præteritus eſt quem conſtat impunè præteriri poſſe ſiue viuo, ſiue iam mortuo patre tempore teſtamenti dummodò non in filij locum poſteà ſuccedat, vt iam docuimus. Cæterum ſi nepotem inſtituere auus velit nihil prohibet, eo etiam iure inſpecto quod Galli temporibus obtinebat. Nam hactenus duntaxat diuerſa fuit hac parte filij & nepotis ratio quòd filij inſtitutionem ſemper exigimus vt valeat pronepotis inſtitutio: nepotis verò non item, quia poteſt præteriri vt idem Scæuola tradit in dict. §. in omnibus, vbi quod ait, *quorum ſi liberi heredes inſtituantur inſtitutionem nunquam exigemus quia poſſunt præteriri*, eſſet ridiculum, ſi nec à volente teſtatore inſtitui poſſent. Nec verò dubitandum eſt etiam ante legem Velleam & omni iure inſtitui potuiſſe nepotem iſtum iam teſtamenti tempore natum, vt dicemus ad §. nunc de lege infr. Illud ſanè non inficior ante legem Velleam ita ius fuiſſe vt nepos quantumuis poſt filium inſtitutus in filij locum poſteà ſuccedendo teſtamentum rumperet, in eámque rem neceſſarium fuiſſe ſecundum caput legis Velleæ, ſed id ad rem non pertinet, cum quod ait Scæuola, *ne ſucceſſione teſtamentum rumpatur*, non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat referendum ſit, ſed ad id quod Scæuola viuente & ſcribente iam inductum erat, ac proinde iam lata lege Vellea cuius in ſequentibus ferè omnibus quæſtionibus meminit, vt doceat non quid antiqui iuris ratio poſtularet, ſed quonam hodie iure vtamur. Verùm hîc alia rurſum incurrit hæſitatio. Nam & eo caſu quo nepos præteritus ſit patrique ſuo eidémque filio teſtatoris ſuperuixerit videtur à prætore conſeruari teſtamentum, quod per nepotis in locum filij ſucceſſionem iure ciuili ruptum fuerat, nempe fauore inſtituti pronepotis qui vtique rem habiturus eſſet ab inteſtato, ex l. poſthumus 12. infr. titu. prox. iis verbis, *Idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poßit.* Atque ita plerique ſentiunt, quorum ſententia nobis refellenda eſt: ſed priuſquàm eò deueniamus dicendum eſt breuiter de ſententia l. filio præterito 17. de iniuſt. rupt. ſine qua tractatus hic benè intelligi non poteſt.

Noua interpretatio l. filio præterito 17. C. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.

CAPVT XIIII.

VEREOR ne ante hunc diem minùs rectè perceperim Papiniani ſententiam in elegāti celebríque illo reſponſo quod erat in l. filio præterito 17. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. Secutus inueteratum & recepiſſimū errorē noſtrorum exiſtimantium, filio præterito qui erat in patris poteſtate, ſi poſtea is abſtinuerit & tacita aut expreſſa voluntate patris iudicia approbauerit, licèt ſubtilitas iuris refragari videatur, ex æquitate tamen Prætoria ſuſtineri teſtamentum vt ex eo detur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas & quidem cum re & effectu ſiue fratres aut alij ab inteſtato venientes, ſiue extranei heredes eo teſtamento inſtituti proponantur, perindéque legata & libertates præſtentur ex teſtamento acſi teſtamentum iure ciuili ſubſiſteret. Sic n. ſcripſimus lib. 1. Coniect. ca

19. Cùm tamen Papinianus neque Prætoriæ æquitatis aut iuriſdictionis, neque bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas eo loco meminerit. Eius námque verba hęc ſunt, *Filio præterito qui fuit in poteſtate patris, neque libertates competunt, neque legata præſtantur, ſi præteritus fratribus partē hereditatis auocauit. Quod ſi bonis ſe patris abſtinuit, licèt ſubtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas teſtatoris ex bono & æquo tuebitur.* Sed neque iuris ciuilis aut Prętoris ratio vllomodo patitur vt teſtamentum huiuſmodi ab initio iniuſtum & nullius momenti ob filij iam nati pręteritionē, ex ęquitate ſiue ciuili ſiue Prętoria cōualeſcat quātumuis filius pręteritus iudicia patris adprobet. Et quidem quod ad iuris ciuilis æquitatem attinet, omnes conſentiūt. Iuris enim antiqui regula eſt inſtitutionem quę ab initio fuit inutilis ex poſt facto conualeſcere nunquam poſſe l. penult. de regul. iuris & teſtamēti validitas quæ ex eo potiſſimùm tempore ęſtimanda eſt, quo teſtamentum fit, & quo teſtator moritur, in eum vſque diem quo filius pręteritus poſt mortē patris ſe abſtinuerit ſuſpenſa manere non poteſt, ſicut neque ex filij præteriti arbitrio pendêre l. illa inſtitutio 32. de hered. inſtit. vbi quod lex ait, *nam ſatis conſtanter veteres decreuerunt teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere non ex alieno arbitrio pendere,* oſtendit ſatis vim teſtamenti non magis à lege, quàm à teſtatore in alienum arbitrium cōferri poſſe, in eóque ridiculam eſſe Bartoli diſtinctionem & ſubtilitatē cùm lex ipſa ſit quę teſtamentorū iura ex alieno arbitrio pendêre prohibet. Nec exiſtimandum eſt hac parte, vt aliàs ſæpe, iuris rigorem cum æquitate pugnare, alioqui facilè ſubuertentur iura omnia quæ de teſtamentis condendis prodita ſunt, ſi id admittamus vt vnicuique liceat contrariæ æquitatis commento legum poteſtatem eludere. Quaſi verò cùm tot locis Iureconſulti ſcripſerunt teſtamentum nullius momenti & iniuſtum eſſe in quo filius in poteſtate præteritus eſt, ad iuris ſubtilitatem duntaxat, nō etiam ad æquitatem, & rei effectum reſpexerint. Et verò ſi quo caſu dici poſſet huiuſmodi teſtamentum ex æquitate cōualeſcere debere, eo ſanè caſu diceretur quo filius pręteritus viuo adhuc patre deceſſiſſet. Nā cùm morte demum teſtatoris teſtamentū confirmetur, non paruus æquitatis color ſubeſt ad teſtamentum defendendum cum mortis tempore, ſublata de medio eſt ea perſona quæ faciebat vt iniuſtum eſſet, ac nullius momenti: præſertim ſi alium Bartoli errorem ſequâre, exiſtimantis ſolo filij fauore inductum fuiſſe vt eius pręteritione teſtamentum ſit nullum, ideóque nullum huic ſuo fauori pro arbitrio renunciare poſſe. Et tamen conſtat non idcircò magis teſtamentum iure ciuili conualeſcere, quòd filius præteritus viuo patre deceſſerit, vt Iuſtin. in Inſtit. ſcribit. tit. de exher. liber. poſt Paulum in l. ſi filius 6. de liber. & poſthum. & Caium libro 2. Inſtit. tit. de exhered. liber. §. 1. Nempe propter regulam dictę l. penultim. & l. quod initio 29. de regulis iuris. Sed & quod magis eſt præterito poſthumo eodémque ante patrem vita functo licèt teſtamentum quod agnatione poſthumi ruptum eſt ab initio valuerit, nec mortis patris tempore ſuperſit ea perſona, quæ ruperat, nihilomagis tamen conualeſcit teſtamentum. Adeò vt nec bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re accipere ſcriptus heres poſſit ſiue ciuilis, ſiue Prætorij iuris æquitatem inſpicias, fueritque in hanc rem neceſſaria conſtitutio Hadriani, tametſi maxima & euidentiſſima æquitas ſubeſſet quæ teſtamentum defendi ſuaderet, vt apertè ſcriptum eſt in l. poſthumus 12. D. hoc tit. Nec dici poteſt quod aliquando exiſtimabam, euidentiori æquitate niti teſtamentum quod poſt patris mortem à filio præterito expreſſa voluntate approbatum eſt, & eo tempore quo improbare potuit iuréque ſuo vti voluiſſet, quàm quod nec approbatum eſt nec improbatum filio præterito ante patrem defuncto. Nam imo verò longè fauorabilius videtur ad ciuiùs conualeſcendum, quod viuo adhuc teſtatore impugnari poſſe deſinit, quàm quod eo moriente tale eſt, vt pro filij præteriti voluntate aut impugnari poſſit aut adprobari. Deinde non illo ſolùm caſu admittunt noſtri conualeſcere teſtamentum quod filij præteritione iniuſtum & nullum fuerat, quo filius præteritus patris iudicia expreſſè adprobauerit, ſed illo etiam quo tacitè, hoc eſt quo tacuerit, nec aut ab inteſtato hereditariam portionem vindicauerit, aut à Prætore bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel Vnde liberi (vtramque n. habere poteſt) acceperit. Nemo autem dicere poſſit, ſolo filij ſilentio faciliùs confirmari debere teſtamentum patris, quàm ſi ante patrem deceſſerit, eique non annuum ſed perpetuum ſilentium mors ipſa induxerit. Maioris enim momenti & poteſtatis ſilentium illud eſſe debet quod neceſſarium, quàm quod voluntarium eſt, & quod perpetuum, quàm quod annuum. Denique cùm tractemus de præteritione filij præteriti qui iure ciuili non tantùm ſuus heres eſt, ſed etiam neceſſarius, ita vt non ſit ſine herede qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem leg. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideicommiſſ. libert. quia beneficium abſtentionis non ex iure ciuili eſt, ſed ex Prætorio leg. neceſſariis 57. de acquir. hered. non video qua ratione dici poſſit teſtamentum quod propter ſui heredis pręteritionem iure ciuili nullum eſt, eiuſdem iuris ciuilis æquitate conualeſcere ob filij abſtentionem quam ius ciuile non agnoſcit. Vnde & illud quoque fieri neceſſe eſt, vt quamuis fauore ſui heredis legiſlator ciuilis conſtituerit, nullum & iniuſtum eſſe teſtamentum in quo ſuus heres præteritus ſit, non poſſit tamen ſuus heres, quantumlibet fauori ſuo renunciare velit, efficere vt teſtamentum ex rigore aut æquitate ciuili conualeſcat, quia nec facere iure ciuili poteſt quin ſit heres neceſſarius. Itaque ad conualidandum huiuſmodi teſtamentum non magis proderit quòd ſuus heres præteritus, cui iniuria facta eſt, vltro eam remittat, quàm ſi diceret placere ſibi valere teſtamentum quod quinque tantùm aut ſex teſtium ſubſcriptiones & ſigna haberet. Perinde enim ad teſtamenti leges & ſolennitates pertinet vt ſuus heres inſtituatur, vel exheredetur, atque vt ſeptem teſtes in eo adhibeantur. Quin & principale hoc ius eſt teſtamentorum De liberis inſtituendis vel exheredandis vt ait lex inter cetera 30. de liber. & poſthum. ob ídque filio præterito iniuſtum dicimus teſtamentum leg. 3. §. ex his apparet hoc titulo, ſicut & cùm cætera iuris ſolennia defuerunt leg. prima eodem. Proin ſuccedit iuris regula, quam & Bartolus ipſe admittit, ſolennitatibus iuris renunciare filium non poſſe, quia non eius fauore, ſed bono publico introductæ ſint. Reſtat igitur vt qui teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt, ex æquitate defendere volet, ad æquitatis Prætoriæ auxilium confugiat, quod & Bartolus & alij interpretes omnes fecerunt. At ne hoc quidem fieri meo iudicio poteſt. Nam teſtamentum in quo filiusfamilias præteritus eſt non ſolùm iure ciuili iniuſtum, inutile, nullius momenti eſt, ſed etiam iure Prætorio, vt ex eo conſtat, quod non tantùm i-

pſi

pſi filio præterito, ſed etiam fratri eius emancipato licet inſtituto perinde dat Prætor bonorum poſſeſſionem ab inteſtato ſi petat ex capite Vnde liberi, atque ſi nullas tabulas pater reliquiſſet l. prima §. vltimo D. ſi tabul. teſtament. null. extab. vnd. liber. quod non faceret, ſi teſtamentũ iure ciuili aut Prætorio valeret, puta emancipato præterito. Nam ſiue heres inſtitutus hereditatem adierit, ſiue repudiauerit, ſiue bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petierit, ſiuè omiſerit, non tamen admittit emancipatum Prætor ex capite Vnde liberi, ſolúmque ei relinquit beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quam ſi accipere nolit, culpa ſua paternam amittit hereditatem, inquit eleganter Iulianus in l. ſecunda eodem. Contra tabulas autem illi dat etiã ſi nullus heres ſit, quoniam ea poſſeſſio non contra heredem datur, ſed contra lignum ſi modò aliquo caſu adiri potuerit hereditas, aut bonorũ poſſeſſio peti ſecundùm tabulas quamuis neutrum poſteà ſecutum ſit vel ſequi potuerit l. quod vulgò 19. de bonor. poſſeſ. contr. tabul. Portò quandiu tabulæ ſubſiſtunt non defertur ab inteſtato bonorum poſſeſſio Vnde liberi, vt titulus ipſe probat, ſi tabul. teſtamẽt. null. extab. vnd. liber. Hoc autem ſi ita eſt, vt tabulæ in quibus præteritus eſt filius qui erat in patris poteſtate iure Prætorio non magis valeant quàm ciuili, conſequens eſt vt neque ex æquitate Prætoria defendantur. Nihil enim differt æquitas Prætoria à iure Prætorio quod ipſum nihil aliud eſt quàm æquitas temperans & corrigens aſperitatem iuris ciuilis, l. ius autem 7. §. primo de iuſtitia & iur. præſertim in ea parte Edicti, quæ eſt de bonorum poſſeſſionibus titul. de bonor. poſſeſſion. apud Iuſtinianũ in Inſtitut. In cóque nimirum perelegans differentia eſt inter æquitatem Prætoriam & ciuilem: nam ciuilis æquitas protſus diſcrepat à iure ciuili, id eſt à iuris ciuilis ratione l. ſecunda §. item Varus in fin. D. de aqua & aqua pluuia arcenda l. prima C. de legibus l. placuit, C. de iudiciis. Non ſum neſcius vulgò creditum eſſe teſtamentum in quo ſuus quoque heres pręteritus eſt iure Prętorio valere ſi modò ſeptem teſtium ſignis tabulæ ſignatæ ſint, quòd & ſecundũ & cõtra eas tabulas bonorũ poſſeſſionem det Prætor qui vtique neutrã daret ſi tabulas pro nullis & inualidis haberet. Sed ſicuti propoſitio illa, ita ratio vtraq; qua nititur falſa eſt. Nam quod contra huiuſmodi tabulas poſſeſſionem dat Prætor non illam rationem habet quia tabulas valere velit, ſed quia quoties tabulæ proferantur ſeptem teſtium ſignis ſignatæ licèt alioqui nec iure ciuili valeant nec Prætorio, ſolet tamen Prætor ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem dare, dummodo & teſtamenti & mortis tempore teſtamenti factionem teſtator habuerit, nec aliud prætereà quicquam exigit, cum nec requirat vt aperiantur l. 1 §. ſufficit & §. exigit l. cum tabulæ 7. & paſſ. D. de bon. poſſ. ſecund. tab. Cæterum ea poſſeſſio ſine re eſt quoties adeſt perſona quæ ab inteſtato hereditatem euincere poſſit, quemadmodum Vlpianus in Titulis ſcribit ti. 23. quemadm. teſtam. rumpunt. §. ſi ſeptem, & tit. 28. de poſſeſ. dand. §. vlt. Neque enim fieri poteſt vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re detur eo caſu quo ab inteſtato competere poteſt Vnde liberi, aut Vnde legitimi. Sicut nec iuris ciuilis ratio patitur vt quæ hereditas iam ab inteſtato delata eſt, eadem ex teſtamẽto quoque deferatur, quia numquam poteſt ſucceſſio teſtati cum ſucceſſione inteſtati in eadem hereditate concurrere: ſubſequi verò cauſam inteſtati multò minùs præterquam in ſingulari illa ſpecie l. ſi quis ita 82. D. de hered. inſtit. Quam ob cauſam Vlpianus ſupradictis locis cùm diſtinguit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas in eam quæ ſit ſine re, & eam quæ cum re, explicans quænam illa ſit quæ ſine re eſt, ſic loquitur vt dicat, Sine re eſſe non quoties ſuus aut legitimus heres ab inteſtato hereditatem euincit, ſed quoties euincere poteſt, id eſt quoties nihil prohibet quominus iure ſuo vtatur ſi velit, tametſi fortè poſteà nec vtatur nec vti velit. Cùm enim non priùs vti poſſit iure ſuo & hereditatem ab inteſtato vindicare, quàm ab inteſtato delata ei ſit hereditas l. delata 151. de verb. ſignif. hereditatis autem delatio fiat ſola legis poteſtate non ſolum inſcio ſed etiam inuito eo cui ſucceſſio defertur, quamuis acquiſitio extrà cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum, non niſi accedente heredis voluntate fiat, conſequens eſt nil exquirendam eſſe ſui aut legitimi heredis voluntatem ad hoc vt ſciatur an bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut cum re, aut ſine re eſſe debeat, ſed vel inuito eo qui ab inteſtato iure ciuili aut Prætorio ſuccedere poteſt, quiſquis ille ſit ſiue ſuus, ſiue legitimus, hoc eſt quamuis iure ſuo vti nolit, ac teſtamentum valere malit, bonorum poſſeſſionem ſecũdùm tabulas omnimodo fore ſine re, cum re autem eo ſolo caſu quo nemo ſit qui rem ab inteſtato auferre poſſit, vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas quæ cum re eſt comparetur aditioni hereditatis ex teſtamento irreuocabiliter acquirendæ, cui certum eſt locum nullum eſſe poſteaquàm delata eſt ab inteſtato hereditas. Ea verò quæ ſine re eſt nihil aliud ſit quàm declaratio quædam voluntatis heredis, in adprehendenda poſſeſſione hereditatis, ad retinendam illam & acquirendam eo iure quo acquiri & retineri poterit, ita vt interdum quoque accidit habere rem ab inteſtato eum qui ſecundùm tabulas poſſeſſionem acceperat, ſi fortè is ſit qui ab inteſtato poſſit ſuccedere, nec habeat voluntatem teſtatoris, putà quòd teſtator inteſtatum velle ſe decedere dixerit l. 1. §. penult. D. ſi tabul. teſtam. null. extab. vnd. liber. l. vlt. D. de his quæ in teſtam. delent. In ſumma, qui bonorum poſſeſſionem ſine re habet is neque interdicto Quorum bonorum aut alio vllo, neque actione aliqua hereditaria experiri poteſt, ſed is demùm qui poſſeſſionem cum re & effectu obtinuit l. 1. & 2. C. quor. bonor. Itaque vt ad propoſitum redeamus, non eſt recta conſecutio ſi quis dicat, Prætor dat filiofamilias pręterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris, ergo eas tabulas pro bonis & validis habet. Nam licèt interdum ea bonorum poſſeſſio ſit neceſſaria ad reſcindendas tabulas quæ alioqui valerent, & ex quibus adiri hereditas iure ciuili poſſet, quomodo contingit emancipato præterito, d. l. 2. vnd. liber. interdum tamen ob hoc ipſum datur vt appareat eas tabulas à Prætore pro bonis non haberi, vt euenit cùm datur filio in poteſtate præterito, quòd nihil intereſſe Prætor exiſtimet, an ad bonorum paternorum poſſeſſionem filiusfamilias vocetur per contra tabulas, an Vnde liberi. Atqui, inquies, Tabulas aliquas ſubſiſtere, & præcedere neceſſe eſt vt contra tabulas detur: alioqui ſi tabulæ tales ſint ex quibus nec adiri hereditas nec poſſeſſio ſecundùm tabulas peti vnquam potuerit contra tabulas petere inane eſt quæ ſine effectu futura ſit d. leg. quod vulgo 19. de bonor. poſſ. contr. tabul. Et hoc nimirum eſt quod feſellit Bartolum in commentariis ad hanc leg. & ad l. 2. C. de bon. poſſ. contr. tabul. exiſtimantem non alia de cauſa dari contra tabulas filiofamilias præterito, quàm quia hoc ipſo quod petit contra tabulas cum iure ſuo ab in-

teſtato poſſet ſuccedere, teſtamentum adprobare videatur, vt proinde non ſit ille ad beneficium Prætoris admittendus ſi proteſtetur nolle ſe patris teſtamentum vllomodo valere. Quod prorſus ridiculum eſt. Quid enim tam contrariũ approbationi tabularum, quàm cõtra tabulas petere? Reſpõdendum igitur eſt quod animaduertere Bartolus debuit, ad dandam bonorum poſſeſſionem contra tabulas non illud omnino requiri vt ſubſint tabulę quę ciuili aut Pretorio iure valeãt, ſed ſufficere vt tales ſint ex quibus dari poſſit bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas, ſiue cum re, ſiue ſine re ea futura ſit. Fruſtrà enim requiras vt ſit cum re, dominiúmque rerum hereditariarum poſſeſſori tribuat, ſiquidem illa quæ contra tabulas datur, nõ contra heredem ſed contra lignum dari dicitur, nec eò minùs competit quòd needum hereditas adita aut bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas petita ſit, tametſi nec poſteà hereditas adiri nec poſſeſſio peti queat, dummodò aliquo caſu ab initio alterutrum fieri potuerit d.l. quod vulgò. Minùs quoque recta erit conſecutio ſi ex eo quod Prætor dat heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas quibus filiusfamilias præteritus eſt, inferre velis, Valere igitur eas iure Prætorio. Illa enim poſſeſſio ſine re eſt & inutilis, adeò vt nec impediat quominùs poſſeſſioni ab inteſtato locus ſit, & in ipſam quoque inteſtati poſſeſſionem conuertatur ſi heres ſcriptus idem ab inteſtato ſuccedere poſſit d. l.1.§.penult.& vlt. ſi tabul. teſt. null. extab. vnd. liber. At ſi teſtamentum iure Prætorio ſuſtineretur, vt.q; daret Prætor bonorum poſſeſſionem cum re ſecundùm eas tabulas, illo ſaltem caſu quo contra tabulas dari ampliùs non poſſet. Hoc enim addẽdum eſt vt iis occurramus, qui fortaſſe obiecturi ſint, Præterito emancipato teſtamentum non ſolùm iure ciuili valere ſed etiam Prætorio vt ſupra probauimus, nec tamen heredem ſcriptum poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re accipere. Id enim fit quia quamdiu emancipato præterito ſaluum eſt ius petendæ poſſeſſionis contra tabulas per quam auferre heredi ſcripto poſſit commodum hereditatis, perinde impeditur datio bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas cum re, acſi iam alteri ab inteſtato delata eſſet hereditas aut poſſeſſio. Quæ res etiam facit vt beneficio fratris præteriti edictum committentis frater quoque inſtitutus poſſit contra tabulas petere, quia propter perſonam fratris præteriti impeditur ne ſecundùm tabulas cum re petere poſſit. Neutram verò petere eum poſſe iniquum eſſet. Sicut & vocari eum ad contra tabulas ſi ſecundùm tabulas cum re petere poſſet l.3.§.ſi quis ex liberis de bonor. poſſ. cõtr. tab. qui locus proculdubio de ea bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas quæ cum re ſit, accipi debet, ſicut & quod ſcriptum eſt in §. ſequentibus. Nam quid, obſecro, intereſt, vtrum heredi ſcripto euincere bona hereditaria quis poſſit, per contra tabulas, an ab inteſtato? Siquidem, vt pręmonuimus, fieri nunquam poteſt vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re, concurrat cum bonorum poſſeſſione cõtra tabulas aut ex cauſa inteſtati. Sed finge emãcipatũ excluſum à beneficio poſſeſſionis cõtra tabulas, quod variis ex cauſis poteſt cõtingere, an admittetur ab inteſtato Vnde liberi? Minimè: quia ſubeſt teſtamẽtũ idq; validũ quod impedit ſucceſſionẽ inteſtati d.l.2. Vnd. liber. Ergo bonorũ poſſeſſionẽ ſecũdùm tabulas cum re eo caſu heres habebit qui ſcriptus eſt. Ex eóq; nimirũ apparet teſtamentũ iure Prętorio ſubſiſtere. Ex contrario igitur intelligere licet teſtamentum in quo filiusfamilias præteritus eſt iure Prætorio non valere, tametſi ſecundum eas tabulas ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint poſſeſſionem det Prætor: quia ſi poneres repudiatum à filiofamilias beneficium poſſeſſionis contra tabulas, non eò magis daret heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re, ſubſiſtente ſemper illa ratione quòd filiofamilias præterito delata eſſet poſſeſſio Vnde liberi, quæ tamen deferri non poſſet quandiu teſtamentum valeret, ſed eo demum tempore quo deſertum deſtitutúmque eſſet. His ita conſtitutis vt iam ad propoſitum redeamus, dico teſtamentum in quo filiusfamilias præteritus eſt cùm ab initio inutile ſit nullius momenti non minus Prætorio iure quàm ciuili non poſſe conualeſcere ex æquitate Prætoria ob id ſolùm quòd filius præteritus bonis patris ſe abſtinuerit. Etenim quamuis filium qui ſe abſtinuit Prætor non habeat heredis loco d. l. neceſſariis 57. de acquir. hered. l. ſi filius 12. D. de interrog. act. perinde tamen Prætor ac ciuilis legiſlator abſurdum putat vt ex filij præteriti arbitrio ius tabularum pendeat, nec minus requirit quàm ius ciuile vt vtroque tempore teſtamenti & mortis valeant tabulæ d.leg.1. §.exigit de bonor. poſſ. ſecund. tabul. Nec ſanè video quomodo teſtamentum hoc inutile & nullius momenti dici poſſet ſi tale eſſet quod ex æquitate aliqua ſiue ciuili, ſiue Prætoria vllo caſu ſuſtineri oporteret d.leg. inter cætera 30. l. ſi ita ſcriptum 13.§.vlt. de liber. & poſthum. Tum verò fatentur noſtri, & Papiniani verba cogunt fateri, ita demùm hoc teſtamentum conualeſcere ſi filius qui hereditariam portionem fratribus auocare potuit, bonis paternis ſe abſtinuerit. Quamquam in eo errant, meo iudicio, quòd abſtentionem tacitam ſufficere arbitrantur ſi forte filius præteritus per annum tacuerit, cùm tamen expreſſa abſtentio neceſſaria ſit propter ius ſuitatis quæ facit vt filius quãdiu nõ abſtinuit licèt nec ſe immiſcuerit, non ſolùm heres ſit, ſed etiam pro herede habendus l. j. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. leg. in ſuis 14. de ſuis & legit. Rogo autem, à qua ſucceſſione abſtinere filiusfamilias præteritus poteſt? An à ſucceſſione teſtati? Minimè, cùm non fuerit inſtitutus, ſed præteritus. Ergo à ſucceſſione inteſtati. At non poteſt abſtinere quis à ſucceſſione inteſtati, niſi poſtquàm ea delata eſt. Abſtentio enim loco repudiationis eſt. Prius autem eſt vt hereditas deferatur quàm vt per repudiationem aut abſtentionem omittatur. Igitur fatendum eſt eam Papiniani eſſe ſententiam vt in ſpecie illa quam tractat, filiofamilias præterito delata ſit ab inteſtato hereditas, quia & ab inteſtato duntaxat partem hereditatis fratribus auocare potuiſſet. Atqui delata ſemel ſucceſſione ab inteſtato nunquam fieri poteſt regreſſus ad cauſam teſtati. Abſurdum ergo eſt, implicátque contradictionẽ, vt ob hoc ſolum quod filiusfamilias præteritus ab inteſtati patris hereditate abſtinuit, teſtamentum conualeſcat: nec inſulſius quicquam aut improbabilius dici poſſe arbitror. Quid igitur ſibi vult Papinianus noſter iis verbis *attamen voluntas teſtatoris ex bono & æquo tuebitur*. (Cætera enim facilia ſunt & aperta.) Illud nimirum, meo iudicio, vt cum bonis patris filius pręteritus ſe abſtinuit, nec portionem fratribus ab inteſtato auocauit, libertates eo teſtamento datę competant & legata pręſtentur ex bono & ęquo acſi teſtamentum valeret: idque tamen non ex teſtamento quod nullum eſt, ſed ab inteſtato. Primus enim Iuſtinianus fuit qui contra manifeſtiſſimam iuris rationem induxit Nouell. 115. Vt cum de appell. cognoſc. vt ex eo teſtamento quod per

prę-

præteritionem vel exheredationem ruptum eſt, legata nihilominus & fideicommiſſa, cæteráque omnia præter inſtitutiones conſeruentur. Quanquam verius eſt eam conſtitutionem non de iniuſto teſtamento tractare, ſed de eo duntaxat quod ruptum vel irritum factum ſit, & conſequenter non de præteritione paterna ſed de materna quæ pro exheredatione eſt, vt alio loco ſcribemus contra Bartolum & alios Irnerij verbis deceptos in Auth. ex cauſa Codic. de liber. præter. Ab inteſtatu autem conſeruari legata & cætera quæ teſtamento relicta fuerant nouum quidem ſed non abſurdum eſt, non ſolùm ſi ab inteſtati ſucceſſoribus ſint repetita, ſed & ſi repetita non ſint: & quidem duplici iure, Prætorio, aut ciuili. Prætorio, ſi omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideatur hereditas in fraudem legatorum & fideicommiſſorum l. 1. & tot. titu. ſi quis omiſſ. cauſa teſtam. Ciuili quoties id æquitatis ciuilis ratio ſuadet, ſiue fauore legatarij aut eius rei quæ relicta eſt vt in ſpecie leg. in teſtam. 38. D. de fideicommiſſ. liber. Siue quòd heres à quo legata aut fideicommiſſa data ſunt tantumdem ab inteſtato conſequatur nil obſtante perſona fratris præteriti, quantùm ſi ſolus ex teſtamento heres eſſet, vt in hac lege in qua apertiſſimum eſt ex eo ſolo moueri Papinianum vt libertates & legata ex æquitate tueatur quòd filius præteritus qui iniuſtum faciebat teſtamentum, bonis patris ſe abſtinuerat, ſicque tota hereditas penes inſtitutos fratres manſerat non ſecus acſi teſtamentum valuiſſet. Huius autem iuris non tam ratio ſtricta quàm æquitas illa eſt, quòd abſurdum ſit occaſionem fratris præteriti qui iure ſuo non vtatur lucro afficere inſtitutos, vt in ſpecie non prorſus diſſimili Vlpianus reſpondit in l. nonnumquam 14. de legat. præſt. videantúrque inſtituti ex occaſione iuris ciuilis captare lucrum contra naturalem æquitatem, quæ res exceptionem doli mali inducere ſolet l. 1. D. de dol. except. Et quemadmodum in ſpecie d. l. nonnunquam, hoc eſt cùm heres inſtitutus fuit emancipatus filius, alius emancipatus præteritus, & præteritus accepit contra tabulas poſſeſſionem, inſtitutus verò omiſit, euenit vt bonorum poſſeſſionem contra tabulas præteritus habeat iure ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionis vt Vlp. ait. ita ex pluribus ſuis heredibus vno præterito, aliis inſtitutis ſi præteritus abſtineat, ſimiliter dici poteſt inſtitutos habere ſucceſſionem inteſtati quodammodo iure ſucceſſionis teſtati, hactenus ſaltem vt perinde libertates, legata, & fideicommiſſa omnia valeant. Quamuis enim bonorum poſſeſſio contrà tabulas ad teſtati non inteſtati cauſam pertineat, non minùs tamen diſtat à poſſeſſione ſecundum tabulas cui ſcilicet ex diametro contraria eſt, quàm ſucceſſio inteſtati à ſucceſſione teſtati, nec minùs mirum eſt cenſeri eam iure poſſeſſionis ſecundùm tabulas quàm ſucceſſionem ab inteſtato cenſeri hoc caſu iure ſucceſſionis teſtamentariæ. Et verò cùm ſuis quoque præteritis adeóque inſtitutis ex perſona præteriti det Prætor poſſeſſionem contrà tabulas perinde ac emancipatis, quid hac parte intereſt vtrum ſui, an emancipati liberi proponantur? aut, an petita bonorum poſſeſſione contrà tabulas, an ab inteſtato ſuccedant inſtituti? argum. leg. is qui in poteſtate 15. in princip. de legat. præſt. An non etſi iuris ciuilis æquitas deficeret, occurreret poteſtas edicti ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam? Conſtat enim id etiam locum habere cùm ab inteſtato hereditatem poſſidet is, qui contra tabulas petere potuit, quique eam petendo legatorum præſtationi obſtrictus fuiſſet, l. quia autem 6. §. penultim. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. ac multò magis cùm ab inteſtato ſuccedit is qui non ſolum contrà tabulas petere poterat ex perſona fratris emancipati præteriti contra tabulas petentis, ſed etiam ex teſtamento adire d. l. is qui poteſtate, verſ. vbi verò ſcriptus eſt, de leg. præſt. l. ſi filius 25. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. leg. 3. D. de dot. collat. Fateor ſuum heredem in hoc differre ab emancipato cùm præteritus eſt quòd etiamſi petat contra tabulas nulla legata debet, quia & non petita ea hereditatem inteſtati ſine onere legatorum obtineret d. l. is qui in prin. (emancipatus autem exceptis perſonis debet, quia ab inteſtato & vnde liberi ſuccedere non poteſt extantibus tabulis d. l. 2. D. vnd. liber.) Sed nego idem iuris eſſe in ſuo herede inſtituto qui non niſi ex perſona fratris præteriti edictum committentis contra tabulas petere potuit. Hic enim legata omnia debet etiamſi omiſerit bonorum poſſeſſionem, ſi frater præteritus qui contra tabulas petere potuit emancipatus fuit d. l. ſi filius, idque ſiue emancipatus contra tabulas petierit, ſiue non: quia & petita per emãcipatũ cõtra tabulas poſſeſſione Prætor inſtitutũ ſiue ſuũ, ſiue emãcipatũ tuetur ad eã vſq; portionẽ quã per cõtra tabulas petere potuiſſet dummodò non ex minore parte ſit inſtitutus leg. ſi duobus 14. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. filium 5. §. ſed etſi portio l. nam ſecundum 7. cum ſeq. d. l. is qui 15. §. ita autem de leg. præſt. Quòd ſi frater præteritus in poteſtate etiam fuit, quoniam omni iure teſtamentum inutile eſt, legata nullo iure deberi poſſunt ſicut nec ex teſtamento hereditas poſſideri. Itaque nihil hac parte intererit an fratres ambo petierint contra tabulas an ab inteſtato ſucceſſerint. Sed tamen intererit an frater præteritus iure ſuo vti voluerit necne, hoc eſt an fratri inſtituto partem hereditatis auocauerit per bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas aut ſucceſſionem inteſtati, an ab ea abſtinuerit. Priore caſu locum habet quod diximus nulla legata deberi, ne pro ea quidem parte quæ penes inſtitutum remanet. Poſteriore verò eadem quidem iuris ratio facit vt legatorum actio competere nequeat aduerſus eum qui mero iure inteſtati heres eſt. l. filiũ 20. §. penultim. de cõtr. tabul. Sed æquitas contra ſuadet vt legata & fideicommiſſa defendantur, & quidem omnia & in ſolidum d. leg. filio præterito, de iniuſt. rupt. ſicut & æquitate Prætoria defenderetur ſi præterito fratre emancipato omittente contrà tabulas alius emancipatus inſtitutus ſolus etiam contra tabulas poſſeſſionem agnoſceret dict. l. nonnumquã. Legata igitur & fideicommiſſa ab inteſtato petenda erunt: & ſi heres excipiat non valere teſtamentum replicabitur aduerſus eum de dolo malo, quòd nihil ipſius interſit an teſtamentum valeat necne, cùm totius hereditatis lucrum & compendium æquè retineat. Eſſe autem hoc caſu locum exceptioni doli mali non obſcurè colligi poteſt ex eo quod Paulus ſcribit in dict. l. is qui, exceptionem doli mali non nocere filio in poteſtate præterito qui petita bonorum poſſeſſione contra tabulas legata ſoluere recuſet, vt appareat interdum exceptionem locum habere poſſe quod vno illo caſu contingit, ſi ſuus inſtitutus à quo legata relicta ſunt totam hereditatem ab inteſtato poſſideat. Cui conuenit quod Iulianus ſcribit in leg. ſi pater 47. de fideicomm. liber. Si pater duos heredes inſtituerit & agnatione poſthumi ruptum teſtamentum fuerit, nec legata, nec fideicommiſſa deberi quamuis hereditas pro duab. partibus ad eos pertineat. Nam quod ait, *pro duabus partibus*, oſtẽdit poſthumum qui agnatione teſtamentum ruperat, partem hereditatis tertiam à fratribus auocaſſe. Aliud ergo reſpondiſſet Iulianus ſi abſtinente poſthumo tota

hereditas ad inſtitutos liberos perueniſſet. Alioqui quid attinebat verba illa addere? *pro duabus partibus.* Ex eo autem intelligimus cur Papinianus de fratribus loquatur, & quàm ridicula ſit eorum dubitatio qui diſputant, an Papiniani ſententia generalis ſit, & ad extraneos quoque inſtitutos protrahenda. In quo & nos quoque cum cæteris inepti fuimus lib. 1. Coniect. c. 19. Nam de fratribus inſtitutis loqui Papinianum neceſſe fuit, quoniam cùm extraneus inſtitutus eſt in eo teſtamento in quo ſuus præteritus fuit, fieri non poteſt vt heres ſit ab inteſtato, nec proinde quæſtioni locus ſupereſt, an ab inteſtato legata ex æquitate debeat. Probabili⁹ igitur fortaſſe quis putet de eo quæri poſſe, An ea Papiniani ſententia non tantùm in fratribus præteriti inſtitutis locum habeat, ſed etiam agnatis proximis qui excluſo filio hereditatem ab inteſtato obtinere poſſint. Sed neque hæc ad Papinianum accommodata quæſtio eſt, nempe cuius temporibus nec in ſuis, nec in agnatis erat ſucceſſio. leg. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. §. placebat Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. Itaque filio præterito abſtinĕte, inſtituti heredes quantumuis agnati proximi non magis heredes ab inteſtato eſſe poterant quàm ſi fuiſſent prorſus extranei. Hodie autem poſtquàm placuit Iuſtiniano vt & in ſuis & in agnatis ſit ſucceſſio, & quæſtioni locus eſſe poterit & Papiniani ſententiæ ſi proponas inſtitutos agnatos proximiores, & abſtinentem filium in poteſtate qui præteritus fuerat. Sed in extraneis heredibus ſcriptis nihil tale tractari poteſt.

Explicatio l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. & ad l. 3. C. de inoff. teſtam.

Capvt XV.

EX iis quæ ſuperiore capite diximus, faciliimè legis huius ſententia intelligetur. Poſthumus præteritus viuo patre natus ante patrem quoque deceſſerat. Si iuris ſcrupuloſitatem, & ſubtilitatem inſpicias, ruptum eſt teſtamentum agnatione poſthumi, nec quòd poſthumus viuo patre deceſſerit eò magis conualeſcet, quia ſicut quod ab initio non valuit, ita quod ſemel ruptum eſt numquam ex poſtfacto conualeſcit. Igitur hereditas legitimo iure ad inteſtati ſucceſſores pertinebit. Neque tamen ideò prohibebitur heres ſcriptus petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint & defunctus tam teſtamenti quàm mortis tempore, teſtamenti faciendi ius habuerit: nihil enim aliud Prætor requirit ſiue iniuſtum, ſiue ruptum, aut irritum factum fuerit teſtamentum, vt proximè docuimus ex Vlpiani Fragmentis titul. 23. quemadmod. teſtam. rumpuntur. §. ſi ſeptem, & tit. 28. de poſſeſſ. dand. §. vlt. iunct. l. 2. §. ſufficit & § exigit. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. Sed illa bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ex eo teſtamento petita quod ruptum fuit, erit ſine re ſi non alio quàm Prætoris auxilio defendatur, quia hereditatem ab inteſtato euincere ſuo iure legitimus heres poteſt, quemadmodum Vlpian. ſupradictis locis ſcribit. Fieri enim nequeat vt bonorum poſſeſſionem cum re det Prætor ſecundùm tabulas quin legitimi heredis ius perimat, quod non magis facere poteſt, quàm ius ipſũ ciuile tollere ex quo legitimarũ hereditatum iura proficiſcuntur. Et tamen æquiſſimum eſt mortuo ante patrẽ poſthumo, ſuccurri ſcripto heredi, & patris voluntatem defendi, ſublata iam de medio perſona per quam & cuius fauore teſtamẽtum ruptum fuerat. An quia per agnationem poſthumi præteriti teſtamentum effectu ipſo non rumpatur niſi patre mortuo? ita putat Cuiac. ad l. ſi filius 7. de lib. & poſthũ. ex l. Gallus §. ſequenti eod. tit. Sed non ita eſt. Conſtat enim agnatione ipſa poſthumi ſicut & ſucceſſione nepotis in locum filij, teſtamentum omnino rumpi viuo etiam patre l. ſi pater filium 26. de vulg. & pup. ſubſtit. Et quod in d. §. ſequenti ſcriptum eſt, *ne ſuccedens pronepos auo mortuo rumpat*, nõ de auo teſtatore intelligẽdũ eſt, ſed de teſtatoris filio eodẽq; auo pronepotis. Quod vir doctiſſimus nõ ignoraſſet niſi ſibi perſuaſiſſet legendũ eo loco *nepos* non *pronepos*: cũ tamẽ vel hac vna ratione perſuaderi potius debuiſſet nihil de recepta lectione immutãdũ. Illa igitur ratio eſt quæ ſuadeat ſubueniendum heredi ſcripto in eo teſtamento quod poſthumi præteriti ſubindéque præmortui agnatione ruptum ſit, non ſolùm quod ab initio valuerit (nam ſi hoc ſufficeret, ęquè ſubueniendum eſſet heredi ſcripto in eo teſtamento quod per ſucceſſionem nepotis poſteà prędefuncti ruptum eſſet, quod tamen nuſquã proditũ eſt) ſed potiſſimũ quia minùs odioſa eſt præteritio poſthumi, quam iam nati, quippe quæ per obliuionem potiùs quã mala mẽte facta videri debeat. Item quia minorẽ poſthumi rationem haberi deceat quamdiu in hominũ natura non eſt quã eius qui iã & in hominum natura & in teſtatoris familia ſit, licet primũ gradum nondum teneat. In eam rem nimirum facta eſt conſtitutio Hadriani & ea inductum ex ſumma ęquitate, nõ vt teſtamentum conualeſcat ita vt ex eo iure ciuili adiri poſſit hereditas (neque enim tam apertè Iuriſprudentię fundamenta labefactare potuit aut debuit Princeps iuris religioſiſſimus) nec rurſum vt ex eo teſtamento peti poſſit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas (nam & citrà conſtitutionem dare eã Prætor poterat pro ſua iuriſdictione, iámque dederat ipſis Edicti perpetui verbis, non ſolum ſi antè, ſed etiã ſi poſt patrem poſthumus deceſſiſſet.) Sed vt ea bonorũ poſſeſſio à Prætore data, ſit cum re, quæ alioquin heredi ſcripto inutilis & ſine re futura erat. Idque eſt quod Vlpianus ait, *rémque obtinebit vt & Diuus Hadrianus, & imperator noſter reſcripſerunt.* Et conſequenter ius legitimi heredis, qui hereditatem ab inteſtato vindicare poterat, Hadrianus ſuſtulit, non ita vt ne ab inteſtato hereditas ei deferatur (nam ne hoc quidem ſalua iuris religione facere potuit) ſed ita vt legitimus heres ius ſuum contrà ſcriptum heredem exequi prohibeatur: potiórque cauſa ſit ſcripti heredis ſiue extrane⁹ ſit, ſiue remotior agnatus, quàm legitimi, licèt hic ſumma veráque iuris ciuilis ratione nitatur, ille verò ſola iuris Prætorij non tam ratione quam occaſione. Hinc verò intelligimus quam grauiter errent ij qui exiſtimant petendum ex hac lege exemplum eius bonorum poſſeſſionis quam ex legib. aut Senatuſconſultis aut Conſtitutionib. dare Prætor iubetur, de qua in tit. D. vt ex legib. Senatuſconſul. bon. poſſ. det. Quaſi verò citra eam Hadriani conſtitutionem non potuerit dare Prætor bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam vtique dare poterat nõ ſolum rupto ſed etiam iniuſto aut irrito facto teſtamento, licèt omnib. iſtis caſib. futuram ſine re, vt diximus, aut quaſi ea bonorum poſſeſſio cum re quæ hodie competit, ſpecie vel numero differat ab illa quę iam olim ex eodem Prætoris edicto ſed ſine re futura competebat: quo ſanè ſtultius dici nihil poteſt. Eadẽ enim & ſpecie & numero bonorum poſſeſſio eſt, quãuis aliũ atq; aliũ effectũ habeat. Hodie ſiquidẽ cũ re eſt quæ olim ſine re erat. Illud ſanè verum eſt quod vulgò noſtri tradunt poſt Bart. etiam hodie neceſſariam eſſe in hac ſpecie bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quia cùm teſtamentum non conualeſcat,

ualeſcat, adiri ex eo hereditas iure ciuili nullumodo poteſt. Ex eo autem quod Hadrianus conſtituit vt ſcriptus heres non ſolùm poſſeſſionem ſecundùm tabulas inanem & vanam petere poſſit vt anteà, ſed etiam rem obtineat, hoc eſt vt ea poſſeſſio ſit omnimodo cum re & effectu, infert Vlpianus, *Ideircòque legatary & fideicommiſſary habebunt ea quæ ſibi relicta ſunt ſecuri.* Nam quemadmodum qui accipit poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſine re nulla legata debet, nec aliud quicquam ex teſtamento, ne onus hereditatis ſentiat qui commodum non habet, ita ex contrario ſi ea poſſeſſio ſit cum re iuris ratio facit vt legata & fideicommiſſa omnia conſeruari debeant, non tantùm tuitione Prætoria, ſed etiam iure ciuili, hoc eſt ea ipſa Imperatoris conſtitutione qua legitimi heredes iure ſuo aduerſus heredem ſcriptum vti prohibentur. Quid enim intereſt quod ad rei effectum attinet an teſtamentum iure ciuili valeat, ex eòque adiri poſſit hereditas, an verò bonorum duntaxat poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re peti poſſit? Legata igitur & fideicommiſſa perinde vtroque caſu ſalua eſſe conuenit: cùm & eo caſu conſeruentur quo hereditas iure inteſtati poſſideatur à ſcriptis heredibus, filio qui præteritus fuerat & teſtamentum iniuſtum fecerat abſtinente leg. filio præterito 17. hoc titu. quod tamen longè difficilius admitti potuit. Etſi enim eo quoque caſu quem tractamus teſtamentum nec iure ciuili valet nec Prætorio, attamen ex Hadriani reſcripto fit vt perinde bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re ſcriptus heres habeat ac ſi teſtamentum iure Prætorio valeret, nec inteſtati ſucceſſio effectu locum ſibi vindicet, quòd ſufficit vt legata & fideicommiſſa debeantur. Nam & cùm bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas petita talis eſt de qua dubitetur an cum re aut ſine re futura ſit, qualis illa eſt quæ ſcripto heredi competit, filio emancipato præterito deliberante an contra tabulas petere debeat, néene, quanquam interea legatorum petitio ſummoueri poteſt exceptione illa, *ſi non in ea cauſa ſint tabulæ teſtamenti vt contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſit*, filio tamen omittente poſſeſſionem contra tabulas conſtat legata deberi quòd ab eo tempore certum ſit eam quæ ſecundùm tabulas agnita fuerat cum re futuram l.2.D. de except.rei iudic.l.qui cum herede 15. de oblig.& action. Multò igitur magis in propoſita ſpecie, hoc eſt petita ſecundùm tabulas poſſeſſione quæ propter Hadriani conſtitutionem non niſi cum re eſſe poſſit, legatorum præſtationi iam inde ab initio ſcriptus heres obligabitur. Neque ea res difficultatem habere videtur. Non omnino ſimile eſt quod ab Impp. nouo iure conſtitutum legimus in l.5. Co. de inoff. teſtam. filium præteritum à matre in puerperio defuncta ad virilem portionem admittendum. Ea námque Imperatorum ſententia eſt vt admittatur ex teſtamento quaſi pro inſtituto haberi debeat, quem ex coniectura maternæ pietatis credibile eſt à matre inſtitutum iri ſi mutare teſtamentum ei licuiſſet. Proinde dubitari minùs poteſt quin legata & fideicommiſſa omnia teſtamentu relicta pro ſua parte debeat qui ex teſtamento ſuccedit. An verò ſolo fauore teſtamenti, aut odio querelæ inofficioſi teſtamenti ea conſtitutio nititur? Minimè, vt ex eo apparet quod lex ait, ſi eo teſtamento inſtituti ſint extranei poſſe teſtamentum per inofficioſi querelam rumpi, an fauore fratrum inſtitutorum? ne hoc quidem. Eorum enim potiùs intereſſet rumpi teſtamentum cùm ab inteſtato æquè virilem portionem habituri eſſent, ſine onere legatorum. Ergo fauore ipſius filij præteriti cui commodius eſt haberi pro inſtituto cùm tantundem ex teſtamento conſequi poteſt quantum ab inteſtato conſequeretur, haberi autem pro præterito & exheredato cùm inſtitutus eſt extraneus à quo vniuerſam hereditatem auferre poſſit, rupto per querelam teſtamento, quia nec virilem eo caſu dare filio poſſes, niſi virilis appellatione, quod effectu idem eſſet, totam hereditatem intelligeres vt in l. virilia 145. de verb. ſignific. Nam & id coniecturæ pietatis maternæ congruit vt nec extraneum filio præferre, nec meliorem ipſius quàm aliorum filiorum condicionem aut deteriorem facere voluiſſe credatur. Ex coniectura autem illa maternæ pietatis æquiſſimũ ſanè eſt eius filij præteriti ius æſtimari cùm neque mala mente, neque certo & deliberato matris iudicio, ſed tantùm repentini caſus iniquitate, vt lex ait, præteritus ſit. Quamuis citra Imperatorum conſtitutionem non ita reſpondere Iureconſulti potuiſſent, ſed omnimodo, hoc eſt inſtitutis quoque fratribus perinde ac extraneis ſcriptis querelę remedium filio præterito accommodaſſent. Nouum ea conſtitutione ius fieri oſtendunt verba illa, *perinde virilem portionem tribuendam eſſe cenſemus, acſi omnes filios heredes inſtituiſſet.* Ideò autem non ſucceditur in illa ſpecie ab inteſtato, quia filius à matre præteritus cùm pro exheredato habeatur non poteſt inteſtatam facere matrem, niſi propoſita querela quam porrò hîc proponi iniquum eſſet, cùm nihil imputari poſſit matri & aliter filio præterito ſubueniri queat inſtitutis ſcilicet fratribus, non item inſtitutis extraneis.

Ad verſic. Idem & circa, *eiuſdem legis.*

Capvt xvi.

Illud longè difficilius eſt quod apud Vlpianum ſequitur, *Idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit.* Hic enim verſiculus eſt, cuius explicandi gratia ſuperiora duo capita interſerere, & ab inchoata legis, Gallus, interpretatione digredi nos neceſſe fuit. Noſtri vulgò ſic intelligunt, vt teſtamentum quod propter ſui heredis præteritionem iure ciuili nullum eſt, conualeſcat iure Prætorio, poſsítque ex eo peti poſſeſſio ſecundùm tabulas, ſi modò is heres ſcriptus ſit, qui ab inteſtato hereditatem obtinere poſſit. Quam ſententiam & interpretationem non malè Alciat. lib.3. paradox. cap.8. refellit ratione illa, quòd teſtamentum huiuſmodi in quo filius in poteſtate præteritus eſt nullius omnino ſit momenti l.1. hoc ti. l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. ſup. ti. prox. id eſt, vt in ſuperioribus probauimus, tam Prætorio iure quàm ciuili, & ſiue vtriuſque iuris rigorem, ſiue æquitatem conſideres. Sed ipſe errat longè abſurdiùs in eo quod exiſtimat Vlpianum hîc de eo teſtamento tractare non in quo filius ſit præteritus, quod nullius momenti eſſe dicimus, ſed quod magis propriè iniuſtum dici debeat, id eſt, inquit ille, in quo deſint iuris ſolennitates. Quaſi verò non & propriè iniuſtum dicatur teſtamentum in quo ſuperſtes filius præteritus eſt leg.3. §. ex his apparet hoc tit. quod & inutile appellatur in l. inter cætera 30. ſup. tit. prox. Aut quaſi valere poſſit iure Prætorio, non magis quàm ciuili teſtamentum quod vel ſeptem teſtium ſigna, vel quã aliam extrinſecam ſolennitatem non habeat leg. 1. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. An igitur eam Vlpiani ſententiam eſſe fatendum erit vt teſtamentum iniuſtum in quo filiusfamilias præteritus fuit conualeſcat iure Prætorio, eo ſaltem caſu quo filius hic viuo patre deceſſerit? Ita putat Bartolus, improbans Accurſium qui ſcripſerit loqui Vlpianum de filio præterito patri

ſuperſtite, & iniuſtum teſtamentum per expreſſam abſtentionẽ adprobante. De quo & Papinianus tractat in l.filio præterito 17.hoc titu. Mouetur autem Bartolus ex illis verbis, *Idem & circa iniuſtum*. Nam in præcedentibus palàm eſt agi de poſthumo præterito qui viuo teſtatore natus teſtamentum ruperat, ac ſubinde eodem teſtatore viuo deceſſerat. Diſtinguit verò, an in eo teſtamento in quo filius præteritus eſt instituti ſint proximiores ab inteſtato venientes an extranei, vt inſtitutis proximioribus conualeſcat teſtamentum iure Prætorio arg. l.hac conſultiſſima 21.§.ſi quis autem Co.de teſtam. Inſtitutis verò extraneis non conualeſcat, ſicque accipi debeat, quod ſcriptum eſt in l.ſi filius 7.ſuprà tit. prox.de liber. & poſthum. Mihi neque Accurſius, neque Bartolus Vlpiani ſententiam aſſecuti videntur. Etenim, vt à Bartolo incipiam, fauor proximiorum in teſtamento iniuſto & nullo inſtitutorum facere quidem poteſt vt prius teſtamentum rumpatur l.2.hoc titu. l.ſi duobus 12.§.1.de bonor.poſſ.cont.tabul.& vt ſuſtineatur vltima defuncti voluntas iure inteſtati vt Iuſtin. conſtituit in d. §. ſi quis autem: ſed vt teſtamentum conualeſcat, ſiue ciuili, ſiue Prætorio iure, poſsitque ex eo vel adiri hereditas, vel peti bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re & effectu facere nullomodo poteſt. Nam vt in ſuperioribus fusè diſputauimus, cum teſtamentum nullum & iniuſtum eſt, neceſſariò euenit vt deficiente cauſa teſtati ſuccedat poteſtas legis quæ ab inteſtato hereditatem proximiori agnato defert, nec ſolùm ignoranti ſed etiam inuito quamuis non ſit inuitus futurus heres ſi non ſit ſuus. Delata autem ſemel hereditate ab inteſtato, nec ad cauſam teſtati regreſſus fieri poteſt, nec proinde bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re dari, quoniam hęc maximè ad cauſam teſtati pertinet, nec tãtum ad cauſam teſtati, ſed etiam, quod præcipuè obſeruãdum eſt, ad cauſam hereditatis ex teſtamento cum effectu acquirendæ, & ita vt ne commodum eius heredi ſcripto eripere quiſquam alius poſſit. Ideò enim fit vt in proponendo iure de bonorum poſſeſſionibus ad teſtamenta pertinentibus, Prætor priùs de bonorum poſſeſſione contra tabulas quàm ſecundùm tabulas edixerit. Itẽ vt beneficio fratris pręteriti edictum cõmittentis, poſſit frater etiam inſtitutus petere cõtra tab. licèt pręteritus nõdum petierit. l.ſi poſt mortẽ 10. §. vl.de bon.poſſ.cont.tab. (dũmodò tamen præteritus nondum ſit ab ea petenda excluſus, ſic enim is locus intelligi, meo iudicio, debet) quia ſecundum tabulas cum re dari non poteſt quandiu contra tabulas competit. l.2.D.de except.rei iudic.l.2.Co.de bon.poſſeſ. cont.tab. Adeò vt nec bonorum poſſeſſor nec legatorum aut æris alieni debitor eſſe videatur is qui ſecundùm tabulas poſſeſſionem accepit, quamdiu deliberante filio præterito aut edictum committente dubitatur an ea cum re futura ſit, an ſine re, vt eleganter Iulianus ſcribit in l.qui cum herede 15. De obligat.& actión.vbi quod magis eſt non de nudo poſſeſſore ſecundùm tabulas loquitur, quem nihil iuris in hereditate habere mirum non eſt, ſed de herede, hoc eſt qui iure ciuili hereditatem adierit. Huic enim æquè ac nudo poſseſsori commodum hereditatis aufert is qui petit contra tabulas leg.filium 20. D.de bonor.poſs. contr.tabul. ſempérque hæc poſseſſio contra tabulas cum re eſt, nunquam ſine re. Vt proinde longè plus ſit poſseſſionem ſecundùm tabulas cum re accepiſse, quàm hereditatem iure ciuili adiiſse ex teſtamento. Si quidem nunquam poſseſſionis commodum eripi Prætor patitur ei cui ſemel ſecundùm tabulas cum re dedit, alioqui eadem poſseſſio, & cum re eſset, & ſine re, quod quàm abſurdum ſit nemo non videt. Igitur ſi delatio ſola hereditatis ab inteſtato impedit ne quis ex teſtamento heres eſſe poſſit, multò magis impediet ne bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re poſſit ex eo teſtamento ſcriptus heres agnoſcere. Et conſequenter non ex eo ſolo quod filius familias præteritus, viuo patre deceſſerit, poteſt iure Prætorio conualeſcere teſtamentum vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re, heredi ſcripto vllomodo competat. Cúmque Prætoris non tanta ſit poteſtas vt delationem quæ ſit proximo agnato per legem duodecim tabularum prohibere poſſit, ineptè faciunt qui ſeparant hac parte ius Prætorium à ciuili, eo prætextu quia Prætorium ſit benignius: quod verum quidem eſt, ſed tamen ad id de quo agimus nil prorſus attinens. Porrò iure ciuili teſtamentum quod aut iniuſtum fuit aut ruptum non idcirco conualeſcere, quòd præteritus viuo teſtatore deceſſerit, quamuis inſtitutus ſit is qui ab inteſtato ſolus ſuccedere debeat, apertè Scæuola ſcribit in leg. Gallus §.idem credendum in fin.ſup.tit.prox.vbi ait inſtitutis filio & pronepote, præterito autem nepote ita demùm valere teſtamentum ſi priùs nepos, deinde filius decedat, ne alioqui filio præmortuo nepos ſuccedendo rũpat, atque ita impediat ne ex inſtitutione Aquiliana pronepos heres eſſe poſſit, qui tamen non niſi ſub ea cõditione inſtitutus erat ſi filius & nepos viuo teſtatore morerentur. In quo obſeruare licet vt hoc etiã obiter adnotemus, fauorabilius eſſe teſtamẽtum quod poſthumi agnatione ruptum eſt, quàm quod ſucceſſione filij iam teſtamenti tempore ſuperſtitis. Ille enim ſi viuo teſtatore moriatur, non impedit quominus bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas ſeptẽ teſtium ſignis ſignatas ex Prætoris edicto competens iure ordinario, ſit cum re & effectu propter Hadriani conſtitutionem d.l.poſthumus. Hic verò etſi non impedit quominus bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas detur, impedit tamen ne ea cum re & effectu eſſe poſſit, quoniam Hadriani conſtitutio caſum hunc complexa non eſt, neque ex rationis ſimilitudine complecti debuit. Quamquam enim vtrumque teſtamentum ab initio valet quandiu agnatione aut ſucceſſione ruptũ non eſt, attamen, vt ſuperiore capite iam attigimus, multò magis imputari poteſt ei qui iam natum nepotem licèt nondum in primo gradu conſtitutum præteriit, quàm qui poſthumum quem fortaſſe nunquã naſci continget, quique per obliuionem potius quàm per impietatem à patre præteritus credendus ſit, vt de parentum erga liberos voluntate piè ſemper & humaniter quantùm fieri poteſt ſuſpicemur. Itaque non poſſum nõ mirari tot interpretum & antiquiorum & recentiorum ingenia, ſcribentium Scæuolam in d. §. idem credendum, de iuris ciuilis ratione tantùm, non etiam de vi & effectu teſtamenti diſputare, neque negare quin rupto per nepotis ſucceſſionem teſtamento, ipſóque nepote deinde præmortuo dari debeat bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re pronepoti inſtituto. Quaſi verò exiſtimandum ſit Scæuolam ea omnia admiſiſſe quæ diſertis verbis non negauerit. Quòd ſi Hadriani conſtitutio quæ de teſtamento per agnationem poſthumi rupto locuta eſt, ad eum caſum extendi nequit quo per nepotis ſucceſſionem teſtamentum ruptum ſit, multò minùs extendi poterit ad teſtamentum iniuſtum in quo filius iam natus iámque primum ſuitatis, vt ita dicam gradum occupãs præteritus fuerit, tametſi idem poſteà viuo patre deceſſerit, ſiue inſtitutus ſit agnatus proximus, ſiue extraneus. Idque ita eſſe vel ex eo maximè conſtat quod Hadriani cõſtitutio potiorẽ cauſã facit heredis ſcripti

quam

quãtumlibet extranei, quam legitimi, quiſquis ille ſit, ſucceſſoris: Bartolus verò in eo caſu de quo diſputamus, hoc eſt filio iam nato præterito deinde antè patrem mortuo, non aliter ſcriptum heredem tuetur accommodata illi bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas cum re, quam ſi idem ille ſit ab inteſtato ſucceſſurus. Ita admittens quod & verum eſt longè minus fauorabile eſſe teſtamẽtum in quo filiusfamilias iam natus quàm in quo poſthumus præteritus eſt, non illa ſolùm ratione quòd hoc ab initio valuerit, illud ab initio nullum fuerit, ſed etiam quia filius iam natus non niſi per impietatem præteriri potuerit, poſthumus verò, vt dixi, interdum quoque per obliuionem. Fateor filiofamilias præterito antè patrem defuncto, poſſe ſcriptum heredem petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, quandoquidem & ſi patri filius ſuperuixiſſet idem admittendum eſſet, nec tantum fauore legitimi heredis inſtituti, ſed etſi extraneus ſcriptus proponeretur, vt ſuprà ex Vlpiano docuimus tit. 23. quemadm. teſtam. rũp. §. ſi ſeptem. Sed nego eam bonorum poſſeſſionem vllo caſu futuram cum re, immo erit ſine re vt idem Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, & tit. 28. de poſſeſſ. dan. l. § vltim. Nos verò de ea poſſeſſione ſecundum tabulas quæ cum re & effectu ſit, diſputamus. Ex quo Accurſij quoque ſententia, & interpretatio relelluur. Nam cum filius præteritus patri ſuperuixit, quantumcunque poſteà abſtineat, facere tamen non poteſt quominus ipſo iure ſtatim ab inteſtato heres ſit: ſicuti ſi ſcriptus fuiſſet ſtatim heres eſſet ex teſtamento, quamuis perinde poſteà abſtinere, ſi vellet, poſſet. l. 4. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. in ſuis D. de ſuis & legit. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus D. de fideic. libert. Neque igitur fieri illud poteſt vt propter abſtentionem ab inteſtato factam teſtamentum conualeſcat, ſiue ciuili iure, ſiue prætorio. Multò minùs autem vt bonorum poſſeſſio ſecundũ tabulas cum re detur ei cui lex duodecim tabularum partem duntaxat hereditatis ab inteſtato iam detulerit, aliam partem mox iure accreſcendi delatura ſi alius frater præteritus abſtinuerit. Planèque alia Papiniani ſententia eſt in l. filio præterito 17. hoc tit. qua bonus Accurſius in opinionis ſuæ confirmationem abutitur: cum nec de iure Prætorio, nec de bonorum poſſeſſione, ſecundum tabulas verbum vllum ſit apud Papinianum, qui proculdubio non de teſtamento iniuſto conualeſcendo, ſed de tuendis tantum libertatibus & legatis intelligit, & quidem ab inteſtato per oppoſitam doli replicationem, vt pluribus docuimus ſuprà. Et verò cum filius præteritus patri ſuperſtes fuit, fieri nequeat vt ſcriptus heres ab inteſtato rem auferre poſſit. Nam ab inteſtato primæ ſemper partes filij præteriti, vel in aſſem ſi fratres noo habeat, vel in partẽ ſi alij fratres concurrant. Adeò vt eo quoque remoto ſi fratres nulli ſint, nihilo magis agnatus proximus admittatur iure vetere inſpecto, ſed fiant bona vacantia, quia nec in ſuis, nec in agnatis erat ſucc. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. §. placebat Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. Fratribus autem exiſtentibus accreſcit quidem præteriti portio ſi abſtineat, ſed non illi ab inteſtato, quoniam abſtinenti delata fuerat ab inteſtato, vt appareat ab inteſtato quoque proprias eos portiones habuiſſe, alioqui inter eos ex diuerſo iure ſuccedẽtes ius accreſcendi locum non haberet l. ſed cum patrono 6. D. de bon. poſſ. Ideòque nimirum Papinianus in d. l. filio, de fratribus inſtitutis loquitur, non de extraneis aliiſue proximioribus agnatis. Atqui, dicat aliquis, quãtumuis filio præterito lex deferat hereditatem ab inteſtato, verumtamen eſt quod & nos confeſſi ſumus poſſe ſcriptum heredem petere poſſeſſionem ſecundum tabulas ſi ſeptẽ teſtium ſignis ſignatæ ſint. Quid ergo eſt quod prohibeat quominus ea poſſeſſio quæ ſine re futura erat ſi præteritus iure ſuo vti voluiſſet, euadat in bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas cum re, filio ipſo abſtinente & iudicia patris adprobante? Ego verò iam ſatisfeci cum dixi filij approbationem & voluntatem facere non poſſe quin ipſe ab inteſtato heres ſit ipſo iure proportione hereditaria, & conſequenter implicare contradictionem vt poſteà abſtinente eo ab inteſtato teſtamentum conualeſcat. Lex igitur ipſa eſt quæ ſcripto heredi & hereditatis & poſſeſſionis commodum aufert vt legitimo heredi idipſum deferat, atque ita impedit omnino ne bonorum poſſeſſio ſecundũ tabulas petita cum re eſſe poſſit. Et hoc quidem ad Accurſij ſententiam conuincendam ſatis eſt. Sed ſi pro Bartolo pertinaciùs pugnare velis, adhuc inſtare ex eo poſſis, quod cũ filius præteritus viuo patre deceſſit, numquam ei ab inteſtato deferri potuerit patris hereditas, quæ ſcilicet poſt mortem tantùm defertur, videaturque hic caſus illi ſimillimus de quo Hadrianus reſcripſit. Verùm reſpondeo, paternam quidem hereditatem ab inteſtato deferri non poſſe filio qui antè patrem mortuus ſit, ſed non eò minùs ab inteſtato deferri aliis fratribus etiam inſtitutis, etiam inuitis, adeóque ſi fratres non ſint, proximioribus agnatis, ob idque acquirendæ aut retinendæ ex teſtamento ſiue hereditatis ſiue poſſeſſionis rationem nullam ſupereſſe. Dices idem quoque in Hadriani ſpecie tractari poſſe, nec enim Hadrianum fecisſe aut facere potuiſſe quominùs rupto per agnationem poſthumi teſtamento legitima hereditas agnato proximo deferatur, & tamen non obſtante eo conſtituiſſe Hadrianum vt ſcriptus heres quilibet, etiam extraneus, petita ſecundum tabulas poſſeſſione rem obtineret. Fateor: ſed ſi in eam rem neceſſariam fuiſſe vides Hadriani conſtitutionem quæ de poſthumo tantùm locuta eſt, cur idem ſine vlla conſtitutione admittis filio iam nato præterito licèt prædefuncto? Præſertim cum duplicem illam diuerſitatis cauſam animaduertas & quia filij iam nati præteritio ſit odioſior, & quia teſtamẽtum ipſum vel hoc ſolo minùs fauorabile quòd ab initio non valuerit. Aut ſi ad hunc quoque caſum Hadriani conſtitutionem protrahere audeas, cur non illud etiam admittis, vt illa bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, cum re detur cuicũque ſcripto heredi licèt extraneo? Cur meliorem facis hac parte conditionem legitimi heredis quàm extranei contrà quàm Hadrianus fecerit? At iterum fortaſſe obiicias (video enim te ſubtilem agere) in ſcripti heredis extranei perſona neceſſariam fuiſſe conſtitutionem, vt legitimi heredis ius perimeretur qui alioquin hereditatem ſcripto heredi ab inteſtato ablaturus erat, & ita impediturus ne bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ab eo agnita cum re & effectu eſſe poſſet. In perſona verò legitimi heredis eiuſdémque inſtituti qui ſecundùm tabulas petierit nõ fuiſſe neceſſarium conſtitutionis auxilium, quia ſibi ipſi hereditatem ille euincere nequeat. Imò, verò, inquam, ſibi ipſi euincit ille, etiam inuitus & ignorans, quia & inuito & ignoranti lex defert hereditatem ab inteſtato quo inſtanti paterfamilias moritur cuius teſtamentum aut iniuſtum, aut ruptum, aut irritum fuit. Igitur non minùs hoc quàm illo caſu neceſſaria fuit conſtitutio ad inducendum, vt legitimus heres iniuſto teſtamento ſcriptus petitam bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cũ re habere poſſit, quia prorſus iſta repugnãt, vt iure

bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas heres rem obtineat, & vt idem ille ab inteſtato heres ſit. Adhuc vrgebis, & obiicies negari non poſſe quin hereditate quoque ab inteſtato delata peti nihilominus poſſit bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas dummodò ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, idque verum eſt. Cur non ergo erit cum re ſi nemo ſit qui rem ab inteſtato auferre poſſit? Reſpondeo quod iam dixi quia ille ipſe ſibi euincit, rémque aufert ab inteſtato, &, vt te doceam apertiùs, poſſeſſio illa quæ ſecundùm tabulas petita fuerat, tranſit in poſſeſſionem inteſtati, non ſecus acſi hic bonorum poſſeſſor teſtatoris voluntatem non haberet, vel quia inciſæ eſſent tabulæ vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutaſſet, vt eleganter idem Vlpian. noſter tractat in l.1.§.penult. D.ſi tabul.teſtam. null. extab. Quoties enim poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re dari non poteſt, nec tamen illi qui eam petiit res auferri poteſt, amittit priſtinum nomen poſſeſſio, & quæ ſecundùm tabulas erat, alio iure & nomine cenſeri incipit. Sic dicimus, vno ex liberis ſiue ſuo, ſiue emancipato inſtituto, alio verò emancipato præterito & edictum committente, ſi poſſeſſio ſecundùm tabulas petita ſit per inſtitutum, poſteà verò contrà tabulas per præteritum tuendum à Prætore eum qui ſecundùm tabulas petierat, ad eam vſque partem ex qua fuit inſtitutus ſi tamen non eam excedat quam per contrà tabulas beneficio fratris præteriti petere potuiſſet. An vt iure poſſeſſionis ſecundum tabulas eam portionem retineat? Minimè. Petita enim contrà tabulas poſſeſſione quæ tabulas reſcendit, & quantùm Prætoris imperio fieri poteſt, irritas facit, fieri non poteſt vt ſuperſit ius petendæ aut retinendę ſecundùm tabulas poſſeſſionis. Sed quoniam reſciſis tabulis per contrà tabulas Prætor tuetur legata quæ liberis parentibúſque relicta fuerant ex edicto de legatis præſtandis, eodem iure tuetur portiones hereditario titulo relictas, id eſt exemplo legatorum à quibus nec alia in re differunt in propoſito, niſi quòd cùm æquè honeſto titulo deferantur, pleniore tamen honore tribuuntur l.filium 5. §.ſed etſi portio de legat.pręſtand.l.Saluius 6 cum ſeqq.l.is qui 15.§.ſed ſi vnus in fi.& §.ita ante eod.tit. Sic itaque refutatis Accurſij & Bartoli interpretationibus, ſupereſt vt coniecturam noſtram breuiter aperiamus. Arbitramur autem quod Vlpianus ſcribit, idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum dicendum eſſe ſi bonorum poſſeſſio data ſit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit, non ſic accipi debere quomodo plerique omnes putant, vt his caſibus bonorum poſſeſſio cum re detur ſcripto heredi qui idem ſit legitimus, ſed ita vt perinde acſi ex teſtamento ſuccederetur, legata & fideicommiſſa omnia debeantur, de quibus proximo illo verſiculo dixerat, *Idcircóque legatarij & fideicommiſſarij habebunt ea quæ ſibi relicta ſunt ſecuri*. Id enim conueniens eſt Papiniani ſententiæ in d.l. filio præterito, vbi eam ſpeciem tractans quæ difficilior videbatur de ſuo herede præterito patri ſuperſtite & ab inteſtati ſucceſſione abſtinente, nihilominùs fratres ab inteſtato hereditatem totam poſſidentes legata ex æquitate debere ait. Multò igitur magis debere ea æquum eſt ſi filius præteritus viuo patre deceſſerit, totáque hereditas ab initio & vnica delatione aliis fratribus inſtitutis aut agnatis proximis delata eſt. Nihil enim inter hos caſus intereſt niſi quod filio patri ſuperueniente nullus agnatis proximis locus eſſe poteſt, etiam ſi filius præteritus abſtineat, ſiúntque bona vacantia, quia, vt ſæpiùs dictum eſt, in ſuis & agnatis non eſt ſucceſſio. Quam ob cauſam Papinianum in d.l.filio de fratribus tractare monuimus, non quòd ita ſpecies ex facto incidiſſet, ſed quia in aliis quàm fratrum perſonis quæſtioni locus eſſe non poterat: filio autem prædefuncto nullis fratribus relictis, locus fit agnatis ex ordine ſuccedendi ab inteſtato l.s.2.& paſſ.de ſuis & legit. Vlp.verò noſter hoc loco vt caſus omnes comprehenderet, ſic generaliter locutus eſt, *ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit*, nulla liberorum aut agnatorum mentione facta, ne alioqui ſi aut de liberis tantùm aut de agnatis quoque locutus fuiſſet eum ſolũ caſũ cõprehendiſſe videretur, quo filius præteritus aut antè aut poſt patrẽ deceſſiſſet. Illud ergo duntaxat requirit ad obligandum ex æquitate legatis pręſtandis heredem ſcriptum qui ab inteſtato hereditatem poſſidet, vt rem ab inteſtato habeat, id eſt totam hereditatem quam ex teſtamento ſi valeret, erat habiturus. Videtur quidem prioribus illis verbis, *ſi bonorum poſſeſſio data fuerit*, illud etiam requirere vt bonorum poſſeſſio petita ſit, & quidem ſecundum tabulas (nam petita poſſeſſione contrà tabulas conſtat non niſi exceptis perſonis legata deberi tuitione Prætoria, petita verò vnde liberi nulla prorſus deberi) ſed credendum eſt ea verba non tam ex neceſſitate & pro conditione adiecta eſſe quàm per occaſionem vt verſiculus hic ſpeciei priore loco propoſitæ magis conueniret in qua mentio facta erat bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas petitæ. Cæterum præter id quod Papinianus in d.leg.filio hac vna ratione mouetur vt fratres ab inteſtato ſuccedentes legatorum præſtationi obliget, quòd totam hereditatem poſſideant. Illud etiam conſtat nullam hic agnitæ ſecundum tabulas poſſeſſionis rationem haberi poſſe, cum eam ſine re eſſe & in poſſeſſionem inteſtati conuerti neceſſe ſit d.l.1.§.pen.vnd.lib. Quæ ratio etiam facit vt non fuerit hoc caſu neceſſarium auxilium conſtitutionis Hadriani ad tuendum heredem ſcriptum aduerſus ſeipſum, cùm idem ſit & ſcriptus, & legitimus heres. Nec rurſus ad confirmandam poſſeſſionem ſecundùm tabulas vt fieret cum re quæ ſine re erat, cùm nihil interſit ſcripti heredis, an ea ſit cum re, an ſine re, quando ab inteſtato hereditatem totam retinet. In priore ſpecie, hoc eſt rupto per agnationẽ poſthumi teſtamento in quo extraneus ſcriptus fuerat, neceſſarium fuit auxilium conſtitutionis non vt daretur heredi ſcripto poſſeſſio ſecundum tabulas, ſed vt ea poſſeſſio eſſet cum re, ne legitimus heres alioqui iure ſuo vſus hereditatem ſcripto heredi euinceret. Itaque valde nouus & ſingularis ille caſus eſt in quo bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas cum re datur ex teſtamento rupto in præiudicium legitimi heredis cui lex ab inteſtato detulerit ſucceſſionẽ. Quòd ſi fingeres in eadem ſpecie non extraneum ſed legitimum heredem ſcriptum fuiſſe, dicerem non fore locum conſtitutioni. Quid enim neceſſe erat vt legitimus heres petita ſecundum tabulas ruptas poſſeſſione rem obtineret, quam vtique ſuo iure ab inteſtato obtinere poſſit? Sanè quod ad legata & fideicommiſſa tuenda pertinet, clariſſimum eſt nihil Hadrianum cõſtituiſſe. Fateor citrà eam conſtitutionem futurũ fuiſſe vt extraneo ſcripto herede legata intercidiſſent, quia neque à ſcripto herede peti potuiſſent cuius poſſeſſio ſine re fuiſſet, neque à legitimo herede qui iure ſuo & contrà defuncti voluntatem hereditatem obtinuiſſet. Sed ita conſtituto iure vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ab extraneo inſtituto agnita cum re eſſet, illud etiam cõſequens fuit vt idem ille ad legatorum præſtationem obligaretur. Nam & idem eſt, id eſt, Perinde legata & fideicommiſſa debentur

G

ſi bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas petita ſit ſine re, dummodo ab eo petita qui hereditatē ab inteſtato habere poſſit. Quidni verò? Cùm & ſi nulla prorſus poſſeſſio petita ſit, ſed merè ab inteſtato ſuccedatur, legata nihilominus debeantur ab eo qui cùm in teſtamento, non dicam rupto, ſed quod magis eſt ioiuſto & inutili ſcriptus eſſet tantundem ab inteſtato conſecutus eſt quantum ſi teſtamētum valuiſſet. d. l. filio, ſicut & cum beneficio fratris præteriti inſtitutus, bonorum poſſeſſionem contrà tabulas accepit quam præteritus ipſe omiſit l. nonnunquam 14. de leg. præſt. Sicq. locum hunc ſanè perobſcurum explicandum exiſtimamus. Quem ita intellectū vt intelligi volumus apertiſſimum eſt nil pugnare, imò prorſus cōuenire cum eo quod ſcribit Scæuola in §. idem credendum, legis, Gallus. Ad cuius reliquam interpretationem redeamus.

Ad §. nunc de lege l. Gallus.

Capvt XVII.

EXpoſitis iis omnibus quæ ad Aquilianam formulam poſthumique nepotis ex iure antiquo inſtitutionem pertinent, tranſit Scæuola ad tractatū legis Velleæ, cuius duo fuerunt capita. Vnum quod permiſit inſtitui nondum natos, id eſt poſthumos etiam alienos dummodo ſui naſcerentur licèt viuo teſtatore. Alterum, quo prohibuit nepotes in ſui heredis locum ſuccedentes teſtamentum rumpere in quo vel inſtituti eſſent, vel exheredati. De primo capite tractat Scæuola hoc §. de ſecundo mox in ſequenti dicturus. Ac quoniam de primo nos quoq; iā ſatis multa diximus in ſuperioribus, erimus hîc breuiores. Poſthumum tanquam incertam perſonā aut, vt Theophilus loquitur, incertæ perſonæ ſimilem ex lege duodecim tabularū inſtitui non potuiſſe docuimus, poſteà verò ex prudentum interpretatione receptū eſſe fauore teſtamentorum, quę ſui heredis præteriti agnatione rumpi neceſſe erat, vt inſtitui is demum poſſet qui & ſuus, hoc eſt, ſi teſtamenti tempore naſceretur, inter ſuos heredes futurus, & teſtamentum io quo præteritus fuiſſet omnimodo ruptutus eſſet, prohibita duntaxat alieni poſthumi inſtitutione, itémque poſthumi ſui quem viuo teſtatore naſci contingeret. Neutrius enim inſtitutio neceſſaria videbatur, ob idque nec permittenda, vt à iuris veteris ratione quam minimum fieri poſſet recederetur. Siquidem alienus poſthomus teſtamentum nūquam rumpit, ſuus autē viuo teſtatore natus, etſi non eò minùs rumpit quòd viuo teſtatore natus ſit, rūpit tamen eo tempore quo neceſſitas nulla eſt ſubueniendi teſtamento, viuo ſcilicet teſtatore, qui aliud teſtamentum facere poteſt, ſibique & ſuis rebus ne inteſtatus decedat, proſpicere. Hinc illa primum nata dubitatio, qua ratione inſtitui poſſet Aquiliaous poſthumus, vtpote qoi teſtamēti & ipſius inſtitutionis tempore quod præcipuè inſpiciendum eſt, alienus videbatur nō ſuus. In eamque rem neceſſaria fuit ſubtilis illa Galli formula quæ ioduxit vt nō tātū in id tempus cōferretur poſthumi illius nepotis inſtitutio, quo eſſet ſuus, ſed vt ex eo quoq; tēpore duntaxat inſtitutus videretur. Inde rurſus alia difficultas, qua ratione fieri poſſet vt teſtamentorū ſecuritati prouideretur ne rumpi poſent agnatione poſthumi viuo teſtatore nati, ſi fortè contingeret, q plerique eueniebat, ne teſtamentum mutari poſſit, teſtatore fortaſſis peregrè agente & poſthumi natiuitatem ignorātē, aut ciuium Romanorum copiā nō habēte vt ſolēni teſtiū numero quos & ciues Romanos & maſculos puberes eſſe oportebat, teſtari poſſet. Huic verò incōmodo cùm ſine lege prouideri nō poſſet, manca ſcilicet Iuriſprudentum omnium ſubtilitate & auctoritate, neceſſarium fuit ferri legem Velleā cuius primo capite cōſtitutū eſt, vt non eo minùs inſtitutio poſthumi ſiue filij ſiue nepotis valeat, quòd eū poſteà viuo adhuc teſtatore naſci contigerit. Nulla tamen in eam rem præſcripta formula, quoniam lex quæ oouum hoc ius inducebat, perinde inducere poterat, imò verò longè faciliùs, vt eius poſthumi qui teſtamenti tempore alienus eſſet inſtitutio valeret, præſertim cum ea adiectione, *ſi modò ſuus naſceretur.* In eóque multos errare video exiſtimantes, exemplo Galli Aquilij Velleum quoque qui hanc legem rogauit certam formulam præſcripſiſſe inſtituendi poſthumi viuo teſtatore naſcituri. Tantum enim abeſt vt id fecerit, faceréue debuerit, vt potiùs Aquilianæ formulæ vſum qui anteà neceſſarius erat, ferè abrogauerit. Nam cùm antè legem Velleam neceſſe eſſet quoties poſthumus inſtituebatur mortis mentionem fieri, ne is quoque inſtitutus videretur, quem viuo teſtatore naſci contingeret, mortis autem caſu expreſſo is omnino excluderetur quo poſthumus viuo teſtatore natus eſſet, neceſſe fuit, poſt legem Velleam à formulæ Aquilianæ præſcripto hactenus recedi, vt vel purè poſthumus inſtitueretur neutrius caſus, vitæ vel mortis habita mentiooe, vel vterque caſus exprimeretur, ne alterutro tantùm expreſſo poſthumus in contrarium caſum natus quaſi præteritus teſtamentum rumperet l. commodiſſimè 9. ſup. h. t. Aquilio neceſſarium fuerat formulam conſcribere, quia non id egerat vt ius nouum faceret, quod nec facere potuiſſet, ſed taotùm vt doceret quomodo id quod erat in iure vetere vſurpari & ad vſum accommodari poſſet, quod ante eum ignorabatur. Duplex igitur ius nouum fecit Velleus primo legis capite. Vnum illud, vt inſtitui poſſit poſthumus ſuus viuo teſtatore natus. Alterum, vt etiam purè inſtitui poſſit is poſthumus qui teſtamenti tempore ſit alienus dummodò ſuus naſcatur. Idque eſt quod ait Scæuola: *velut viuis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum.* Nempe ſi vel in caſum vitæ inſtituti ſint, vel neutro expreſſo, ne obſtet dicta l. commodiſſimè. Subiicit autem, *& videtur primo capite eos ſpectare, qui cùm naſcerentur ſui heredes futuri eſſent*, Id eſt, Vt viuo teſtatore natus poſthumus vtiliter inſtitui poſſit nec rumpat teſtamentum, id duntaxat requirit, vt ſuus naſcatur, non etiam vt ſuus ſit eo tempore quo inſtituitur. Nam & verba legis id ſonant, quæ vt eſt fine §. talia fuerunt. *Qui teſtamentum faciet is omnis virilis ſexus qui ei ſuus heres futurus erit, &c. etiāſi viuo parente naſcatur.* Ex quo infert Scæuola, *Ergo*, ita. n. malo legere quàm vt vulgò, *& rogo, ſi filium habeas & nepotem, nondum natum tamen ex eo heredem inſtituas filius decedat mox viuo te naſcatur, ex verbis dicendum eſt, non rumpi teſtamentum: vt non ſolum illud primo capite notauerit, ſi nepos eo tempore inſtituatur quo filius non ſit, verùm & ſi viuo patre.* Sic námque legeodum eſſe iam inter doctos ferè omnes conuenit, ſublata dictione illa quæ ſtatim ſequitur, *naſcatur*, qua retenta ſenſus eſſet, valere ex lege Vellea poſthumi inſtitutionē qui nō tantùm teſtamenti ſed etiā natiuitatis tempore alienus eſſet, quod tamen & præcedentibus & ſequentibus repugnat. Nam quemadmodum teſtamenti tempus inſpici lex Vellea noluit, ita de eo poſthumo inſtituendo nominatim locuta eſt qui ſuus naſceretur: Quod & apertiùs docet Scæuola iis verbis ſequentibus: *quid enim neceſſe eſt tempus teſtamenti faciendi reſpici? cùm ſatis ſit obſeruari id tempus quo naſcatur.* Quæ tamen verba malè quidam ſic intelli-

gunt, vt quoties de ſuo poſthumo quærimus non teſtamēti ſed natiuitatis tempus reſpicere debeamus. Quod ſi verè diceremr, fruſtrà lex Vellea primo capite notaſſet ſolius natiuitatis habendam rationem. Et verò cōſtat ex iis quę diximus cùm de Aquiliano poſthumo tractaremus, quoties de ſuo poſthumo inſtituendo agitur, ſuum dici eum qui ſi teſtamenti tēpore nō tantùm conceptus eſſet, verùm etiam natus & editus inter ſuos heredes futurus eſſet, non quia eò minus naſci poſſit ſuus quòd teſtamenti tempore fuerit alienus, ſed quia cùm alieni poſthumi inſtitutio iure ciuili non valeret, prorſus conſequens ſit vt perinde inſtitui nequeat qui teſtamenti tēpore ſuus nō eſt, atque ſi nūquam inter ſuos futurus eſſet. Id enim cōueniens eſt iuris regulæ quæ habet teſtamēti cuiuſlibet validitatē ex eo potiſſimùm tempore quo factum ſit, æſtimandum eſſe, & eo quoque potiſſimùm tempore teſtamenti factionem cum herede ſcripto eſſe debere. Alioqui fruſtrà etiam Gallus laboraſſet in excogitanda formula, per quam poſthumus nepos inſtitui poſſet in eum caſum quo filius viuo teſtatore moreretur. Siquidem nemo dubitabat quin Aquilianus ille nepos ſuus naſceretur, totáque dubitandi ratio ex eo ſumebatur, quòd teſtamenti tempore patre eum præcedente, ſuus auo dici non poſſet, & conſequenter alienus illi eſſet. Velleus autem non in eo iuri ciuili derogare voluiſſe credendus eſt, vt cùm de inſtitutionis iure diſputatur, inſtitutionis & teſtamenti tempus inſpici non oporteat. (Id enim nimis apertè veteris & noui iuris regulam totúmque ius teſtamentorum ſubuerteret.) ſed vt inſtitui hodie poſſit poſthumus quilibet, ſiue teſtamenti tempore ſuus ſit, ſiue alienus, dummodo ſuus naſcatur, quia & quod ad periculum rumpendi teſtamenti attinet, nihil intereſt, an teſtamenti tempore poſthumus fuerit ſuus an alienus, dummodò naſcatur ſuus, cùm in eo qui agnatione rūpit teſtamentū ſolius agnationis tempus ſpectetur. Quo iure ſic conſtituto, dici nunc poteſt valere talem poſthumi inſtitutionem, ſiue teſtamēti ſiue mortis teſtatoris aut natiuitatis poſthumi tempus obſerues, quoniam vt anteà non valeret, illud tantùm faciebat, quòd talis poſthumus inſtitui non poſſet. Neque verò Scæuola comparat tempus faciendi teſtamenti cum tempore mortis teſtatoris, ſed cum tempore natiuitatis poſthumi, vt appareat non id illum agere, vt doceat ſpectandum non eſſe tempus teſtamenti de cuius viribus quæratur, ſed tunc tantùm inſpiciendum non eſſe teſtamenti tempus cùm quæritur an poſthumus ſit ſuus quod ad hoc vt inſtitui hodie poſſit. Nam alienum quoque poſthumum hodie inſtitui poſſe dummodo ſuus naſcatur. Sequûtur apud Scæuolam verba primi capitis legis Velleę quę iam nos ſupra retulimus, ſecundùm eam lectionem quæ ab Accurſio iam olim magis probata, à Cuiacio verò & recentioribus omnibus prorſus recepta eſt, retentis verbis illis, *etiamſi viuo parente naſcatur*, quæ vulgò ſic ante legebantur vt ſequentia §. initium facerent: decepto fortaſſis librario ob interiectam notā illam &c. quā tamen breuitatis & cōpendij cauſa interiectam eſſe volunt recentiores, ne longior eſſet Scæuola in referendis verbis legis ad eam rem de qua tractabat nihil pertinētibus. Nā & idem ab eo factū eſſe in §. videndū, hac ead. leg. Mihi tamen probabilius eſt adiectionem eſſe ſuperuacuam quæ ex imperiti alicuius interpretis gloſſa in textum irrepſerit, vt ſequenti capite probabimus. Cętera autem legis verba Goueanus in prioribus ad hanc legem commentariis pro arbitrio ſupplet poſt Alciatum, nec improbabiliter, hoc vno tantum reprehendendus quod in poſterioribus adiecit primum caput legis Velleæ non ad primi gradus poſthumos, ſed tantùm ad nepotes pertinere. Nam cùm verba illa legis ſint generalia, *qui ei ſuus heres futurus erit*, maiórque fuerit ratio prouidendi ne poſthumus primi gradus quàm ne nepos viuo teſtatore natus teſtamentum rumperet, cur non & filios æquè ac nepotes lege Vellea comprehendi admittamus? Idque apertè ſcriptum eſt in l. 3. §. j. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam. aliiſque locis omnibus quibus agitur de filio poſthumo inſtituto vel purè, hoc eſt nō expreſſo caſu mortis vel in vtrumque caſum ſiue viuo ſiue mortuo patre naſceretur d. l. commodiſſimè. l. ſi ita ſcriptum 47. §. j. de hered. inſti. Neutrum enim antè legem Velleam licebat. Fefellit Goueanum quod ab Vlpiano ſcriptum vidit in l. ſed ſi condicioni 6. §. j. de hered. inſti. *nepotes & deinceps cæteri qui ex lege Vellea inſtituti non rumpunt teſtamenta.* Sed animaduertere debuit locum illum non niſi ad ſecundum caput legis Velleæ pertinere, quo ſanè de ſolis nepotibus & pronepotibus non etiam de filiis actum eſt, quia filij primi gradus non poſſunt rumpere ſuccedendo cùm in primo gradu conſtituti nec habeant cui ſuccedant. Illud ſanè rectiùs Goueanus quàm Cuiacius, legis verba ſic legenda eſſe *is omnis virilis ſexus*, non *is omnes*. Neque enim de filiæ aut neptis minùs quàm de filij nepotíſue inſtitutione ea lege prouiſum eſt, vt apparet ex d. l. ſi ita ſcriptum 47. §. j. de her. inſti. Et quamuis verum ſit quod Cuiacius ait differentiam olim fuiſſe inter poſthumos & poſthumas, quòd poſthumi nominatim exheredandi erant, poſthumæ verò inter cæteros quoque exheredari poterant dummodò cum adiectione legati §. poſthumi quoque Inſt. de exhered lib. l. vlt. §. vlt. C. de liber. præter. Attamen quòd ad inſtitutionem inſtituendíque aut exheredandi neceſſitatem nulla erat differentia. Lex autem Vellea de inſtitutione potiſſimùm tractauit. Non inficior tractaſſe etiam per occaſionem de exheredatione vt Vlpianus non obſcurè ſignificat in d. l. 3. §. j. de iniuſt. rupt. Sed non iis verbis quæ Scæuola in hoc §. interpretatur, in quo tractat de nepote inſtituto. Nihilque vetat pluribus verbis conſcriptam legem, & aliter locutam cùm de inſtitutione egit, aliter cùm de exheredatione. Certè illa quæ ſequuntur *qui ei ſuus heres futurus erit*, oſtendunt manifeſtiſſimè præcedentia quoque in ſingulari non in plurali numero legenda eſſe. Niſi malis cum Cuiacio ſic emendare vt legas in plurali *qui ei ſui heredes futuri erunt*, quod tamen minùs probabile eſt. Igitur verba illa *virilis ſexus*, non aliam ob cauſam adiecta videri debent, quàm ad excluſionem poſthumorum ex fœminis viua matre natorum, qui licèt præteriti ſint non tamen rumpunt matris teſtamentum, propterea quòd eorum præteritio pro exheredatione habeatur. Ideóque nec ad legem Velleam pertinent, quæ de eorum duntaxat poſthumorum inſtitutione aut exheredatione locuta eſt qui præteriti rumperent. Vt mirer virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium ſcripſiſſe fœminam Velleanum poſthumum habere poſſe. Quaſi verò Velleanus poſthumus dici debeat quiſquis viuo parente naſcitur, ac non is demum qui & ſuus naſcitur, & viuo parente. Fœminæ autem ſuos heredes non habent l. illud 4. §. ad teſtamenta D. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. nulla fœmina 13. de ſuis & legit.

Quid noui inductum ſit ſecundo capite legis Velleæ.

CAPVT XVIII.

Seqni

SEquitur alterum caput legis Velleę longè pluribus & maioribus difficultatibus intricatum. Illud enim primùm obſcuriſſimum eſt necdum ab vllu interprete, iudicio meo, intellectum, Quidnā hoc capite lex Vellea induxerit, deinde cur eius prouiſio ad teſtamentorū validitatē neceſſaria fuerit. Quamquam enim huius §. initio Scæuola apertè ſcribit, ſequenti parte legis Velleæ inductū eſſe vt ſuccedentes nepotes aut pronepotes in locum liberorum nō rumpant teſtamentum, dubitatio tamen ex eo naſcitur, quod in §. ille caſus hac ead. leg. idē Scæuola monet, nō aliter legi Velleæ hac parte locum eſſe quàm ſi is qui in filij locum ſuccedit vtiliter ſit inſtitutus. Præcedera enim debere vtilem inſtitutionem. Qua porrò pręcedēte quid neceſſe erat conſtitui aut prohiberi ne vtiliter inſtitutus nepos ſuccedendo in locum filij teſtamentum aui rumperet? An alij rumpere ſolent quàm qui ſunt præteriti? Rurſus quis præteritum dicat eum, qui ſit inſtitutus & quidem vtiliter? hoc eſt eo modo quo fieri inſtitutionem ius pręcipit, nominatim ſcilicet, ac prima teſtamenti parte. Itaque non poſſis illud primùm dicere quod nimis imperitè quidam putant, inductum eſſe per legem Velleam vt nepotes aut pronepotes iam nati teſtamenti tempore (de his ſiquidem ſolis non etiam de poſthumis aut de liberis primi gradus ſecundo capite agitur) inſtitui poſſent. Id enim iam olim licebat, & generale erat vt quiſquis iā natus eſſet inſtitui heres poſſet, ſi modò cum eo teſtamenti factio eſſet: cum nepotibus autem & pronepotibus auum teſtamenti factionem habuiſſe vel ex eo conſtat, quòd ſi præteriti eſſent rumpebant ſuccedendo, ob idque prouidendum fuit ne rumperent. Idque diſertis verbis Scæuola noſter teſtatur in d. §. ille caſus, *Poſteriore*, inquit, *capite non permittit inſtitui, ſed vetat rumpi*, differentiam oſtendens inter duo illa legis Velleæ capita, quorum priore inductum fuiſſe apparet vt inſtitui poſſent poſthumi ſiue liberi ſiue nepotes qui viuo teſtatore naſcerentur, quos anteà nullo iure inſtitui potuiſſe diximus in ſuperioribus, & Scęuola quoq; notat in d. §. ille caſus, iis verbis, *quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat*. Sed neq; illud dici poteſt poſteriore legis capite inductū eſſe vt nepotes iſti aut pronepotes inſtitui neceſſariò deberent. Etenim ſi ſint præteriti, non tamen faciunt iniuſtum teſtamentum, non ſolùm quòd non ſint ſui quamdiu à patre anteuertuntur, verùm etiam quia ſi iuris veteris rationem inſpicias, tametſi teſtamenti tempore primum gradum teneant in familia patre iam mortuo, nihilomagis inſtituendi ſunt aut exheredandi ne vel iniuſtum faciant vel rumpant, ſed habent tantùm ius accreſcendi exemplo filiarum, quod nos pluribus comprobauimus & explicauimus ſuprà. Quòd ſi cùm eos pater teſtamenti tempore præcederet, poſteà viuo auo pater deceſſerit, atque ita in parentis eiuſdémque ſui heredis locum ſucceſſerint, rumpunt quidem ſuccedendo etiam hodie ſi ſint præteriti. Verùm & iam olim antè legem Velleam rumpebant tametſi fuiſſent inſtituti, vt mox dicemus. Porrò quo iure rumpebant, niſi quia inſtitui eos neceſſariò vel exheredari oportebat? Denique non iubet lex Vellea eos inſtitui ne rumpant, ſed prohibet rumpere ſi ſint inſtituti, ſupponens quaſi in neceſſarium antecedens vtilem præcedere ipſorum inſtitutionem. An igitur induxit vt nepotes præmortuis parentibus in eorum locum ſuccedant? Ita putat vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, ſecutus errorem Alciati lib. 3. paradox. cap. 19. Vterque deceptus verbis legis quæ ſic expreſſa ſunt in §. videndum J. *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus eſſe deſierit, liberi eius &c. in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto.* Plus putant eadem lege inductum eſſe vt nepotes iſti non tantùm in præmortuorum parentum locum ſuccederent, ſed etiam ſuccedendo rumperent ſi præteriti eſſent. Quam in ſententiam mouetur præcipuè Alciatus ex Iuſtiniani conſtitutione in l. ſi quis filium 34. Cod. de inoffi. teſtam. illis verbis, *vt neque ex lege Vellea poſſit in locum patris ſui ſuccedere, & reſcindere teſtamentum.* Ego verò nihil improbabilius dici poſſe exiſtimo. Conſtat enim iam antè legem Velleam ita ius fuiſſe vt præmortuis liberis primi gradus nepotes in eorum locum ſuccederent, idque non tam iuris quàm naturæ poteſtate, & naturali quodam ordine, qui nec legis auxilio indigebat vt induceretur, nec vllius legis autoritate impediri poterat ne fieret. Quid enim tam naturale quàm præmortuo filio qui primum gradum tenebat ſuccedere nepotem in eius locum eundémque gradum occupare? l. j. §. ſi filius de ſuis & legit. Et ob eam nimirum cauſam rumpebant nepotes iſti aui teſtamentum, adeò vt ne in poſterum rumperent, fuerit neceſſarium legis Velleæ auxilium, non ſufficiente prudentum autoritate ad iuris ciuilis aſperitatem quātacumque æquitate ſuadenta temperandam. Illud verò quàm abſurdum eſt dicere, inductum hac lege vt ſucceſſione nepotis in locum ſui heredis rumpatur teſtamentum, præſertim verò, ſi, quod adhuc ineptius eſt, cùm eodem Alciato putes antè legem Velleam & Galli Aquilij temporibus ita ius fuiſſe vt nullo caſu nepos aui teſtamentum rumperet, nec ſi viuo auo pater prædeceſſiſſet. Quaſi verò legis propoſitum fuerit vulnus inferre, ac non potiùs id quod iuris veteris ratio & ſcrupuloſitas intulerat curare. Alioqui nonne conſultius fuiſſet & teſtamentis fauorabilius nullam ea de re legem referri? Aut quid fauore teſtamentorum inductum videri poteſt per legem Velleam hoc ſolo quòd prohibuit ne inſtituti nepotes ſuccedendo rumpant ſi eadem lex conſtituit vt ſuccedant & ſuccedendo rumpant præteriti, qui anteà nec ſuccedebāt, nec præteriti quoque ſuccedendo rumpebant? An non ſi ita eſſet, comparare oporteret legem hanc Peliadi haſtæ? de qua ſic Poëta quodam loco,

> *Vulnus Achillæo quod quondam fecerat hoſti*
> *Vulneris auxilium Pelias haſta tulit.*

Enimuerò ſi antè Velleam nepos in præmortui parentis locum non ſuccedebat, nec ſuccedendo rumpebat, quid obſecro neceſſaria fuit ſubtilitas Galli Aquilij ad excogitandam dictandámque formulam per quam poſthumus nepos vtiliter inſtitueretur? Admitto equidem Gallum Aquilium tractaſſe de concipienda inſtitutione nepotis qui ſi præteritus eſſet agnaſcendo non ſuccedendo teſtamentum ruptutus erat, quia cùm non poſſet ſuccedere eo ipſo inſtanti quo pater decederet, vtpote qui nondum eo tempore natus eſſet, priuſque naſci eum quàm in parentis locum ſuccedere oporteret, agnationi ſui heredis potiùs quàm ſucceſſioni imputandum erat quòd aui teſtamentum rumperet. Cæterùm nec alia ratione rumpebat agnaſcendo quàm quia ſuus heres eſſet, neque rurſus alio intuitu ſuus heres dici poterat quàm quòd in ſui heredis præmortui locum ſucceſſiſſet, primúmque in familia gradum natiuitatis ſuæ tempore vacuum reperiſſet, ideóque & interdum ſuccedendo rumpere dicitur, qui rumpit agnaſcendo, leg. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater. de iniuſt. rupt. d. leg. j. §. ſi filius D. de ſuis & legit. Iunct. §. interdum eiuſdem legis. & ex contrario quoque qui ſuccedit quaſi nunc primùm agnaſcatur poſthumi loco eſſe dicitur

in l.poſthumorũ 14.de iniuſt.rupt. nec admitti poteſt quod Alciatus ait,ea quæ circa Galli formulam tractat Scæuola de teſtamẽto per nepotis poſthumi præteritionẽ rumpendo non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat,ſed ad legem Velleam referri debere. Nam imò vero multos caſus tractat Scæuola quos negat ad legem Velleam pertinere, & in quibus tamẽ fatetur ruptum iri teſtamẽtum præteritione nepotis poſthumi,niſi vel ex ſententia legis Velleæ, vel qua alia ratione & interpretatione defẽdatur,vt in §.& quid ſi tãtùm,& §.quid ſi qui filium. Et apertiùs in §. ſi eius,an nõ quærit Scæuola, vtrum caſus quem eo loco tractat ad legẽ Velleã reſpiciat,an ad ius antiquum aptãdus ſit,id eſt ad illud quod antè legẽ Velleã obtinebat,& Galli temporibus:itémq;an poſſit vel ex iure antiquo vel ex lege Vellea inſtitutus nepos non rũpere? Quorſum vero iuris antiqui meminiſſe debuit,& ſubiicere nihil referre an ex iure antiquo,an ex lege Vellea nepos excludatur,ſi ita ius erat ante legem Velleam,vt teſtamẽtũ rũpere etiã præteritus nõ poſſet? Aut quid attinebat diſputare an inſpecto iure antiquo vtiliter inſtitutus eſſet nepos ſi præter iri impunè poterat? Quod autẽ idẽ Alciatus addit,nõ alia de cauſa Gallũ prodidiſſe formulam de inſtituẽdo poſthumo nepote, quàm quòd abſurdũ & iniquũ putaret, excludi eum ab aui hereditate,nónne pluſquàm ridiculũ eſt? Si quidẽ Galli formula nõ minùs ad exheredãdũ,quàm inſtituẽdũ nepotẽ poſthumũ pertinet,cùm æquè poſthumus ac filius iã natus exheredari poſſit ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore naſcatur l. 3. in princip. & §. ſed etſi ſit & §.nominatim.D.de iniuſt.rup. Quòd ſi poſthumus filius,cur nõ & poſthumus nepos? Deinde quis neſciat quod iam nos in ſuperioribus iã ſæpe inculcauimus poſthumi inſtitutionẽ iure vetere & duodecim tabularũ permiſſã nõ fuiſſe,poſteà verò ex prudentum interpretatione eatenus duntaxat inductam , quatenus teſtamentorum fauor & neceſſitas poſtularet, id eſt ratione poſthumi ſui,cuius præteritione periculum erat ne ſi naſceretur rumperet teſtamentum? Proinde ſi cum Alciato defendas poſthumum nepotem Galli temporibus, & antè legem Velleam , nec in locum parentis ſui præmortui ſuccedere, nec teſtamentum rumpere potuiſſe,illud quoque fateri te neceſſe erit,non potuiſſe Gallũ inducere vt poſthumus hic nepos inſtitui poſſet, nõ magis quàm vt alieni poſthumi inſtitutio valeret , aut ſui qui viuo teſtatore naſceretur: nec minùs illo caſu,quàm illis neceſſariũ fuiſſet auxilium legis Velleæ aut alterius ad conſtituendum vt cum poſthumo nepote teſtamenti factio eſſe inciperet. Poſtremò non poſſis negare,quin iam ipſius Galli temporibus poſthumus hic nepos, quem Aquilianum dicimus, & ſuus & neceſſarius heres auo ab inteſtato futurus eſſet:nam & alienos quoque poſthumos legitimos heredes fieri non poſſe ex eiuſdem Galli ſententia obtinuerat l. penult. de legat. j. Debuit ergo iam tum neceſſariò inſtitui vel exheredari , ne teſtamentum rumperet. Fuit enim perpetua illa veteris iuris regula , Suum heredem aut inſtituendum eſſe aut exheredandum , alioqui teſtamentum vel ipſo iure nullum eſſe ſi ſuus heres iam natus ſit, vel rumpi agnatione ſi poſteà naſcatur. Eámque regulam conditio ipſa ſuitatis,vt ita dicam,euincit: cùm quiſquis ſuus heres eſt idem viuo & defuncto patrefamilias ſit dominus tametſi non ſit inſtitutus , niſi per exheredationem id illi dominium ablatum ſit l. in ſuis 11. D. de liber.& poſthum. Atqui fieri oon poteſt vt eo domino, id eſt herede exiſtente, alius quoque qui teſtamento ſcriptus fuit,heres ſit & dominus : alioqui eodem tempore duo eiuſdem ſucceſſionis heredes & domini in ſolidum eſſent , quod iuris ratio oon patitur,l.ſi vt certo 5.§.ſi duobus vehiculum D. commod. l.quod contra 141.§.vni duo de reg. iur. Alterutrum igitur euenire neceſſe eſt , vt vel ius ſuitatis rumpat vim teſtamenti , vel teſtamentum extinguat ius ſuitatis. Poſterius dici non poteſt, quia ius ſuitatis vt antiquius,& naturali quoque ratione ac æquitate ſubnixum , ita & potentius eſt , adeò vt neque per exheredationem prorſus extinguatur quemadmodum infrà docebimus. Prius ergo euenire,hoc eſt teſtamentum rumpi prorſus conſequens eſt. Ac ſanè tantum abeſt vt lex Vellea ſucceſſione aut agnatione poſthumi nepotis teſtamentum rumpi induxerit, vt ex contrario non ad alium finem lata ſit quàm confirmandorum teſtamentorum gratia,l. ſi hereditas 10. §. qui filium D.de teſtam. tute. Confirmat eoim hoc ipſo quod vetat rumpi,vt Scæuola loquitur in hoc §.& d.§. ille caſus. Exemplo,vt & Cuiacius fatetur, legis Corneliæ , quæ non alio ſenſu teſtamenta eorum qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt confirmare dicitur, quàm quia impedit ne fiant irrita per ſuperuenientem captiuitatem l.lex Cornelia 28.de vulg. & pupill. ſubſtit.l. lege Cornelia 12. D. qui teſtam. facer.poſſ. Quid autem tam contrarium confirmationi teſtamentorum , quàm ſi lege Vellea inductum ſit vt ſucceſſione rumpantur , quæ antea non rumpebantur? Eſtque in hanc rem textus non minùs elegans quàm apertus in l.2.§.1.de vulg.& pup. ſubſt. in illis verbis, *ita enim poſt legem Velleam ſuccedendo non rumpunt teſtamentum*, ſcilicet, vt præcedentia demonſtrant, ſi vel inſtituti ſint vel exheredati. An non enim probat is locus manifeſtiſſimè ante legem Velleam ita ius fuiſſe vt nepotes iſti ſuccedendo rumperent, quamuis vel inſtituti eſſent vel exheredati? Planè, quia non aliter teſtamenta rumpi lex Vellea prohibuit quàm ſi nepotes inſtituti vel exheredati proponerentur , non malè, licèt minùs propriè poſſis dicere lege Vellea ſuccedere , & ſuccedendo teſtamentum rumpere nepotem, qui nec inſtitutus ſit nec exheredatus. Quomodo Iuſtinianus aut Tribonianus potiùs more ſuo parum attendens ad verborum proprietatem ſermoniſque elegantiam locutus eſt in d.l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſt. vbi verba illa *ex lege Vellea* quæ Alciatum fefellerunt ſic proculdubio accipienda eſſe conſtat acſi pluribus ſcriptum eſſet *permittente lege Vellea*,aut ſi mauis apertius, *ſine impedimento legis Vellea*,vt in l. 2. C. de liber. præter. quo loco mirum eſt abuti etiam Alciatum vt errorem ſuum muniat, cùm vel ex illo ſolo , ſi alius nullus eſſet , concludere potius debuerit lege Vellea allatum impedimentum ne teſtamenta ſucceſſione rumperentur , non vt ille putat inductam rumpendi facilitatem facultatémque. Sic ex contrario ſi de primo legis Velleæ capite agatur quo permiſſa eſt poſthumi viuo teſtatore naſcituri inſtitutio , poſſit quis non malè id ipſum vſurpare , quod de ſecundo capite Scæuola ſcribit , prohibere legem ne teſtamentum rumpatur. Neque enim facit lex vt ab initio valeat inſtitutio poſthumi præſertim filij quem ſuum naſci prorſus neceſſe ſit, quique fortaſſis poſt mortem patris ſui naſciturus. Sed ſi viuo teſtatore eum contingat , ideóque talem apparere qui inſtitui non potuerit , facit lex vt inſtitutio quæ initio inſpecto in eo erat vt valere poſſet, nempe ſi poſthumus ille mortuo patre natus fuiſſet , omnimodo valeat neque ex euentu inutilis fiat, &, vt ita dixerim , rumpatur , ob id ſolum quod

poſteà

poſteà viuo teſtatore naſci poſthumum contigerit. Sed hoc ipſum ideò quia permittit eius quoque poſthumi inſtitutionem qui viuo teſtatore naſcatur, cùm anteà permiſſa non eſſet. Ergo & ſimiliter quamuis eadem lex ſecundo capite non permiſerit aut iuſſerit inſtitui nepotem qui in parentis locũ ſuccedere poſſit, ſed tantùm prohibuerit ne rumperet, ſi eſſet inſtitutus vel exheredatus, poſſit quis tamẽ non omnino inepte, licèt minùs propriè, cum Tribon. dicere ex lege Vellea rumpi teſtamentum ſi nepos hic ſit præteritus. Quaſi hoc ipſo quod prohibuit eum rumpere ſi eſſet inſtitutus vel exheredatus à contrario ſenſu permiſerit rumpere ſecundum id ius quod iam anteà obtinebat ſi eſſet præteritus. Iam ergo nihil eſt quod pro viris doctiſſimis afferri poſſit, præter verba illa legis Velleę quæ proponuntur in §. videndum, *in locum ſuorũ ſui heredes ſuccedunto*. Sed reſpõderi duobus modis poteſt. Primùm ita vt dicamus, quod ego veriſſimum arbitror, nõ eſſe verba hæc aut legis Velleæ aut Scæuolæ, ſed inepti interpretis de ſuo ſupplẽtis pro arbitrio quod Scæuola in referenda lege ex propoſito tacuerat, adiecta hac breuitatis nota *&c.* Mouet me quòd vix eſt vt ea nota in mediam clauſulã conferatur, ſed in finẽ duntaxat, cùm cętera quæ dici poſſent ad id de quo agitur nil pertinent. Scęuola verò in d. §. videndum, non de ſucceſſione aut ſucceſſionis in locum ſui heredis iure diſputat, ſed tantùm de interpretatione priorum verborũ legis, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*, vt ad eum §. docebimus. Nec poſſis obiicere, in §. præcedente, notam illam *&c.* in media quoque clauſula additam fuiſſe. Nam imò verò quæ ſequuntur, *etiamſi parente viuo naſcantur*, æquè puto eſſe inepti interpretis, cùm nec præcedentibus conueniãt, quę in ſingulari numero ſcripta ſunt, nec ad propoſitã eo loco quęſtionẽ pertineãt, quę nõ de illo erat, an viuo parente naſci oporteret liberos vt primo legis capite comprehenderentur, ſed de illo duntaxat, vtrũ natiuitatis tãtùm, an verò teſtamenti quoque tempus verbis legis demonſtratũ eſſet in deſignãda ſui heredis perſona. Quare necdum inter vulgares interpretes conuenit an adiectio illa huic an illi §. adſcribenda ſit, quia nullibi aut neceſſaria eſt aut accommodata: ſi quidem Scæuolæ ſatis erat priora legis verba expreſſiſſe: *Qui teſtamentum faciet is omnis virilis ſexus qui ei ſuus heres futurus erit*, &c. vt natiuitatis non teſtamenti tempus inſpiciendum eſſe oſtenderet. Mouet me ſecundò quòd hic quoque verſiculus de quo diſputauimus, *in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto*, ſuperioribus verbis legis nil conuenit. In quibus cùm ſcriptum ſit, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius* &c. ſequi debebat, *in locum ipſius ſuccedunto*. Cætera enim non ſolùm ſunt ſuperflua, ſed etiam incongrua vt nemo nõ videt. Tertiò moueor, quia defendi nullomodo poteſt ſucceſſionem nepotis in locum ſui heredis, qui ſuus heres eſſe deſierit, lege Vellea inductam eſſe, vt à nobis luce meridiana clarius probatum eſt. Denique quod ex hoc §. & §. ille caſus infr. aliiſque locis ſuprà citatis apparet legis verba non affirmatiuè, ſed negatiuè & per prohibitionem concepta fuiſſe, cùm pręcipuè id egerit hoc capite vt vetaret rumpi teſtamentum per ſui heredis ſucceſſionem. Ergo vel quæ proponuntur d. §. videndum poſt notam illam *&c.* ſunt irreptitia, quod apud me tam certum eſt quàm quod maximè, vel ſi vera eſſe voles, fatere ſaltem mãca eſſe, & mutila niſi addas quod præcipuum eſt, *ſuccedentes rumpunto*. Hincque altera ad ſuperiorem obiectionem reſponſio ſumi poteſt. Nam, vt maximè legis fuiſſe concedam verba illa, non eo minùs ſupplebo cætera quæ ex Scæuola aliiſque Iureconſultis ſupplenda eſſe appareat. Quamquam interpretis eſſe non legis facilè admittet qui tam multa alia, tota præſertim hac lege ex interpretum gloſſis ineptè in textum tranſlata eſſe animaduertet. Scio poſſe etiam dici, nec prorſus improbabiliter, eorum verborum, *in locum ſuorum heredum ſui heredes ſuccedunto*, hanc eſſe ſententiam, vt lex iubeat nepotes ſubintrare in locum liberorum, non tam quaſi ſuos vt rumpant, quàm quaſi heredes & quidem ſcriptos, id eſt teſtamentarios ne rumpant. Nam cùm lex Vellea prohibuerit ne ſuccedendo rumpant, illud quoque ab ea conſtitutum neceſſe eſt vt inſtituti ſuccedere poſſint ex teſtamento, qui ceſſante lege ex teſtamento non ſuccedebant. Sed emendatio noſtra probabilior eſt, vel eo maximè nomine, quod lex Vellea non tantùm de inſtituto nepote locuta eſt, ſed etiã de exheredato quem & prohibuit rumpere l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſtit. nec tamen fecit aut facere potuit vt exheredatus ex teſtamento heres eſſet, quamuis non eò minùs in patris præmortui locum ſuccedat nepos quòd ſit exheredatus: propter quam cauſam & antè legem Velleam exheredatus æquè ac inſtitutus rumpebat. Refellendi quoque nobis ſunt ij qui ſcribunt Velleam legem hoc ſecundo capite nihil niſi conſilium dediſſe inſtituendorum aut exheredandorum nepotum ne in locum ſuorum heredum ſuccedendo rumperent: quo nihil dici poteſt ineptius. Legis enim eſt præcipere, iubere & prohibere, non conſilium dare. Tum verò conſilium dare parùm non fuiſſet, cùm nihil prodeſſet teſtatori nepotem inſtituiſſe vel exheredaſſe quominùs is ſuccedendo rumperet, vt probauimus. Prohibendus igitur fuit nepos inſtitutus aut exheredatus, non ne ſuccederet, quod prohiberi non poterat, ſed ne ſuccedendo rumperet. Non valdè diſſimilis Goueani error eſt exiſtimantis nihil aliud hac legis parte caueri quàm quemadmodum nepotes iam nati quos patres præcedunt mortis tempore ab auis inſtitui poſſint, quòd iis prior gradus obſtare videretur. Quaſi verò ad legis maieſtatem pertineat formulam & cautionem præſcribere ne id fiat quod ſi fieri lex nolit, prohibere rectà poſſit. An non enim erat Velleo legem roganti faciliùs prohibere ne inſtitutus aut exheredatus nepos ſuccedendo rumperet, quàm præſcribere quomodo inſtitui poſſet? Deinde quid proderat præſcribere quomodo & quibus verbis ea inſtitutio conciperetur, ſi iuris ratio obſtabat quominùs ob vtilem inſtitutionem ſuſtineri teſtamentum poſſet? Id enim ex iis quæ proximo capite dicemus veriſſimum eſſe apparebit. Neque verò credendum eſt verba illa: *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*, eſſe verba formulæ à teſtatore vt ſecurè teſtetur vſurpanda, quod imperiti plerique autumant. Sunt enim verba legis prohibentis rumpi teſtamentum ab eo qui in ſui heredis locum ſuccedat. Concludamus igitur legem hanc ſecundo capite hoc vnum induxiſſe quod prohibuit ne inſtitutus aut exheredatus nepos ſuccedendo in ſui heredis locum rumpat aui teſtamentum qui anteà rumpebat: eámque eſſe ſententiam l. poſthumorum 13. de iniuſt. rup. & irrit. teſtam. Quoniam autem hoc ipſum adhuc obſcurius eſt, qui fieri poſſet antè legem Velleam vt nepos vtiliter inſtitutus aut exheredatus ab auo, nihilominùs teſtamentum ipſius ſuccedendo rumperet, de eo ſeparatim & accuratè ſequenti capite nobis tractandum eſt.

in priore iam inſtitutus erat, aut exheredatus. Nec ſimile eſt quod diximus ex dict. l. quis heres 18. de iniuſt. rupt. ſi is qui heres inſtitutus eſt, à teſtatore adoptetur poſſe dici ſatis ei factum. Ratio enim illa ſtatim redditur, *quia & antequàm adoptetur inſtitutio vt in extraneo locum habebit*. Senſus eſt hûc fuiſſe inſtitutum inde ab initio, & priuſquàm adoptaretur: ideóque nec poſſe videri præteritum, quia nihil erat quod impediret ne antè adrogationẽ inſtitutus videretur tanquam extraneus, cùm non ſolum primo gradu inſtitutus eſſet, quod ſufficere poterat, ſed etiam ſolus. Quò etiam pertinet elegans illa & conciſa Papiniani ſententia in §. ſi Titius d. l. filio hoc tit. *nepotis ſucceſſione non rumpitur teſtamentum ab eo qui heres inuenitur*. Tractat enim de eo qui priuſquàm loco nepotis adoptaretur inſtitutus fuerat, & conſequẽter filio qui primum gradum tenebat exheredato, aut ſi etiã voles, nihil enim hic intereſt coherede dato: vt proinde eius inſtitutioni obſtare nõ poſſet quòd filius primi gradus teſtamenti tẽpore in medio fuiſſet. Cæterùm illud apertè Papinianus ſignificat ſucceſſione rũpi teſtamentũ quoties heres non inuenitur nepos qui ſuccedit & quo inſtanti ſuccedit, quod ipſum contingit quoties non priùs heres inſtitutus eſt quàm ſuccedat, cùm, vt diximus, fieri nequeat vt eodem inſtanti ſuccedat quis & inſtituatur aut inſtitutum ſe reperiat, ſed omnino neceſſe ſit vt iam antè quàm ſuccederet fuerit inſtitutus. Vnde fit vt ſi ponas exheredatum extraneum (non idem eſt ſi filium qui fuerat emancipatus d. l. filio in princip. aut qui nullo facto patris intercedente, ſed quodam tantum naturali ordine & fuerit extrà poteſtatẽ & itidem reciderit in poteſtatem vt in ſpecie illa pereleganti quam Triphoninus tractat in l. prox. § 1. ſupr. hoc tit.) eundémq; poſteà adoptatum vel adrogatũ ſiue filij ſiue nepotis loco, teſtamẽtum omnimodo rũpatur. Priore caſu agnatione ſui heredis, poſteriore vero, ſucceſſione in ſui heredis locum, quia exheredatio ab initio non valuit, & quo tempore fit ſuus nec vtiliter exheredatum ſe reperit nec inſtitutum, ſed præteritum, qui tamen ſi fuiſſet inſtitutus non rumperet, quia inſtitutum ſe reperiret, nimirum quia non ſicut inſtitutio ita exheredatio extranei valet l. non putauit 8. §. ſi quis emancipatum verſic. ſed extraneo D. de bonor. poſſ. cont. tab. l. iunct. d. l. filio in princip. ſi quidem abſurdum eſt exheredari extraneum, cùm exheredatio præſupponat habendæ hereditatis ſpem ac quaſi præſentem acquiſitionem, quæ in extraneo præſertim non inſtituto nulla eſt l. quidam cùm filium 132. de verb. oblig. ſed tantùm in ſuo herede l. in ſuis 11. hoc tit. aut in emancipato qui licèt iure ciuili, neque ſuus ſit neque cognitus, à Prætore tamen inter ſuos heredes cõnumeratur hactenus, vt petere poſſit bonorũ poſſeſſionem contrà tabulas niſi ſit exheredatus, quia & ab inteſtato petere poſſet. Vnde liberi, vt vel hoc ipſo vtilis ſit emancipati exheredatio, quòd eum excludit à beneficio bonorum poſſeſſionis contrà tabulas d. l. nõ putauit in princ. de cõtr. tab. l. vlt. D. hoc tit. iunct. §. ſunt autem Inſtit. de bon. poſſeſſ. Et quemadmodũ ſuprà diximus fieri non poſſe vt nepos ex ordine poſt patrem inſtitutus, eo inſtanti quo fit ſuus ſuccedendo in locum patris præmortui reperiat ſe inſtitutum ideóque fieri vt rumpat, ita nec fieri poteſt vt qui ab initio inutiliter exheredatus eſt reperiat ſe exheredatum cùm ſuccedit, quandoquidem inutilis exheredatio pro nõ exheredatione eſt d. l. nõ putauit §. non quæuis de cont. tab. Ex contrario finge filium qui primũ gradũ tenebat exheredatũ fuiſſe, nepotẽ verò inſtitutũ (neque enim ſicut Aquiliani ita & Velleani nepotis inſtitutio requirit præcedentem filij inſtitutionem, cùm verendum non ſit ne filius à Velleanô nepote exheredatus poſt mortem ſuam exheredatus videatur) ſine dubio defuncto filio viuo auo nepos in locum præmortui parentis ſuccedens non rumpet teſtamentum, quia reperiet ſe inſtitutum, nec perinde inſtitutioni eius obſtiterit exheredatio patris atque inſtitutio obſtitiſſet: quamuis non magis exheredatio filij faciat nepotem ſuum heredem auo quandiu auus viuit quàm ſi idem filius inſtitutus eſſet. Semper enim patris etiam exheredati perſona nocet nepoti ne ſuus heres ſit auo, id eſt ne tanquam ſuum inſtitui eum neceſſariò vel exheredari oporteat dict. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. Id enim eſt quod dici ſolet exheredationem non tollere ius ſuitatis, de quo proximo capite dicemus. Ergo quod lex Vellea ſecundo iſto capite conſtituit vt nepotes nati tempore teſtamenti ſi vel inſtituti, vel exheredati ſint non rumpant ſuccedendo ad eum caſum coarctandum eſt, quo liberi primi gradus inſtituti ſint, non quo exheredati. Iis namque exheredatis & nepotibus inſtitutis fieri non poteſt vt nullo caſu nepotes rumpant licèt exheredatus pater viuo auo decedat, quia quo inſtanti ſuccedunt eo ipſo iam inſtitutos ſe reperiunt, nec patris exheredatio id impedit: quæ potiùs facit vt tantò magis inſtitutio nepotum valere debeat. argum. dict. l. filio §. 1. hoc titulo & dict. leg. ſi qui heres de iniuſt. rupt. Quòd ſi vtrique ſint exheredati, negari etiam non poteſt quin nepos ſuccedendo reperiat ſe exheredatum, ideóque nec poſſit rumpere. Ponimus enim alium inſtitutum quo adeunte vtraque exheredatio vires accipere poſſit. Proinde nec fuit hoc caſu neceſſarium legis auxilium vt prohiberetur teſtamentum rumpi, ſed eo demùm quo filius ſit inſtitutus: inſtitutio enim filij, vt diximus, facit ne quandiu is viuit, nepos qui ex ordine, & ſucceſſiuè inſtitutus eſt, vllomodo inſtitutus videatur, atque ita vt proximo ſtatim inſtanti quo ſuccedit in locum parentis præmortui non reperiat ſe inſtitutum. Et diuerſitatis ratio eſt, quia inſtitutio ponit aliquid, & tribuit, exheredatio autem nihil, ſed tantùm priuat & adimit. Quid verò ſi filius ſit exheredatus, inſtitutus autem non nepos, ſed extraneus? Mortuo filio antè auum ſuperſtite extraneo inſtituto, nepos ſuccedendo rumpet tanquã præteritus, quia quòd ad ipſum pertinet nihil eius intereſt an pater inſtitutus ſit an extraneus, cùm vtriuſque effectus ille ſit vt eo inſtanti quo nepos ſuccedit in locum ſui heredis, nec inſtitutus ſit nec exheredatus. Defuncto autem antè filium extraneo herede ſcripto, quæſtioni locus eſſe non poteſt, propterea quòd irritum fiat teſtamentum ex quo ampliùs hereditas adiri nequeat l. 2. de iniuſt. rupt. Semel verò factum irritum poſteà rumpi non poſſit, ſicut nec ſubſiſtere quòd ad filij exheredationem, leg. filium 20. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. Quid rurſum ſi nepos ipſe ſit exheredatus? Perinde rumpebat teſtamentum ante legem Velleam atque cùm erat inſtitutus, hodie poſt legem non rumpet leg. x. §. 1. D. de vulga. & pupill. ſubſtitut. In eóque durior eſt conditio nepotis quàm extranei, quòd nepotis exheredatio facta viuo filio ei nocet quandocunque facto ſuo heredi, non item exheredatio extranei, extraneo, ſcilicet propter ſpem ſuitatis, & quia ſine vllo hominis facto ac ſolo naturæ ordine nepos fit ſuus auo argum. d. leg. filius à patre 28. §. filiusfamilias in fin. hoc tit. Nam & viciſſim nepos in eo melioris conditionis eſt quàm extraneus propter ſpem ſuitatis, quod ſi non exheredetur inſtitui debet non etiam extraneus. Non obſtat ſuperioribus quod in dict. §. filiusfamilias ſcri-

ptum eſt ſi heres ſit inſtitutus filius vel exheredatus qui poſteà ſuus eſſe cœperit non rumpere teſtamentum quoties nullo nouo facto hominis, ſed naturali tantùm quodam ordine id contigerit. Eſt enim locus ille de filio primi gradus cuius inſtitutionem nihil remorabitur. Nos autem de nepote agimus poſt filium & per ſucceſſionis ordinem inſtituto, qui licèt inſtitutus ſit habendus tamen eſt pro non inſtituto quandiu filius viuit, quia non niſi poſt eum admitti poſſit. Quod autem eadem lex ait, *ſi heres inſtitutus ſit vel exheredatus*, non eò pertinet quaſi aliàs nihil interſit ad teſtamenti validitatem an inſtitutus ſit vel exheredatus is qui viuo teſtatori ſuus heres factus eſt cùm teſtamenti tempore non eſſet (iam enim monuimus inſtitutum non rumpere etiamſi facto hominis [illegible] fiat, puta per adoptionem aut adrogationem d. l. [illegible]o 23. §. 1. eod. dict. l. ſi qui heres 18. de iniuſt. rupt. exheredatum verò rumpere ſi exheredationis tempore fuit prorſus extraneus dict. l. non putauit 8. §. ſi quis emancipatum de contr. tabul.) Sed quia in illius §. ſpecie nihil intereſt an inſtitutus vel exheredatus fuerit filius militis filiifamiliàs de caſtrenſi peculio teſtati, cùm neutro caſu rumpat teſtamentum, quippe qui præteritus non fuerit. Scio eſſe qui putent caput hoc ſecundum legis Velleæ ideò tantùm fuiſſe neceſſarium quòd licèt iure antiquo & lege 12. tabularum iam natorum hominum inſtitutio generaliter eſſet permiſſa, nepotum tamen quandiu filius ſuperſtes eſſet inutilis inſtitutio videbatur: quaſi quorum ratio nulla haberi deberet viuo filio, Velleum tamen animaduertiſſe, moriente filio nepotem in ſui heredis locum ſuccedere, ob idque lege ſua cautum voluiſſe vt nepotis inſtitutio valeret quæ in ſuitatis futuræ caſum collata eſſet. Verùm ſi, vt iſti fatentur, ita ius erat vt inſtitui nepos iam natus poſſet ſiue purè, ſiue in eum caſum quo ſuus heres futurus eſſet, quid fuit obſecro neceſſe Velleum conſtituere vt ius inſtituti valeret? Rurſum ſi nulla huius nepotis ratio habenda erat viuo filio, cur ei permiſſum erat rumpere ſuccedendo tametſi inſtitutus eſſet vtiliter, ni Velleus prohibuiſſet? Præſertim cùm non eò minùs rumperet quòd in caſum ſuitatis futuræ inſtitutus fuiſſet. Hic enim caſus eſt in quo prohibuit Velleus eum rumpere, conſtat autem prohibuiſſe rumpere eo ipſo caſu quo anteà rumpebat. Denique tantum abeſt vt nepotis Velleani viuo patre ratio nulla habenda eſſet, vt ex contrario maior tum ratio eius haberetur, quàm ſi iam teſtamenti tempore defuncto patre primum ille in familia gradum locúmque occupaſſet. Si quidem præmortuo filio impunè nepos præteriri poterat ſaluo tantùm iure accreſcendi: cum verò pater eum teſtamenti tempore præcedebat ſi poſtea in ipſius locum ſuccedere nepotem contingeret etiam inſtitutus rumpebat ſuccedendo quaſi præteritus, vt docuimus pluribus ſuprà ad §. idem credendum, vbi diſſimilitudinis quoque rationem attulimus, quam hîc repetere nil eſt neceſſe. Laudo ego Salomonium, licèt non laudem commentarios quos ille in hanc legem ampliſſimos conſcripſit, qui ingenuè & ex bona fide profitetur rationem ſe ignorare eius iuris quod poſteriore hoc capite legis Velleæ inductum fuit; id eſt cur neceſſe fuerit lege prohiberi ne ſuccedendo teſtamentum rumperet nepos qui vtiliter eſſet inſtitutus. Nec ſanè ſi per mille annos te exerceas aliam rationem inuenire poſſis quàm quæ à nobis excogitata & tradita eſt. Apparet igitur quod ſcriptum eſt in dict. l. poſthumorum 13. in fin. & in §. poſthumorum Inſtit. de exhered. liber. *idque lege Iulia Vellea prouiſum eſt*, non ſic accipi debere vt lex Vellea permiſerit inſtitui aut exheredari nepotem iam natum tempore teſtamenti, non item vt iuſſerit, aut vt præterito nepote teſtamentum ſucceſſione rumpi voluerit (hæc enim omnia iam antè legem Velleam obtinebant) ſed vt inſtituto eo vel exheredato prohibuerit ſucceſſione rumpi teſtamentum, eo nimirum caſu quo filius præmortuus eſſet inſtitutus. Nam ſi erat exheredatus nil ſe interpoſuit lex Vellea, quia nec neceſſe fuit.

Exheredatione non perimi ius ſuitatis, Ad l. 1. §. ſi pater in poteſtate, de coniung. cum emancip. liber. eius, & Ad l. qui in aliena 6. §. interdum de acquir. hered.

CAPVT XX.

PRoximo capite obiter diximus, per exheredationem non tolli ius ſuitatis, quod an verum ſit, & quomodo accipiendum, quia controuerti & ignorari video à viris doctiſſimis, operæ precium erit inueſtigare. Non tolli ius ſuitatis per exheredationem ex eo intelligimus, quòd exheredati filij perſona obſtat nepoti quominùs ſuus heres ſit auo, adeò vt non ſolùm impunè præteriri poſſit nepos ſi exheredatus filius & patri & aditæ patris hereditati ſuperuixerit: ſed etiam defuncto exheredato antè aditam ab extraneo hereditatem non poſſit rumpere quaſi præteritus qui poſt exheredati patris mortem natus eſt, l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. vbi elegans ratio redditur, *cùm nec exheredari huiuſmodi nepos deberet ab auo quem pater præcedebat:* Et paulò poſt, *nam agnaſcendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore.* Cui conuenit quod paulò obſcuriùs licèt elegantiùs circa eandem ſpeciem Papin. tractat in l. ſcripto 7. D. ſi tabul. teſtam. null. extab. vnd. liber. maximè in poſtremis illis verbis, *quare qui non obſtat iure inteſtati, iure teſtati videbitur obſtitiſſe.* Nam ſi per exheredationem perimeretur ius ſuitatis, perinde agnaſcendo aua in ſui heredis locum ſuccedendo nepos præteritus rumperet, ſiue poſthumus, ſiue iam natus, atque rumpit is cuius pater aut mortuus aut deportatus eſt, l. 1. §. pen. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. l. ſi necem 4. §. ſi deportatus de bon. libert. Sed neq; poſſet pater filio exheredato pupillariter ſubſtituere, ſicut nec emancipato poteſt, nec mortuo, ſi filius exheredatus pro non ſuo aut mortuo haberetur. Et tamen exheredato quoque non minùs quàm inſtituto pupillariter ſubſtituere pater poteſt l. 2. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos de vulg. & pupill. ſubſtit. Nec tantùm iure ciuili, ſed etiã Prætorio exheredatus filius obſtat nepoti, ne ſcilicet præteritus nepos contrà tabulas petere poſſit aut ab inteſtato Vnde liberi, quod vtrumque poſſet ſi pater in medio non eſſet, aut ex eorum numero eſſe deſiiſſet quos Prætor inter ſuos heredes connumerat, eodémque iure cenſet, vt Iuſtin. loquitur in §. ſunt autẽ Inſtitut. de bonor. poſſeſſ. Facit l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius, illo loco, *exheredatus enim obſtat filius ſuus*. Nam quod ſequitur *poſt emancipationem ſuſceptis* irrepetitium eſt, vt docebimus in eius legis interpretatione. Huius autem iuris ratio euidens illa eſt, quia exheredatio filij ſiue ſui, ſiue emancipati vires nullas habet quandiu teſtator viuit, ſed ab eo duntaxat tempore quo heredi inſtituto acquiſita eſt hereditas, l. filium 20. verſ. ſed cùm exheredatio D. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. ſi patronus teſtamento 12. §. ex teſtamento D. de bon. libert. Hereditas autem non niſi poſt mortem teſtatoris acquiri poteſt, quia nec antè vlla eſſe intelligitur l. 1. de her. vel act. vend. leg. qui ſuperſtitis 94. de acquir. hered. ſiue de ſuo herede agatur, ſiue de extraneo l. in ſuis 14.

de

de ſuis & legit. l. in ſuis 11. de liber. & poſthum. Porrò ſuus heres ille eſt qui eo potiſſimùm tempore quo paterfamilias moritur primum in familia locum obtinet dict. l. ſi quis filio, & dict. l. ſcripto l. filius 28. §. 1. de lib. & poſthum. l. ſi filiusfamilias 33. §. 1. de teſt. milit. Nec ad rem pertinet ſi obiicias ius ſuitatis non ex eo tantùm æſtimari quòd quis primum gradum in teſtatoris familia teneat, ſed illud maximè requiri vt primum gradum teneat in cauſa hereditatis & ſucceſſionis d. l. in ſuis de liber. & poſthum. quæ res vix eſt vt conueniat exheredato quem exheredatio excludit non tantùm à ſucceſſione, ſed etiam à ſpe ſucceſſionis. Nam reſpondeo quod iam dixi, exheredationem nullius eſſe momenti quandiu pater viuit, ſicut nec cætera quæ teſtamento continentur: ob idque nec facere poſſe quominùs filius exheredatus ſit auo morienti ſuus heres, qui & hac de cauſa exheredandus eſt ſi non inſtituatur ne præteritus iniuſtum faciat patris teſtamentum. Itaque negari non poteſt quin filius licèt exheredatus primum gradum teneat etiam in cauſa ſuccedendi moriente teſtatore, quia necdum exheredatus videtur, & conſequenter ſuus eſt, quamuis exheredatione poſteà confirmata per teſtamenti confirmationem, hereditate ſcilicet ex teſtamento acquiſita, verum ſit dicere exheredatum ſuum heredem non extitiſſe l. 1. §. poſt ſuos D. de ſuis & legit. Quod videtur Paulus innuere voluiſſe in dict. l. in ſuis, iis verbis, *nec obſtat quod licet eos exheredare quos & occidere licebat.* Non tamen deſunt quidam iuris loci quibus contra probari videatur exheredatione perimi ius ſuitatis. Ac primùm poſſit quis moueri ex eo quod ſcriptum eſt in leg. ſi quis poſthumos 9. §. 1. de liber. & poſthum. multùm referre an filius exheredatus ſit, an captus ab hoſtibus: filij captiui ius pendere, aut exheredati prorſus abſciſſum eſſe. Verum longe alia planéque contraria illius loci ſententia eſt, vt dicemus infra. Secundo vrgere illud maximè videtur quod ſcriptum eſt in l. prima. §. ſi pater emancipatus verſicu. ſed & ſi patruus de coniung. cũ emancip. liber. eius, nepotes, quorum pater emãcipatus exheredatus fuerit admitti poſſe ad bonorum poſſeſſionem aui cum patruo in poteſtate præterito, ratione illa, vt lex ait, quòd exheredatus pater eorum pro mortuo habeatur. Sed nemo non videt falſam eſſe rationem ſi generaliter intelligatur, eique prorſus contrariam quam ſuprà retulimus ex Marcello in dict. leg. qui duos 3. eod. titul. *exheredatus enim*, inquit ille, *obſtat filijs ſuis.* Quomodo enim obſtaret ſi pro mortuo haberetur? Ergo ſic Vlpianus intelligendus eſt vt quod pertinet ad Edictum de coniung. cum emancip. liber. de quo ille tractat, perinde admittantur nepotes ex filio exheredato eodémque emancipato ſiue ſoli cum patruus nullus eſt, ſiue cum patruo ſi patruus ſuperſit acſi pater non eſſet, nempe quoniã ita poſito iure vt ex nouo Edicto aut quod idẽ eſt ex noua Iuliani clauſula, vt Marcell⁹ loquitur in d. l. qui duos, nepos in familia retentus iungatur patri præterito emancipato, abſurdum ſit fieri deteriorem nepotis condicionem, vt ad bona aui admitti nequeat ob id ſolum quod pater eius ſit exheredatus, vt paulo antè Vlp. ſcribit in verſ. abſurdũ, & apertiùs Marcellus in d. l. qui duos. Et tamen fieri nõ poteſt vt ei emãcipatus iungatur ex edicto, pater qui exheredatus eſt. Neque enim putauit Prætor exheredatos ad bonorũ poſſeſſionẽ, cõtra tabulas admittẽdos, ſicut nec iure ciuili teſtamẽta parẽtũ turbant, id eſt iniuſta faciunt, vt non valere patiantur, ſolúmq. iis ſupereſt remedium querelę inofficioſi teſtamenti ſi immerẽter ſint exheredati, l. nõ putauit 8. l. ſi poſt mortem 10. §. exheredati de bon. poſſ. cont. tab. Quo propoſito ſi obtineant & rumpant, tum demum iunguntur nepotib. non ex edicto de coniung. cum emanc. lib. ei. vt vulgò creditur (Neque enim edictum illud pertinet ad eum caſum quo propoſita ſit querela inofficioſi teſtamenti, cum ea non reſcindat totum teſtamentum, ac pro illa parte duntaxat, pro qua poſſit ab inteſtato ſuccedere is qui egit l. mater decedens 19. l. circa 24 de inoff. teſtam.) ſed hactenus vt ſimul pater exheredatus cum filio eodémque teſtatoris nepote hereditatem obtineat, vt Paulus loquitur in l. ſi ponas 23. eod. tit. id eſt nepos partem hereditatis ex teſtamento, filius verò aliam partem petita poſſeſſione Vnde liberi, quæ ſcilicet pro ea parte ab inteſtato competit poſteaquàm ruptum eſt teſtamentum. Eſt enim ea bonorum poſſeſſio poſt victoriam neceſſaria emancipato qui iure ciuili ſuccedere ab inteſtato non poteſt, ſicut & priuſquàm queri poſſit neceſſe eſt vt aliam poſſeſſionem petat litis ordinandæ gratia de qua in l. poſthumus 6. §. vlt. & l. Papinianus 8. in princip. eod. ti. Verùm cùm Vlpianus in d. §. ſi pater loquatur de filio iuſtè exheredato, qui proinde aut queri aut ſi queratur obtinere non poſſit, quique ob eam cauſam nepoti iungi nequeat in hereditate, ſicut nec in beneficio edicti, conſequens eſt vt pro mortuo habeatur quòd ad illud Edictum attinet, neque impediat quominus nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſſionem contrà tabulas ſolus petat, ſi ſolus ſit, ſin cum patruo cõcurrat, dimidiam bonorum partem conſequatur, qui non niſi quartam cõſequi deberet, ſi pater exheredatus non eſſet, l. vltim. eod. tit. de coniung. cum emancip. Et vt dicam apertiùs, Siquid ſit quod faciat ne exheredatus pro mortuo haberi debeat, illud vnum eſt quod nepoti in aui ſucceſſione obſtat, cui ſanè non obſtaret ſi mortuus eſſet. Atqui ex Edicto nouo De coniungend. cum emancipat. liber. factum eſt ne obſtare poſſit non ſolùm ſi exheredatus ſit, ſed nec ſi præteritus, adeóque nec ſi inſtitutus. Prope igitur eſt vt ex edicto illo filius non ſolùm exheredatus, ſed etiam inſtitutus aut præteritus pro mortuo haberi debeat. Et verò ita eſſet ſi nullo modo nepoti obſtaret. Sed tamen quia pro parte obſtat quando aut inſtitutus eſt aut præteritus cùm iũgatur nepoti, ſimúlque cum eo admittatur, nõ poſſis verè & abſolutè dicere habendum eum pro mortuo, vno illo caſu, quo eſt exheredatus. Tunc enim, quia neque obſtat nepoti propter edictum, neque cum eo in partem admittitur, propter propriam exheredationem, quæ repellit illum à beneficio bonorum poſſeſſionis contrà tabulas l. non putauit 8. de contr. tabul. ſupereſt, vt omnino pro mortuo habeatur, etiam iure Prætorio. Cæterùm extra cauſam illius edicti exheredatũ pro mortuo habendũ non eſſe, vel ex eo maximè conſtat quod ſtatim apud Vlpianum ſequitur, Si pater in poteſtate manens vel exheredatus vel inſtitutus ſit nepotem ex eo ſiue in poteſtate manentem ſiue emancipatum ad bona aui neque vocari neque vocandum eſſe. Obſtante ſcilicet illi perſona patris exheredati, perinde ac inſtituti, quæ non obſtaret ſi pater mortuus eſſet. Nam cùm pater in poteſtate manſit non eſſe locum edicto Vlpianus docet, ratione illa quæ ſequitur: *Toties enim nepoti conſulendum eſt quoties in poteſtate retentus eſt patre emancipato.* Atque ita locus hic intelligi debet, non quomodo Bartolus intelligit ſuo more per ambages diſtinguens, ſed de eo latiùs infrà. Poſtrema aduerſus ſententiam noſtram obiectio fieri poteſt ex l. qui in aliena 6. §. interdum de acquir. het. vbi idẽ Vlpianus ſcribit interdum & filiúſfami-

lias ſine aditione acquirere hereditatem ei in cuius eſt poteſtate, vt puta, inquit, ſi nepos ex filio exheredato heres inſtitutus ſit. Patrem enim ſuum, ſine aditione faciet heredem, & quidem neceſſarium. Nam ſi ita eſt, conſequens videtur vt patris exheredati perſona non obſtet nepoti quominus auo & ſuus heres ſit, & neceſſarius: alioqui, vt in §. ſequen. ſubiicitur, quomodo neceſſarius quis heres eſſe poſſet per eum qui ipſe non eſſet extiturus? Reſpondeo perſonam patris exheredati obſtare nepoti quominus nepos ſit ſuus auo niſi eo ſolo caſu quo nepotem auus heredem inſtituerit. Nam cùm nepos heres inſtitutus eſt, neceſſarius quoque heres eſt, licèt anteà ſuus non eſſet, cùm fuerit in aui morientis poteſtate: quod ſufficit vt ſit ei neceſſarius §. ſed ſi quis heres ead. leg. Imò & interdum euenit, vt filius ſit patri heres neceſſarius quamuis nec ſuus ſit, nec in patris morientis poteſtate, vt contingit cum pater ab hoſtibus captus eſt & apud eos defunctus, relicto in ciuitate filio l. lege Cornelia 12. in fi. D. qui teſt. facer. poſſ. Et quemadmodum exheredatio filij non impedit quominùs nepos heres inſtitui poſſit ab auo qui extraneum quemlibet inſtituere potuiſſet, ita nec impediri poteſt quominùs idem nepos auo ſit heres neceſſarius, id eſt, vt ipſum neceſſarij nomen ſignificat, ſtatim, & ipſo iure, ita vt nulla aditione opus ſit. Id enim commune ius eſt neceſſariorum omnium heredum etiamſi non ſint ſui, vt puta ſeruorũ æquè ac liberorum. Inde verò fit vt cùm iſti nepoti tanquam neceſſario heredi ſtatim & ipſo iure acquiratur hereditas, ſtatim quoque & ipſo iure poſt mortem aui confirmetur exheredatio filij, ſicut & per aditionem hereditatis ab extraneo herede factã confirmaretur d. l. filium 20. de cont. tabul. Alioqui plus poſſet aditio in extraneo, quàm iuris poteſtas in herede neceſſario, quod abſurdum eſſet. Porrò cõfirmata exheredatione, atque ita ſummoto filio eo ipſo inſtanti quo auus mortuus eſt, illud quoque euenire neceſſe eſt, vt eodem ipſo inſtanti quo nepos fit neceſſarius heres auo fiat etiã ſuus, quia licèt proximum gradum nunquã tenuerit obſtante illi perſona patris exheredati, verum tamẽ eſt & fuiſſe eum in poteſtate, nec à patre vnquã in hac ſucceſſione præuentũ. Quippe cum nec viuo auo quicquã iuris in ipſius hereditate habere pater potuerit, nec eo mortuo neceſſarium heredem præuenire: quã in rem textus eſt elegantiſſimus in d. l. ſcripto 7. vn. liber. d. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. Neque verò abſurdum videri debet quod dicimus nepotem hunc & ob hoc fieri ſuum heredẽ auo quòd ſit neceſſarius, & eodẽ nihilominus inſtãti quo neceſſarius fit ſuum quoque fieri. Cùm enim vtrumque fiat ſola iuris poteſtate, nihil prohibet fieri etiam vtrumque eodem inſtanti, & ſine vlla temporis diſcretione, quam interuenire neceſſe eſt quoties de cauſa & effectu agimus in re quæ vel hominis vel naturæ factum requirat. Siquidem & natura & homo non niſi in tempore operantur, ius verò in inſtanti. Inteſtato decedente auo aliud eſt, quia non poteſt fieri nepos heres auo neceſſarius, quin priùs heres fiat: heres autem fieri multò minus ab inteſtato quandiu pater eum præcedit licèt exheredatus fuerit, cùm teſtatore exitum inteſtati faciente exheredatio quoque fiat irrita d. l. filium de cõtr. tabu. l. ſi patronus 12. §. ex teſtamento de bon. libert. præterquam in ſingulari & pereleganti illa ſpecie quam Papin. & Vlp. tractant in d. l. ſcripto & d. l. ſi quis filio, hoc eſt cum inſtituto extraneo deliberante de adeunda hereditate exheredatus filius moritur, deinde repudiante ſcripto herede teſtamentum deſeritur. Tunc enim cùm mortuo demum exheredato inteſtati ſucceſſio deferatur, deſerto ſcilicet deſtitutóque per repudiationem teſtamento, exheredati perſona iacere non poteſt quominùs nepos ſit ſuus auo l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. l. vlt. in fine de condic. inſtit. §. cùm autem Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. deſer. Itaque falluntur egregiè, meo iudicio, qui ad d. §. interdum generaliter notant nepotem ex filio exheredato & ſuum heredem eſſe auo & neceſſarium. Nec rectiùs Cynus eum anomalum heredem vocat, quòd cùm ſit neceſſarius, non tamen ſit ſuus. Nam imò verò cùm inſtitutus eſt & ſuus eſt & neceſſarius, facitque exheredatum patrem auo heredem, non quidem ſuum, neque enim ſuus heres per alium quis fieri poteſt, ſed neceſſarium. Sic enim intelligi debet & conſtrui quod lex ait, *patrem enim ſuum ſine aditione faciet heredem*, vt dictio illa *ſuum* non ad *heredem* ſed ad *patrem* referatur. Cùm verò non eſt inſtitutus nepos nec ſuus eſt, nec neceſſarius, nec inſtituendus, nec exheredandus, nec iniuſtum facit teſtamentum nec rumpit, licèt ab inteſtato ſit ſuus eo vno caſu quo teſtamentum deſtitutum ſit omiſſa poſt exheredati mortẽ ab extraneo inſtituto hereditate. Anomalus potiùs heres dicendus eſt pater exheredatus qui per nepotem inſtitutum ita ſit neceſſarius heres patri, vt tamen non fiat ſuus. Ex eóque apparet euidentiùs verũ eſſe quod diximus, in inſtãti fieri quicquid fit nuda iuris poteſtate. Quandoquidem eodem prorſus inſtanti & nepos fit auo heres neceſſarius, & patrem ſuum facit heredem neceſſarium, adeò vt non idcirco tamẽ duo ſint heredes neceſſarij eiuſdem teſtatoris, ſed vnus tantùm, nempe pater, vt non obſcurè Vlp. ſignificat in §. ſeq. ſic ſcribens, *nam per eũ quis exiſtere neceſſarius non poteſt qui ipſe non eſſet extaturus*. Non ſic ſcribit, *qui ipſe neceſſarius non exiſtat*, ſed ſic, *qui ipſe non eſſet extaturus*, vt intelligas neceſſariũ amplius nõ eſſe eũ, qui iã aliũ neceſſariũ fecerit.

ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber decimus.

Cur non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis ad impediendum ne ſuccedendo nepos Velleanus rumperet.

CAPVT I.

VIdimus in ſuperioribus cur non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis ad Aquiliani nepotis inſtitutionem, & cur nouam nuc antè Gallum incognitam in eam rem formulam excogitari oportuerit. Alia planéque differens quæſtio eſt quã nunc proponimus, & ad quã nõ eadẽ reſponſio

ſponſio accommodari poſſit. Nam Aquilianus nepos poſthumus eſt, & quidem ſi eum quaſi poſthumum duntaxat conſideres, alienus teſtamenti tempore, qui proinde nec inſtitui poterat, nec vulgariter ſubſtitui: cùm vulgaris ſubſtitutio nominatim fiat in caſum delatæ alteri hereditatis, & conſequenter in eum caſum quo ſubſtitutus ſit non ſuus. Is enim ſuus eſt antè quem non eſt alij delata hereditas l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. leg. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. Itaque inueniri rationem neceſſe fuit per quam hic nepos inſtitueretur non tantùm in eum caſum quo eſſet ſuus (neque enim hoc ſufficeret, cùm inſtitutionis potiſſimùm tempus ſpectari oporteat) ſed etiam ex eo demùm tempore quo ſuus factus eſſet. Id verò Gallus ſubtiliſſimè aſſecutus eſt, vt pluribus docuimus. At Velleanus nepos iam teſtamenti tempore natus inſtitui omni iure potuit, tametſi nondum eſſet ſuus heres inſtitutionis tempore. Quidni enim cùm & extraneus quilibet inſtitui poſſet? Illa namque diſtinctio an ſuus heres ſit an alienus qui inſtituitur, vt ſciatur vtrum inſtitutio valeat, necne, in poſthumus tantùm cadit non in iam natos. Quod cùm ita ſit, cur non & vulgariter ſubſtitui potuit? Cùm & condicio illa verbis legis Velleæ expreſſa, *ſi quis ex ſuis heredibus, ſuus heres eſſe deſierit*, etiam viuo teſtatore, vi ipſa contineatur in vulgari ſubſtitutione, quippe quæ eo caſu quo ſcriptus heres viuo teſtatore decedat, euadere ſoleat in inſtitutionem & ad inſtitutionis intellectum reuocetur leg. cùm ex filio 39. §. quidam De vulgar. & pupill. ſubſtit. Non reperio ex noſtris interpretibus qui quæſtionem proponat præter Antonium Goueanum in poſterioribus ad d. l. Gallus cômentariis, vbi ſcribit poſſe dici non inelegãter, ineptã propterea viſam eſſe ſubſtitutionis formam, quia qualitas ipſa perſonarum eam contineret côdicionem, neque continuò nepotem heredem eſſe poſſe ex ſubſtitutione non adita à filio hereditate. Nam abſtinentem filium nepoti ſubſtituto locum non facere cùm in ſuis non ſit ſucceſſio d. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. Ego verò nihil inelegantius (pace viri doctiſſimi & elegantiſſimi dixerim) afferri potuiſſe exiſtimo. Nam quod ait qualitatem ipſam perſonarum continere vulgaris ſubſtitutionis condicionem, licèt ſubobſcurè, eo tamen ſenſu dictum puto, quòd ex ipſis filij nepotiſque perſonis ſatis conſtet filio herede non exiſtente heredem fore nepotem. Atqui id falſum eſt niſi vno eo caſu quo auus inteſtatus moritur, & filius antè auum. Nos verò eum caſum tractamus quo teſtamentum factum ſit. Id enim legi Velleæ propoſitum fuit vt teſtamentum confirmaret l. ſi hereditas 10. §. qui filium de teſtam. tutel. Cur non ergo ſufficere potuit vulgaris ſubſtitutio, vt filio præmortuo nepos non ab inteſtato ſed ex teſtamento heres auo fieret? Deinde ſi ob ſolam perſonarum qualitatem inepta viſa eſt vulgaris ſubſtitutio, quidni æquè ineptam dicas legem Velleam quæ eandem condicionem iiſdem verbis expreſſit? *ſi filius ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius*, &c. Quod verò adiicit non côtinuò nepotem heredem eſſe poſſe ex ſubſtitutione non adita à filio hereditate, quoniã abſtentio filij nõ faciat locũ ſubſtituto; minùs quoque ad rem pertinet. Nã præter id quod nuda ſui heredis abſtinentis exiſtẽtia nõ impedit vulgarẽ ſubſtitutionẽ quia teſtator iis verbis, *ſi filius heres nõ erit*, non tã ad nudũ nomen heredis reſpicit quàm ad effectum: effectu autem ipſo heredis loco non habetur, præſertim à Prætore ſuus heres qui ſe abſtinuit, vt alio loco ſcripſimus ex leg. neceſſariis 54. de acquit. hered. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. faciend. Illud etiam animaduertere vir ſubtiliſſimus debuit, neque lege Vellea inductum eſſe vt filio abſtinente nepos ſuus heres ſit auo (non enim eum caſum lex tractat quo ſuperuixerit teſtatori filius ſed quo prædeceſſerit, qui porrò niſi ſuperuiuat abſtinere non magis poteſt quàm viuentis hominis heres eſſe) ſed tantùm vt filio inſtituto non rumpatur ſucceſſione nepotis inſtituti aut exheredati teſtamentum aui. Cur ergo vulgaris ſubſtitutionis formula in eam rem inepta videri debuit? Ratio autem illa quam Gouesnus ſubnectit, *cùm in ſuis non ſit ſucceſſio*, quid, obſecro, ad rem noſtram pertinet? Siquidem regula illa eſt eius duntaxat iuris quod ab inteſtato non quod teſtamento facto obtinet, vt conſtat ex d. leg. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. §. placebat Inſtit. de legit. agnatorum ſucceſſione. Senſúſque regulæ eſt quotiès alicui tanquam ſuo, aut tanquam agnato delata eſt à lege hereditas, & is heres eſſe noluit, non fieri locum ſequenti in gradu ſiue ſit ille ex liberis ſiue ex agnatis, ſed bona fieri vacantia, nimirũ quoniam tota legis hereditatem deferentis poteſtas vnica delatione conſumitur: vtpote quæ non niſi ſuo heredi aut agnato proximo hereditatem defert, ſuus verò vel agnatus proximus dici aut ex euentu fieri nequeat is antè quem alij delata eſt inteſtati hereditas. Id enim vnum inſtans præcisè lex demonſtrauit in deferẽda ab inteſtato hereditate, quo inteſtati ſucceſſioni locus factus ſit l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium in fin. hoc titul. de liber. & poſthum. quod inſtans ad mortem patrisfamilias refertur ſi aut nullo modo aut inutiliter teſtatus ſit, aut ſi viuo eo teſtamentum ruptum vel irritum factum ſit. Quod ſi vtiliter quidem teſtatus ſit nec teſtamentum viuo eo interciderit, ſed poſteà herede ſcripto hereditatem omittẽte deſertum deſtitutúmque ſit non mortis tempore, ſed eo demùm inſtanti quo teſtamentum deſtituitur, hereditas ab inteſtato defertur dict. § ſi filium dict. §. ſciendum dict. l. ſi quis filio dict. l. ſcripto. Cũ igitur lex Vellea de teſtati non inteſtati ſucceſſione locuta ſit, itémque de ea ſucceſſione quæ antè non poſt delationem hereditatis fiat; & viuo non mortuo teſtatore, apparet alienam prorſus eſſe à propoſita quæſtione rationem illam, *cùm in ſuis non ſit ſucceſſio*. Itaque vt iam quid reſpondendum ſit doceamus, dicendum eſt vulgarem ſubſtitutionem non fuiſſe ineptam nec inſufficientem ad nepotis Velleani ad ſecundum legis caput pertinentis inſtitutionem. Nihil enim interfuiſſe an nepos ille inſtitueretur antè legem Velleam an ſubſtitueretur, cùm & vulgariter ſubſtitutus præmoriente inſtituto, vt toties diximus, euadat in inſtitutum. Sed tamen non eò minùs neceſſarium fuiſſe ſecundum caput legis Velleæ ad defendendam inſtitutionem, quoniam quibuſcunque verbis facta eſſet inſtitutio facere non poterat quominùs nepos etiam vtiliter inſtitutus ſuccedendo rumperet §. ille caſus inſr. hac lege, propter elegantem illam & ſubtilem iuris rationem quam ſuprà attulimus. Proinde non formula opus erat ad concipiendam vtiliter inſtitutionem vt in caſu Galli Aquilij, ſed lege ad prohibendum ne vtiliter concepta nepotis inſtitutio eiuſdem ſucceſſione corrueret. Ex quo euidentiùs intelligimus quàm grauiter errent qui putant ſecundo iſto capite legis Velleæ præſcriptam formulam per quam nepotes iam nati quos parentes præcedunt ab auis inſtitui poſſint ne ſuccedendo in locum filiorum rumpant auorum teſtamenta. Quo in errore idem quo-

Digitized by Google

que Goueanus fuit, ob hoc nimirum quærens cur formula vulgaris ſubſtitutionis non ſufficeret, quòd exiſtimet idoneæ formulæ inopia nepotes iſtos antè Velleum inſtitui non potuiſſe, cùm tamen conſtet ex ſuperioribus & inſtitui eos potuiſſe & vtiliter: ſed illud tantùm incommodi fuiſſe quòd etiam vtiliter inſtituti nihilominùs rūpebant, rumperéntque etiamnum, ſi legis autoritas non ſuperueniſſet. Ergo ſi ius vetus inſpicias tam rumpit qui inſtitutus eſt vtiliter quibuſcunque verbis inſtitutio cōcepta ſit, quàm qui vulgariter ſubſtitutus eſt. Poſt legem Velleam neuter rumpit, quoniam vtilis inſtitutio quam præcedere neceſſe eſt perinde fit per formulam vulgaris ſubſtitutionis filio herede ſcripto antè teſtatorem moriente, atque per aliam quamcunque formulam. Nunc ad Scæuolæ verba veniamus.

Ad §. ſequenti parte l. Gallus.

Capvt II.

Sententiam huius § non eſt difficile intelligere, ex iis quæ ſuperioribus capitibus ſcripſimus de ſententia ſecundi capitis legis Velleæ. Reſtat tantùm vt ipſa Scæuolæ verba interpretemur quæ viri plerique doctiſſimi dum mendoſa eſſe putant, emendando malè corruperunt. *Sequenti parte*, inquit Scæuola, id eſt poſteriore capite, *ſuccedentes in locum liberorum non vult lex rumpere teſtamentum.* Ergo verba legis non affirmatiuè & permiſſiuè, ſed negatiuè & prohibitiuè cōcepta fuiſſe conſentaneū eſt, quod ad ea quæ ſupra diximus cōfirmāda maximè pertinet. Sequitur, *Et ita interpretādū eſt, vt ſi & filiū & nepotem & pronepotē habeas mortuis vtriſque pronepos inſtitutus ſuccedens in ſui heredis locum non rumpat.* Interpretatione verba legis indigent, non ſuppletione, quia ſunt generalia apta comprehendere non tantùm omnes liberorum perſonas cuiuſcunque gradus ſint, ſed etiam omnes caſus quibus fieri poſſit vt qui teſtamenti tempore ſuus heres eſt, poſteà viuo teſtatore ſuus heres eſſe deſinat. Non eadem formulæ ab Aquilio propoſitæ verba fuēre, quia de nepote nominatim locutus eſt, ideò neceſſe fuit ſuppleri, quod Scæuola ſcripſit in §. idem credendum, idem eum de pronepote quod de nepote exiſtimaſſe, id eſt vt quemadmodum nepos in caſum & tempus mortis filij ac ex eo demum tempore, ita & pronepos in caſum mortis filij & nepotis & ex eo demum tempore quo ambo deceſſerint inſtitui poſſit. Velleus verò non nepotis aut pronepotis nomen vſurpauit, *ſed deſcendentium*, quorum appellatione conſtat non minùs pronepotes & abnepotes, cæteróſque deinceps quàm nepotes contineri. Ea enim diſtinctio adhibenda eſt, quam & in tractatu de Aquiliano nepote inſtituēdo adhibuimus, an inſtituto pronepote, nepos quoque inſtitutus ſit an præteritus. Nam ſi vterque inſtitutus ſit ſecurè teſtatur auus & ſiue patri ſuperuiuat nepos ſiue præmoriatur ſuccedendo rumpere numquam poteſt. Sed ſi præteritus fuit non eò minùs rumpet quòd & filius & pronepos ſint inſtituti ſi ipſe patri ſuperuixerit d. §. idem credendum in fine. Neque enim alium lex Vellea rumpere prohibet quàm qui ſit inſtitutus aut exheredatus. Quod & in hoc §. Scæuola monet poſtremis illis verbis, *dummodò heres inſtitutus ſit aut exheredatus.* Subiicit Scæuola *Et benè verba ſe habent*, Si quis ex ſuis heredib. ſuus heres eſſe deſierit, *ad omnes caſus pertinentia, quos ſupplendos in Galli Aquilij ſentētia diximus.* Senſus eſt, aptioribus verbis cōſcriptā legē quàm Galli Aquilij formulā non ſolùm quod ad perſonas attinet, vt proximè diximus, ſed etiam quod ad caſus in quibus neceſſaria ſit nepotis aut pronepotis inſtitutio. Gallus enim ſolum mortis caſum expreſſit: vnde tot dubitationes, Quòd ſi filius non morte ſed deportatione aut captiuitate, nepos verò ex filio etiam emancipatione ſuus heres eſſe deſiiſſet, an inſtitutio facta in caſum mortis his quoq; caſibus defendi poſſet, aut potiùs, an ſicut in caſum mortis, ita in hos quoque inſtitui nepos aut pronepos poſſet? De quibus omnibus diximus ad §. & quid ſi tantùm, ac alios ſequentes. Velleus verò hic quoque & in præcedenti clauſula generalibus verbis vſus eſt ad comprehendendos caſus omnes quibus poſſit filius aut nepos deſinere ſuus heres eſſe ſiue morte, ſiue deportatione, ſiue emancipatione, ſiue captiuitate. Sic enim legem concepit, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus eſſe deſierit.* Itaque nil neceſſe eſt ſuppleri legem, quomodo ſupplendam diximus Aquilij ſententiam. Obſeruandum autem eſt quod Scæuola ſic loquitur, *quos ſupplendos in Galli Aquilij formula diximus.* Nam ſcripſit in Galli Aquilij formula, quia ſi ponas Aquilianam formulam ſic à teſtatore vſurpatam vt ſolus mortis caſus expreſſus ſit, alius autem caſus euenerit, puta deportationis aut captiuitatis, nō poſſis formulam ſupplere vt valeat inſtitutio in eum caſum qui expreſſus non eſt, licèt ſit expreſſo ſimillimus: quoniā inſtitutionum conditiones in forma, vt aiunt, ſpecifica impleri oportet, & qui in vnum caſum expreſſum & ſpecialem inſtitutus eſt, in alium omiſſus intelligi debet l. commodiſſimè 9. ſupr. hoc tit. Suppletio igitur facienda eſt ad ſententiam non ad formulam Galli Aquilij, vt quemadmodū induxit poſſe inſtitui nepotem in caſum mortis filij, ita ſenſerit perinde inſtitui eum poſſe in caſum deportationis aut captiuitatis, id eſt perinde licere teſtatori caſus iſtos exprimere ac caſum mortis, & quem ex iis velit, niſi malis omnes, vt ſecuriùs teſtetur, quemadmodum pluribus explicauimus ad d. §. & quid ſi tantùm. Sequitur apud Scæuolam, *nec ſolùm ſi nepos viuo patre decedat, nec ſuccedens pronepos auo mortuo rumpat, ſed etſi ſuperuixit patri.* Hic verò verſiculus eſt quem & Goueanus & Cuiacius, clariſſima Iuriſprudentiæ lumina, corruptum eſſe tradiderunt, exiſtimātes non *nec pronepos* legendum eſſe, ſed *ne nepos*, aut, quod mauult Goueanus, *patri nepos.* Vt ſenſus ſit, pronepote inſtituto nepotem antè patrem decedere oportere, ne ſucceſſione rumpat teſtamentum. Mouentur viri doctiſſimi ex verbis illis *auo mortuo*, referri ea putantes ad nepotem non ad pronepotem, quod Scæuola in hoc tractatu huiuſmodi appellationibus ſine flagitio abuti non potuerit. Mihi videtur Florentinam receptámque lectionem non ſolùm probabilem eſſe, ſed neque iſtam emendationem vllomodo admittere. Nam cùm præmortuo filio nepos ſucceſſione rumpit teſtamentum aui ob id quòd in eo præteritus ſit, non rumpit auo mortuo, ſed auo viuo, cùm & rumpat ſuccedendo, & ſuccedat, viuo auo, cui & quaſi agnaſci dicitur l. poſthumorum 13. de iniuſt. rupt. Quemadmodum ergo poſthumus viuo teſtatore natus rumpit agnaſcendo, & adeò rumpit viuo patre, etiamſi poſteà eodem viuo mori illum contingat, teſtamentum tamen iure ciuili non conualeſcat l. poſthumus 12. l. qui vxorem 15. de iniuſt. rupt. Ita & nepos Velleanus qui poſthumi loco eſſe dicitur in d. l. poſthumorum quaſi agnaſcendo, id eſt ſuccedendo in locum ſui heredis viuo auo, eodem viuo vt rumpat neceſſe eſt. Quo fit vt magis mirer, quod idem Cuiacius ex hoc §. probari ait tam poſthumum quàm qui poſthumi loco ſit eum præteritus eſt non niſi poſt mortē teſtatoris effectu ipſo teſtamentum rūpere. Nam vt

id ex

id ex hoc §.probes, priùs probare te oportet legendum hic *nepos* non vt legitur *pronepos*. Atqui falſum eſt, quod admiſſa emendatione ſequeretur, teſtamẽtum non rumpi ſucceſſione niſi poſt mortem teſtatoris. Ergo vel ex hoc ipſo etiamſi illud nihil eſſet inferre potiùs debeas, nihil de recepta lectione immutãdum. Neque mouere viros acutiſſimos debuit quòd auus dicitur ex comparatione nepotis non pronepotis. Nam vt ita ſit, negari tamen non poteſt quin pronepos qui teſtatorem proauum habet idẽ filium teſtatoris, cuius nepos eſt non pronepos, auum habeat: nec verò Scæuolæ imputari poteſt cur in hoc tractatu his appellationibus abutatur, & auũ dicat eum quem filium teſtatoris dicere debuerat. Cùm enim de pronepote tractaret, quo alio quàm aui nomine filium teſtatoris exprimere potuiſſet? Deinde verba illa *auo mortuo* quæ iuris ratio, vt oſtendimus, non patitur ad teſtatoris perſonam referri, an non ſatis totam dubitationis & ambiguitatis cauſam perimunt? Id igitur Scæuola ſibi vult, ita interpretandam ſecundam hãc legis partem vt ſi & filium & nepotem, & pronepotem habeas, pronepos inſtitutus, ſuccedens in locum ſui heredis non rumpat, ſiue nepos viuo patre ſuo eodémque pronepotis auo decedat, eodem auo poſteà ante teſtatorem mortuo, ſiue nepos ille patri ſuo ſuperuixerit, dummodò inſtitutus ſit vel exheredatus. Nepote ante patrem ſuum eũdémque teſtatoris filium moriente, non quærimus an inſtitutus ſit vel exheredatus vel præteritus, quia cùm verũ ſit nec ſuum eum vnquam fuiſſe, nec eſſe vnquam poſſe, neque iniuſtum facere teſtamẽtum poteſt neque rumpere ſuccedendo, quia nec ſuccedit, aut ſuccedere ampliùs poteſt. Nepote autem patri ſuperuiuente illud omnino exigimus vt inſtitutus ſit vel exheredatus, ne alioqui ſucceſſione rumpat, vt diximus ad d.§. idem credendum. Ita fit vt nepote qui ſuperuixit præterito pronepos quidem qui inſtitutus eſt non rumpat, ſed tamen eius inſtitutio fiat irrita, nepote ipſo qui eum in gradu præcedit, teſtamentum rumpente. Ex quo etiam apparet quàm parum ſubtiliter faciant qui poſtrema illa huius §. verba, *dummodò inſtitutus ſit vel exheredatus*, irreptitia, & imperiti interpretis eſſe arbitrantur. Sic enim virum quendam doctiſſimũ quem in ore & oculis ſemper fero, publicè docuiſſe audio, motum præcipuè ex eo quòd ita concepta inſtitutione verbis generalibus, *ſi quis mihi ex ſuis heredib. ſuus eſſe deſierit, liberi eius heredes ſunto*, dubitari nõ poteſt quin nepos quoque inſtitutus ſit. Sed in eo fallebatur quod exiſtimabat ſecunda parte legis Velleæ præſcriptam illam inſtituẽdi nepotis formulã vt his verbis generalibus inſtitutio cõciperetur, *ſi quis mihi ſuus heres eſſe deſierit*. Id verò prorſus à veritate alienum eſt. Etenim, vt ſæpiùs monuimus, ſunt illa verba legis nõ formulæ inſtitutionis, nec verò ita generaliter inſtitui quilibet ſuus heres potuiſſet. Cũ filios primũ gradũ tenẽtes nõ generaliter ſed ſpecialiter & nominatim vel inſtitui vel exheredari oporteret. Nepotes verò & deinceps cæteri deſcẽdẽtes per virilẽ ſexum, quãquã inter cæteros & inſtitui & exheredari poterãt, cùm & præteriri poſſent, in propoſito tamen nominatim quoq. inſtitui aut exheredari eos neceſſe erat, vt ſciretur an nepos an pronepos inſtitutus eſſet an exheredatus, cũ fieri poſſet, vt alium inſtituere teſtator vellet, alium verò præterire aut exheredare. Vt in hac ipſa ſpecie quã Scæuola tractat, in qua ponit præteritum nepotem, inſtitutum autem pronepotem. Eadem igitur inſtitutionis huius concipiendæ ferè verba ſunt quæ Gallus vſurpauit vt teſtator qui filium habet ac nepotem & pronepotem ſi ſecure teſtari volet, ita teſtetur, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus me viuo morietur, aut deportabitur, aut ſeruus hoſtium fiet, nepos heres eſto, ſi nepos me viuo morietur aut deportabitur, aut emancipabitur, aut ſeruus hoſtium fiet, pronepos heres eſto*. Quamuis nec improbem ſi teſtator ita concipere conditionem malit, *ſi filius meus aut ſi nepos ſuus heres eſſe deſinet, pronepos heres eſto*, vt ſupradicti illi caſus, quos ſpecialiter enumerauimus omnes comprehendantur. Alioqui non ex eo ſolo quod lex Vellea generalibus verbis vſa eſt, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus eſſe deſierit*, vt nulla ſuppletione indigeat, credendum tamen eſt inſtituto nepote in caſum mortis filij qui poſteà non mortuus ſed deportatus aut ab hoſtibus captus fuerit, in eum quoque caſum qui euenit nepotem inſtitutum intelligi. Semper enim illud inſpiciendum eſt quibus verbis & in quẽ caſum concepta inſtitutio ſit, non an ad formulam Galli Aquilij an ad legẽ Velleam inſtitutio pertineat. Nec quicquam aliud inter hanc & illam inter eſt niſi quòd inſtitutio nepotis Aquiliani non niſi in caſum mortis filij fieri ſuppleuiſſent, quia de ſolo caſu mortis in proponenda & dictanda formula Gallus locutus fuerat. Inſtitutio autẽ nepotis & pronepotis Velleiani citra vllã ſuppletionẽ fieri poteſt ſpecialiter in quẽlibet caſum quo is qui ſuus heres erat, ſuus heres eſſe deſinat, ſiue mortẽ filij ſiue deportationem aut captiuitatem tantùm exprimere teſtator velit. Poteſt etiam generaliter his verbis, *ſi ſuus eſſe deſierit*, vt orationis compendio omnes, & ſingulos caſus conditio complectatur. Et quomodocunque facta ſit, id eſt in quemcunque caſum, & in cuiuſcunque ex deſcendentibus fauorem collata ſit inſtitutio, pertinet ad legem Velleam quæ aptiſſimis & generalibus verbis conſcripta commodiſſimè interpretationem talem recipere poteſt vt eam ad omnes & perſonas & caſus, dummodò à teſtatore expreſſos, accommodare liceat.

Ad §. videndum, eiuſd. leg.

CAPVT III.

ELegantiſſimus eſt hic §. ſed peius quã ſuperiores omnes ab interpretib. omnib. acceptus. Sic n. vulgò intelligũt, vt ſi filiũ apud hoſtes habens iã teſtamẽti tẽpore, nepotem ex eo heredem inſtituas, filius aũt poſt mortẽ tuã decedat in poteſtate hoſtiũ, nepos in ſui quidẽ heredis locũ ſuccedat, ſed tamen ſuccedendo non rumpat, quoniã hic quoque caſus ad legem Velleam pertineat, veréque dici poſſit viuo te ſuum heredem eſſe deſiiſſe filiũ qui apud hoſtes deceſſerit, nimirũ propter fictionem legis Corneliæ, quæ facit vt ciuis Romanus apud hoſtes decedens prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur ídque in omnibus iuris partibus, vt Vlpianus loquitur in l. in omnibus 18. de captiu. & poſtlim. Quod aiunt nepotem hunc & in ſui heredis locum ſuccedere, & ſuccedendo nõ rũpere, veriſſimũ ſanè eſt, mihi que in eo cũ illis conuenit ſicut & in eo quod volunt ſucceſſionem hanc nepotis in locum ſui heredis factam intelligi viuo teſtatore, licèt nõ niſi poſt ipſius mortẽ captiuus filius apud hoſtes deceſſerit. Alioqui certè non pertineret caſus hic ad legem Velleam, cuius ſecundo capite id cautum diximus vt ſuccedens viuo teſtatore nepos aut pronepos in locum ſui heredis, dummodò vtiliter inſtitutus eſſet aut exheredatus, teſtamentum non rumperet. Sed quod rationis loco ſubiiciunt, *propter fictionem legis Corneliæ*, id verò probare nullo mo-

do poſſum. Nàm ſi ad fictionem legis Corneliæ reſpicias non tantùm viuo teſtatore & poſt teſtamentum, ſed iam inde ab ipſo initio captiuitatis & antè quàm teſtamentum fieret, retrofingendus erit filius in ciuitate deceſſiſſe, atque ita eueniet vt caſus hic nec ad verba nec ad ſententiam legis Velleæ accõmodari poſſit, quæ non niſi de ea ſucceſſione locuta eſt quam & viuo teſtatore & poſt teſtamentum fieri contingat. Nempe quia nec neceſſe erat prouideri in eum caſum quo nepos aut pronepos antè teſtamentum in ſui heredis locũ ſucceſſiſſet, cùm ne quidem præteritus rumperet ſed tantùm ius accreſcendi haberet, vt diximus ad §. idem credendum, multò minus autem rumpere poſſet ſi aut inſtitutus eſſet aut exheredatus. Porrò non eſt ex interpretibus qui non fateatur Scæuolam in hoc §. quæſtionem proponere de filio qui teſtamẽti tempore fuerit in hoſtium poteſtate: nam & Scæuolæ verba ſic habent, *ſi filium apud hoſtes habens, nepotẽ ex eo heredem inſtituat.* Quanquam nec aliud iuris eſſe exiſtimandum eſt, quòd ad nepotem aut pronepotem attinet, ſi filius poſt teſtamẽtũ ab hoſtibus captus ſit, niſi quod iniuſtum faceret teſtamentũ ſi in eo præteritus eſſet, cùm ſi iam teſtamenti tempore captus fuiſſet impunè præteriri potuiſſet §. in omnibus ī Sed & mihi illud nõ parùm mouet quod Scæuola, poſtquàm ſcripſit, poſſe, licèt audenter, dici nepotem hunc de quo tractat, viuo patre ſuo heredem ſuum eſſe deſiiſſe, non illam rationem affert quam noſtri comminiſcuntur, & quam ſi recta eſſet æquè obuiam habere poteras: *quia per fictionem legis Corneliæ pro mortuo habeatur pater,* ſed aliam longè diuerſam, adeòque contrariã, *quia nec rediit pater nec redire poteſt,* quę ſanè inepta ſit ſi patrem pro mortuo habendum Scæuola exiſtimauit. Quid enim neceſſe erat monere eum qui in ciuitate mortuus eſſet aut eſſe fingeretur antequàm ab hoſtibus caperetur in ciuitatem vel rediiſſe vel redire nunquam poſſe? Deinde quænam obſecro audacia illa eſt, dicere, filium ab hoſtibus captum deſiiſſe ſuum heredem eſſe viuo patre ſi ex fictione legis Corneliæ iã inde à prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur? Niſi fortè audax ille eſt, qui negat ſuum heredem eſſe qui iam mortuus ſit vel pro mortuo habẽdus, aut quiſquis fictionem legis Corneliæ inducit vt pro mortuo habendum eſſe dicat eum, qui rę vera viuit. Rurſum, ex contrario difficile eſt dicere fictionem legis Corneliæ hîc locum nõ habere, cùm generaliter proditum ſit, præſertim ab Vlpiano in d. l. omnibus, in omnibus partibus iuris eum qui reuerſus non eſt ab hoſtibus quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm captus eſt. Sed & eo admiſſo vt legi Corneliæ hîc locus non ſit, illud longè difficilius eſt, qua ratione fieri poſſit vt ſuus heres eſſe deſinat viuo teſtatore filius qui quandiu pater viuit ab hoſtibus redire poteſt, & poſtliminij iure ciuitatem repetere eadémque iura omnia quæ haberet ſi ſemper in ciuitate manſiſſet. Nam ſi admittas nepotem in propoſita ſpecie ſuccedere in locum ſui heredis viuo auo, an non euenire neceſſe erit vt filio in ciuitatem redeunte viuo auo, ſicque priſtinum ſuitatis ius recuperante duo ſint eodẽ tempore ſui heredes teſtatori, aut quod erit longè abſurdius, vt nepos qui in locum ſui heredis ſuccedendo ſuus heres factus fuerat, rurſus ſuus heres eſſe deſinat, eiúſque inſtitutio quæ iam ſibi locum vindicauerat, quaſi priore gradu vacuo, iterùm recurrat in ſecundum gradum priore nunc denuò per eum qui anteà excluſus fuerat occupato? Et verò non frueretur pleno iure poſtliminij filius, in ciuitatem reuerſus ſi in iure ſuitatis cum nepote concurreret ob hoc ſolùm quod medio tempore & tantiſper dum filius ipſe ab hoſtibus retineretur, nepos primum locum occupaſſet. Si enim ſemper manſiſſet in ciuitate, quomodo manſiſſe retrofingitur, ſolus ille ſuus heres eſſet patri nec nepotẽ ex ſe ſuſceptum in eo iure ſocium admittere cogeretur: quem ſanè nec iuris ratio admitti patitur, cũ fieri nequeat vt in iure ſuitatis nepos cum patre concurrat, nõ magis quàm vt æquè proximo gradu ſint, qui in diuerſo gradu ſunt. Ideóque verum eſt patrem quandiu apud hoſtes eſt obſtare tamen liberis ſuis propter ſpem poſtliminij l. ſi necem 4. §. ſi deportatus de bon. libert. Quòd ſi mortuo demùm teſtatore dicas filium qui ab hoſtib. captus fuerat, deſiiſſe ſuum heredem eſſe quòd ab eo ſaltem tempore certũ ſit eum nec in ciuitatem rediiſſe nec redire poſſe viuo teſtatore, facies neceſſariò vt caſus hic ad legem Velleam non pertineat, quæ, vt diximus, de iis tantùm nepotibus & pronepotibus locuta eſt qui viuo teſtatore ſuccedentes in locum ſui heredis teſtamentum rumpebant l. poſthumorum 13. de iniuſt. rupt. Poſſis quoque, ſi voles, etiam ad eos qui poſt mortem aui aut proaui in locum ſui heredis ſucceſſerunt legem extendere per interpretationem, quoniam verba patiuntur quæ ſunt generalia, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit.* Neque enim lex expreſſit an viuo tantum teſtatore, an eo etiam mortuo ſuum heredem eſſe deſinere oporteat eum in cuius locum ſucceditur vt legi locus ſit. (Idque eſt quod ait Scæuola, *nihil enim addidit quo ſignificaret tempus*) Sed ſi ita legem interpretêre, facies contrà cæterorum prudentum omnium ſententias, quibus viſum eſt poſterius hoc legis caput non niſi ad eos nepotes aut pronepotes pertinere qui viuo teſtatore ſuccedãt d. l. poſthumorum 13. de iniuſt. rupt. l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſti. l. ſi hereditas. 10. §. qui filium de teſtam. tutel. l. ſed ſi condicioni 6. §. 3. de hered. inſti. l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam. l. 2. C. de liber. præter. Facies etiam contra ipſius Scæuolæ ſenſum, qui nec in propoſita ſpecie, nec proinde alio vllo caſu neceſſarium eſſe putat inducere hanc interpretationem, cùm defendi poſſit, licèt audenter, filium iſtum de quo quærimus, viuo patre eodémque teſtatore deſiiſſe ſuum heredem eſſe, quamuis poſt eius mortem deceſſerit. Nodos iſtos non eſt ex interpretibus qui vel ſupremis digitis attingat, qui autem diſſoluat, multò minùs. Omnium error vnus ille eſt, in quo etiam nos aliquando verſati ſumus, quòd putant fictionem legis Corneliæ hîc locum habere, ex eáque fieri vt filius ab hoſtibus captus iam inde ab ipſo vltimo libertatis momento defunctus retrofingatur. Quod tamen falſiſſimum & à iure alieniſſimum eſſe auſim dicere. Illud enim pro certo & explorato haberi oportet, fictionem legis Corneliæ inductam non fuiſſe nec locum ſibi vindicare niſi in perſona eius de cuius hereditate aut teſtamentaria aut legitima confirmanda tractari poſſit. Nam cùm eius qui apud hoſtes decederet dici hereditas non poſſet, quia ſeruus hoſtiũ eſſet l. 3. in fin. de verb. ſignific. atque ita nec teſtamentũ, quandoquidem prius eſt vt hereditatem aliquã relinquere quàm vt teſtari quis poſſit, neceſſariũ fuit ferri legem quæ & teſtamenta eorum, qui in hoſtiũ poteſtate deceſſiſſent perinde confirmaret acſi in hoſtium poteſtatem nunquam perueniſſent, l. lege Cornelia 12. D. qui teſtam. facer. poſſ. l. qui vxorem 15. D. de iniuſt. rupt. l. 3. §. 3. D. ad leg. Falcid. l. 4. §. 3. De bon. libert. & iis inteſtatis morientibus, quòd teſta-

Digitized by Google

teſtamentum in ciuitate facere vel noluiſſent vel non potuiſſent, legitimas eorum hereditates iis ipſis deferret, quibus delatæ fuiſſent ſi in ciuitate deceſſiſſent l. j. in princip. D. de ſuis & legit. l. ſi his 8. C. de legit. hered. l. bona 22. in princip. D. de captiu. & poſtlim. Vnde illud eſt quod dici ſolet legē Corneliam & hereditatem facere, & heredem, l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. In perſona ſcilicet eius qui ſi in ciuitate deceſſiſſet & hereditatem & heredem habiturus fuiſſet. Abſurdum enim ſit dicere per legem Corneliam fieri vt hereditatem aut heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit, nec relinquere potuit, vt eleganter & apertè Iulianus ſcribit in l. lex Cornelia. 28. verſ. ſi verò de vulgar. & pupill. ſubſtit. vbi ob hanc ipſam rationem defendit, quod ad rem noſtram omnino pertinet, quoties filius viuo patre in cuius familia erat in hoſtiū poteſtatem peruenit, legi Corneliæ locum eſſe non poſſe. An quod, vt Cuiacius ſcripſit lib. 15. obſeruat. cap. 17. per eandem legem Corneliam fiat vt viuo patre & filiusfamilias deceſſiſſe intelligatur, qui tum filiusfamilias erat cùm captus eſt? Minimè. Ita enim ſequeretur in filij quoque familias perſona legi Corneliæ locum eſſe, quod diſertè Iulianus negat. Sed quia verum eſt nulla in ciuitate bona reliquiſſe aut relinquere potuiſſe filium, qui & quo inſtanti captus eſt filiusfamilias fuit, & ab eo tempore ſeruus hoſtium factus in ſeruitute deceſſit. Neque fictione vlla opus eſt vt filiusfamilias nulla bona in ciuitate reliquiſſe videatur, cum re ipſa veriſſimum ſit, nec reliquiſſe eum vlla nec relinquere potuiſſe. Nec rurſū poſſis dicere quod Cuiacius ſenſiſſe videtur, fictionem legis Corneliæ poſſe in filiofamilias quoq. locū habere, non equidem vt vel hereditatem vel heredem habere fingatur qui nulla bona in ciuitate reliquit, ſed hactenus duntaxat, vt ciuis Romanus, & in ciuitate, ac proinde viuo patre deceſſiſſe intelligatur. Etenim cùm lex Cornelia de confirmandis tantùm hereditatibus ſiue teſtamentariis, ſiue legitimis lata ſit, quæ ex lege duodecim tabularum propter ſecutam capitis diminutionem confirmari non poterant, prorſus conſequens eſt, vt cuius hereditas in ciuitate nulla ſit, ad eum neq. lex pertineat, neque per interpretationem extendi poſſit. Adeò autem verum eſt quod dicimus, legis Corneliæ fictionem, & poteſtatem non niſi ad confirmandas hereditates ſpectare, vt extrà eam cauſam nullas prorſus vires habeat, ne iis quidem caſibus quibus hereditatem aliquam ſiue teſtamentariā ſiue legitimam ex ea confirmari oporteat. Finge ciuem Romanū & patremfamilias ab hoſtibus captū apud eos deceſſiſſe relicto in ciuitate filio, quē habebat in poteſtate priuſquā caperetur: an erit filius patri heres ſuus & neceſſarius? Placet Iuliano in d. l. lege Cornelia 12. qui teſtam. facer. poſſ. inuitū quidē eū hereditati obligari perinde acſi & ſuus heres eſſet, & neceſſarius. Sed tamē ſuū heredem dici non poſſe, qui in poteſtate morientis non fuerit, vt dubitandū non ſit, ſi Iuliano credimus, abūdare dictionē *ſua* in l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legi. ab imperito interprete additā, exiſtimante idipſum quod omnes hactenus malè crediderūt fieri nō poſſe vt filius & inuitus & ignorās ſit heres quin ſit ſuus, quod & gloſſa ſentire videtur quæ trāſmitti eo caſu ait hereditatem nō aditā ex priuilegio aſcendentiū & deſcendentiū nullā habēs rationem ſuitatis. Atqui ſi pater in ciuitate deceſſiſſet, haud dubiè filius ei ſuus & neceſſarius heres extitiſſet, quia & in patris morientis poteſtate fuiſſet. Non ergo legis Corneliæ fictio faciet, vt in omnib. ac per omnia in ciuitate deceſſiſſe videatur qui apud hoſtes deceſſit, ſed hactenus duntaxat vt quod ad hereditatis cauſam pertinet, & ad cōmodū eius de cuius hereditate agitur eadē conditio ſit defuncti apud hoſtes quæ eſſet ſi in ciuitate deceſſiſſet. Intereſt autem patrisfamilias vt heredem in ciuitate habeat, & quidē qui vel inuitus hereditati obligetur, vt ſi ære alieno laboret, heredis potiùs quàm defuncti bona publicè diſtrahantur, ſed vt heres ille vel ſuus ſit, vel neceſſarius dicatur, aut in morientis poteſtate fuiſſe intelligatur, nihil intereſt, quoniam id extrà cauſam eſt & neceſſitatem acquirendæ hereditatis: ſimiliter ſi ponas ab eo patrefamilias priuſquam ab hoſtibus caperetur ſcriptū in ciuitate ſeruum proprium, erit quidem ſeruus & liber & heres, ſeu velit ſeu nolit: ſed tamen minùs propriè neceſſarius dicetur vt ibidē Iulianus ait, quia verum eſt in morientis domini poteſtate eum non fuiſſe, cùm is qui anteà erat dominus factus poſteà hoſtiū ſeruus, alios in poteſtate ſua habere non potuerit l. ſic euenier 21. D. ad leg. Iul. de adult. An non autem ſeruus in morientis domini poteſtate fuiſſet, ſi dominus eo inſtanti quo captus eſt in ciuitate deceſſiſſet? Nō ergo deceſſiſſe retrofingitur quòd ad ius poteſtatis attinet. Et quamuis verum ſit quod initio legis ſcriptū eſt, teſtamenta eorum qui in hoſtium poteſtate deceſſerint perinde confirmari lege Cornelia acſi hi qui ea feciſſent in poteſtatem hoſtium nō perueniſſent, adeóq. hereditatem ex iis ad vnumquemq. eodem modo pertinere, non tamen afficit ea lex heredē vt ſuum eum faciat aut neceſſarium, niſi quòd inuitum eum hereditati obligat, ſi inuitus futurus erat heres teſtatore in ciuitate mortuo, quoniam eatenus duntaxat intereſt eius qui apud hoſtes deceſſit, & verba illa, *eodem modo*, non ad heredū qualitates & ſpecies referēda ſunt, ſed ſic intelligēda, vt volūtarius heres ſit ex lege Cornelia qui talis futurus erat ex lege 12. tabularum, inuitus quoq. qui inuitus futurus erat. Vt verò qui heres eſt, ſuus etiam ſit, aut neceſſarius dicatur, aut in poteſtate morientis fuiſſe vel non fuiſſe exiſtimetur, ad filij potiùs aut ſerui, quàm ad defuncti patris dominiue perſonam & ius pertinet: ob ídque nec de eo lex Cornelia quicquam cauit: neq. verò cauere potuit, quia cùm tempus mortis iungat tempori captiuitatis, mortis, inquam, naturalis, l. pen. in fin. de vſucap. fieri nequit vt non inſpicienda ſit mors naturalis cùm de lege iſta tractatur. In eóque errauit Cuiacius poſt cæteros ad d. l. lex Cornelia. Alioqui fieret vt filius qui primo captiuitatis paternæ inſtanti fuiſſet ſuus heres, tum durante patris captiuitate deceſſiſſet, nihilominus retrofingeretur ſuus heres fuiſſe patri, quod tamen falſum eſt, quia lex Cornelia nō defert hereditatē niſi ei qui tūc ſuus aut proximus agnatus eſt cū captiuus moritur l. 3. C. de poſtlim. reuerſ. non autem mortuo arg. l. quidam 14. de iur. codicill. De quo latiùs dicturi ſumus infrà. Ex quo intelligimus quod Vlpianus ſcripſit in dict. l. in omnibus 18. de capt. & poſtlim. in omnibus partibus iuris eum qui reuerſus non eſt ab hoſtibus quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm ab hoſtibus captus eſt, non tam generaliter intelligendum eſſe vt quod ad omnia, & quod ad omnes perſonas fictio legis Corneliæ ſemper locum habeat, ſed ita potiùs vt quo caſu & in qua perſona locum habet, ſic in perſona eius qui antè captiuitatē paterfamilias fuit, & in cauſa hereditatis ipſius confirmandæ eadem nec durior ſit conditio defuncti apud hoſtes, & quidem in omnibus iuris partibus, quæ eſſet ſi in ciuitate deceſſiſſet. Aliud enim eſt

dicere ſimpliciter, *in omnibus*, illud *in omnibus partibus iuris*. Hæc vero ſi ita ſunt, vt lex Cornelia ad filiumfamilias nil ſpectet, etiam cùm de patris hereditate agitur quæ per eam ipſam legem cõfirmatur, quia non niſi de patrefamilias locuta eſt, nec de filiofamilias loqui potuit, quod nulla ipſius hereditas ſit quæ confirmatione indigeat, omnino ſequitur, vt iam ad ſequelã veniamus, filiũfamilias ab hoſtibus captum & apud eos mortuum non retrofingi in ciuitate deceſſiſſe, ideóq. etiamſi prius captus ſit quã teſtaretur auus, qui poſteà nepotem ex eo filio inſtituit, non poſſe tamen videri nepotem in locum ſui heredis quaſi præmortui iam antè teſtamẽtum ſucceſſiſſe. In quo ſanè errant miſere qui exiſtimantes legis Corneliæ fictionem in filij quoq. familias perſona locũ habere, nec tamen eo poſito obiectionem effugere valentes, coguntur admittere quod eſt longe ineptius, legis Corneliæ fictionem hic non integram ſed tantùm dimidiatam accipi, vt efficiant viri ingenioſi & ſubtiles, ſi diis placet, ne ab ipſo captiuitatis initio fingatur in ciuitate mortuus filius, ſed ab eo demũ tempore quo auus teſtatus ſit. Quo quid, obſecro, abſurdius dici poteſt? Aut quis fictæ huius & monſtruoſæ fictionis dimidiatæ vnquam meminit? Quod autem ſubiiciũt poſſe hic dimidiatam fictionem ſufficere, quia non de hereditatis cõfirmatione agatur quæ totam, inquiunt, fictionem requireret, ſed tantùm de teſtamento confirmando & ne filius apud hoſtes mortuus ei obſit cui obeſſet ſi vel tota vel nulla fictio legis Corneliæ vſurparetur, æque ineptum eſt. Nam ſi totam & integram fictionem vſurpares, quid aliud inde fieret niſi quòd iam ante teſtamentum factum mortuus filius, in eiúſque locum nepos ſucceſſiſſe crederetur? Ex hoc vero quid inferri poſſet niſi tanto magis teſtamentum valere in quo nepos primum gradum tenens eſſet inſtitutus aut exheredatus? Atqui, inquiunt, lex Vellea teſtamentum hoc non confirmaret, quia ad eum tantùm caſum pertinet quo nepos in ſui heredis locum poſt teſtamentum factum ſuccedat. Fateor, ſed neque legis Velleæ auxilio teſtamentum indigeret quod propriis viribus ſolaque iuris ratione ita ſubſiſteret vt nec ſucceſſione nec alio vllo caſu rumpi vnquam poſſet. Quomodo enim rumperetur per nepotem inſtitutum, aut exheredatum, quia etiamſi præteritus eſſet non tamen rumpere, ſed, vt ſæpiùs diximus, rato manente teſtamento ſcriptis heredibus accreſceret? Alia rurſum ex parte ſi admitteres quod nos volumus, nullam prorſus legis Corneliæ fictionem hîc locum habere, quid, rogo, inferri ex eo poſſet, quo magis teſtamentum rumperetur? Illud, inquies, quòd filio apud hoſtes poſt patrem defuncto, nepos in ſui heredis locum non niſi auo mortuo ſuccedere videretur, atque ita ſuccedendo rumperet, ſi verum eſt quod ſuprà docuimus prudentes omnes ſic legem Velleam interpretatos vt ad alios nepotes aut pronepotes non pertineret, quàm qui viuo teſtatore in ſui heredis locum ſuccederent. Nego conſequutionem. Nam, vt mox dicam, non eo minùs verum erit filiũ qui apud hoſtes poſt mortem patris defunctus eſt, deſiiſſe viuo auo ſuum heredem eſſe, atque ita locum feciſſe nepoti, tametſi legis Corneliæ fictio nulla inducatur. Sed quamquam ita eſſet, dico longè tolerabilius fore ſi lex Vellea per interpretationem ad eos quoque extendatur qui poſt mortem teſtatoris ſui heredes eſſe deſierint, cùm legis verba non repugnent, imò patiantur, quia ſunt generalia, quam ſi inducamus vt lex Cornelia quæ de ſolo patrefamilias locuta eſt, ad filiumfamilias contrà iuris, adeóque ipſius fictionis inducendæ rationem porrigatur. Verum enimuero iam tempus eſt, vt oſtendamus qua ratione dici poſſit filium qui ab hoſtibus viuo patre captus eſt ante teſtamentum, & poſt patris demum mortem in captiuitate deceſſit, deſiiſſe ſuum heredem eſſe viuo patre, ita tamen vt nõ niſi poſt teſtamentum ſuus eſſe deſierit. Hoc enim eſt quod præcipuam habet difficultatem. Difficultas autem ex eo potiſſimùm naſcitur, quod alterutrum in propoſito fieri neceſſe eſt, vt vel ex rei veritate vel ex fictione, non quidem Corneliana quam iam ſuſtulimus, ſed poſtliminij rem æſtimemus. Si ex ſola rei veritate, apertiſſimum eſt eum qui ab hoſtibus capitur fieri ſeruum hoſtium d. l. 3. in fin. de verbor. ſignific. l. 5. §. ſed & eius D. de bonor. poſſeſſ. & conſequenter ſuitatis ſicut & cætera libertatis & ciuitatis iura omnia ex ipſo captiuitatis inſtanti amittere. Secundùm quod dicendum eſſet in ea ſpecie de qua diſputamus iam inde ab eo tempore quo hic filius ab hoſtibus captus ſit deſiiſſe ſuum heredem eſſe, locumque nepoti feciſſe, priuſquam auus teſtaretur. Proinde verendum non eſſet ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur per nepotem, qui iam antè teſtamentum in ſui heredis locum ſucceſſiſſet. Sed ne id dici poſſit obſtat fictio poſtliminij quam Papinianus pereleganter in l. penult. de ſuis & legit. vocat ſuſpenſi iuris conſtitutionem, quæ licet non faciat quominus is qui ab hoſtibus captus eſt interea ſit ſeruus hoſtiũ (hoc ipſo enim neceſſaria illi eſt poſtliminij fictio, quòd reuera & libertatem & rerum ſuarum dominium amiſerit, cùm qui hæc retinent licet in alia prouincia & extra patriam morentur, poſtliminio non indigeant, l. non dubito 7. vbi eſt textus elegans de captiu. & poſtlim.) facit tamen ne pro mortuo haberi debeat, quandiu redire poteſt, quoniam ei quandocunque reuerſo priſtina iura omnia reſtituit quæ retinuiſſet ſi ſemper in ciuitate manſiſſet, fingique nunquam fuiſſe captum qui reuera captus eſt. Inde fit vt quamuis filiusfamilias in hoſtium poteſtate conſtitutus impunè præteriri poſſit à patre, quia verum ſit non eſſe eum tunc temporis ſuum heredem qui re ipſa ſeruus hoſtium eſt, quandocunque tamen reuerſus inteſtatum faciat patrem, vtpote quem ex poſtfacto appareat non magis præteriri potuiſſe quàm ſi in ciuitate manſiſſet reddito ei propter poſtliminium iure ſuitatis quod captiuitas abſtulerat §. in omnibus ſupr. hac lege. l. penult. infr. hoc tit. iunct. l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater de iniuſt. rupt. Ideo quandiu pendet ac incertum eſt an ab hoſtibus rediturus ſit necne, illud quoque admitti neceſſe eſt, vt obſtet liberis ſuis ne ſui heredes auo fiant, vt diſertè Paulus ſcribit in l. ſi necem 4. §. ſi deportatus de bon. libert. Nam cùm ſtatus liberorum eius qui ab hoſtibus detinetur in pendenti ſit quandiu captiuus redire poteſt l. in bello 12. § 1. l. bona 22. §. 1. de captiu. & poſtlimin. §. ſi ab hoſtibus Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. fieri certè nequit vt nepos perinde fiat ſuus heres auo acſi pater iam deceſſiſſet, non ſolùm quòd ſi ſemel factus eſſet ſuus heres poſtea deſinere non poſſet ob id tãtùm quòd reuerſus eſſet pater ab hoſtibus, quia ſemel quæſitum ius ſui heredis non niſi certis modis iure ciuili amittitur, inter quos ille non eſt ſi ab hoſtibus redierit is qui anteà ſuus fuerat: ſed etiam quòd ſperandum potiùs ſit reuerſurum in ciuitatem eum qui nunc apud hoſtes eſt, quàm non reuerſurum. Eſſet ſiquidem peſſimi ominis pro

mortuo

mortuo nec vnquam reuerſuro haberi eum, qui apud hoſtes adhuc viueret arg. l. cùm tale 72. in princip. de condic. & demonſtr. Nam & ob eam cauſam receptum videmus vt res quæ apud hoſtes eſt veniat in familiæ erciſcundæ iudicium propter ſpem poſtliminij l. item Labeo 22. §. vltim. cum l. ſeq. D. famil. erciſcund. non quia ſpes iſta pro veritate habeatur (cùm ex contrario intereà ſeruus hoſtium ſit & habeatur qui ab iis captus eſt l. ſi ſeruus 16. de interro. in iur. fac.) At quoniam ſpes illa ſit è Reipublicæ dignitate & vtilitate fore vt aliquando victrix Reſp. euadat, & quæ omnia bello amiſit bello etiam recipiat. Hinc igitur apparet nihil eſſe propter quod filiusfamilias ab hoſtibus captus non deſinat ſtatim ſuus heres eſſe, niſi quod poſtliminio redire poſſit, atque ita priſtinum locum quem in patris familia tenebat recuperare. Ea res facit vt quandiu pater in ciuitate viuit, filius autem apud hoſtes non deſinat filius eſſe ſuus heres, quia tandiu fieri poteſt vt viuo patre redeat. At cum pater in ciuitate moritur, eo demùm inſtanti, non quo mortuus eſt, ſed quo moritur, certum eſſe incipit filium qui adhuc apud hoſtes ſit, necdum in ciuitatem rediiſſe, nec viuo patre redire vnquam poſſe. Ergo ſaltem ex eo inſtanti dici poteſt filium deſinere ſuum heredem eſſe: & quidem viuo patre, quoniam inſtans illud quo pater moritur vitæ patris computatur, vt ſæpiſſimè diximus ex l. qui duos 18. §. 1. l. vlt. de fideic. libert. l. vlt. de condic. inſt. Vt proinde nil ſit neceſſe legem Velleiam extendere ad eum caſum quo liberi poſt parentū mortē ſui heredes eſſe deſierint, nec rurſus inducere legis Corneliæ fictionem, vt viuo patre ius illud ſuitatis amiſſum eſſe intelligatur. Eáque proculdubiò Scæuolæ hoc loco ſentētia eſt, itémq. Vlp. in d. l. ſiquis filio 6. §. 2. de iniuſt. rupt. in illis verbis, *nec enim creditur in rebus hominus fuiſſe, cùm in eadē cauſa decedat*: quæ non ſic accipi debent vt retrofingatur iam olim mortuus, qui numquã ab hoſtibus rediit: ſed vt ceſſante poſtliminij fictione propterea quod apud hoſtes deceſſerit exinde pro nullo habeatur ex quo hoſtium potitus, id eſt eorum ſeruus factus eſt, non ex retrofictione vlla, ſed ex iuris ciuilis veritate, quia quod ad ius ciuile attinet ſerui etiam Romanorum pro nullis & mortuis habentur l. quod attinet 32. l. ſeruitutē 209. de reg. iur. l. 3. in fi. de ſtat. homin. l. 1. de iur. deli. multò magis ſerui hoſtium. Itaque ſiquis obiiciat, quod vnū diluendū ſupereſt, fieri poſſe vt mortuo quoq. patre filius in ciuitatē redeat, ſicque poſtliminij iure ea omnia recuperet quæ per captiuitatē amiſerat. In prõptu reſpõſio eſt, nos cū Scæuola eū caſum tractare, quo filius apud hoſtes deceſſerit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit, conſequenter in quo poſtliminij fictio locum habere non poſſit. Alioqui certū eſt captū ab hoſtibus filiū patre mortuo, medio tēpore poſteà reuerſum ſi in poteſtate patris tēpore quo capiebatur fuit, ſuū fieri heredē §. interdū. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. captum 9. C. de poſtlim. reuerſ. vbi tamen obſeruandum eſt, quod & iam monuimus ad §. ſi eius ſup. dictionem *Cornelia* eſſe irrepſiſſe. Neque enim id fit ex lege Cornelia ſed ex iure poſtliminij l. ius poſtliminij 14. eo. quod moribus & legibus conſtitutum eſſe Paulus ſcribit in l. poſtliminium 19. D. eod. In eóque plenior eſt fictio poſtliminij, quàm legis Corneliæ quæ ad ſolam, vt diximus, hereditatū cõfirmãdarum cauſam reſtricta eſt: fictio enim poſtliminij ad omnia captiui iura pertinet quæ habiturus erat ſi in ciuitate manſiſſet, ita vt de ipſius bonis & iuribus nihil priùs decernēdū ſit, quã captū apud hoſtes mortuū eſſe cognoſcatur l. nec nos. 4. C. eod. In hoc § illud quoque meminiſſe oportet quod probauimus ſupr. interpretis nõ legis eſſe verba illa, *in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto*, ſed quod Goueanus exiſtimat in ſequentibus illis, *niſi quòd licet audenter poſſis dicere* verbum *licet* aut verbum *poſſis* abundare, nimis leue eſt. Si enim *licet* non pro verbo, ſed pro aduerbio accipias quomodo accipi debet, ſenſus eſt longè elegantior vtraque dictione retenta. *Poſſis dicere*, inquit Scæuola, quamuis audenter, viuo patre, hunc ſuum heredem eſſe deſiiſſe. Cur verò audenter? Nimirum, quoniam infringitur quodammodo ius poſtliminij cū ei qui apud hoſtes eſt aliquid adimitur irreuocabiliter quandiu redire poteſt ac priuſquam certum ſit redire eum ampliùs non poſſe. Cùm, vt proximè dixi, filius hic tandē ab hoſtibus rediret, etiam poſt mortem patris, ſuus illi heres fuiſſe videretur l. 1. d. l. captum 9. C. de poſtlim. reuerſ. Et generale eſt vt iure poſtliminij omnia iura ciuitatis in perſona captiui in ſuſpenſo retineantur, non abrumpantur l. illa inſtitutio 32. §. 1. D. de hered. inſtit. Porrò inter ciuitatis iura, id eſt quæ captiuus haberet ſi in ciuitate eſſet, ſuitatis ius numerari quis negauerit? Sed Scæuolam illud mouet quòd captiuo tandem apud hoſtes mortuo ex euentu appareat fictionem poſtliminij locum nõ habere, quo ſecuto verum eſt iam inde ab eo inſtanti quo pater deceſſit, ſicque viuo pàtre, deſiiſſe filium eo viuo redire poſſe qui nunquam rediit, & in conſequentias, ſuitatis ius amiſiſſe, quod propter filij ſeruitutem re ipſa extinctum, ſola poſtliminij ſpe iuriſque poteſtate in ſuſpenſo retinebatur. Simile quiddam eſt in l. huic ſcripturæ 25. §. 1. ad leg. Aquil. in illis verbis, *quia verū eſt eū à te occiſum tunc cùm vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit*.

An ſubſtitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur. ad l. pater 10. in princip. D. de captiu. & poſtlim.

CAPVT IIII.

INtelligentur meliùs quæ de legis Corneliæ fictione proximè diximus contra veterē interpretum omnium errorem, ſi quæſtionem hanc quæ tres nobiliſſimos iuris authores diſſentiētes habuit, lõgè aliter quàm vulgò ab interpretibus factum ſit explicemus, & quantum in nobis erit diligenter enarremus. De quã etſi iam ſatis multa ſcripſimus lib. 3. cap. 9. iterùm tamen tractare eam & retractare nec pudet, nec piget, vt ea emendemus in quibus tum erraſſe nos, quatenus præſertim aliorum veſtigiis inhærere voluimus, ingenuè nunc & ex bona fide, vt par eſt, agnoſcimus. Quæſtio eſt de pupillari ſubſtitutione: an & quibus caſibus ex lege Cornelia confirmetur. Illud primum certiſſimi & indubitati iuris eſt, legem Corneliam quæ teſtamenta eorum confirmat, qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt, nõ ſolùm ad hereditatem ipſorum qui teſtamēta fecerint pertinere, ſed ad omnes hereditates quæ ad quemque ex eorum teſtamento pertinere potuiſſent ſi in hoſtium poteſtatem non perueniſſent, vt Iulianus præfatur in l. lex Cornelia 28. De vulg. & pupil. ſubſtit. Vnde fit quod ibidem Iulianus ſubiicit, vt ſi pater in hoſtiū poteſtate deceſſerit filio in ciuitate relicto impubere, & is intrà tempus pubertatis in ciuitate defūctus ſit, hereditas ad ſubſtitutū pupillarē pertineat perinde acſi pater ab hoſtibus nūquã captus fuiſſet. Neque hic caſus dubitationem vllam admittere prima facie videtur, quia cùm

patris & filij vnum ſit teſtamentum licèt ſint duæ hereditates l.2.§.prius autem eod.ti.l.paterfamilias 28.de reb.autor.iudic.poſſid.l.alias 13.de priuil. credit. fieri ſanè non poteſt vt à lege Cornelia confirmationem pro parte accipiat, id eſt quod ad hereditatem patris, quin pupillaris quoque ſubſtitutio cõfirmetur. Aut ſi quis dicere velit duo eſſe teſtamenta ex l.in ratione 11.§.quod vulgo D.ad leg.falcid.l.1.§.1.D.ſi cui pluſquàm per leg. falcid. §.2. Inſtit.de pupill.ſubſtit. illud vtique conſtat duo illa teſtamenta pro vno haberi tam ciuili iure quàm Prætorio l.patris 20.de vulg.& pup.ſubſtit.& ſecundas, id eſt pupillares tabulas principalium tabularũ partem obtinere videri l.pen.D.teſtam.quemadm.aper.denique patris teſtamentum pro principali habendum eſſe, pupillare autem pro acceſſorio l. ex pupillari 14.de vulg. l.quidem 5.§.vlt. C.de neceſſ.hered.inſtit. Principali verò confirmato, acceſſorium quoq. confirmari eodémque legis beneficio gaudere neceſſe eſt. Non tamen defuerunt qui in propoſita ſpecie legitimum heredem admitti dicerent excluſo ſubſtituto, ratione illa quod ſecundæ tabulæ locum habere non poſſent in perſona eius qui viuo patre ſui iuris effectus fuiſſet, cùm is qui in hoſtiũ poteſtatem peruenit deſierit habere filium in poteſtate nil obſtante legis Corneliæ fictione, vt proximo capite diximus ex l.lege Cornelia 12.D.qui teſtam.facer.poſſ. Verùm huic ſententiæ manifeſtiſſima iuris ratio refragatur, quoniam ſi pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligitur ex quo captus eſt propter fictionem legis Corneliæ, illud omnino conſequens eſt vt ſubſtitutio ſuas vires neceſſariò teneat, quemadmodum Papinianus diſputat in l. pater 10. in princ. de capt. & poſtlim. Iuliani ſententiam in hoc, vt videtur, ſecutus. Sed indiget hæc Papiniani ratio luce aliqua vt clarior & elegantior fiat. Habet enim, iudicio meo, neſcio quid latenſis & obſcurioris ſubtilitatis, quo intellecto apparebit fortaſſe nõ idem penitus Papiniani & Iuliani hac parte iudicium fuiſſe. Nam ita eſto vt Papinianus vult: Patrem qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligi ex quo captus eſt, & quidem propter fictionem legis Corneliæ, negabo tamen rectam eſſe conſecutionem illam, Ergo ſubſtitutio vires ſuas neceſſariò tenet. Illa enim ſemper ratio obſtat qua mouebantur ij contrà quos Papinianus diſputat, quòd verum ſit filium cui pupillaris ſubſtitutus datus fuerat viuo patre exiſſe de poteſtate, quo admiſſo, aut probato fatendum neceſſariò eſt pupillarem ſubſtitutionem corruere, vel eodem Papin. teſte in l. coheredi 41.§. cùm filiæ de vulg. & pupill. ſubſtit. Ita autem eſſe vt quamuis per fictionem legis Corneliæ fingatur pater retromortuus à proximo ante captiuitatem inſtãti, nihilominus exierit filius impubes de patris viui poteſtate. Probo, quia licèt lex Cornelia faciat vt pater videatur ex eo tempore deceſſiſſe quo captus eſt, ac proinde quo habebat filium in poteſtate, non tamen proinde ex contrario facit vt videatur filius eo tempore fuiſſe in poteſtate quo pater mortuus eſt, aut eſſe retrofingitur: diuerſa namque fictio hæc eſt, ad ſolius heredis perſonam ſpectãs de quo lex Cornelia nec locuta eſt nec cogitauit, quia nec heredibus prouidere voluit ſed captiuis duntaxat, id eſt eorum teſtamentis & hereditatibus, vt ſuperiore capite probauimus ex aperto illo & elegãti textu qui contradictionem non patitur in l. lege Cornelia 12. D. qui teſtam.facer.poſſ. Cùm itaque, vt ibi Iulianus ſcribit, non retrofingatur filius fuiſſe in patris morientis poteſtate, ideóque nec ei ſuus heres ſit nec neceſſarius, licèt inuitus hereditati obligetur, an non perpetuò verum eſt filium patre captiuo ſuperſtitem primum, deinde mortuum exiſſe de patris viui poteſtate? Ceſſante ſiquidem fictione quid ſupereſt, niſi vt rem totam ex veritate æſtimemus? Quid autem verius, quàm patrem qui ſeruus hoſtium factus ſit, deſiiſſe habere in poteſtate filium? Ergo vt Papiniani ratio concludat, ſupplendum aliquid eſt quod Papinianus tam certi & indubitati iuris eſſe ſenſerit, vt exprimendum non putauerit, verbis apertioribus, cùm ex ſpecie propoſita citra diuinationem conijci alioqui poſſet. Cur enim credamus Papinianum tractare nominatim de filio impubere *inſtituto*, nec adiecisse, *vel exheredato*, quomodo in §.ſeq. adiecit ita ſcribens, *ſi mortuo patre capiatur impubes inſtitutus vel exheredatus*: niſi quòd in ea ſpecie quam tractamus multum interſit an impubes filius inſtitutus ſit an exheredatus, in ſequẽti autem nihil omnino interſit? Differentia autem illa perelegãs eſt nec adhuc ab vllo, quòd ſciã, interprete obſeruata, inter filiũ inſtitutũ, & exheredatũ, quòd cùm filius inſtitutus eſt & poſt patris captiui mortẽ deceſſit, licèt non retrofingatur fuiſſe in patris morientis poteſtate ſicut nec ſi exheredatus eſſet, retrofingitur tamen heres fuiſſe & quidem inuitus quãquam non neceſſarius ab eo inſtanti quo pater deceſſiſſe intelligitur, id eſt quo captus fuit d. l. lege Cornelia. Neq. enim lex Cornelia retrofingere poteſt mortuũ eo inſtanti teſtatorem, iungendo morti tempora captiuitatis, vt ſcriptum eſt in l. penult. in fin. de vſucap. nec inducere hereditatẽ vt Tryphoninus loquitur in l.in bello 12.§.1.de captiu. & poſtlim. quin eodem ipſo inſtanti inducat heredem, cui hereditatem deferre poſſit, ſiue teſtamentarium, ſi tunc ſuperſtes ſit cùm teſtator moritur, ſiue legitimum, hoc eſt filium aut agnatum qui eo tempore proximior reperiatur l.nec nos præterit 3.C.de poſtlim.reuerſ. Porrò non poteſt filius impubes inſtitutus retrofingi heres patris ab eo tempore quo pater ab hoſtibus captus eſt quin ab eo quoque tempore patrem pro mortuo habere cogatur. Alioqui viuẽtis heres fuiſſe retrofingeretur, quòd cùm perabſurdũ ſit nõ magis per fictionem fieri poteſt quàm ipſa rei veritate. Nec igitur de viui patris poteſtate propter patris infortunium exiſſe videri debet, qui patris heres fuiſſe intelligitur priuſquàm pater ab hoſtibus caperetur. Proinde filio inſtituto cõcludit optimè & neceſſariò Papiniani ratio, ſubſtitutionem pupillarem vires ſuas tenere, propterea quòd pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligatur: dummodò ſuppleas, quod ex filij inſtitutione omnino ſequitur, *Et filius ab eodem tempore patri heres fuiſſe videatur etiam inuitus*, d. l. lege Cornelia 12. qui teſt.facer.poſſ. *adeóque ignorans*, l.apud hoſtes 8.C. de ſuis & legit. At filio impubere exheredato aliud eſt quia fictio legis Corneliæ nullomodo eũ afficit, quippe qui nec captiuus fuerit, nec captiui heres. Excluſa autem fictionis poteſtate, relinquitur ex veritate rei, vt filius viuo patre in poteſtate eſſe deſierit ex quo tempore pater ab hoſtibus captus fuit, atque ita pupillarem ſubſtitutionem quæ initio inſpecto non minus exheredato quàm inſtituto filio fieri potuerat euaneſcere neceſſe eſt. Hancque differentiam non obſcurè, vt dixi, Papinianus innuit cùm ponit filium inſtitutum. Nam cùm ea lex ſit ex Quæſtionum, non Reſponſorum libris, non poſſis dicere loqui eum de inſtituto quòd ita ex facto incidiſſet. Eſtque probabile fuiſſe eum dictionem illam *inſtituto*, prætermiſſurũ, aut æquè additurũ *vel*

exheredato,

exheredatus, ſi inſtitutum ab exheredato nihil hac parte diſtare credidiſſet. Exemplo eius quod in §. ſeq. tractans de impubere capto poſt mortẽ patris, tam de exheredato quàm de inſtituto locutus eſt, quia nimirum eo caſu nihil intereſt an inſtitutus ſit filius an exheredatus. Ad eum ſiquidem patremfamilias factum & captiuum lex Cornelia pertinet vt propriam ipſius hereditatem cõfirmet quam in ciuitate reliquiſſet licèt exheredatus, ſi in ciuitate deceſſiſſet. In eõque primus lapſus eſt viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij qui lib. 15. Obſer. cap. 17. nihil intereſſe exiſtimat an inſtituto an exheredato impuberi datus ſit ſubſtitutus: & vtroque caſu ſubſtitutionem pupillarem valere, confirmatis ſcilicet per legem Corneliam ſecundis tabulis. Decepit eum, ni fallor, quod Iulianus in d. l. lex Cornelia 28. de vulg. nil diſtinguit an inſtitutus ſit filius an exheredatus, ſed generaliter ſcribit mortuo impubere in ciuitate poſt patrem apud hoſtes defunctum pupilli hereditatem ad ſubſtitutum pertinere. Verùm nihil vetat Iuliani ſententiam ex neceſſaria iuris ratione ad eum caſum reſtringere quo ſolo defendi poſſit, cùmque ex Papiniano interpretari ne vltrò diſſentiẽtes eos faciamus quos conciliare commodè liceat: præſertim cùm & quoties de ſubſtitutione impuberi facta tractantes Iureconſultos legimus, filium inſtitutum ponere debeamus. Cur non enim id præſumamus cùm & filius in poteſtate cui ſoli ſubſtitui pupillariter poteſt, ipſo iure heres ſit ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, niſi cùm eſt exheredatus? l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Sic in l. iam hoc iure 4. eod. tit. de vulg. & pupil. ſubſtit. generaliter ſcriptum eſt ſubſtitutionem pupillarem factam in vnum caſum trahi ex cõſtitutione Marci ad alterum: cùm tamen ſi proponas factam exheredato fieri nequeat vt vel expreſſè vel tacitè caſum illum contineat, *ſi heres filius non erit*, qui eſt exheredatus. Sic in l. verbis ciuilibus 7. eo. negat Papin. ſubſtitutione verbis ciuilibus poſt decimũ quartum annũ fruſtrà facta debere admitti vt coheredem qui tãquam ſubſtitutus admitti non poteſt, *ne*, inquit, *fiat contra voluntatem ſi filius non habeat totum interim quod pater ex teſtamento dedit*. Quę ratio accommodari non poteſt ad ſubſtitutionem exheredato factam, quamuis verba præcedentia ſint generalia & indiſtincta. Denique paſſim occurſunt innumeri iuris loci quibus idipſum probari poſſit. Quin & in ea ipſa Iuliani lege de qua agimus apparet ſatis tractare eum de filio inſtituto qui paternam hereditatem ſperare potuerit, cùm in poſtremis verbis ita ſcribit, *patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet*. Id enim ſignificat, paterna bona illo caſu acquiri agnato proximo tanquam paterna non tanquam ea quæ iam à patre in filium peruenerint. Quomodo autem peruenire potuiſſent ſi filius exheredatus fuiſſet? Atque hæc quidem de prima Papiniani quæſtione dixiſſe ſufficiat, de qua ſuperioribus libris nihil ſcripſeramus, quòd nondum loci elegantiam & ſententiam compertam haberemus.

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtroque in eadem quæſtione diſſenſio. Ad §. vlt. d. l. pater de capt. & poſtlim.

CAPVT V.

SEquitur apud Iulianum & Papinianum in d. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. ſubſtit. & in d. l. pater 10. §. vltim. de captiu. & poſtlim. alius caſus longè dubitabilior, Si patre in ciuitate iam mortuo filius impubes ſiue inſtitutus ſiue exheredatus cui pupillaris ſubſtitutus datus fuerat, ab hoſtibus captus ſit, & apud eos deceſſerit, An pupillaris ſubſtitutio ex lege Cornelia confirmetur? Iulianus putat non incommodè dici (ſic enim legendum eſt non vt in Florentin. *non commodè* vt ſequentia oſtendunt) hereditatem pupilli ex ea lege, videlicet Cornelia, ad ſubſtitutos pertinere. Papinianus contrà, *In promptu eſt*, inquit, *dicere legem Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam eius duntaxat perſonam demonſtraſſe qui teſtamenti factionem habuiſſet*: Quæ & Scæuolæ ſententia fuiſſe videtur. Is namque in lege ſi pater captus 29. de vulg. tractans ſpeciem longè minùs dubiam, de patre capto ab hoſtibus mox filio & ibi ambobus defunctis, licet priore patre, negat legem Corneliam ad pupilli ſubſtitutionem pertinere, *niſi*, inquit, *reuerſus in ciuitate impubes decedat*, (quod tamen contingere non poteſt vtriſque iam apud hoſtes mortuis) nam ſi eo caſu quo pater quoque ab hoſtibus captus eſt, & quo neceſſaria ſit poteſtas legis Corneliæ ad paterni teſtamenti confirmationem, non putat tamen Scæuola pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari poſſe, haud dubiè multo minùs ille admiſerit confirmari poſſe eo caſu de quo agimus, hoc eſt quo patre in ciuitate mortuo, teſtamentum ipſius nulla cõfirmatione indigeat, & ſolius impuberis fauore legis fictionem cum Iuliano inducere quis velit. Rectámque conſecutionem eſſe vel ex eo maximè apparet quòd Papinianus qui ſolo impubere poſt patris mortem capto non patitur ex lege Cornelia cõfirmari pupillares tabulas, idem tamen admittit vtroque ab hoſtibus capto, & apud hoſtes, ſed patre priore mortuo, legem Corneliam ſubſtituto ſufficere in l. quòd ſi filius 11. §. vlt. eod. tit. de capt. & poſtlim. in eo nimirum apertiſſimè, vt poſteà probabimus, diſſentiens à Scæuola: niſi eam emendationem admittas quam nos ad Scæuolam proponemus inſtà. Nunc enim ſic diſputamus acſi nihil emendandum eſſet, quia & cum iis contendimus qui receptæ lectionis mendum nõ agnouerunt. Ergò nec dubitandum eſt, quin Scæuola qui quod facilius erat non admiſit, multò magis Iuliano contradicturus fuerit, id quod difficilius erat inducere volenti. Et ſanè vix eſt vt ad illam Papiniani rationem quã Scæuolę quoque fuiſſe neceſſe eſt, pro Iuliano rectè reſpondere quiſquam poſſit. Si enim verum eſt legem Corneliam non ſolùm de ſecundis tabulis nil locutam eſſe, ſed etiam eius duntaxat & ſpecialiter perſonam demonſtraſſe qui teſtamenti factionem habuiſſet, qua, obſecro, ratione fieri poſſit vt ex ea lege pupilli hereditas ad ſubſtitutos pertineat? Nã & hoc caſu ceſſat ratio illa qua Iulianus in præcedentibus mouebatur, quòd lex Cornelia non tantùm teſtamenta & hereditates captiuorum confirmet, ſed etiam hereditates omnes quæ ad quemque ex eorũ teſtamẽto peruenire potuiſſent, cũ in propoſito patris qui captiuus nunquã fuit teſtamẽtum nulla egeat cõfirmatione, nec proinde agatur hîc de ſecũdis tabulis quaſi acceſſoriis in conſequentiã paterni teſtamenti cõfirmandis, ſed de illo potiùs, An ſolæ cõfirmari poſſint per legẽ quæ de iis nec locuta eſt, nec per interpretationẽ intelligi cõmodè poteſt, quandoquidem expreſſa verbis legis & demonſtrata perſona eius qui teſtamenti factionem habeat, hoc ipſo excluſa eſt perſona impuberis, quem conſtat teſtamenti factionem non habere. Niſi fortè pro Iuliano dicas quod moniſſe illum videtur mentẽ legis potius quàm verba ſpectãda eſſe, parũmque

Digitized by Google

referre an teſtamenti quis factionem habeat necne, dummodò poſſit cùm teſtamento decedere, quod in pupillo euenit cui teſtamentum à patre factum eſt d.l.2.de vulg.& pupil.ſubſt.l.Papinianus 8.§.ſed nec impuberis C.de inoff.teſtamen. Cur non ergo impuberis quoque teſtamentaria hereditas per legem Corneliam confirmabitur, maximè cum legitima confirmetur? Sed ego pro Scæuola & Papiniano reſpondebo, longè diuerſam eſſe hac parte ſucceſſionis teſtamentariæ & legitimæ rationem: legitimam hereditatem eius quoque hominis dici qui teſtamenti factionem non habeat: nam & inteſtatum eſſe eum qui teſtamentum non fecerit cùm facere poſſet, multò magis cùm nõ poſſet l.1.de ſuis & legit.l.inteſtatus 64.de verb.ſign.ideóque legem Corneliam qua parte egit de confirmandis legitimis hereditatibus non demonſtraſſe perſonam eius qui teſtamenti factionem habuiſſet: teſtamentariam verò hereditatem licèt eius ſit qui cum teſtamento deceſſerit, ſiue teſtamenti factionem ipſe habuerit ſiue non, eo tamen ſolo caſu à lege Cornelia diſertis verbis confirmatam, quo teſtamenti factionem defunctus habuiſſet: proinde non poſſe ſolo interpretationis auxilio niſi aliud potentius accedat, ad impuberem extendi, verbis ſcilicet repugnantibus. arg.l.talem 15.in fin.de hered. inſtit. Non quòd lex Cornelia expreſſe prohibuerit ne pupillares tabulæ ſolæ confirmari poſſint primis confirmatione non indigentibus. Sed quòd abſurda prorſus futura ſit illa interpretatio, ſi quod lex ait, *ſi teſtamenti factionem paterfamilias habuit*; tu ſic intelligas & interpretêre, *id eſt ſiue teſtamenti factionem habuerit, ſiue non.* Iſta enim additio & ſuppletio eſſet, non interpretatio. Iuriſconſulti autem eſt, vt ſæpiùs monuimus, interpretari non ſupplere. Ac quemadmodum ex eo, quòd conſtitutiones dant heredẽ filiofamilias militi ſi de peculio caſtrenſi teſtatus ſit, non poſſis inferre, habiturum ergo eum heredem ab inteſtato, quia imò verò peculiũ caſtrenſe iure peculij non hereditatis ad patrem tunc pertinet l.1.& 2.de caſtr. pecu. ita & in propoſito non poſſis dicere legeCornelia confirmari pupillarem ſubſtitutionẽ, aut fingi impuberem cui pater teſtamentum fecit deceſſiſſe in ciuitate, ob id ſolùm quod legitima pupilli hereditas per eam legem confirmetur. Præſertim cùm tantò difficilius ſit confirmari teſtamẽtariam hereditatem quàm legitimam, quantò difficiliùs eſt teſtatum dicere quàm inteſtatum. Et tamen ſic Iulianus legem interpretatus videtur in d. l. lex Cornelia acſi lex ſolius patrisfamilias non etiam teſtamenti factionem habentis perſonam demonſtraſſet. Nam & in l.bona eorum 22. de capt. & poſtlim. quæ eiuſdem Iuliani eſt ex eodem, ſexageſimo ſecũdo ſcilicet Digeſtorum libro, generaliter ſcriptum legimus bona eorum qui in hoſtium poteſtatem peruenerint, atque ibi deceſſerint, ſiue teſtamenti factionem habuerint, ſiue non habuerint ad eos pertinere ad quos pertinerent ſi in poteſtatem hoſtium non perueniſſent, quo tamen loco palàm eſt de lege Cornelia tractari generaliter, id eſt tam in cauſa teſtati quàm inteſtati. Enimuerò ſi æquitatem amamus longè fauorabilior eſt hæc Iuliani ſententia quæ pupillare teſtamentum tuetur, cùm pupilli interſit teſtamentarium potiùs quàm legitimũ habere ſucceſſorem l.Iulianus 42.aliàs l. ſi pupillus de acq.her. Cur enim cætera teſtamenta omnia lege Cornelia confirmentur, ſolùm pupillare, quod omnium fauorabiliſſimum eſt, non confirmetur? Vix enim eſt, vt in alterius quã impuberis perſona euenquã

eueniat cum teſtamento decedere eum qui ipſe teſtamenti factionem non habeat niſi quòd Iuſt. in l. humanitatis 9.C.de impub.& aliis ſubſt. conſtituit ad exemplum pupilli, vt iam mente capto filio teſtamentum facere, & heredem dare pater poſſit. Vt dubitari non oporteat, quin lex Cornelia cùm eius perſonam demõſtrauit qui teſtamenti factionem habuiſſet, de impubere tum non cogitaſſe videatur, ſed id egiſſe potius ne omnia omnium teſtamenta confirmare crederetur, at illa tantùm quæ valeant teſtatore in ciuitate moriente, hoc eſt quæ ab iis facta eſſent, qui teſtamenti factionem habuiſſent. Itaque Papinianus nec legis verba prætextu æquitatis tam facilè & audacter violanda eſſe ratus, nec ipſis quoque tam pertinaciter hærendum, vt contra manifeſtiſſimam æquitatis rationem quicquam decernatur, mediam ſententiam induxit, vt in propoſita ſpecie pupillaris quidem ſubſtitutio per legem Corneliam non confirmetur, in eo Scæuolæ conſentiens qui ſtricti iuris religioſior ſemper fuit, ſed tamen vtiles actiones hereditariæ ſubſtituto dẽtur per Prætorem ad cuius officium pertineat, non minùs ſubſequi patris quàm legis voluntatem, id eſt, non minorem rationẽ habere ſubſtituti pupillaris qui expreſſa patris volũtate nitatur, quàm habiturus eſſet ſi per eam legem pupillaris ſubſtitutio confirmaretur. Atqui ſi lex Cornelia pupillarem ſubſtitutionem confirmaret non denegaret Prætor actiones quales dare poteſt, id eſt vtiles (directas enim non dat niſi lex ipſa quæ heredem facit) ei quẽ lex Cornelia heredem feciſſet: nam & legum quoque iuuandarum cauſa bonorum poſſeſſionem dare Prætor ſolet l.ſed cum patrono 6 §.penul.de bon.cont.tab. Quidni ergo tueatur Prætor ſubſtitutũ pupillarem datis illi vtilibus actionibus? cùm in eo nihil facturus ſit contra legem, ſed tantùm præter legem: ſufficiat autem nihil eum contra legem facere, licèt quod facit nec ex verbis nec ex mente legis faciat, vt ſcripſimus ſupra ex l.nec non 28.§.quod eis D. ex quib.cauſ. maior. Quanquam non repugnabo ſi volet etiam Papinianum ſic intelligere, vt Prætor dando vtiles actiones pupillari ſubſtituto, & patris voluntatem ſubſequatur & legis, patris quidem expreſſam, legis verò non tacitam, quæ ex verbis expreſſis colligi poſſit, ſed ſubintellectam, hoc eſt, quam dubitandum non ſit legem expreſſuram fuiſſe ſi de pupillo cogitaſſet, cùm quod ad legitimam pupilli hereditatem attinet certũ ſit eam lege Cornelia confirmari. Huic enim interpretationi conuenire illud videtur, quod poſteaquam ita Papinianus ſcripſit, *Planè captiui etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quamuis manifeſtum eſt ne impuberem quidem factionem teſtamẽti habuiſſe,* ſubiicit ſtatim, *& ideò non eſt alienum Prætorem ſubſequi non minùs patris quàm legis voluntatẽ, & vtiles actiones in hereditatem ſubſtituto dare.* Niſi malis, quòd fortaſſe probabilius ſuſpicor, hunc Papiniani ſenſum eſſe, vt non minùs fauere debeat Prætor voluntati patris cùm is filio impuberi teſtamẽtum fecit, quàm voluntati legis Corneliæ cùm pupillus inteſtatus deceſſit. Atqui legitimo pupilli heredi daret Prætor vtiles actiones, ſicut & alij cuilibet quem lex duodecim tabularũ heredem feciſſet, quia eo caſu pupill[us] ex lege Cornelia in ciuitate deceſſiſſe retrofingeretur. Ergo & teſtamentario heredi dare debet, eadem ſcilicet fictione ad tuendam patris voluntatem inducta. Illud ſanè nunquam admirtamq; Cuiacius ait dari à Prætore vtiles actiones ſubſtituto pupillari ex mente legis Corneliæ, Nam

ſi ea

ſi ea mens legis eſſet, quomodo eam eſſe Iulianus putabat, dicendum eſſet hereditatem pupilli ex illa lege ad ſubſtitutum pertinere, vt Iulianus loquitur, nec eſſet neceſſarium Prætoris auxilium, quod tamē Papinianus omnimodo requirit, vtpote deficiente legis poteſtate. Quemadmodum enim in fraudem legis facere dicitur, qui ſaluis verbis legis ſententiam eius circumuenit l. contra 29. cum ſeq. D. de leg. ita in contrarium ex lege fieri dicendum eſt quicquid fit ex legis vi & poteſtate licet ex eius verbis nō fiat l. ſcire leges 17 eod. Vnde illud nunc admittere non poſſum quod alias exiſtimabam cū omnibus interpretib. verba illa Iuliani *ex ea lege*, ſic accipi debere vt pupillaris ſubſtitutus admittatur ex legis Corneliæ fictione per Prætorem ampliata non autem ex ipſius legis poteſtate. Nam præter id quod Iulianus Prætoris auxilium nullomodo implorat, vt ſubſtitutio faueat, apparet ſatis ſic eum loqui, vt ſolius legis non etiam Prætoris iuriſdictionis poteſtatem intelligat. Ait enim, *hereditatem eius ex ea lege ad ſubſtitutos pertinere.* Hereditas autem nulla eſſe poteſt captiui impuberis niſi quam lex Cornelia faciat, quæ & hereditatem inducit & heredem l. filiusfam. 18. ad leg. falcid. l. in bello 12. §. 1. de captiu. & poſtlim. ſiquidem Prætor heredem facere non poteſt §. quos autem Inſt. de bon. poſſ. Ergo neque hereditatem. Quare nec Papinianus ſic loquitur, vt dicat Prętorē debere teſtamentariam pupilli hereditatem confirmare, quæ ſanè nulla eſt ceſſante legis Corneliæ poteſtate, quæ ſola eam facere poterat: aut ſubſtituto accommodare vtilem petitionem hereditatis ex teſtamento (nam ne hoc quidem Prætor facere poteſt, cùm nulla ſit ex teſtamento hereditas) ſed tantùm, *vtiles actiones in hereditatem ſubſtituto dare.* Nempe quoniam impuberis aliqua hereditas eſt, nimirum legitima quæ per ipſam legem Corneliam conſtituitur: in eam igitur hereditatem dabit prætor ſubſtituto vtiles actiones, id eſt, dabit ei bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re quę legitimi heredis per eandem legem conſtituti ius inane reddat & inutile. Concurrente enim fauore teſtamentarij heredis & legitimi, teſtamētario fauere potiùs debet Prætor quàm legitimo, vt non minùs patris quàm legis voluntatem ſubſequatur. Non ait Papin. Prętorem debere vtiles actiones dare ſubſtituto, *in heredem, ſed in hereditatem*, quia licèt lex Cornelia facere non poſſit hereditatem pupillo legitimā quin eodem inſtāti faciat etiam legitimum heredem, implicaret tamen contradictionem, vt Prætor præferret heredem teſtamentarium & legitimū nihilominùs agnoſceret: neq. enim legitimus heres eſſe quiſquā poteſt, quandiu teſtamentarij ratio aliqua habetur: nec qui agit tāquam heres agere poteſt contrà heredem, ſed contrà poſſeſſorem qui pro herede aut ꝓ poſſeſſore poſſideat l. regulariter. 9. l. pro herede 11. de petit. her. Itaque pupillaris hic ſubſtitutus vel petet à Prætore bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas pupillares priuſquā agnatus proximus factus ſit poſſeſſor hereditatis, vel poſteà: ſi antè non patietur Prætor moleſtiam ei fieri ab agnato proximo quem nec pro legitimo herede habebit: ſi pòſt, iubebit vtiles eſſe actiones quas ſubſtitutus hic exercebit ſiue contrà poſſeſſorem hereditatis agat, ſiue contrà debitores hereditarios, quemadmodum euenit cùm filio emancipato præterito aut ab inteſtato Prætor dat bonorum poſſeſſionem contrà tabulas in necem heredis inſtituti, aut Vnde liberi ad excluſionem legitimi heredis: item cùm ex cōſtitutione Hadriani tuetur heredem ſcriptum in eo teſtamento, quod agnatione poſthumi antè patrem defuncti ruptum fuerat l. poſthumus 12 De iniuſt. rupt. Quanquam digna certè res erat, quæ reſcripto aliquo imperatoris aut induceretur, aut cōfirmaretur, cum & in ſpecie d. l. poſthumus Hadriani reſcriptum neceſſariū fuerit, nec ſine eo liceret Prætori vſque adeo teſtamento fauere, & agnati proximi quem lex duodecim tabularum ad inteſtati patrisfamilias hereditatem vocabat, ius infringere, ſicuti ad eum locum ſcripſimus. Audax ergo Papinianus, & fortaſſis audacior quàm ſucceſſiſſe par fuerit, qui tantum ſibi adrogauit, vt prætori quodammodo inducendi heredis teſtamentarij, & remouēdi legitimi ius dederit. Quid enim intereſt an lex Cornelia ſubſtitutum pupillarem heredem faciat, an Prætor vtiles illi det actiones? Niſi quod l. Cornelia lex quemadmodum heredem verum facit, ita & directas veráſque daret actiones quas Prætor vtiles tantùm dat & fictitias. At effectu ipſo paria ſunt directas actiones habere, & vtiles l. actio 47. de negot. geſt. Heredem eſſe & bonorum poſſeſſorem l. 1. 2. 3. §. 1. de bon. poſſ. Dixi ex lege Cornelia cōpetere directas & veras actiones non vtiles & fictitias, vt refellam Cuiacij ſententiam, qui vt Papinianum cum Iuliano conciliet ſcribit vtiles illas actiones quas à Prætore dandas eſſe Papinianus vult, dari ex lege Cornelia, quaſi non poſſit illa niſi fictitias actiones inducere, quæ per fictionem inducit hereditatem contrà legem duodecim tabularum. Nam licèt lex fingat in ciuitate mortuum, qui reuera apud hoſtes mortuus eſt, facit tamen veram hereditatem non fictam, verū heredem non fictū, veras igitur actiones & directas nō fictas. Perinde enim potuit lex Cornelia heredem facere atq; lex duodecim tabularum. Sicut potuit, ita voluit, cur non ergo fecerit? Nam & ob hāc cauſam iſta legis fictio iuris ratio appellatur à Papiniano in d. l. pater in princ. quod fieri non poſſet niſi in iis omnibus, quæ ad ius pertinent eandem lex Cornelia quam cæteræ leges vim & poteſtatem haberet. Fatendum itaq. eſt diſſenſiſſe Iulianum à Scæuola, Papinianum autem ab vtroque. De Iuliano non dubitauit, qui in illis verbis, *non incommode dicitur*, repoſuit, *non commode.* Prorſus incommodè, vt ſequens diſtinctionis pars oſtendit, in qua cùm diuerſum ius Iulianus conſtituat, fictioni tamē & poteſtati legis Corneliæ locū eſſe negat. De Scæuola & Papiniano non reperio ex interpretibus qui diſſentire eos antè me obſeruauerit. Adeo omnes aut diſſimularunt mala fide, aut non intellexerunt. Quod verò idem vir doctiſſimus apud Papinianum pro, *quoniam*, legit, *quanquam*, id nos iam ſuperioribus libris & bene & abundè refutauimus.

Ad l. quòd ſi filius 11. eod. tit.

CAPVT VI.

TErtia à Papiniano tractata ſpecies ad eandem quæſtionem pertinens, De pupillarib. tabulis ex lege Cornelia confirmandis. Si filius impubes cui ſubſtitutus datus fuit in ciuitate moriatur patre quidem iam capto ab hoſtibus, ſed priuſquàm is apud hoſtes moreretur. De qua ſanè obſcurum eſt, quid Papinianus ſentiat. Sic enim ſcribit, *Quòd ſi filius antè moriatur in ciuitate, nihil eſt quod de ſecūdis tab. tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſiue quoniam non reuerſo eo exinde ſui iuris videatur fuiſſe ex quo pater hoſtiū poteſtatem eſt.* Accurſius, Bartolus, cæteriq. veteres omnes quos & ſequutus eſt Ant. Goueanus ad l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. ſubſti. eam Papiniani ſenten-

tiam eſſe putarunt, vt pupillares tabulæ neutro caſu valeāt, quia reuerſo patre filius interea mortuus in ciuitate filiusfamilias deceſſiſſe intelligatur propter ius poſtliminij, vt idem Papin. ſcribit in l. pen. D. de ſuis & leg. l. 1 §. t ad SC. Maced. §. ſi ab hoſtibus Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. quod filius hoc eod. titul. de captiu. & poſtlim. Mortuo autem patre apud hoſtes exinde videatur ſui iuris fuiſſe filius ex quo pater hoſtium potitus eſt, atque ita de viui patris poteſtate exiiſſe. Cōſtat enim corruere pupillares tabulas ſi in patris poteſtate filius non ſit eo tempore quo pater moritur. l. exheredt 41. §. cùm filiæ de vulg. & pupill. ſubſtit. At ex recentioribus vir longe doctiſſimus Iacobus Cuiac. qui quoniam nihil fere intactum reliquit, à nobis ſæpius nominandus quā probandus eſt, contrà exiſtimauit, non reuerſo patre pupillares tabulas valere propter fictionem legis Corneliæ: reuerſo tamen eo non valere, vtrumq. autē Papiniano tam certum & indubitatum fuiſſe, vt de eo tractari, id eſt diſputari & controuerti poſſe non crediderit, ita intelligens verba illa, *nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractare poſsis*, quòd, inquit, tractatio ſit rei difficilis & controuerſæ, non rei certæ & confeſſæ. Mouet̄ ratione pereleganti prima facie, nec iis quoque incognita qui contrà ſentiunt, needum tamen, quod magis mirū eſt, ab ipſis euerſa. Ait ille, Patre quandocunq. apud hoſtes mortuo filium interea defunctum in ciuitate intelligi effectum ſui iuris per mortem patris licèt prior filius deceſſerit, propterea quòd lex Cornelia fingat antiquiorem & priorem fuiſſe patris mortem quamuis reuera poſterior fuerit, idq; Papinianum ſibi velle cum ait, *quoniam non reuerſo eo exinde ſui iuris videatur fuiſſe ex quo pater hoſtium potitus eſt*. Goueanus cuius potiſſimùm ſubtilitate dilui obiectio debuerat, quaſi nec videat, tacet. Accurſius verò hæſitat vtrum probare debeat ſententiam Bulgari qui in verbis illis negationem deeſſe putabat, legendúmque, *ſui iuris non videatur fuiſſe*. An verò retenta vulgari lectione rationem illā Papiniani nō pro poſitiua, ſed, vt ipſe loquitur, pro remotiua accipere quaſi falſa, quòd, inquit, verū non ſit filium videri exiſſe de patris poteſtate per mortē patris neq. ex quo pater captus ſit: alioqui valerent pupillarss tabulę ac de iis tractandum eſſet, quod tamen Papin. negat. Ego verò quid Bulgarus & Accurſius ſibi velint non intelligo. Nam ſi poſteriorem hanc Papiniani rationem cum negatione legas, efficies vt ratio ſit falſiſſima: ineptus autem Papinian*, qui ſi ratio vera eſſet priore contētus eſſe debuerat, & ſiue reuerſo, ſiue non reuerſo patre, tabulas pupillares hoc vno argumento ſublatas dicere quòd impubes filiusfamilias deceſſiſſet. At ſi propiùs inſpicias, negare non poſſis quin patre apud hoſtes mortuo filius exinde ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater ab hoſtibus captus fuit. Siquidem captiuitate patriam poteſtatem amitti cōſtat, eandémq. ſola poſtliminij non etiam legis Corneliæ fictione recuperari, cùm is qui captus eſt re vera fiat ſeruus hoſtiū, ſeruus autem qui in aliena poteſtate eſt alios in ſua habere non poſſit, vt tam ſæpe iam inculcauimus in ſuperioribus. Recta igitur ratio eſt propter quā pupillaris ſubſtitutio corruiſſe intelligatur, quia certū eſt filio patris viui poteſtatem egreſſo pupillarem ſubſtitutionem nō poſſe ſubſiſtere. Quò etiam pertinet quod idem Papin. ſcribit in d. l. penult. de ſuis & legit. moriente patre apud hoſtes defunctum iam in ciuitate filium patremfamilias deceſſiſſe credendum, quamuis patria poteſtate non fuerit in plenum quandiu vixit liberatus, itáque heredem eum habiturum: Quod quanquam admitto ita accipi debere, vt ab inteſtato duntaxat eum non etiam ex teſtamento heredē habere poſſit, non tamen facit ea res quominus facto quoq; ipſi per patrē teſtamento credendus ſit paterf. deceſſiſſe qui in ciuitate ante patrē captiuum deceſſerit. Nam ne teſtamentarium heredem habere poſſit illud impedit, quòd ſi pubes fuit, nō potuerit teſtari tanquā incertus de ſuo ſtatu pendente ſcilicet propter ſpem poſtliminij, quæ durat quandiu pater apud hoſtes viuit l. qui teſtamento 14. cum ſeq. D. qui teſtam. facer. poſſ. Si impubes, non quidem ratio eadem illi obſtat, ſed alia quòd iam inde viuo patre paterfamilias factus intelligatur: quarum tamen rationum neutra facere poteſt, quin ſit locus ſucceſſioni inteſtati, quæ vt inducatur ſufficit eum de cuius bonis agitur patrem. familias deceſſiſſe. *Proinde ridiculus eſt Accurſius, qui filium hunc in ciuitate medio tempore defunctum hactenus duntaxat pro patrefamilias habendum eſſe vult, vt heredem legitimum & ab inteſtato habere poſſit non etiam quod ad pupillares tabulas pertinet. Quaſi vno reſpectu paterfamilias, alio filiusfamilias fuerit, quod abſurdiſſimum eſt. Nec ſubtilior hac parte Goueanus, qui arctioribus vinculis & iure ſtrictiore teneri ait teſtamentarias quàm legitimas hereditates. Niſi fortè ad id reſpicere voluit, quod difficilius eſt teſtatum decedere quam inteſtatum. In quo nihil eſt, quod mirum videri debeat cùm teſtamenta ex multis ſolennitatibus conſtent, quæ ad inteſtati ſucceſſionem nil pertinent, propterea quòd in teſtamentis factum hominis interuenit, ab inteſtato autem ſola poteſtas legis, cuius proprium eſt non ſibi, ſed hominibus legem, & parendi neceſſitatem imponere. Nam & inde fit, quod idem Goueanus pro ſententia ſua confirmanda ſubiicit, vt poſthumum alienum heredem ex teſtamento habere non poſſim, legitimum tamen poſſim l. antepenult. de legat. j. Nempe quia teſtantis iudicium certum eſſe debet cuiuſmodi eſſe non poteſt quod in perſonam incertam aut incertæ ſimilem qualis eſt poſthumus confertur. Legis verò iudicium non niſi certum eſſe poteſt, quæ ſemper agnato proximo hereditatem defert, non eò minus autē proximus agnatus eſt is, qui poſthumus quoq; eſt, quādoquidem quòd ad iura legitimarum hereditatū attinet, qui in vtero eſt pro iam nato habetur ex iuris regula l. pen. De ſtat. homin. Illud igitur videndum eſt cur Bulgarus, Accurſius, & cæteri in eas anguſtias ſe coniiciāt, vt non aliter defendi poſſe putent quod Papinianus ait non reuerſo patre ſubſtitutionem pupillarem corruere quàm ſi negēt exinde filium videri ſui iuris fuiſſe ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Nimirum quoniam, vt Accurſius ipſe fatetur, non poſſis fingere filium exinde ſui iuris fuiſſe, quin pariter fingas ex lege Cornelia patrem præmortuum, quo tamen admiſſo fit neceſſariò conſequens, vt pupillaris ſubſtitutio valeat, quaſi filio per patris mortem à patria poteſtate liberato. Quæ ipſa Cuiacij ratio eſt, in hoc tamen apertè claudicans, quod putant fictioni Corneliæ tribuendum eſſe, vt filius exinde ſui iuris fuiſſe dicatur, ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Cùm ex contrario nihil ſit apertius quàm fieri id ex mera rei factíque veritate, quoniam verum eſt & ſeruum hoſtium eſſe eum qui ab hoſtibus captus ſit, & eum qui in aliena poteſtate ſit, alios in ſua, vti iam diximus, habere non poſſe. Non quidē prorſus abruptum eſt ius patriæ poteſtatis propter ſpem poſtli-

poſtliminij quæ omnia iura in ſuſpenſo retinet l. illa inſtitutio 2.§.1.de hered.inſt. Sed tamen quandiu fictio poſtliminij locũ nõ habet,ac multo magis ex quo conſtat locum amplius habere eam non poſſe patre apud hoſtes mortuo, veritati neceſſario ſtandum eſt,& eo ſaltem tempore quo filij ſtatus pendére deſijt,admittendum incunctanter, exinde filium ſui iuris factum eſſe ex quo pater hoſtium poſitus ſit. Neque verò Papinianus ſic loquitur vt dicar intelligi filium morte patris ſui iuris effectum, in quo iſti omnes falluntur,ſed patris captiuitati,quã mortuo poſteà illo apud hoſtes,poſtliminij fictio delere non potuerit: vt inferamus viuo patre exiſſe filium de poteſtate, & conſequenter pupillares tabulas euanuiſſe. Id enim proculdubiò Papin.ſignificat, cùm ait nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit: eas ſcilicet nullo caſu valere ſiue reuerſo ſiue nõ reuerſo patre, in eóque cum Accùrſio, & veteribus omnibus contrà Cuiacium (quæ iam ſuperioribus annis mea fuit opinio) ſentiendum arbitror. Quis enim ius hoc tam certum,indubitatum, &,vt Cuiacius loquitur,confeſſum velit dicere quod à tot tantiſque interpretibus nondum benè exploratum ſit & intellectum? Atqui, inquies, negari non poteſt, quin mortuo tandem apud hoſtes patre locus ſit fictioni legis Corneliæ quæ faciat vt pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligatur ex quo captus eſt. Sic enim idem Papinianus ſcribit in l. proxim.in princip.ſupr.quam nos in præcedentibus explicauimus. Et hoc certè præcipuum eſt quod interpretes omnes præcipites egit,non animaduertentes, quod tamẽ veriſſimũ eſt, nihil iſta habere communia. Et quamuis verum ſit patrem apud hoſtes defunctum mortuo iam in ciuitate filio retrofingi deceſſiſſe prima hora captiuitatis, non inde tamen fieri vt filius poſt patrem deceſſiſſe exiſtimetur. An ratione illa quam Accurſius attigit, & quæ non inſubtilis videri poſſit, quòd fictio legis Corneliæ non priùs locum habeat quàm defunctus ſit is qui ab hoſtibus detinebatur, tunc autem cùm locum habere incipit iam non ſuperſit perſona filij ſuper qua fingi quicquam poſſit? arg. l. huic ſcripturę 15. ad leg. Aquil. Sed obſtat quòd imò verò interdum euenit vt fictio quæ nondum nata fuerat moriente filio perinde vires ſuas exerat illo iam mortuo, vt cùm filius in ciuitate deceſſit antè quàm pater ab hoſtibus rediret. Retrofingitur enim deceſſiſſe filiusfamilias quãuis reuera ſui iuris deceſſerit,vt ſcriptũ eſt in hac l.& d.l.penul.de ſuis & legit. Videlicet propter ius poſtliminij paterni, quod patri ſaluum & integrum ſupereſſe oporteat, non ex filij morte quæ medio tempore cõtigerit, imminutum l.1.C.de poſtlim.reuerſ. Cur nõ ergo ſimiliter lex Cornelia hoc ipſo quod fingit patrem quandocunq.apud hoſtes mortuũ iã tum deceſſiſſe videri cùm captus eſt, finget etiã filiũ medio tẽpore defunctũ in ciuitate patri fuiſſe ſuperſtitẽ? Illa igitur ratio probabilior mihi videtur quòd l. Corneliæ fictio tota eò dũtaxat pertineat vt & hereditatẽ captiuo mortuo faciat & heredem, non etiam vt hunc vel illum heredem conſtituat. Faciat,inquam,tum demùm cùm captiuum apud hoſtes defunctũ eſſe innotuit. Ex eo nãq. fit vt ſiquis captiui filius aut proximus agnatus fuit primo captiuitatis tempore qui durãte captiuitate deceſſerit, licèt, ſi voles, hereditatem captiui quaſi iam mortui adierit, nihil tamen ad heredem tranſmiſiſſe videatur, quia neque ex lege duodecim tabularum captiui hominis heres eſſe potuerit,neque ex lege Corneliã priuſquam mortuum eſſe conſtaret l.nec nos præterit 3.C.de poſtli.reuerſ. Itaque is demùm ex lege Cornelia admittetur qui tum proximus fuerit quo captiuus deceſſerit, aut potius quo deceſſiſſe captiuum apparuerit. Finge inſtitutum filium aut agnatum proximum aut extraneum, medióque tempore mortuum: lex Cornelia non confirmabit teſtamentum quod herede pręmortuo deſtitutum eſt, ſed inducet legitimum heredem eum qui tum ex agnatis proximior ſit,& legitimam confirmabit hereditatem. Hoc cur ita? Quia mortuum heredẽ facere non poteſt, nec fingere viuum mortis tẽpore eũ qui in reb. humanis erat cũ paterfamilias capiebatur,tametſi iũgat tẽpus mortis tẽpori captiuitatis l.pen.in fi.de vſucap. quandoquidẽ ſubducto medio toto tempore quod in captiuitate tranſactũ eſt non aliter fieri poſſit coniunctio illa extremorũ,quàm ſi vtriuſque temporis, hoc eſt tam quo paterfamilias captus quàm quo mortuus eſt, æquè ratio habeatur, vt non magis intelligatur captiuus tũ mortuus cùm captus, quàm tum captus cùm mortuus eſt. Qui ergo nõ reperitur viuus eo tẽpore quo paterfamilias apud hoſtes moritur, nec tum fuiſſe intelligendus eſt cùm is captus fuit: ideóque nec ad legis fictionem vllomodo pertinet,quia non magis heres eſſe poteſt quàm ſi nunquam in rerum natura fuiſſet. Hoc vero ſi ita eſt,ſequitur,filium impuberẽ in ciuitate defunctum antè quàm pater apud hoſtes moreretur, ſiue inſtitutus fuerit ſiue exheredatus,nõ pertinere ad legis Corneliæ fictionem, non quia fictionis natura prohibeat ne perſonam quæ ampliùs nõ eſt poſſit afficere, (poteſt.n.ſi aliud nihil prohibeat,ſiue perſona ſiue res ipſa eſſe deſierit d. l. pen. de ſuis & leg.l.quædam ſunt 15.in fi. de reb. dub. l.in ratione 11.§.1.ad leg.falc.) Sed quod nec ſi velit poſſit eum heredem facere qui in hominũ natura eſſe deſierit,quod vnum tamen ei propoſitum eſt vt heredem faciat. Sed etſi fingeres pro arbitrio fictioni Cornelianæ hîc locum eſſe, nunquam tamen efficere poſſes vt filius impubes antè patrem reuera mortuus, poſt eum mortuus videretur. Quid enim aliud conſequâre niſi vt retrofingatur pater mortuus iam inde à quo tempore in hoſtium poteſtatem peruenit? Atqui vel fingere vis eo ipſo inſtanti filium quoque iam mortuum fuiſſe, vel, vt re vera fuit,adhuc ſuperſtitem. Si mortuum, prior ergo filius quàm pater deceſſerit, atque ita ſubſtitutio pupillaris corruet, cùm filiusfamilias teſtatus decedere nõ poſſit. Si ſuperſtitem, Quæro quo poſteà tempore defunctum eum velis fingere? An medio illo tempore quo reuera deceſſit inter inſtans primum captiuitatis & mortis paternæ? At hoc facere non poſſis, quoniam ſi fictio iſta iungit tempus mortis primo inſtanti captiuitatis, conſequens eſt vt medium tempus nullum agnoſcat: alioqui extrema nõ iungerentur. Porrò ſi medium tempus nullum eſt fieri certè nequit vt retrofingatur pater antè filium mortuus inſpecta ſcilicet prima hora captiuitatis, quin filius contraria quidem ſed tamen ad eundem modum formata ratione fingatur patri ſuperſtes eo quoque tempore quo pater moritur. Atqui lex hoc non fingit,nec poteſt fingere. Si enim fingeret illud quoque euenire neceſſe eſſet vt huic filio deferret hereditatem quam vtique defert ſuperſtiti filio aut agnato proximo d. l.3. C.de poſtlim. l.lege Cornelia 12.qui teſt. fac. poſſ. l.lex Cornelia 28. de vulg. & pupil.ſubſtit. Atque ita deferret lex Cornelia hereditatem veram heredi reuera mortuo. Ergo neque ex contrario fingit patrem antè filium deceſſiſſe, vtrumque hac vna ratione quòd fictiones iſtæ omnes

inanes & inutiles eſſent filio reuera defuncto quo tempore verus heres captiuo faciendus & inducendus eſt. Semper enim neceſſe eſt perſonam eſſe cui detur eo tempore quo datur, nec ſufficit antea fuiſſe ſi tunc non ſit, ne prius iuris ratio quàm perſona quærenda ſit, vt eleganter Scæuola ſcribit in l. quidam referunt 14. de iur. codicil. Planè cùm filius inſtitutus patri ſuperſtes fuit, legis fictio locum habet, vt in priore proximæ legis ſpecie, quoniam non inducit eo caſu mortuum heredem, ſed viuum & verũ, proinde ſubſtitutio pupillaris valet ſi inſtituto impuberi facta ſit non item ſi exheredato, vt ad eum locum docuimus, nec in tanta facti iuriſq. diuerſitate poſſis cum Cuiacio argumentum ſumere ab vno caſu ad alium niſi vltro velis cum ipſo impingere. Ceſſante igitur legis Corneliæ fictione eo caſu quo filius in ciuitate deceſſerit patre adhuc apud hoſtes ſuperſtite relinquitur, vt veritati locum eſſe oporteat, ſecundum quam verum eſt dicere, præſertim extincta per mortem patris ſpe poſtliminij, filium ſui iuris effectum eſſe viuo patre, & exinde quo pater captus ſuit, quo amiſſo ſubſtitutionem quoque pupillarem euaneſcere omnino neceſſe eſt. Sicque proculdubio intelligi Papiniani ratio debet. Quæ cùm tam bona & elegans ſit, vt nec melior nec elegantior alia proferri poſſit, an non ridiculè faciunt interpretes, qui quaſi hęc non ſufficiat (nec ſanè mirum eſt non intelligentibus ſufficere non potuiſſe) aliam inquirunt? Hanc autem afferunt, quod quandiu pater apud hoſtes fuit, eius hereditatem adire filius non potuerit d. l. 3. C. de poſtl. reuerſ. non adita verò patris hereditate pupillares tabulę corruãt l. 2. de vulg. & pup. ſubſt. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus D. ad SC. Trebel. Quid ergo ſi impubes cui ſubſtitutus datus eſt, non inſtitutus fuerit, ſed exheredatus extraneo herede ſcripto qui moriente apud hoſtes patre adhuc ſuperſtes fuerit in ciuitate, delatámque hereditatem adierit? Vtique dici non poterit, non aditam fuiſſe patris hereditatem licet exheredatus filius in ciuitate interim deceſſerit. Quid enim commune exheredato cum aditione hereditatis? Et tamen ſubſtitutio pupillaris non valebit. Generalis ſiquidem eſt Papiniani ſententia, vt filio in ciuitate antè patrem captiuum mortuo nihil ſit, quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt nullo caſu ſecundæ tabulæ valeant, nec proinde diſtinguendum ſit, an inſtitutus filius fuerit, an exheredatus, ſicut nec in poſteriore prioris legis ſpecie cui lex hæc coniungitur. Generalis item ratio illa eſt, quæ pupillares tabulas deſtruit, quòd filius viuo patre ſui iuris effectus videatur. Adeò vt nec ſi filius patri ſuperuixerit, pupillares tabulas valere patiatur exheredato filio, ſed eo tantùm caſu quo filius ipſe ſit inſtitutus. Non igitur germana illa ratio eſt, quòd filio inſtituto pręmoriẽte non ſit adita patris hereditas, ſed illa quę Papiniano probatur, quòd ſiue adita ſit patris hereditas ſiue non, ſemper verum ſit filium impuberẽ de viui patris poteſtate exiſſe. Nobis aliquando placebat, filio in ciuitate antè patrem mortuo, idcirco videri non poſſe filiũ ex lege Cornelia poſt patrem deceſſiſſe, quòd ad filij perſonam legis Cornelię fictio nõ pertineat. Sed in eo errabamus, quoniam imò verò pertinet cum filius eſt inſtitutus, vt quo tempore lex Cornelia hereditatem facit, mortuo videlicet patre, faciat etiam heredem, quem porrò alium facere nequit ex teſtamento quã qui inſtitutus eſt. Alioqui etiam inſtituto filio patri ſuperſtite perinde pupillares tabulæ corruerent atque corruunt filio exheredato, quod Papin. negat in l. prox. ſup. in prin. Rurſus in eo errabamus, quòd filio patri ſuperſtite pupillaris ſubſtitutionis confirmandæ rationem illam afferebamus, quia filium patri ſuperſtitem verũ non ſit exuiſſe de patris viui poteſtate, qui ab hoſtibus quandocunq. rediens filium in poteſtate habere potuerit, ex poſtliminij fictione. Nam imò verò mortuo poſteà illo apud hoſtes etiam poſt filium, atq. ita extincta ſpe poſtliminij, dici poteſt, licèt audenter, vt Scæuola loquitur in l. Gallus 29. §. videndum in fi. filium deſiiſſe ſuum heredem eſſe viuo patre cũ pater apud hoſtes mortuus nec redierit, nec redire amplius poſſit: multo igitur magis defendi poteſt, patre apud hoſtes mortuo priuſquàm filius in ciuitate moreretur, filium deſiiſſe ſuum heredem eſſe viuo patre. Addebamus, cum fili⁹ patre apud hoſtes viuo moritur poſtliminij ſpem extingui, & iam inde ab eo inſtanti quo filius moritur, certum eſſe incipere patrem quandocunq. redeuntem nunquam filium in poteſtate habiturum. Indéq; fieri quod Papin. ait vt filius ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater ab hoſtibus captus eſt: in eo quoq. nos & turpiùs errabamus. Obſtat enim ex diametro quod ab ipſo Papiniano ſcriptum eſt in d. l. pen. de ſuis & legit. & ab aliis alibi paſſim, patre ab hoſtibus redeunte, filium intereà defunctum in ciuitate filiumfamilias deceſſiſſe intelligi, quod & in hac ipſa lege quam interpretamur Papinianus exprimit, illis verbis, *ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur*. Patre videlicet reuerſo, vt ſequens pars diſtinctionis oſtendit. Ratio autẽ illa, *ſiue quoniam non reuerſo eo exinde ſui iuris videtur fuiſſe ex quo pater hoſtium potitus eſt*, nõ fictione vlla aut legis Corneliæ aut poſtliminij nititur, ſed ſola rei veritate, quæ vt ſeipſam tueatur fictione nulla indiget, quamuis Papin. adiecerit verbum *videtur*, non vt veritatem abeſſe ſignificaret, ſed quod propter ſpem poſtliminij, quę moriente filio adhuc durabat, verum quoque ſit filium quandiu vixit non fuiſſe in plenum patria poteſtate liberatum, vt idem Papinianus loquitur in dict. l. penultim. id eſt abſolutè & ita ne in poteſtatem inuitus recidere poſſet. Sed quemamodum ſpes illa poſtliminij poſteà deficiens patre apud hoſtes mortuo, non impedit ne filius in ciuitate intereà defunctus paterfamilias deceſſiſſe videatur habeátque heredem ab inteſtato d. l. penult. quoniam deficiente principali extremo fictionis poſtliminij, id eſt reditu captiui in ciuitatem, perinde eſt ac ſi nulla vnquam poſtliminij ſpes fuiſſet cùm ex euentu appareat nullam vnquam fuiſſe aut ſi qua fuit inanem extitiſſe arg. l. huic ſcripturæ 15. in fi. D. ad leg. Aquil. ita nec facere poteſt quominùs pupillares tabulę corruant, tanquã effecto re vera filio ſui iuris viuo patre. Quod ſi Papiniani rationem ad fictionem aliquam referre velles, non tamen de poſtliminio tractandum eſſet patre nunquã reuerſo, ſed potiùs de lege Cornelia, quæ ſanè ad eum caſum fictionem ſuam accommodaret niſi ratio illa iuris & fictionis obſtaret, quam nos iã ſatis ſuperq. expoſuimus. Denique in eo errauimus quod ſcripſimus filium in ciuitate mortuum patre adhuc viuo apud hoſtes ſubſtitutum pupillarem habere eadem illa ratione non poſſe qua heredem ab inteſtato habere poteſt, nempe quòd paterfamilias deceſſiſſe credatur. Nam imò vt ſubſtitutum pupillarem habere poſſit neceſſe eſt eum patremfamilias decedere. Sed differentia in eo eſt, quòd vt habeat heredem legitimum ſufficit, quandocunque factum eum patremfamilias ſiue viuo patre ſiue per eius mortem id contigerit, vt verò habeat heredem ex te-

ex teſtamento patris, omnimodo neceſſe eſt, vt per mortẽ duntaxat patris non etiã viuo eo paterfamilias factus ſit. Dixi *ex teſtamento patris*, quoniam cũ de pubere agitur qui teſtamentum alioqui facere ſibi poſsit, non illa ratio impedit ne heredem ex teſtamento habeat, ſed alia quòd de ſuo ſtatu incertus ſit quandiu pater viuit & poſtliminij ſpem habet, vt pluribus infra tractabimus. Quę tamen ratio, ſi ſuperior non eſſet, tabulis pupillaribus non obſtaret, vtpote quas non filius ipſe, cuius ſtatus pendet, ſed pater ei fecerit.

Alia Scæuola à Papiniano diſſenſio in quæſtione §. vl. d. l. quòd ſi filius, & emendatio l. ſi pater captus 29. de vulg. & pupill. ſubſtit.

CAPVT VII.

HIc quoque vt aliorum ita & noſtri errores detegendi ſunt ac corrigendi. Quarta ſpecies eſt à Papiniano tractata ad legis Corneliæ fictionem & pupillarem ſubſtitutionem pertinens, ſi pater & filius ambo apud hoſtes ſint ibiq. decedant, ſed pater prior, an ſubſtitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur. Sic autem Papinianus ſcribit, *Sed ſi ambo apud hoſtes, & prior pater decedat, ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto, non aliàs, quam ſi apud hoſtes patre defuncto poſteà filius in ciuitate deceſsiſſet.* Ponit Papin. priorem patrem decedere, quoniã ſi verũ eſt quod proximè docuit, filio in ciuitate antè patrem captiuum mortuo, nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, multò minùs de iis quærendum fuerit, filio antè patrem apud hoſtes defuncto, quia non magis poteſt legis Corneliæ fictio efficere vt filius antè patrem apud hoſtes mortuus ei heres extitiſſe videatur, quã ſi filius in ciuitate deceſsiſſet: quinimò tantò minùs quòd fieri nequeat vt filius qui apud hoſtes eſt vllomodo ſit heres patris, aut alterius cuiuſlibet. Patrẽ igitur priorẽ deceſsiſſe ponendũ eſt. An & priorem captũ? Sic Scæuola fortaſſe exiſtimauit qui in l. ſi pater captus 29. de vulg. & pupill. ſubſt. eandem tractãs quæſtionẽ ita ſcribit, *ſi pater captus ſit ab hoſtibus mox filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupill. ſubſtitutionẽ nõ pertinebit.* Sed ſi non admittit Scæuola confirmari pupillarẽ ſubſtitutionẽ ex lege Cornelia, etiã cũ filius poſt patrẽ captus eſt, multò minus admiſſurus fuerit confirmari cũ filio ſimul & eodem inſtãti capto cũ patre: quia nec præmortuus fingi poteſt pater quẽ ſimul cũ filio captũ eſſe conſtat, ſicut nec ſi poſt filiũ captus eſſet. Ideóq. hoc caſu contingere neceſſe eſt, quod eueniret ſi vtrumq. eodẽ tẽporis momento mortuũ eſſe cõſtaret, filiũ nẽpe nũquã ſui iuris fuiſſe qui patri ſuperſtes nec in ciuitate nec apud hoſtes fuiſſet, atq. ita pupillares tabulas quaſi à filiofamilias factas intercidere. Itaq. licèt Papinianus generaliter & indiſtinctè tractet de patre & filio ab hoſtibus captis nõ expreſſo eo vter prior captus ſit, ita tamen intelligi neceſſariò debet vt de patre priùs capto ſenſerit. Ne alioqui euidẽter falſum ſit quod ait, poſſe legem Corneliam ſufficere ſubſtituto, quæ ſanè nec ſufficere poteſt nec auxilio vllo extrinſeco ſuppleri ad confirmandas pupillares tabulas ſiue filius antè patrem, ſiue ſimul cũ patre captus ſit. De illo fortaſſe probabiliùs dubitari poſſit, ſi vterque ita captus ſit vt non appareat an vterque ſimul, an vter prior in hoſtium poteſtatem peruenerit, an pupillaris ſubſtitutio valeat. Sed tamẽ verius eſt non valere, nõ ſolũ quòd ſubſtituto prætendẽti pupillares tabulas incũbat onus probãdi filium ſuperuixiſſe arg. l. ex facto 17. §. ſi quis autem ad SC. Trebell. l. quod de pariter 16. cum duab. ſeqq. de reb. dub. Verùm etiã quia quod dici ſolet patrẽ antè filiũ deceſsiſſe videri, tametſi in bello deceſſerit l. qui duos 9. §. cum bello eod. nõ habet locum ſi filius impubes fuit etiã cùm de naturali & vera morte agitur d. l. qui duos §. vlt. l. ſi mulier 23. eod. l. inter ſocerũ 26. de pact. dot. nec igitur ſi de morte ficta agatur quæ per captiuitatem contingit, ſiue quod facilius ſit hoſti capere impuberẽ tueri ſe nõ valentem, quã patrem, ſiue quòd naturæ ordo ille qui ex voto parentũ priùs ad mortẽ vocat parẽtes quã liberos l. nã etſi 15. de inoff. teſt. l. ſcripto 7. §. vl. vnd. lib. facillimè interrumpatur cũ captiuitas incidit, quæ ſicuti cõtrà naturã eſt, ita naturæ ordinẽ ſubſequi nõ põt. Ergo vt quæſtioni locus eſſe poſſit nõ tantũ primo loco defunctũ patrẽ ſed etiã priùs captũ fuiſſe ponendũ eſt. In hac a. quæſtione nõ dubito quin Pap. à Scęuola diſſenſerit. Nam Papin. apertè ſcribit legem Corneliam ſufficere ſubſtituto, Scæuola vero negat legem Corneliam ad pupilli ſubſtitutionẽ pertinere. Diſſentiendi à Papiniano cauſam eandẽ habuiſſe Scæuola videtur, quã Papinianus diſſentiendi à Iuliano in quæſtione §. vlt. l. pater. 10. de capt. & poſtli. Nempe quòd lex Cornelia de ſecundis tabulis nil locuta ſit, at eius tantũ perſonã demõſtrauerit, qui teſtamẽti factionem habuiſſet, cuiuſmodi nõ eſt impubes. Noua igitur lege aut Imp. cõſtitutione opus eſſe putabat Scæuola vt impuberis hereditas teſtamẽtaria induceretur, & cõfirmaretur. Adeò fuit ille ſtricti iuris religioſiſſimus: nihil intereſſe exiſtimãs an filius ſolus an cum patre captus ſit, cũ perinde vtroq. caſu captiuus ſit, & cõſequenter heredẽ ex teſtamento habere nequeat. Quod ſi ita eſt, cõſequens erit ſolo illo caſu cõfirmari per leg. Corn. pupillares tabulas, quo filius in ciuitate poſt patrẽ captiuũ deceſſerit. Et quidẽ inſtitutus à patre, nõ exheredatus ne ea obſtẽt quæ ſcripſimus ad Papinianũ in d. l. pater in princ. Papinianus verò quamquam admittit legem Corneliam quæ de ſecundis tabulis nil locuta eſt ad pupillarem ſubſtitutionem non pertinere, cùm ſolus filius, ſiue inſtitutus ſiue exheredatus, mortuo patre captus eſt, eſſéque illo caſu neceſſarium ſubſtituto auxilium non quidem alterius legis aut conſtitutionis, ſed Prætoris tanquam eius qui verus æquitatis cuſtos ſit & arbiter, filio tamen cum patre capto, & poſt patrem mortuo magis probat vt ſufficiat ſubſtituto lex Cornelia, id eſt, vt nõ ſit ei neceſſariũ Prætoris auxilium ad cõſequendas vtiles in hereditatem actiones qui directas ex ipſa lege habere poſſit. Ratione illa, vt arbitror, quòd patre capto neceſſe ſit legem Corneliam inducere ad confirmandum patris teſtamentum, quo confirmato pupillares quoque tabulas tanquam acceſſorias partémque paterni teſtamenti, aut potiùs idem ipſum teſtamentum confirmari oportet. Quid enim refert an in ciuitate, an apud hoſtes pupillus fuerit, cùm patris teſtamentum per legem Corneliam confirmetur? Nam etſi in ciuitate filius poſt patrem decederet, non eò magis ſubſtitutus admitteretur ni lex Cornelia patris apud hoſtes mortui teſtamentum cõfirmaret. Cùm igitur ex ſola paterni teſtamenti confirmatione pupillares tabulæ vires accipiãt, nec eò minùs confirmetur patris teſtamentum quòd filius quoque apud hoſtes deceſſerit, cur non perinde admittamus hoc quoque caſu pupillares tabulas ex lege Cornelia ſubſiſtere, atque ſi filius in ciuitate deceſsiſſet? Id enim eſt quod Papinianus ſibi vult iis verbis, *non aliàs quàm ſi patre apud hoſtes defuncto poſteà filius in ciuitate deceſsiſſet.*

Quæ tamen longè aliter ab interpretibus omnibus hucùſque accepta, fecerunt vt iam vulgò creditum ſit non ſolùm diuerſam ſed & planè contrariam eſſe Papiniani ſententiam, eam nimirum vt ita demum in propoſita ſpecie pupillaris ſubſtitutus admittatur ſi filius qui cũ patre captus fuerat poſteà reuerſus ſit ab hoſtibus, & in ciuitate deceſſerit. Quaſi Papiniani verba conſtructionem & interpretationem eandẽ admittant acſi ſcripſiſſet ille, *non alias*, aut, vt quidam libri habent, *non aliter ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto quam ſi apud hoſtes patre defuncto poſteà filius in ciuitate deceſſiſſet*. Cui tã tortuoſæ conſtructioni, & interpretationi, licet à nobis in prioribus Coniecturis probatæ, aliud nihil cauſam dedit, niſi quod ea ſola Papiniani cum Scæuola conciliandi ratio ſupereſſe videretur. Ita fit vt Papiniani ſententia quæ pro ſubſtituto facit euidentiſſimè contrà ſubſtitutum retorqueatur, & quæ affirmatiua eſt cũ ita leges, *ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto*, negatiua ſit cùm ita conſtrues, *non aliàs ſufficiet lex Cornelia* &c. Sed præter id quod improbabilius dici nihil poteſt & à Papiniani verbis alienius, videamus etiam quã abhorreat à propoſita quæſtione, noua iſta conſtruendi aut verius deſtruendi contextus ratio. An non Papinianus eam ſpeciem tractat in qua vterque & pater, & filius, ſed pater prior apud hoſtes decedat? Vtique. Sic enim ſcribit: *ſi ambo apud hoſtes, & prior pater decedat*. Quomodo igitur fieri poteſt vt ad propoſitam quæſtionem Papinianus reſpondeat, ſufficere quidem poſſe legem Corneliam ſubſtituto, ſed ita demùm ſi filius quem iam poſuit apud hoſtes deceſſiſſe, (neque enim reuerſum eũ fuiſſe vllomodo exprimit) in ciuitate moriatur? Aut quis credat Papinianum vno caſu propoſito de alio reſpondere? Aut denique, ſi Papinianum ſic interpretari vis, vt de propoſito caſu reſpondeat per ambages, ſufficere ſcilicet legem Corneliam ſubſtituto ita demum ſi filius poſteà in ciuitate deceſſerit, vt inferre poſſis, Ergo in propoſito non ſufficere ambobus apud hoſtes mortuis, Rogo, quid neceſſe erat verba illa addere, *apud hoſtes patre defuncto*. An non id ſatis erat expreſſum prioribus illis, *ſed ſi ambo apud hoſtes & prior pater decedat*. Quid tam inſulſa verborum multiplicatio cum Papinianea breuitate & elegantia commune habet? Aliam itaque & nouam ſpeciem iis verbis perſtringit, vt cũ dixerit nihil referre an vterq. apud hoſtes, ſed pater prior deceſſerit, an pater ſolus apud hoſtes, poſteà verò filius in ciuitate, facilè cuique ſit intelligere cur illo caſu legem Corneliam ſufficere arbitretur. Et verò verbum illud, *deceſſiſſet*, vulgari interpretationi non cõuenit, ſecundùm quã, ſi Grammaticos Papinianus amauit, ſcribere debuit, *decedat*, aut, *deceſſerit*. At cum verba illa, *non aliàs quàm ſi apud hoſtes* &c. ad ſententiam affirmatiuam iãnq. abſolutam & virgula aut cõmate notandam adſita hunc ſenſum habeant acſi pluribus & apertiùs ſcriptum eſſet, *non ſecus quàm contingeret ſi apud hoſtes* &c. commodiſſimè ſubiũctum eſt, *deceſſiſſet*, in præterito, vt Grammaticum agam, plusquamperfecto cùm de eo ageretur qui iã deceſſerat. Qui autem primi ex interpretibus Papinianum ſic interpretati ſunt vt eum cum Scæuola conciliarent, nihil actum exiſtimantes ni Scæuolæ quoque ſententiam quam per conſtructionem violare non poterant, audaciore & ineptiore interpretatione ad ſenſum ſuum detorquerent, ſic Scæuolam intelligi voluerunt vt quod ille ait legem Corneliam in propoſita quæſtione ad pupilli ſubſtitutionem non pertinere hanc exceptionem admittat, *niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, quæ verba tandem ſequentium interpretum aut exſcriptorum imperitia in textum irrepſerunt. Quid enim apertius, quam videre, Scæuolam ſic ſcribere non potuiſſe? quippe qui in præcedentibus, diſertis verbis exprimat tractare ſe de filio qui cũ patre apud hoſtes deceſſerit, nec ab iis vnquam reuerſus ſit vt in ciuitate mori potuiſſet. Sic enim ait, *ſi pater captus ſit ab hoſtibus mox filius & ibi ambo decedãt quamuis prior pater decedat lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem non pertinebit*. Quid igitur ſibi vult exceptio illa, *niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*. An poterit in ciuitate iterum decedere filius qui iam apud hoſtes mortuus ſit? An non peruulgatum eſt, exceptionem debere eſſe de regula & caſu cui ſubiicitur? An non denique perinde ridicula eſt illa exceptio acſi quis diceret, *mortuos homines ſepeliendos eſſe præterquam ſi qui viuunt*. Fateamur ergo quod res eſt diſſentiſſe omnino hac in ſpecie Papinianum à Scæuola, niſi aliud quidpiam præterea in Scæuolæ textu emendes. Nã etſi exceptionem illã quã tollimus Scæuolæ eſſe voles, præter id quod ridiculum facies Iuriſconſultũ alioquin acutiſſimũ, nõ tamen aſſequere vt Papinianus Scæuolæ conſentiat, niſi eã quoque ad Papinianũ interpretationẽ probes, quæ à cæteris omnibus laudata quidem eſt, ſed à nobis hoc capite veriſſimè & cumulatiſſimè refutata. Nec te moueat quòd ratio illa quæ apud Scæuolam ſequitur, *quoniam etſi ambo in ciuitate deceſſiſſet, veniret ſubſtitutus*, præcedentibus nil cõuenit ſi tollatur exceptio iſta, *niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, ad quã ſolam accõmodari optimè poteſt. Nam & iam antè nos vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius, licèt Scæuolæ mentem nũquam aſſequutus ſit, benè tamẽ obſeruauit corruptam eſſe lectionem, & pro, *quoniam*, legendũ, *quanquam*: congruum enim fuit Scæuolam ſi reſponſi ſui rationem aliquam reddere voluit, eius partis reddidiſſe quæ præcipua erat, & dubitabilior, non exceptionis quæ certa erat & indubitata. Siquidem filio qui poſt patrem captus fuerat ab hoſtibus reuerſo, & in ciuitate defuncto, quis dubitare poterat quin ſublata per poſtliminij fictionem filij captiuitatis memoria, patriſque teſtamento per legem Corneliam confirmato, pupillaris ſubſtitutio valeret acſi ambo in ciuitate deceſſiſſent? Et ob id nimirum Papin. in d. §. vlt. l. quòd ſi filius, vt ſententiam ſuam de caſu magis dubitabili confirmaret per comparationem alterius caſus minùs dubitabilis, adiecit *non aliàs quàm ſi patre apud hoſtes defuncto filius in ciuitate deceſſiſſet*. Non dixit, *non aliàs quam ſi ambo in ciuitate deceſſiſſent*, quia licèt non aliter ad propoſitam quæſtionem reſpondeat, quàm reſponſurus erat ſi ambo in ciuitate deceſſiſſent, facilius tamen fuiſſet contradicenti rationem illam conuellere. In promptu nãque eſſet dicere ambobus in ciuitate mortuis nihil obſtare quominùs pupillaris ſubſtitutio valeat, ſi modò filius & in poteſtate & poſt patrem deceſſerit. At in caſu propoſito filium captiuum deceſſiſſe. Et quamuis ex lege Cornelia retrofingatur in ciuitate deceſſiſſe, id tamen illò pertinere vt legitimum heredem habere poſſit non teſtamentarium, Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem conſtitui non teſtamentariam, propterea quòd in teſtamentariis hereditatibus confirmãdis eius perſonam demõſtrauerit qui teſtamenti factionem habuiſſet: pupillum verò teſtamenti factionẽ non habere. Quæ omnia diluuntur ratione ſic, vt à Papiniano eſt, concepta. Ita enim eſto vt captiui impuberis hereditatem ex teſtamento lex Cornelia non

confir-

cõfirmet, ſufficit, inquit Papin. patris teſtamentum confirmari vt pupillares quoque tabulæ in neceſſariam conſequentiam valeant. Quis verò dixerit cò minùs confirmari patris captiui teſtamẽtum quòd filius quoq. captus fuerit & apud hoſtes deceſſerit? Nihil igitur intereſt ſiue de paterno ſiue de pupillari teſtamento agas, an pater ſolus an filius quoque cum patre deceſſerit. Sed tantùm an de ſolis pupillaribus tabulis confirmandis tractetur, an paternum quoque teſtamentum confirmari oporteat. Quòd ſi cum Cuiacio ſic legas apud Scæuolam, *quamquam etſi ambo in ciuitate deceßiſſent veniret ſubſtitutus*, elegantē facias rationē dubitãdi propter quam videbatur in propoſita quæſtione pupilli hereditatẽ ex lege Cornelia ad ſubſtitutum pertinere, cũ lex Cornelia fingat in ciuitate deceſſiſſe eos qui apud hoſtes moriuntur. Ex quo magis apparebit, quàm imperitè facient qui rationem hanc ad illum caſum accommodant quo filius ab hoſtibus reuerſus in ciuitate deceſſerit. Nam & ambobus apud hoſtes mortuis non poſſit negare Scæuola, videri filium quoque ex lege Cornelia deceſſiſſe in ciuitate. Cùm & ſi ſolus filius captus eſſet legitimam ſaltem ipſius hereditatem lex Cornelia confirmaret. Quomodo autem confirmaret, niſi retrofingeret in ciuitate deceſſiſſe? Itaque ſi ad inducendam legis Corneliæ poteſtatem pro confirmandis pupillaribus tabulis nihil aliud requireretur niſi vt ambo in ciuitate deceſſiſſent aut deceſſiſſe viderẽtur, iret proculdubio Scæuola in Papiniani ſententiã. Sed quia longè aliud eſt fingere filium impuberem in ciuitate deceſſiſſe qui cum patre apud hoſtes deceſſerit, aliud verò ipſius teſtamentum confirmare: ideò nec putat Scæuola rationem illam ſufficere ad confirmandas tabulas pupillares, quòd ambo in ciuitate deceſſiſſe videantur, quódque ſi reuera deceſſiſſent in ciuitate, veniret ſubſtitutus. Videamus tamen ut commodiùs Scæuolæ verba emendari poſſint & intelligi vt à Papiniano nullomodo diſſentiat, à quo nec iuſtam diſſentiendi cauſam habet. Id verò aſſequemur facilè, ſi retenta vulgari lectione, *quoniam etſi ambo*, &c. ſublatiſque illis *niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, quæ non niſi ineptè retineri poſſe probauimus, præcedentia ſine negatione ſic legamus, *lex Cornelia ad pupillarẽ ſubſtitutionẽ pertinebit*. Potuit n. negatio facillimè irrepere ex affinitate poſtremæ ſyllabæ dictionis præcedentis *ſubſtitutionem* facto *non* ex *nem* cùm librarius priores illas ſyllabas *ſubſtitut.* iuncto puncto, ſufficere exiſtimaret ad ſcribẽdum breuiùs *ſubſtitutionem*, aut etiam ex audacia imperiti interpretis conciliare fortaſſe volentis Scæuolam cum Papiniano, quem ſic intelligebat vt filio poſt patrem capto ab hoſtibus ita demùm locus ſit legi Corneliæ ſi reuertatur filius, & in ciuitate decedat, ſicut & ab eodem interprete factum eſſe credibile eſt vt in l. prox. præced. legatur hodie in Pand. Florent. *non commode* pro eo quod in aliis libris omnibus legitur & longè rectiùs *non incommodè*, ne ſcilicet Iulianus cum Papiniano pugnaret qui tamen pugnat euidentiſſimè in §. vlt. d. l. pater. Nec eſt improbabile cùm ad verbum *pertinebit* quidam fortè gloſſator, vt facere ſolent, adnotaſſet (*imò non pertinebit niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, vt l. quod ſi filius. §. vlt. de capt. & poſtlim.) & gloſſa illa pleriſque placeret Papinianum malè intelligentibus poſteà eueniſſe vt ea gloſſa in textum conualeſceret, quod & innumeris aliis iuris locis accidiſſe legimus. Sic verò fiet vt Scæuolæ ſententia eadem ſit illa Papiniani *ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto*, & apprimè congruat ſeq. ea ratio, *quoniam etſi ambo in ciuitate deceßiſſent veniret ſubſtitutus*, quæ etiã differat aliquantulũ ab illa quã Papinianus reddit, *non ſecus quam ſi patre apud hoſtes defuncto filius in ciuitate deceßiſſet*, ſi tamen ipſa eodem recidit, cùm & pater apud hoſtes defũctus in ciuitate deceſſiſſe videatur. Niſi quòd Papiniani ratio ſubtilior eſt & ad diluẽdã obiectionẽ quæ contra hanc ſententiã fieri poſſet, vt docuimus, accommodatior. In hanc verò coniecturam præter ea quæ ſuprà dicta ſunt, non parũ me mouẽt verba illa præcedentia, *quamuis prior pater decedat*, quibus palam eſt dubitãdi rationẽ ſignificari quæ obſtare videbatur, vt proinde aliã dubitandi rationẽ addere nil neceſſe fuerit in ſeqq. Deciſionis verò cauſã aliquã in re præſertim nõ aperta ſubiũgere fuit cõueniẽtiùs, quæ tamen nulla erit ſi in ſeqq. pro *quoniã* reponas *quãquã*. Illa porrò dubitandi ratio, *quãuis prior pater decedat*, nõ videbatur facere vt lex Cornelia ad pupillarẽ ſubſtitutionẽ pertineret, ſed potius vt nõ pertineret. Cũ.n. patre iam defũcto impubes apud hoſtes moritur, difficilius eſt vt impuberis captiui hereditas teſtamentaria ex leg. Cornelia cõfirmetur, ſolétque hoc caſu neceſſarium eſſe Prętoris auxiliũ d. l. pater §. vlt. de capt. & poſtlim. Sed id procedit cũ pater prior deceſſit in ciuitate, nõ cũ apud hoſtes. Hoc .n. caſu cõfirmato per legẽ Corneliã patris teſtamẽto & in neceſſarias cõſequentias exinde confirmatis quoque pupillaribus tabulis nil curandum eſt an poſteà filius in ciuitate an apud hoſtes decedat, quoniam quæ ſemel ſunt confirmata noua confirmatione non indigent. Igitur cùm dubitandi rationem illam quæ ſuadere videbatur non pertinere legem Corneliam ad pupillarem ſubſtitutionem, Scæuola minùs ſufficientem eſſe putet, conſequens eſt vt ex contrario & affirmatiuè reſpõderit, *lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem pertinebit*, tum ſtatim rationem ſubiecerit *quoniam etſi ambo in ciuitate deceßiſſent veniret ſubſtitutus*: atque ita Scæuolæ ſententia & cum iuris ratione & cum Papiniano conſentiet, nec rurſus tam euidenter pugnabit cum Iuliano qui in l. prox. præced. defendit, etiam cũ patre mortuo in ciuitate filius in hoſtium poteſtatem peruenit, nihilominus pupillarem hereditatem ex lege Cornelia ad ſubſtitutum pertinere, quamuis Scæuola non obſcurè innuat contra ſe ſentire iis verbis *quamuis prior pater decedat*, quibus ſanè nulla dubitandi cauſa contineretur, ſi etiam illo caſu quo pater prior in ciuitate, deinde captus filius apud hoſtes decederet pupillares tabulas ex lege Cornelia cõfirmari exiſtimabat. Alioqui nõ erat cur ea verba adderet ad excludendũ caſum cõtrarium quo pater poſt filium moreretur, quaſi ſentiret illo caſu legẽ Corneliam facilius pertinere poſſe ad pupillarem ſubſtitutionẽ, cùm, vt initio capitis præfati ſumus, filio antè patrem ſiue in ciuitate ſiue apud hoſtes decedente certum ſit non ſolùm legi Corneliæ locum non eſſe, ſed ne quidem quæſtioni, vt Papinianus ſcribit in princi. huius legis, cùm ait, *nihil eſſe quod hoc caſu de ſecundis tabulis tractari poßit*. Cæterùm obſeruandum eſt, quod Papinianus in hoc §. ſic loquitur, *ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto*. Ad differentiam nimirum eius caſus de quo dixerat in §. vlt. l. præced. & in quo Prætoris auxilium neceſſarium eſſe ſcripſerat. Ex quo magis apparet verum eſſe quod nos ad eum locum adnotauimus in illa ſpecie non deferri hereditatem ſubſtituto pupillari ex lege Cornelia vt Iulianus putabat, in eóq. Papinianũ à Iuliano diſſentiiſſe, quicquid in contrariũ contendat Cuiacius qui vt argumentũ

hoc effugiat, peſſima interpretatione quod lex ait, *ſufficiet*, intelligit ita vt, *non deficiat*, quaſi paria ſint in omnibus, *ſufficere*, &, *non deficere*, Aut quaſi non deficiat lex Cornelia cũ ad Prętoris auxiliũ cõfugiẽdũ eſt. Imò verò *ſufficere* hic nihil aliud eſt quàm alicuo auxilio non indigere. Non poſſum temperare quin ſubiiciam, vulgares interpretes qui Scæuolæ & Papiniani ſententia illã eſſe putant vt patre & filiu captis & apud hoſtes mortuis licèt patre ante filiũ, filius tamẽ heredẽ teſtamentariũ ex patris teſtamẽto habere nõ poſſit per legẽ Corneliã, falſa etiã niti ratione vt falſam propoſitionẽ cõfirmẽt. Aiũt.n.id fieri quia filius quamuis ſuperſtes patri, ipſius hereditatem adire nõ potuerit quãdiu fuit apud hoſtes, non adita autem patris hereditate pupillares tabulæ corruant l.2.de vulg & pup.ſubſt.l.apud Iulianũ 11.§. idẽ Iulianus ad SC.Treb. Quod omnino ad rem nũ pertinet. Patris.n.hereditatem adire neceſſe non eſt filio inſtituto & patri ſuperuiuente licèt apud hoſtes moriatur, quia fictio legis Corneliæ pupillares tabulas in paterni teſtamenti conſequentiam confirmantis ſicuti facit vt pater ex eo inſtanti deceſſiſſe videatur quo captus eſt d.l. pater in prin.l.j.in fi. C. de poſtlim.reuerſ.ita efficit quoque vt filius poſt patrem captus exinde mortuus retrofingatur ex quo in hoſtium poteſtatem peruenit. Id vero ſi ita eſt, ſequitur vt idẽ filius qui ſiue rei veritatẽ ſiue fictionẽ conſideres patri ſuperuixit patri heres fuiſſe intelligatur, nõ quidem ſuus aut neceſſarius propriè (quem verũ eſt nõ fuiſſe in parẽtis poteſtate mortis tẽpore) ſed tamen inuitus, vt Iulianus loquitur in l. lege Cornelia 12. qui teſtam. facer. poſſ. ac proinde cui nec aditione vlla opus fuerit nec ſcientia mortis paternæ ad acquirendã ſibi hereditatẽ & in ſucceſſores ſuos tranſmittendã. l.apud hoſtes 8.C. de ſuis & legit. vbi abũdare dictionem, *ſua*, iam ſuprà diximus, additã quippe ab interprete exiſtimãte fieri nõ potuiſſe vt filia ignorãs & ipſo iure heres extitiſſet patri quin extitiſſet ſua, nec animaduertẽte imò ſufficere vt fuerit heres inuita licèt nec ſua, nec neceſſaria, nihilq. obſtare quominùs inuitus heres ſit filius aut ſeruus qui tamẽ nec ſuus ſit nec neceſſarius propter eã rationẽ quã attulimus ſup. Ergo ſi ratio illa falſa eſt qua mouentur noſtri vt excludãt ſubſtitutũ, quidni etiã falſum erit quod volũt excludi eũ quem Papinianus diſertiſſimis verbis ſcribit non ſolùm admitti debere ſed etiã ex lege Cornelia, ita vt nec Prætoris ope indigeat? Potuitq. fortaſſis ea quoq. res vt iuris ignoratio cauſam præbere mendo quod nos purgamus apud Scæuolã & illi ad Papinianũ interpretationi quam nos refellimus. Cętera quę hic tractari poſſent, an decedente impubere filio antè patrem ita corruant pupillares tabulę vt neque ex vulgari tacita ſubſtitutus admittatur ad bona patris, quoniam longiore tractatu indigent conſultò prætermittimus, & in alium locum conferamus.

Si viuo patre filiusfamilias captus ſit ab hoſtibus, cur legi Corneliæ locus non ſit. Et emendatio l.2.§.ſi quis vnd.legit.

Capvt viii.

INepta fortaſſis videri poſſit hæc quęſtio, cùm rationem quam quærimus apertis verbis Iulianus reddat l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. ſubſtit. *quia*, inquit, *non efficitur per legem, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit heredes habeat.* Sed tamen quoniam hæc ipſa ratio malè ab omnibus interpretibus, vt ego quidem exiſtimo, accepta eſt, digna res viſa fuit de qua ſeparatim diceremus, non quò meliorem rationem quæreremus, ſed vt appareret longe aliam Iuliani ſentẽtiam eſſe quàm vulgo credatur, nec minus in hoc quoque errasse magiſtros noſtros, quàm in cęteris omnibus de quibus hucuſq. diximus, ad tractatum legis Cornelię pertinentibus. Sic enim ſentiunt, ideo nulla bona in ciuitate reliquiſſe videri filium, quod per legem Corneliam retrofingatur deceſſiſſe filiusfamilias & viuo patre, qui ſcilicet eo tempore quo captus eſt, & quo mortuus fuiſſe intelligitur patrem in ciuitate viuum habuerit, tametſi pater ille viuo poſtea apud hoſtes filio deceſſerit. Quod ſi verè diceretur, poterat Iulianus & breuiùs & elegantiùs eam ipſam rationem vſurpare qua Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans, vſus eſt in l. quod ſi filius 11. de capti. & poſtli. *quia filiusfamilias mori intelligitur.* Sed non ita ſcripſit, quia nec ſic intellexit. Neq. enim verũ eſt fictionem illã legis Corneliæ quæ inducit vt ciuis Romanus apud hoſtes mortuus fingatur in ciuitate deceſſiſſe, ad filiũfamilias vllomodo pertinere, qui ſcilicet neq. hereditatẽ habere poſſit, neq. heredem. Cũ legis Corneliæ propoſitum vnũ illud ſit vt ciui Romano ab hoſtibus capto & hereditatẽ conſtituat, & heredẽ l. filiusfamilias 18. D. ad leg. fal. l. j. C. de poſtlim. reuerſ. quemadmodũ pluribus cõprobauimus ad §. videndũ l. Gallus ſuprà. Et verò quid neceſſe eſt legis Corneliæ fictionem in filiifamilias perſona inducere, vt efficias quod Iulianus ait nulla eum bona in ciuitate reliquiſſe? An non re ipſa & citrà fictionem verũ eſt eum qui primo captiuitatis inſtanti filiusfamilias fuit, & in patris ſui poteſtate, nulla bona in ciuitate reliquiſſe? Ab eo autẽ tẽpore quo captus eſt & ſeruus hoſtium factus, quid, quæſo, ſibi aut in ciuitate aut extrà ciuitatẽ potuit acquirere? At ſi nec ſibi quicquam habuit nec habendi capax fuit, quem heredem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, aut quã hereditatem habere poſſit? Si denique heredem habere non poteſt, cur ad eum legis Corneliæ fictio protrahatur? quæ nihil aliud agit niſi vt heredẽ det captiuo, ei ſcilicet qui heredẽ habere poſſit. Nam quemadmodũ facto teſtamento non cõfirmat lex Cornelia hereditatem teſtamentariã niſi factionem teſtamenti habuerit is de cuius teſtamento cõfirmando agitur: ita & nullo facto teſtamento fieri nequeat vt confirmetur ſucceſſio inteſtati eius, cuius hereditas nulla ſit. Idque idem Iulianus apertiùs declarat ſequenti illo verſiculo, *Quare etiam ſi pubes filius* (Sic enim legendum eſſe, vt vulgo, nõ *impubes*, vt Cuiacius vult, probauimus li.3.cap.9.) *viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hoſtium poteſtate deceſſerit, patris hereditas lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet.* Nimirum vt doceat non magis legem Corneliam fauere filiofamilias capto ab hoſtibus cùm de cauſa inteſtati quæritur quam cùm de cauſa teſtati factis per patrem pupillaribus tabulis. In eóque deteriorem eſſe condicionem filiifamilias ſiue puberis ſiue impuberis, quàm ſit patrisfamilias impuberis. Huius enim legitimam hereditatem lex Cornelia confirmat, quam lex duodecim tabularum erat confirmatura ſi is in ciuitate deceſſiſſet. An filiifamilias hereditatem quæ nulla eſſet in ciuitate, fieri non poteſt vt lex Cornelia confirmet? An quia filiusfamilias deceſſiſſe videatur qui viuo patre captus, eo demùm mortuo in ciuitate defunctus eſt? Minimè. Certum enim eſt filium à quo tempore captus & ſeruus hoſtium factus eſt exiuiſſe de patris poteſtate, cũ nec fieri potuerit

fuerit vt eodem tempore in duorum poteſtate eſſet, & patris & hoſtis. Et fictione opus eſſet vt filiusfamilias mori intelligeretur. Fictioni autem nulli locus eſt, quia nec alia vlla occurrit cui locus eſſe poſſit quàm Corneliana, quæ tamen, vt dixi, nunquam in filiusfamilias perſona locum habet. Poſtliminij fictioni in eo diſsimilis, quæ & patrem filio reddit, & patri filium ſiue pater ſiue filius ab hoſtibus reuertatur d.l. quod ſi filius de capt. & poſtlim. l.1.C. eod.l. penult. D. de ſuis & legit.& quidem priſtino iure poteſtatis reddito, nō nouo dato. Inde enim fit quod Paulus ſcribit in l.ſi pater 9. & ſequenti de iniuſt.rupt. Si pater ab hoſtibus capiatur, filio manente in ciuitate reuerſo patre non rumpi patris teſtamentum, ſicut nec ſi filius poſtliminio redeat, quod haud dubiè rūperetur, ſi nouum ius poteſtatis eſſet quod patri ex poſtliminio acquireretur quaſi noui ſui heredis agnatione. At ſi filiusfamilias deceſſiſſe non intelligitur qui cùm talis eſſet primo captiuitatis inſtanti poſteà deceſſit apud hoſtes, an paterfamilias deceſſiſſe videbitur? Multò minùs. Nam ſicut Scæuola ſcribit in §.vlt.l.Gallus filium emācipatione ſuum heredem fieri non poſſe, ita nec captiuitate paterfamilias quis fieri poteſt, cùm captiuitas, & familiam & libertatem omniáq. priſtinæ libertatis & ciuitatis iura adimat, ob idq. ad ea recuperāda poſtliminij fictionem inducere neceſſe fuerit. Quid ergo? Seruus hoſtium re vera moritur is qui quo tempore captus eſt filiusfamilias fuit, nec fictione vlla adiuuatur, quominùs ſeruus deceſſiſſe exiſtimetur. Ideò autem nec fictione adiuuatur, quia inutilis & fruſtratoria eſſet fictio, quæ nihil aliud efficere poſſet quàm vt is filiusfamilias defunctus eſſe intelligeretur, ac proinde talis qui nec heredem nec hereditatem habere poſſet. Vnde fieret vt ſeipſam fictio deſtrueret, nullámque fingendi cauſam fuiſſe probaret. Ex quo apparet Antonium Goueanū malè hinc argumētum ſumere contrà Bartolum, vt probet decedente impubere ſilio antè patrem expirare pupillares tabulas. Neq.n. hic filiusfamilias viuo patre deceſſit, ſed poſt patrem licet apud hoſtes, viuo quidē patre captus fuerat. Sed cum fictio legis Corneliæ in eius perſona locū nō habeat, vt diximus, nō facit ea res vt antè patrem deceſſiſſe videatur, nō magis quā vt in patris poteſtate. Sed illud fortaſſe quis miretur quod Iulianus ait fieri non poſſe vt qui bona nulla in ciuitate reliquit, heredem habeat, cùm hereditas ſit nomen iuris nec requirat vt quicquam ſit in hereditate. Finge inopem patremfamilias apud hoſtes mortuum, qui nihil prorſus in bonis habeat, aut qui plus in ære alieno habeat, quā in bonis, quę nec bona dici poſſunt, niſi deducto ære alieno, l. ſubſignatum 39.§.bona l.propriè 83.non eò minùs hereditatem reliquiſſe videbitur vt & heredem habere poſſit, licèt bona nulla reliquerit l.1.l.3.in princ.& §.1.de bon.poſſ. Nempe quia acquiſitionis capax fuit, & quo inſtanti mortuus eſt, ei etiam ignoranti acquiri potuit, aut per ſeruos, ſi quos habebat, aut ex cauſa legati aliáue ſimili per quam ſoleat ignoranti quoque acquiri. At Iulianus de filiofamilias loquitur qui non ſolùm bona nulla habet ſed nec habere poteſt, impediente iure patriæ poteſtatis propter quod omnia acquirit patri l.placet 79.de acquir.hered.l.1.in princ.D.ſi à parent.quis manum. Eum autem qui nec bona vlla habeat nec habere poſſit quis dicat habere heredem poſſe? Quo etiam argumento & quidem fortiſſimo defendi ſemper, non valere donationem bonorum omnium præſentium, & futurorum, quòd is qui ſic donauit ſeipſum acquiſitionis prorſus incapacem fecerit, ſibique proinde habendi heredis facultatem ademerit: nec enim heres eſſe poteſt ſine hereditate, hereditas autem licèt eſſe poſſit etiam cum bona nulla ſunt, non tamen cum bona nulla eſſe poſſūt, vt vel maximè probat is Iuliani locus quem nunc tractamus. Quid? An non filiusfamilias capax eſt acquiſitionis, patre nolente ſibi acquiri? Ita ſanè. In eoque differebat iam olim à ſeruo vt ſcripſimus libr.7.capit.11. At etiam tum cùm pater non vult ſibi acquiri per filium, filióque acquiritur, verum tamen eſt filiumfamilias bona nulla habere, ſed duntaxat peculium quod aduentitium dicitur, in quo conſtat nec heredem habere eum iure vetere potuiſſe, adeò vt etſi caſtrenſe peculium haberet de quo tanquam de proprio patrimonio teſtari ex conſtitutionibus poterat, inteſtatus tamen moriens nec heredem patrē haberet, nec bona vlla reliquiſſe videretur, quia caſtrenſe peculium non hereditatis ſed peculij iure patri acquirebatur l. 1. & 2.D.de caſtrenſ.pecul. Aliud enim eſt, bona, aliud peculium habere. Bona habent ſoli patresfamiliarum: peculiū vero ij ſoli, qui in alterius, patris videlicet aut domini poteſtate cōſtituti ſunt. Proinde ſemper & omni caſu, vtrúmque veriſſimū eſt quod Iulianus ait filiumfamilias neque bona, neque heredem habere poſſe. Hodie tamen aliud eſt, quòd ad legitimam hereditatem pertinet, poſtquàm placuit Iuſtiniano vt in aduētitiis etiam filiusfamilias heredem ab inteſtato habere poſſit, vt pluribus à nobis tractatum eſt in Diſputationibus forēſibus: dixi, *quod ad legitimam hereditatem*, quia in cauſa teſtati nihil hac parte immutatum eſt: ſubſiſtente ſemper regula illa iuris veteris & noui, quæ poteſtati alienæ ſubditos teſtari nullomodo patitur l. qui in poteſtate 6.D. qui teſtam. facer.poſſ. Superioribus ferè conuenit quod Vlpianus ſcribit in l. 2.§. ſi quis deceſſerit.D.vnd.legit. Si quis deceſſerit de quo incertum eſt, vtrùm paterfamilias an filiusfamilias ſit, quia pater eius captus ab hoſtib. adhuc viuat, vel quòd alia cauſa ſuſpendebat eius ſtatum, magis eſſe ne peti poſſit bonorum eius poſſeſſio Vnde legitimi: nempe quia prius eſt vt bona eſſe conſtet quàm vt bonorum poſſeſſio peti poſſit. Et quemadmodū lex Cornelia facere non poteſt vt heredem habeat qui bona nulla in ciuitate reliquit, ita nec Prætor, vt is habeat bonorum poſſeſſorem. Vera enim & germana Vlpiani ſententiæ ratio hæc eſt, non illa, quæ in textu ſequitur: *quia nōdum inteſtatum eum eſſe apparet cùm incertum ſit an teſtari poßit*. Nam imò verò certiſſimum eſt inteſtatū deceſſiſſe eū qui nec teſtamētū feciſſe proponatur, nec ſi feciſſet teſtari tamen potuiſſet, eáque nimirum dubitandi ratio erat propter quā videbatur competere ius petendæ poſſeſſionis Vnde legitimi, quæ non niſi ab inteſtato datur, quòd certum eſſet filium inteſtatum deceſſiſſe. Illud verò æquè falſum, *cum incertum ſit an teſtari poßit*. Si quid enim in iure certum, illud ſanè certiſſimū eſt, filiū captiui teſtari nō poſſe quàdiu poſtliminij paterni ſpes durat, nec ſi teſtatus ſit valere teſtamētū, ſiue pater ab hoſtib. redeat, ſiue apud hoſtes moriatur, quia teſtamenti tempore, quod præcipuè ſpectandum eſt, non ſolùm incertus fuit de ſuo ſtatu, ſed etiam fuit re vera incerti ſtatus, quod vnū maximè teſtamenti factionem impedit l. qui teſtamento 14. cum l. ſeq. D. qui teſtam. facer. poſſ. l. ſi quis filio 6.§.hi autem omnes De iniu. rupt. iunct. l. in bello 12. §.1. l. bona 22.§. quod filius D. de captiu. & poſtli. l.penult. D.de ſuis & legit. vbi Papinianus ſcribit patre ab hoſtibus non reuerſo filium intercà

defunctum in ciuitate videri quidem deceſſiſſe patremfamilias, ideoque & heredem habere poſſe: ſcilicet legitimum de quo titulus ille eſt, ſed tamen nõ fuiſſe in plenum quandiu vixit patria poteſtate liberatum. Quod ſi ita eſt quomodo fieri poſſit vt teſtãdi ius habeat? Quin & dubitatum olim fuit an valeret teſtamentum quod filius feciſſet patre deportato, ſi patrem poſtea Principis indulgentia in ciuitatem reſtitui contigiſſet, fuitq. opus Iuſtinian. conſtitutione in l. vlt. C. de ſenten. paſſ. & reſtit. vt valere iuberetur. Quamuis certè ita ius ſit filius deportati, nec dubitari poſſit quin ſit ſui iuris ſublato per deportationem vinculo poteſtatis, nil obſtãte quod reſtitui pater poſſit, ſpes enim illa reſtitutionis nullius effectus eſt, quia nullo iure nititur licet cum reſtitutio Principis impetrata eſt comparetur poſtliminio l. 2. C. Theodoſ. de repud. hactenus otium tum vt condemnato omnia reſtituat quæ condemnatio abſtulerat l. 2. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. tantúmque ad reſtitutionem indulgentia valeat quantũ ad correctionem ſententia valuit quomodo Iuſtin. loquitur in d. l. vlt. ante quam Conſtitutionem non cenſebatur pater ius patriæ poteſtatis recuperaſſe quantumcunque generali reſtitutione impetrata, niſi & hoc quoque ſpecialiter impetraſſet l. in inſulam 6 l. ſi pater 6. C. eo. At ſpes poſtliminij vtroque nititur, & gentium & ciuili, ideóque effectum illum habet vt iura omnia nec minus patriam poteſtatem quàm cætera ſuſpendat l. illa inſtitutio 2. §. 1. de hered. inſtit. Denique deportatus ferè in omnibus pro mortuo habetur. Captus ab hoſtibus, in nullo, niſi quia ſeruus eſt: ſerui autem pro nullis habentur æque ac ſi eſſent mortui. Igitur ſiue pater qui captus fuit redeat ab hoſtibus ſiue non, teſtamentum quod filiusfamilias medio tempore in ciuitate fecerit valere non poteſt, non tanquam factum à filiofamilias, ſed tanquam ab eo qui & de ſuo ſtatu incertus, & re vera incerti ſtatus fuerit, niſi miles aut veteranus proponatur l. Ariſto. 9. D. de iur. codicil. l. ex militari 11. §. 1. de teſtam. milit. Quod cũ ita ſit non video qua ratione Vlpiano adſcribi poſſit totus ille verſiculus, *quia nõdum inteſtatum eum eſſe apparet cum incertum ſit an teſtari poſſit*, ac nõ potius nouo interpreti iuris prorſus imperito qui nec ita ſcribere debeat, *an teſtari poſſit*, cùm tractaret de mortuo quem conſtat teſtari amplius non poſſe, ſed ita potius, *an teſtari potuerit*, idque apparet euidentiùs ex iis quæ apud Vlp. ſequuntur. Subiicit enim, *Cum igitur cœperit certi ſtatus eſſe tunc demum petenda eſt bonorum poſſeſſio, non cùm certum eſſe cœperit inteſtatũ eſſe, ſed cum eſſe certum cœperit patremfam. eſſe*. Nam ſi verſiculus ille quem tollimus Vlpiani eſſet, conueniens erat ſic cũ ex contrario ſubiicere, *cùm igitur certum eſſe cœperit inteſtatum eſſe, petenda eſt bonorum poſſeſſio*: quod tamen non niſi ridicule dici potuiſſet. Quid enim refert quod ad ius petendæ poſſeſſionis attinet an inteſtatus deceſſerit filius ſi bona nulla reliquit quorũ poſſeſſio peti poſſit? Finge reuerſum ab hoſtibus patrem: Filius licet iam mortuus incipiet certi ſtatus eſſe. Apparebit enim deceſſiſſe eum filiumfamilias propter fictionem poſtliminij quæ mortuum quoq. afficit d. l. penul. de ſuis & legit. Sed & apparebit deceſſiſſe eum inteſtatum, tametſi ponas quod tamen Vlpianus non ponit factum fuiſſe ab eo teſtamentũ, cùm teſtari non potuerit, non illa tantùm ratione quæ teſtamentum impediret ſi pater apud hoſtes deceſſiſſet quòd fuerit incerti ſtatus cùm teſtaretur, ſed illa etiam quia filiusfamilias fuit nec proinde teſtamenti factionem habuit. Sed an idcirco legitimum heredem habere poterit aut bonorum poſſeſſorem? Minime, quia nec bona vlla vnquam habuit. Non igitur in danda bonorum poſſeſſione Vnde legitimi illud inſpiciendum eſt, an qui defunctus eſt, inteſtatus deceſſerit, ſed an paterfamilias fuerit, vt hoc priorum ſciatur, an bona aliqua reliquerit de quorum poſſeſſione concedenda vel denegãda tractari oporteat. Sicut enim cùm de iure perſonæ cui legatum eſt quæritur, prius eſſe debet cui detur, deinde quæri an datum cõſiſtat, vt non ante iuris ratio quam perſona quæratur l. quædam reterum 14. de iur. codicill. ita & cum de bonorum poſſeſſione agitur prius bona eſſe oportet quæ poſſideri queant quã de poſſeſſionis iure tractatur. Et vt Philoſophi dicunt, quærendum prius eſt, an ſit, quàm, quid, quale, quantum, cuiúſue ſit.

De poſthumo Corneliano Ad l. qui vxorem 15. De iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.

Cap. IX.

Poſthumum Cornelianum appellant eum, qui in ciuitate natus ſit capto iam ab hoſtibus patre eodemque poſteà apud hoſtes defuncto, quaſi poſt patris mortem natus videatur qui eo tempore natus eſt quo pater iam mortuus fuiſſe per legem Corneliam retrofingitur. Sic enim & veteres & recentiores ſcribunt ad l. qui vxorem 15. de iniuſt. rupt. teſtã. quo loco Iauolenus propoſita quæſtione de eo qui prægnantem vxorem habens in hoſtium poteſtatẽ peruenerit, quæri, filio deinde nato, id eſt patre adhuc viuo apud hoſtes, quo tempore teſtamentum in ciuitate factum rumpatur. Item ſi filius antè moriatur quam pater, An ſcripti heredes hereditatem habere poſſint. Ad primam verò quæſtionem reſpondet his verbis: *Non puto dubium eſſe quin per legem Corneliam quæ de confirmandis eorum teſtamentis qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſent, lata eſt, nato filio continuò eius teſtamentum qui in hoſtium poteſtate ſit, rumpatur*. In quo ſanè mirum eſt quod ait rumpi teſtamentum per legem Corneliam quæ de confirmandis teſtamentis lata eſt. Nam ſi confirmat quomodo rumpit? Aut cur dicamus per legem Corneliam rũpi teſtamentum, quod perinde agnatione poſthumi rumperetur ſi pater in ciuitate deceſſiſſet? vt Iulianus ait in l. bona 22. §. vlt. de captiu. & poſtlim. Patre ſiquidem in ciuitate defuncto legi Corneliæ locus non eſſet. Quin potiùs ratio dubitandi apud Iauolenum & Iulianum illa eſſe poterat, quòd pertineret hic caſus ad legem Corneliam cuius poteſtas illa eſt vt teſtamenta confirmet, non vt rumpat. Sed decidendi ratio illa eſt quam Iulianus exprimit in d. §. vl. quod lex Cornelia non poſſit facere vt teſtamẽtum antè captiuitatem conditum magis valeat, minúſue rumpatur, quàm ſi teſtator in ciuitate manſiſſet. At ſi nunquam ab hoſtibus captus pater fuiſſet, æquè teſtamentum eius agnatione poſthumi ruptum eſſet, ſiue viuo ſiue mortuo patre natus poſthumus fuiſſet l. j. & 3. l. poſthumus 12. & paſſ. hoc ti. De iniuſt. rupt. Ergo & patre capto æquè rumpetur. Nõ tamen per legem Corneliam, ſed per agnationem poſthumi. Itaque non dubito quin locus hic mendoſus ſit, legíque debeat *poſt* non *per* in illis verbis, *per legem Corneliam*. Vt ſenſus ſit, poſt legem Corneliam rũpi teſtamentum patris captiui natiuitate poſthumi, quod antè legem Corneliam rũpi non poterat, cùm iam irritum factum eſſet per capitis diminutionem & quidem maximam l. ſi quis filio 6. §. irritum eod. Neque enim quod iam ruptum aut irritum factum eſt, magis rumpi aut irritum fieri poteſt, ſicut nec

quod

quod nullum eſt l.nam etiſ 5 verſ.poſt deſe . um eo. quia & quod ruptum . . irritum factum tu t, cum ab initio valeret perinde ex eo tempore nullum dici p teſt,ac ſi nunquam valuiſſet:ſicque Iulianus loquitur in d.§ vlt. Lex autem Cornelia, quæ confirmat captiui p ris teſtamentum hoc ipſo facit, vt rumpendum ſit, & conſequenter non vt rumpatur, ſed vt rumpi poſſit. Verùm hic illa turſus incurrit hæſitatio, qu modo fieri poſſit,vt poſt legem Corneliam,& ex eo ſolo, quòd confirmat teſtamenta captiuorum,teſtamentum hoc de quo agimus,continuò,vt Iauolenus ait,rumpatur,cùm non continuò & ſtatim atque teſtator ab hoſtibus captus eſt lex Cornelia id confirmet,ſed eo demum tempore quo captiuum apud hoſtes mortuum eſſe innotuit. l.j.l. nec in eo §.C.de poſtli.reuerſ. Alioqui ſi ſtatim confirmaret,euenire neceſſe eſſet,vt patre quoq; ab hoſtib.reuerſo non eò minùs confirmatum per leg.Corneliã teſtamentũ crederetur. Niſi diceres cõfirmatũ ſub ea cõditione,Si poſteà captiuus apud hoſtes moreretur quod tamen ridiculum eſſet, quia legis propriũ eſt pure & abſolutè imperare,& conſtituere,non cõditione vlla poteſtatem ſuam ſuſpendere. Rurſum ſi admitteres reuerſo quoq; patre confirmatum fuiſſe ex lege Cornelia teſtamentum nullus ſuper.eſſet locus fictioni poſtliminij,ſed & fictio ipſa poſtliminij infringeretur,quæ cùm faciat,vt qui ab hoſtibus redijt nunquam captus intelligatur, faciat etiam, vt nulla confirmatione indigeat teſtamentum, quod ante captiuitatem factum fuerat,ſed poſtliminij iure vires ſuas recipiat ita, vt nec cõualeſcere dici debeat,quod ſem per valuiſſe exiſtimatur d.l.ſi quis filio §.pen.hoc tit. Neque ſanè poſſit verè teſtamentum confirmatum dici antè mortem, cùm quandiu teſtator viuit incertum ſit, an aliud teſtamentum facturus aut fortaſſis factionem amiſſurus ſit. Porrò fictione legis Corneliæ poſtliminij ius infringi aut diminui abſurdum fuerit,quãdoquidem fictio poſtliminij iure gentium primum inducta longè eſt antiquior & potentior, quia & fauorabilior l. poſtliminium 29.in prin.de captiu.& poſtlim. Cùm enim duæ ſint ſpecies poſtliminij ,vt aut nos reuertamur, aut aliquid recipiamus,leg.cùm duæ 14. eod.vtraque fauet ſuperſtiti,lex autem Cornelia non niſi mortuo & hactenus duntaxat vt & hereditatem habeat & heredem. Quare nec eam legem ferri neceſſe fuit niſi vt eo caſu prouideret quo poſtliminij fictio locum habere non poterat,id eſt captiuo apud hoſtes defuncto. Denique lex Cornelia id vnum facit vt iungat tempus mortis tempori captiuitatis,ſubducto toto eo tẽpore quod in captiuitate tranſactum eſt l. penult. in fin.D.de vſucap. Atqui coniunctio illa fieri non poteſt antequàm re vera mortuus ſit is qui captus erat. Conſequens ergo eſt vt ante veram captiui mortem nulla ſit legis Corneliæ poteſtas, ac proinde vt ne antè id tempus teſtamentum quod in ciuitate factum fuerat confirmare poſſit. Quod ſi ita eſt, quæro à Iuliano quomodo fieri poſſit vt per agnationẽ poſthumi rumpatur ſtatim teſtamento, quod iam per captiuitatem irritum factum eſt,necdũ per legem Corneliam confirmatum? Reſpondent noſtri id fieri propter ſpem cõualeſcentiæ. Malè,ſiue verbũ ipſum quo vtuntur,ſiue rẽ & effectum cõſideres. Etenim,vt iam monui,conualeſcere dici non poteſt teſtamẽtũ quod ſemper valuit nec vnquã infirmatũ fuit:in eóq; quod magis miror, etiam Cuiarius lapſus eſt qui ad l.lex Cornelia 12. qui teſt. facer. poſſ. ſcripſit conualeſcere teſtamentum quod vires ſuas recipit:cõfirmari quod vires ſuas retinet. Poſterius quidem verum eſt,ſed prius ſi tam generaliter intelligatur, non item. Vires quippe ſuas recipere dicitur etiam, quod prorſus infirmatum & irritum factum fuerat, puta teſtamẽtum eius qui deportatus, dein reſtitutus eſt d.l.ſi quis filio §.pen. Quod autem poſtliminij iure valet vires quidem ſuas recipit,quia incipit certò & abſolutè valere,quod antea in ſuſpenſo erat(non ut valeret necne,ſed an proprijs viribus ſubſiſteret,an confirmatione legis Corneliæ indigeret.) At non idcirco conualeſcit,quia nec vnquam inualidum fuit,quod adeo ſemper valuit,vt non valere non potuerit,niſi ad eum modum quo cætera ciuium Romanorum teſtamenta. Si verò rem ipſam & effectum conſideres,abſurdum ſanè ſit dicere rumpi teſtamentum, quod iam ſit inualidum propter ſpem conualeſcentiæ & ob id ſolum ne poſſit vnquam conualeſcere. Omnimodo enim nec ſſe eſt,vt valeat prius quã rumpi poſſit,ſicut & rumpi aut aliter infirmari priuſquàm poſſit conualeſcere. Dicendũ igitur eſt teſtamentum hoc de quo quærimus ſi ſolã iuris rationem inſpicias non e. poſtliminij & legis Corneliæ fictionem,irritum quidem factum eſſe per maximã capitis diminuti .nem,ſed ſi vtramq; fictionẽ conſideres(quomodo nunc cõſideranda eſt,& ex vtriuſq; conſideratione inſtituẽda iuris ratio)irritũ factum non eſſe,quod aut poſtliminij iure vires ſuas recepturũ ſit aut ex lege Cornelia confirmationem acceptorum. Nam ſi irritum factum dici poſſet aut valere deſiſſet,confirmari poſteà nõ poſſet, ſed aut reficiendum eſſe aut pro refecto à nouo habendum. Et verò cùm captiuitas ea ſit quæ irritum facit,& vtraq.fictio tam poſtliminij quam legis Corneliæ omnem captiuitatis labem memoriámq; deleat, apparet fictionem inſpiciẽtibus teſtamentum nunquã non valuiſſe. Quin & ſola poſtliminij fictio ſufficere poſſet ne teſtamenti vis prorſus abrumperetur,vtq; ius habendi heredis ſicut & cætera omnia ciuitatis iura ſaltem in ſuſpenſo retineretur,& captiuo teſtatori conſeruaretur l. Illa inſt.tit.10 12.§.5.de her.inſt. Indéq; nimirum euenit, vt quo inſtanti extinguitur ſpes poſtliminij moriente apud hoſtes teſtatore, & ſuccedente fictione legis Corneliæ,cõfirmari poſſit teſtamentum eiuſdem legis poteſtate, proptereà quod teſtamenti validitas in id vſque tempus per ſuſpenſi iuris conſtitutionem in ſuſpenſo manſerit. Quæ ſi iã corruiſſet nec tam ipſa ſuſtineri potuiſſet, procul dubio deficeret legis poteſtas,nec magis captiui teſtamentum confirmare poſſet,quam facere,vt filius qui primo captiuitatis inſtãti in patris erat poteſtate, in eadem perpetuò manſiſſe poteſtate retrofingeretur,aut vt filius durante patris captiuitate mortuus ſuos illi heres fuiſſe videretur, quorum tamen neutrum facit d. l. lex Cornelia 12. qui teſta.facer.poſſ. l.3 C.de poſtlim.reuerſ. Nam quemadmodum nulla eſt poteſtas legis Corneliæ ad retrofingendum ius patriæ poteſtatis, quia nullum amplius eſt, ſed iam extinctum, quo tempore captiuus moritur, nec ad hereditatem filio deferendam, qui patre adhuc captiuo deceſſerit, quoniam tunc non ſit is in rerum natura cùm fictio locum habere incipit, vt heres fieri poſſit,ita neque confirmare poſſet teſtamentum quod eo tempore nullum eſſet, quo fictionem interuenire oporteret,quę ſola neq; hereditatẽ legitimam confirmaret,de qua ſcilicet non niſi poſt patrisfamilias mortem quæri oporteat.(vt proinde nec viuo captiuo poſſit ius habẽdi legitimi heredis extinctũ videri)quęq; licèt tunc nulla ſit cò captiuus morit,facilè tamẽ & abſq; impedimento vllo inducitur coniuncto mortis inſtanti cũ inſtanti captiui-

Digitized by Google

tatis, quoniam ab ipſo mortis inſtanti fictio incipit, atque ita priuſquam hereditas conſtituenda ſit, quæ non niſi iam mortuo patrefamilias vlla eſſe vnquã poteſt l.j. de hered. vel act. vendit. l. qui ſuperſtitis 94. de acquir. hered. Teſtamentariæ hereditatis, vt dixi, alia ratio eſt, non quòd antè teſtatoris mortem poſſit eſſe hereditas, ſed quia vt teſtatore mortuo non tantum hereditas ſit, ſed etiam teſtamentaria, neceſſe eſt ante teſtatoris mortem factum eſſe teſtamentum, idque tale eſſe cùm teſtator moritur, vt non minùs quàm ipſa hereditas per legem Corneliam confirmari poſſit. Facto enim teſtamento prius eſt, vt teſtamentum lex confirmet, quàm hereditatem teſtamentariam. Atqui tale non eſſet, ſi eſſet irritum, cuiuſmodi tamen neceſſariò eſſet, ſi non poſtliminij fictione validitas eius ſuſpenderetur. Rurſus ſi legis Corneliæ fictio non eſſet ſola poſtliminij poteſtas non ſufficeret, ad impediendum ne ab ipſo captiuitatis inſtanti irritum factum teſtamentũ diceretur cùm ex euentu appareret poſtliminij ſpem inanem fuiſſe l. pen. de ſuis & legit. d. l. in bello 12. §. 1. d. l. bona 22. §. quod filius de captiu. & poſtlimin. atque ita inteſtato patrefamiliàs decedente locus non eſſet quæſtioni, an medio tempore natus in ciuitate filius teſtamentum iam irritum rupiſſet. At vtraque fictione coniuncta, rectiſſimè dicitur teſtamentum rumpi agnatione poſthumi, quia verum eſt, necdum omnino irritum factum eſſe, nec vnquam ex ſola captiuitate prorſus irritũ fieri poſſe. Quidni ergo rumpatur? & quidem ſtatim & eo ipſo inſtanti quo poſthumus naſcitur? Et rogo ſi tum non rumperetur, quónam alio tempore rumpi poſſet? ſiquidem qui non rumpit cùm naſcitur fieri nõ poteſt, vt is vnquã agnaſcendo rumpat. Neq; tamen id ita accipi velim, quaſi abſurdũ eſſe putem non rumpi teſtamentum poſthumi præteriti agnatione. Nam ſi poneres præteritum à patre qui poſteà eſſet deportatus, & natũ poſt patris deportationẽ, defenderem audacter nõ rũpi agnatione poſthumi teſtamentum, quod iam per mediam illam capitis diminutionem irritum factũ eſſet: quia non ſicut ſpes poſtliminij, ita reſtitutionis, quæ à Principe obtineri poteſt, ſuſpendit vires teſtamenti quominùs ſtatim irritum factum dici debeat. Planè conualeſcẽte poſteà teſtamento per reſtitutionem non negarem tũ demùm rumpi teſtamentum, non quòd melioris conditionis eſſe non debeat pater qui poſt teſtamentum deportatus eſt, quàm qui ciuitatem retinuit (quid enim commune habet delictum cum viribus teſtamenti? vt contrà Papinianum Vlpianus diſputat in quæſtione l. Papinianus 20. de minor.) ſed quia ſicut reſtitutio reddit patri non ſolùm liberos, ſed etiam ius patriæ poteſtatis ex Iuſtiniani conſtitutione in d. l. vl. C. de ſenten. paſſ. ita facit, vt patri nouus ſuus heres eo demùm tempore agnaſci videatur: quæ iam olim dubitandi ratio erat ad l. ſi pater 9. & ſeq. D. hoc tit. de iniuſt. rupt. Illud igitur contendo, in ſpecie illa quam Iauolenus tractat rũpi teſtamentum agnatione poſthumi, & quidem ſtatim, quia nunquam fuit prorſus irritum, aut pro irrito habitũ, nempè quòd in ſuſpenſo manſerit propter ſpem poſtliminij in id vſque tempus quo ceſſante & finita poſtliminij ſpe, ac ſuccedente legis Corneliæ poteſtate per eam legem confirmari potuerit, eámq; eſſe Iauoleni ſententiam, & eius ſententiæ rationem. Nam quod ait, *poſt legem Corneliam*, oſtendit ſi lex Cornelia non eſſet aliud eum reſponſurum fuiſſe, ſcilicet non rumpi agnatione poſthumi teſtamentum, quod iam eſſet irritum nihil obſtãte poſtliminij fictione, quæ eo caſu de quo agimus, hoc eſt patre apud hoſtes mortuo, nullas prorſus vires haberet. Quod ait, *rumpi continuò nato filio*, oſtendit, ſi teſtamentum eo tempore quo poſthumus naſcitur iam prorſus irritum eſſet, futurum, vt rumperetur quidem agnatione ſui heredis, ſed non ſtatim, tum igitur cùm conualeſceret. Sed & quod ait, *poſt legem Corneliam*, ſi benè ponderetur, oſtendit verum eſſe, quod in ſuperioribus diximus, poſtliminij fictionem antiquiorem eſſe lege Cornelia, & turpiter errare eos qui putant fictionem poſtliminij inductam primo capite legis Corneliæ. Perinde namque eſt ac ſi diceret, antequam lata eſſet lex Cornelia, quæ teſtamentum hoc in eum caſum, qui euenit confirmare poſſet, non potuiſſe ſolam poſtliminij fictionem efficere, ne per captiuitatem irritum illud fieret, vt agnatione poſthumi rumpi poſſet: at nunc poſt legem Corneliam non quidem ſolam, ſed accedentem iuri poſtliminij & ſupplentem quod illi deerat, dubitandum non eſſe quin teſtamentum & rumpi poſſit, & ſtatim rumpatur nato filio: ita fiet, vt ruptum agnatione poſthumi in neutrum caſum poſteà valere poſſit ſiue pater ab hoſtibus reuertetur, ſiue non, cùm tamen ſi poſthumus natus non eſſet omnimodo & in vtrumque euentum valiturum erat ſiue reuerſo patre propter poſtliminij fictionem, ſiue non reuerſo eo propter legis Corneliæ autoritatem.

An Cornelianus poſthumus Velleanus dici poſſit.

Caput X.

Altera & præcipua ad Iauolenum dubitatio eſt, an poſthumus hic quem Cornelianum appellamus, Velleanus dici poſſit, & Velleani iure cenſeri. Quæſtio in eo eſt, An viuo patre, an poſt ipſius mortem natus videatur: ſiquidem Velleanum poſthumum intelligimus, qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcitur l. Gallus 29. §. nunc de lege Vellea de lib. & poſth. Non eſt ex interpretib. aut veteribus aut neotericis qui non pro certo & confeſſo habeat, Velleanum dici non poſſe, quia licèt patre apud hoſtes viuo & natus reuera & mortuus ſit, retrofingatur tamen pater antè eius natiuitatẽ mortuus, quippe qui perinde habeatur, ac ſi eo ipſo inſtanti quo captus eſt in ciuitate deceſſiſſet. Ego verò quanquã non inficior, eum qui patre iam capto natus eſt, ſi in ciuitate aut apud hoſtes poſt patrem moriatur, haberi pro nato poſt mortem patris ex fictione legis Corneliæ, ideóq; nec Velleanum dici poſſe, hunc tamen de quo Iauolenus tractat, id eſt qui antè patrẽ licèt in ciuitate deceſſerit, alio iure cenſeri contendo, Velleanúmq; omnimodo dici debere. Mouet me, quod iam ſæpius repetere fuit neceſſe, quòd fictio leg. Corneliæ ſicuti ad ea iura nõ pertinet, quæ quo tẽpore pater apud hoſtes moritur iam extincta per captiuitatem reperiuntur, ita nec ad eas perſonas, quæ eo tempore mortis patris ampliùs in rerũ natura non ſunt. Vtrumque eadem ratione, quoniã cùm fictio Corneliana ab eo demùm inſtanti mortis incipiat, vt id ipſum iungat inſtanti captiuitatis, l. penult. in fin. D. de vſucap. fieri nullomodo poteſt, vt effectum vllum parere poſſit, quòd ad eas res & perſonas attinet, quæ iam tum eſſe deſierint, ſicut nec ad eas pertineret, quæ iam tum eſſe deſiiſſent cùm pater capiebatur. Coniunctis enim duobus illis temporibus mortis & captiuitatis euenire neceſſe eſt, vt ea omnia, quæ eſſe deſierunt, eo inſtanti, quo captiuus veram & naturalem mortem obiit, nec eo quoque inſtanti fuiſſe videantur, quo cœpit captiuitas

ptiuitas acſi vnum idéuque inſtans eſſet mortis & captiuitatis. Nec ſimiliter à contrario poſſis dicere. Omnia igitur quæ reuera in rerū natura erāt primo captiuitatis tempore, licet durante captiuitate aut propter captiuitatem perierint, perinde tamen ſupereſſe adhuc & ſubſiſtere videri quo inſtanti captiuus moritur. Nā diſſimilitudinis ratio eſt quòd fictio incipit à morte non à captiuitate, cùm nec ob id fictio locum habeat quòd paterfamilias ab hoſtibus captus ſit, ſed quòd apud hoſtes deceſſerit. Eáque prima ac præcipua differentia eſt inter fictionem poſtliminij & legis Corneliæ, quòd fictio poſtliminij licèt non niſi reuerſo captiuo ius tribuat, ab eo tamen tempore quo ſpes eſt poſſe captum reuerti, hoc eſt à primo ipſo inſtanti captiuitatis incipit vires ſuas exercere & omnia tenere in ſuſpenſo quādiu ſpes illa durat, id eſt, quandiu captiuus viuit in id vſque tempus quo mori incipiat eiúſque morte ſpes illa cum fictione intercidat. Alioqui præpoſtera eſſent omnia ſi poſtliminij fictio inciperet à die reditus, & tamen ante reditum & à die captiuitatis omnia propter poſtliminij fictionem in ſuſpenſo retinerentur. Reditus captiui in ciuitatem nō principium eſt fictionis poſtliminij, ſed implementum, vt ita dicam, condicionis ſub qua datum erat captiuo ius retinendi omnia libertatis & ciuitatis priuilegia hactenus ſcilicet ne ea prorſus amiſiſſe videretur. At fictio legis Corneliæ ibi incipit vbi fictio poſtliminij deſiuit, id eſt eo inſtanti quo moritur is qui apud hoſtes erat. Fictio poſtliminij extandit in futurum & protrahit iura libertatis & ciuitatis in fauorem captiui acſi adhuc in ciuitate eſſet in eum vſque diem quo fieri amplius nequeat vt reuertatur. Fictio legis Corneliæ contrà retrotrahit omnia à tempore mortis ad tempus captiuitatis, & vt retrotrahat retrofingit in præteritum, ſed in futurum nihil fingit nec in præſens vt videatur nunc viuere qui iam mortuus eſt. Et ſanè abſurda & incommoda innumera ſequerentur ſi fictionem legis Corneliæ æſtimaremus ex eo perſonarum & rerum ſtatu qui fit tunc cùm capitur ab hoſtibus paterfamilias, non cùm moritur. Ita enim fieret vt heres inſtitutus ab eo cuius teſtamentum confirmaretur, heres teſtatoris fuiſſe diceretur ſiue extraneus eſſet ſiue filius ſiue ſeruus, tametſi durante captiuitate deceſſiſſet. Atque ita fieret heres ipſo iure nō ſolùm homo mortuus, quod per ſe abſurdiſſimum eſt l. quidam referunt 14. de iur. codicil. ſed etiam talis mortuus qui viuens nec ſi voluiſſet acquirere tamen ſibi hereditatem viui hominis potuiſſet. Nullo autem facto teſtamento ſequeretur agnatum qui tum proximus fuiſſet cùm paterfamilias capiebatur, non eò minùs futurum illi heredem ab inteſtato quòd eo adhuc apud hoſtes viuo deceſſiſſet, aut ſaltē ſi quòd ante aditam hereditatem deceſſiſſet heres eſſe non poſſet, obſtaturum illum ſequentis gradus agnato perinde ac ſi reuera patrifamilias ſuperuixiſſet, cùm in agnatis iure ciuili vetere non ſit ſucceſſio §. placebat Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. atque ita fore bona vacantia, quod ante id tempus teſtamentū quod in ciuitate factum fuerat confirmare poſſe tamen vtrumque negat lex: Nec nos præterit C. de poſtlim. quæ excluſo etiam filio qui captiuitatis tempore ſuperſtes ante matrem deceſſiſſet, quique intereà quaſi ſibi delatam matris hereditatem adierat, déque eo cum agnatis matris tranſegerat, vocat ad matris poſteà defunctæ ſucceſſionem agnatos illos, qui eo demùm tempore quo mortuam eſſe apparuit proximiores reperiantur. Sequeretur etiam filium qui in patris poteſtate fuiſſet quo tempore pater capiebatur eo ſaltē caſu quo patri ſuperuixiſſet retrofingendū manſiſſe ſemper in poteſtate, atq. ita ſuū heredem fieri patri, quod tamen differre negat Iulianus in d. l. lex Cornelia 12. qui teſt. fac. poſſ. Et vero ſi ita ius eſſet vt ſuperſtes dici deberet ſuus heres patris, cōſequens eſſet nō eo minùs debere eū retrofingi ſuum heredē fuiſſe quod viuo reuera patre deceſſiſſet, cū in ſuis heredib. nec aditio nec immixtio vlla neceſſaria ſit ad acquirendā hereditatē, ſicq. eueniret neceſſario vt lex Cornelia heredē faceret mortuum, quiq. ſequentib. in gradu ſiue liberis, ſiue agnatis captiuo ſuperſtitibus obſtaret ne heredes eſſe poſſent, quia nec in ſuis erat ſucceſſio delata ſemel ſuo heredi hereditate l. 1. §. ſciendū. de ſuis & leg. Ac proinde vt quæ lex nihil aliud agit niſi vt heredē inducat, eadē ipſa impediret ne heres quiſquā aut ex teſtamēto aut ab inteſtato eſſe poſſet. Cōſequēs etiam eſſet nō eo minùs cōfirmari per legē Cor. pupillares tab. quod fili⁹ impubes prior in ciuitate quā pater apud hoſtes deceſſiſſet, quod tamē Papin. negat in l. quòd ſi filius 11. in princ. de capt. & poſtli. Eadē in perſona ſerui tractari poſſunt qui à domino heres inſtitutus ſi aut in domini poteſtate ſemper manſiſſe aut ei neceſſarius heres fuiſſe retrofingeretur qualis futurus erat, domino antè captiuitatem moriente, legitimis heredibus obſtaret, quamuis ipſe ante dominū mortuus heres illi eſſe nō poſſet. Ideóque Iulianus in d. l. lex Cornelia negat apertiſſimè retrofingēdum eum fuiſſe in domini morientis poteſtate, adeo vt nec cum domino ſuperſtes fuit admittat dici eum debere neceſſarium propriè, licèt non minùs eum vel inuitū obliget hereditati quàm ſi eſſet neceſſarius. Nec eſt quod cum interpret. cauilleris Iulianū cùm negat filium aut ſeruum captiui apud hoſtes mortui fuiſſe in morientis poteſtate ſuúmque illi heredem aut oeceſſarium, reſpicere ad rei veritatem non ad legis Corn. fictionem. Nam imo vero cùm ita ſcribit, tractat de fictione & poteſtate legis, quā & tantam eſſe vult vt oon ſolùm inducat & conſtituat heredem homini captiuo qui reuera nec hereditatem habere potuit, ſed etiam talem heredem, qui vel inuitus heres ſit, ſi mortuo patre vel domino inuitus ei heres futurus erat, hæc ſola differeotia quod nec ſuum nec neceſſarium heredem facit, qui aut ſuus, aut neceſſarius fuiſſet patre vel domino in ciuitate defuncto. Hoc ipſum autem ideo quia nec retrofingit filium aut ſeruum fuiſſe in morientis poteſtate, propterea quòd & patria & dominica poteſtas iam extincta reperitur quo tempore captiuus moritur, à quo demùm tempore, vt dixi, fictio incipit, ſolúmque ſupereſt ius habendi heredis quod ſicut viuo non competit (neque enim viuus heredem hahere poteſt) ita nec viuo captiuo amiſſum videri debet, vt proinde legis Corneliæ fictione quæ ab eo tempore incipit quo de herede tractandum ſit, id induci nihil prohibeat: quamuis verum ſit dicere captiuum citra leg. Cornel. nō fuiſſe habiturum heredem, non quia viuus amiſiſſet ius habendi heredis, ſed quia mortuo eo nō potuiſſet propter captiuitatem vlla ipſius hereditas conſtitui aut intelligi quā tamē eo demū tempore conſtitui, & vt ita dicā, creari ſuúmque eſse tū primùm accipere oportebat. Quod ſi viuo captiuo ius habēdi heredis exemplo cæterorū de quib. diximus amitteretur, proculdubio nec potuiſset lex Cornelia fictione vlla inducere captiuo heredē, vt nec hereditatē, quoniā nec niſi à tēpore mortis facere id potuiſſet, nec rurſū ab eo tēpore fictionē ſuā accōmodare

ad ius hoc quod iam tum ſublatum & extinctum eſſet. Propter quam cauſam dicebamus ſuperiore cap. non potuiſſe per eam legem fieri, vt teſtamentariæ hereditates confirmarentur niſi postliminij fictio teſtamenti, quod alioqui per captiuitatem irritum factum eſſet, vires & robur in ſuſpenſo retineret ac ſuſtineret in id vſq; tempus quo ceſſante poſtliminij fictione legis Corneliæ poteſtas poſſit ſuccedere, nempe quia hereditas teſtamentaria nulla eſſe poteſt eius qui teſtamenti factionem amiſerit, quæ porrò non à mortuo, ſed à viuo teſtatore amittitur. Denique cùm lex Cornelia, vt ſæpiùs dictum eſt, iungat tempus mortis tempori captiuitatis, ob idque neceſſe ſit ea omnia, quæ medio tempore mutationem aliquam habuerunt ſiue propter captiuitatem, ſiue durante captiuitate mutatio contigerit, alterutro modo æſtimari aut qualia erant, cùm paterfamilias capiebatur, aut qualia reperiuntur cùm is moritur, (medij námq. temporis, quod per legem prorſus tollitur ratio nulla haberi poteſt) apparet eo modo æſtimanda eſſe quo æſtimari poſſunt quo tempore lex Cornelia locum habet, id eſt captiuo mortuo, vt nec eius inſtantis quo paterfamilias captus eſt, ratio vlla habeatur niſi hactenus, vt ad id mortis quoque inſtans retrotrahatur. Ergo, vt ad rẽ noſtram redeamus, Quando poſthumus hic de quo Iauolenus non tractat, ſolùm viuo apud hoſtes patre natus ſit, ſed etiam eodem adhuc ſuperſtite præmortuus, fieri non poteſt, vt lex Cornelia quæ mortuum eum reperit quo tempore fingere incipit defunctum in ciuitate patrem, fingat eum patri ſuperſtitem, alioqui eadem fictione faceret eum heredẽ ab inteſtato licèt mortuum, quod eſſet ridiculum, vt diximus. Nec poſſis inculcare potuiſſe filiũ poſthumum retrofingi heredem quia ſuus heres fuerit. Nam præter id, quod dixi & veriſſimum eſt ius ſuitatis extinctum per captiuitatem nunquam per legem Corneliam reſtitui d. l. lex Cornelia, non poteſt etiam ius ſuitatis efficere, vt filius ſucceſſionis iure heres ſit viuentis patris nec facere heredem filium eo caſu quo extraneus per aditionẽ heres fieri non poſſet, arg. l. cum bonis 87. de acquir. here. Atqui extraneus non poſſet adeundo captiui hominis adhuc viuentis hereditatem ſibi acquirere, imò nec filius matris ſuæ ſucceſſionem nec ſi cæteri matris agnati conſentiant dict. l. nec nos 4. C. de poſtlim. reuerſ. Ergo neq. huic poſthumo antè patrem mortuo prodeſſe poterit, quòd eum falsò retrofingas ſuum heredem patri extitiſſe & in ipſius poteſtate ſemper manſiſſe, vt inferas acquiſitam illi hereditatem parentis viui qui poſt eum deceſſerit. Et tamen ſi heres non fuit, non eò minùs obſtabit agnatis proximis, quoniam, vt dixi, nec in ſuis nec in agnatis eſt ſucceſſio, atque ita vacans fiet hereditas, quod tamen per legem Corneliam fieri non poteſt. Facit enim illa heredem & hereditatem, vt vocet heredes ſcriptos aut legitimos, non bona vacantia, vt inuitet fiſcum: quamuis ſi ex lege Curnelia nemo heres extiterit, id eſt ſi ſuus heres aut agnatus proximus cui lex Cornelia detulit hereditatem heres eſſe noluerit aut qua alia ratione impeditus hereditatem ſibi non quæſierit, perinde fiant bona vacantia ac ſi hereditatem lex 12. tabul. detuliſſet: quomodo intelligi Iulianus debet in d. l. bona 22. §. 1. de captiu. & poſtlim. in illis verbis: *Quòd ſi nemo ex lege Cornelia heres extiterit bona publica fient.* Ac ſanè Iauolenus in fine huius legis cùm ita ſcribit, *ſequitur ergo, vt ex eo teſtamento hereditas ad neminẽ perueniat:* non obſcurè ſignificat pertinere eã non ad poſthumum (qui ſi rupto per natiuitatẽ ſuam teſtamento ab inteſtato patri ſucceſſiſſet iure ſui heredis, fruſtrà Iauolenus ſecundam illam quæſtionem propoſuiſſet, *& ſi filius antè moriatur quàm pater, an ſcripti heredes hereditatem habituri ſint.* Filio enim rumpente & ab inteſtato ſuccedente, quænam obſecro pro ſcriptis heredibus dubitandi ratio afferri poterat?) ſed ad legitimos captiui heredes. Hoc igitur probato & cõſtituto fictioni legis Corneliæ in propoſito caſu locum eſſe non poſſe, quòd ad filij perſonam attinet, vt pater ante ipſum mortuus retrofingatur, omnino conſequens fit, quod volumus poſthumus hic Velleanus dici debeat, & viuo teſtatore & natus & mortuus, vt re vera eſt ita eſſe intelligatur: neque tamen eò minus rumpat, quoniam Velleanus quoque poſthumus rumpit, niſi vel inſtitutus ſit, vel exheredatus l. 3. §. 1. hoc ti. Idque Iauolenus apertiſſimè ſentit, cùm poſtquàm quæſiit quo tempore teſtamentum hoc rumpatur, id eſt, an viuo patre cùm eo viuo poſthumus reuera naſcatur, an eo mortuo quòd non niſi mortuo demùm patre teſtamentũ confirmetur per legem Corneliam: prius autem eſſe videatur, vt confirmetur quàm vt rumpi poſſit, & vt rumpi poſſit quàm vt rũpatur, Reſpõdet nato filio continuò rumpi. Id enim alium ſenſum admittere non poteſt, quàm vt viuo adhuc patre rũpatur. Alioqui non continuò rumperet, qui nõ niſi mortuo patre rumperet. Sed nec tunc rumpere poſſet, qui iam tum & antè patrem mortuus eſſet. Quoties enim poſthumus poſt patris mortem rumpit, rumpendo ſibi locum facit & ab inteſtato ſuccedit l. nam etſi 5. verſ. rumpendo de iniuſt. rupt. ab inteſtato autem ſuccedere non poteſt, qui iam reuera mortuus eſt, vt ſuprà diximus. Sed & quod Iauolenus ait teſtamentum hoc continuò rumpi notandũ eſt contrà Iacobum Cuiacium, qui ad l. 7. de liber. & poſthum. ſcribit teſtamentum, quod poſthumi agnatione viuo patre rumpitur, non niſi poſt patris mortem effectu ipſo rumpi videri. Hoc enim, de quo agimus, & viuo teſtatore & continuò rumpitur ne ſi mortis patris tempus expectandum eſſet, nunquam rumperetur præmortuo intereà poſthumo. Sed hic rurſum dicat aliquis, fieri non poſſe, vt hic Velleanus ſit poſthumus, ſi verum eſt quod dixim⁹, nec ſuum heredem eum nec in patris ſui poteſtate fuiſſe intelligi: nam Velleanus ille eſt qui & ſuus, & in parentis poteſtate naſcitur. l. Gallus 29. §. nunc de lege. cum ſeq. de lib. & poſthum. Quòd ſi Velleanus non ſit, id eſt, nec ſuus nec in poteſtate cùm naſcitur, quo iure poteſt rumpere tanquam præteritus, ſiue viuo, ſiue mortuo patre natum eum intelligas? Reſpondeo hoc vno differre poſthumum Cornelianum de quo agimus qui viuo patre & natus & mortuus ſit à Velleano, quòd neque ſuus heres neq; in patris poteſtate aut naſcitur aut natus ex lege Cornelia retrofingitur: nec tamen eò minùs rumpere, quia verum eſt ſuum eſſe poſthumum cùm ſit eo tempore natus retrofingitur eo tempore, vetuſtiſſima ſcilicet illa fictione quam & Caius in Inſti. lib. 1. tit. 4. §. vlt. regulam iuris appellat, quæ facit, vt qui legitimè concipiuntur ex tempore conceptionis ſtatum ſumãt. Suum enim poſthumum dicimus, non eum qui naſcatur in patris poteſtate (nam & qui mortuo iam patre naſcitur licèt primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi non tamen naſcitur in poteſtate, cùm patria poteſtas morte finiatur) neque eum qui cùm naſcitur heres eſſe poſſit (Velleanus ſiquidẽ ſuus eſt nec tamen quo inſtanti naſcitur, ſuccedit, qui viuũ adhuc patrẽ habeat) ſed qui eo

tempore

tempote quo concipitur ſuus heres naſceretur:& in patris tum morientis poteſtate eſſet, adeóque primum in familia, & cauſa hereditatis gradum obtineret. Itaque ſuum poſthumum appellamus etiam eum, qui natus eſt ex emancipato, ſi modo ante emancipationem conceptus ſit l.j.§.ſi patet in poteſtate in fin.de coniung.cum emancip.liber.eius. Et ex contrario alienum,qui ex emancipato conceptus eſt,licet fieri poſſit,vt in aui poteſtate ſit cùm naſcetur §.poſthumo alieno Inſt.de legat.Et vt Vlpianus ſcribit in fragmentis ti.22.qui hered.inſt.poſſ.§.eos qui in vtero ſunt,& in §.poſthumi 15.poſthumos ſuos eſſe dicendum eſt,qui in vtero ſunt ſi tales ſint vt nati in poteſtate noſtra futuri ſint, id eſt qui ſi cum naſcerentur in poteſtate noſtra futuri eſſent,vt non natiuitatis,ſed ſolius conceptionis tempus ſpectemus. Alioqui nunquam poſthumus ſuus diceretur,qui in vtero eſſet,at is demùm qui iam natus eſſet,quique natiuitatis tempore in poteſtate reperiretur. Quod tamen abſurdum eſſet, & contra ſupradictam iuris regulam,quæ eos qui in vtero ſunt pro iam natis haberi vult.l.qui in vtero 7.l. penul. D.de ſtat.homin. Hic ergo poſthumus Cornelianus licèt non naſcatur in patris poteſtate, quæ per captiuitatem,ſecuta apud hoſtes morte,non minùs quàm per mortem finita eſt, nec eo tempore quo heres eſſe poſſit,quia neq; viui neq.captiui hominis hereditas vlla eſt,ſuus tamen fuit cũ conceptus eſt,ac proinde talis cõi prẹterito quęſitũ ſit ab eo inſtanti ius rumpendi paterni teſtamenti quandocunque naſceretur : non attento eo, an cùm naſcetur ſuus ſit & in parentis poteſtate,necne. In eo enim qui iam pro nato habeatur ex quo conceptus eſt cur ſecundæ natiuitatis tempus ſpectemus quaſi iterum naſci poſſit ? Planè requirimus vt naſcatur,non quòd veræ natiuitatis tempus ſpectari oporteat,ſed vt ex poſtfacto & rei euentu appareat eſſe hominem qui pro nato iam inde à conceptionis tempore haberi debuerit. Alioqui cur pro priùs nato haberemus eum, qui nunquam natus eſſet? Deficiente ſcilicet extremo *à quo*,ſine quo ad extremum *ad quod* perueniri non poſſit. Quamuis autem teſtamenti tempore cõceptus non fuerit,quandocunque tamen poſt teſtamentum conceptus perinde adquirit ſibi ius rumpendi teſtamenti,atq; ſi conceptus fuiſſet quo tempore pater teſtabatur. Non quòd retrotrahatur dies conceptionis in diem teſtamenti, ſed quòd qui teſtatus eſt, quandiu viuit nec mutat teſtamentum, videatur per ſingulos dies teſtamentum confirmare & hoc ipſo iniuria afficere partum ex poſtfacto conceptum,cuius rationem nullam teſtamento habuerit ; quem tamen ex ſe in poſterum poſſe concipi præuidere debuerat, eúmque vel inſtituere vel exheredare, vt ſe à rumpendi teſtamenti metu & periculo liberaret. Conſequens igitur eſt,vt tãquam poſthumus ſuus & prẹteritus rumpat quandocunque naſcetur ſiue viuo patre ſiue mortuo,ſiue in ciuitate,ſiue apud hoſtes exiſtente.

Conciliatio l. qui vxorem 15. de iniuſt.rupt.& irrit. fact.teſtam.cum l.poſthumus 12.eod.

CAPVT XI.

QVoniam proximè diximus poſthumum hunc Cornelianũ de quo Iauolenus tractat in l.qui vxorem 15.de iniuſt.rupt.teſt. Velleanum dici poſſe ex ea parte, qua viuo patre natus eſt nec per legem Corneliam poſt patrem natus fingitur,inferre quis fortaſſe non improbabiliter poſſit : Eo igitur ante patrem mortuo hactenus conualeſcere teſtamentum debere,vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas heredibus ſcriptis detur atque ita ad eos non ad agnatos proximos hereditas perueniat. Sic enim contrà nimiam iuris ſcrupuloſitatem ab Hadriano ex æquitate conſtitutum eſſe Vlpianus refert in l. poſthumus 12. h. tit. de qua & nos ſupra ſcripſimus. Nec ſanè noſtri dubitant quin idipſum in hac ſpecie reſpondendum eſſet ſi poſthumus Vellanus dici poſſet. Nihil enim aliud habent quod ad illam Hadriani conſtitutionem reſpondeant ,niſi quòd poſthumus hic quanquam re vera viuo patre natus,poſt ipſius tamen obitum natus fingitur ex lege Cornelia. In quo poſthumorum genere qui verè & propriè ſunt poſthumi l.3.§.j.eod. hoc eſt qui poſt parentum mortem naſcuntur,receptum eſt,vt non ſolùm agnaſcendo rumpant, ſed & ita rumpant ne vllomodo conualeſcere teſtamentum poſſit licèt proximo poſt natiuitatem inſtanti moriantur. l. 2. & 3.C.de poſthum.hered.inſtit. Cum ergo probauerimus Velleano potiùs quàm vero poſthumo cõparandum , niſi quòd nec ſuus nec in parentis poteſtate naſcitur,an ideò admittemus meliorem ſcripti heredis cõditionem eſſe debere, vt agnato proximo præferatur? Id verò diſertè Iauolenus negat, qui ad ſecundam quæſtionem illam quam iis verbis propoſuerat, *Et ſi filius antè quã pater moriatur, an ſcripti heredes hereditatem habituri ſint* , ſic reſpondet in fine legis,*ſequitur ergo vt ex eo teſtamento hereditas ad neminem perueniat.* Inferens nimirum ex eo , quod dixerat agnatione poſthumi rumpi teſtamentum:potiorem igitur legitimorum quã ſcriptorum heredum cauſam eſſe debere : An ergo Iauolenus cum Vlpiano pugnat? Minimè:quia conſtitutio illa Hadriani de qua Vlpianus in d. l. poſthumus,nouum ius continet,vt ad eum locũ ſcripſimus,neq.antè Hadrianum ita reſpondere aut cõſtituere quiſquam ex prudentibus potuiſſet. Nõ quòd æquitas,ſed autoritas deeſſet ad inducendum,vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas heredi ſcripto data ex teſtamento rupto,eſſet cum re,heredíſq. legitimi ius lege duodecim tabularum conſtitutum, & confirmatum infringeretur : at Iauolenus floruit antè Hadrianum, nec ad eius tempora peruenit , vt conſtitutionem Hadriani ſcire & ex ea reſpondere potuerit. Illud longè magis mirari quis poſſit, Iulianum qui Hadriani temporibus vixit eóq.imperante perpetuum edictum compoſuit, & ex cuius conſilio ac auctoritate credibile ſit Iulianum pleraque noua iura conſtituiſſe,Iulianum inquam, in l. bona. 22. §.vlt.de cap.& poſtl.vbi eandem quã hîc Iauolenus ſpeciem tractat, ſic ſcribere , quaſi nihil referre exiſtimet,an in ciuitate,an apud hoſtes mortuus ſit pater,quo viuo in ciuitate poſthum. natus ſit & deceſſerit. Sic enim ait, *Si quis cùm prægnãtem vxorem haberet in hoſtium poteſtatem peruenerit,nato deinde filio & mortuo ibi deceſſerit , eius teſtamentum nullum eſt,quia & eorum qui in ciuitate manſerunt , hoc caſu teſtamenta rumpuntur.* Senſus eſt,nõ confirmari hoc caſu teſtamentum captiui per legem Corneliam, quia nec confirmaretur per legem duodecim tabularum , ſi teſtator in ciuitate deceſſiſſet, ne alioqui melior ſit conditio captiui , quàm ciuis Romani contrà mentem legis Corneliæ , quæ parem vtriuſque cauſam & conditionem facere voluit , non captiui meliorem. Quod verò ait, *teſtamentum eius nullum eſt* , non eo ſenſu dictum videri debet, quaſi teſtamentum nullum ſit, in quo præteritus eſt poſthumus. Si enim nullum eſſet , nec rumpi poſſet , l. nam etſi 5.verſic.poſt defectum. de iniuſt. rupt. Sed

quia teſtamentũ,quod ab initiò valuit,poſteaquàm poſthumi agnatione ruptum fuit, nullum eſt, quia ſuptum,quod antequam rumperetur valebat,vt rũpi poſſet. Cæterùm quemadmodum nulla apud Iulianum mentio fit conſtitutionis Hadriani, ita credibile eſt ſic eum ſenſiſſe cum Iauoleno, vt ex teſtamento quod ruptũ fuit hereditas ad neminem peruenire poſſit, & conſequenter vt legitimis heredib. deferatur quorum interuentu etiam fiat ne bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas cum re accipere ſcripti heredes poſſint. Aliter námque interpretantibus fiet,vt de iuris tantùm ſcrupuloſitate, non item de rei effectu Iauolenus & Iulianus reſpondiſſe videantur. Cùm nihil interſit heredis ſcripti an hereditatem iure ciuili & tanquam heres naneiſcatur, an iure bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, quæ cum re fit, vel inuitis legitimis heredibus defuncti bona retineat. An ergo Iulianum quoque dicemus ignoraſſe Hadriani conſtitutionem?ſed id non eſt probabile,quamuis neſciri poſſit,vtrum antè vel poſt conſtitutionem illam, Iulianus ſexageſimum ſecundum Digeſtorum librũ ſcripſerit,ea quo locus ille ſumptus eſt. Itaque veriſimilius fuerit dicere,etiam hodie incorrectum manere Iauoleni reſponſum,nec ad hunc Cornelianum poſthumum de quo agimus Hadriani conſtitutionem pertinere:ratione illa,quòd poſthumus hic præteritus nõ ſolùm agnaſcendo rumpat,ſed etiam rumpendo faciat, vt teſtamentum, quod alioqui captiuitas prorſus irritum factura erat,ſi non legis Corneliæ poteſtas idipſum fuiſſet aliquando confirmatura,hoc ipſo irritum omnino fiat factúmque intelligatur, quod per legem Corneliam confirmari poſſe deſinit ea quo ruptum eſt. Non enim lex Cornelia confirmat rupta teſtamenta, ſed ea tantum,quæ captiuitas irrita faceret ſi non confirmarentur. Proinde rumpi teſtamentum neceſſe eſt ad hoc ne per legem Corneliã confirmari ampliùs poſſit, quæ quoniam quamdiu confirmare poteſt,efficit, coniuncta cum poſtliminij fictione,vt ne prorſus irritum per captiuitatem factum eſſe videatur,efficit quoque vt tandiu agnatione rumpi poſſit: quia quamdiu ruptum non eſt, in eo eſt, vt nil obſtante captiuitate confirmari per legem Corneliam poſſit, quandocunque mortuo apud hoſtes teſtatore. Porrò quemadmodũ lex Cornelia non confirmaret teſtamenta rupta, quæ nec lex duodecim tabularum confirmaret ſi captiuitas nulla interueniſſet, ita neque Hadriani conſtitutio pertinere poteſt ad ea, quæ non ſolùm agnatione rupta ſunt,ſed &per captiuitatem facta irrita,in quibus tametſi vitium rupti tollas eo prætextu æquitatis; quòd mortuo antè patrem poſtbumo qui ruperat,potuerit pater iterum velle cum eodem teſtamento decedere atque ita nouas ei vires ea noua & poſteriore voluntate tribuere,non poſſis tamen eodem prætextu tollere vitium irriti, quod captiuitas attulit,quæ imò verò etiam facit, ne ruptum teſtamentum ex noua voluntate queat conualeſcere, quia impedit ne voluntatem vllam,quòd ad teſtandi ius pertinet habere poſſit is, qui in hoſtis poteſtate eſt,adeò,vt nec ſi ab hoſtibus redierit,teſtamẽtum tamen,quod in captiuitate fecerit conualeſcat l.eius qui 8.D.qui teſt.fac.poſſ.

Interpretatio & emendatio §.ſi filium l.ſi quis poſthumos 9.de liber.& poſth. & ad l. ſcripto 7.Vnd.liber.

CAPVT XII.

NOn eſſet obſcura loci huius ſententia,niſi iam inde à tot ſeculis corrupta lectio non ſolùm difficilem eam faceret,ſed etiam aut falſam, aut inexplicabilem. *Si filium*,inquit Paulus, *exheredauero, nepotémque ex eo præteriero, & alium heredem inſtituero, & superuixerit filius poſt mortem meam, licèt ante aditam hereditatem deceſſerit, non tamen nepotẽ rupturum teſtamentum Iulianus, Pomponius & Marcellus aiunt.* Quæ etiam Papiniani ſententia eſt, in l. ſcripto 7.Vnd.liber.& Vlpiani in l.ſi quis filio 6. de iniuſt.rupt.& irrit. fact. vbi addunt, quod & Paulus in fine huius §.ſubiicit,nepotem hunc licèt rumpere teſtamentum non poſſit, quia nec exheredari ab auo debuit cùm pater eum teſtamenti tempore præcederet,ſuum tamen auo heredem fore ab inteſtato ſi inſtitutus, qui viuo filio exheredato de adeunda vel repudianda hereditate deliberabat, poſt filij mortem repudiauerit aut ante aditam repudiatámve deceſſerit: nec ei filium in cauſa inteſtati obſtaturum; qui in cauſa teſtati obſtitiſſet. Vtrumque,inquit Vlpianus,non minùs eleganter quam apertè propriis rationibus. Nam adgnaſcendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore,ab inteſtato verò is ſuccedit cui priori defertur hereditas, id eſt antè quem non ſit alij delata. Id enim faciunt verba legis duodecim tabularum à Paulo hîc relata, *ſi inteſtato moritur*,quæ licet nullo facto teſtamento ad tempus mortis referantur,quia iam tum certiſſimum eſt decedere inteſtatum eum, qui teſtamentum nõ fecit aut tale fecit, quod vel ab initio nullius momẽti vel ea poſt facto ruptum viuo teſtatore aut irritum factum fuerit, facto tamen teſtamento,quod mortis tempore ſubſiſtat, non ad mortis tempus referri poſſunt, ſed ad id demũ quo teſtamentum deſtituatur herede ampliùs adire non valente. Deſtitui enim dicitur teſtamentum ex quo hereditas adiri non poteſt l.in quantitate 73.ad leg. Fal.l.vlt.de cond.inſt.quòd cùm ſit tum demũ certum eſſe incipit inteſtati ſucceſſionem locũ habere, quæ nec priùs alij cuiquã delata ſit, nec deferri potuerit quandiu heres teſtamẽto ſperabatur. Quæ ratio facit,vt idẽ quoq. dicendũ ſit, ſi filius non exheredatus,ſed ſub cõditione quæ in ipſius arbitrio fuit inſtitutus ſit & non impleta conditione deceſſerit. Nec.n.videbitur obſtitiſſe nepoti, aut ſi nepos non ſit,pronepoti,aut ſi neuter,proximo agnato quominùs heres ab inteſtato eſſe poſſit qui tũ cum is moritur aut ſuus aut agnatus proximus reperiettur, ſi modò mortis teſtatoris tempore vel in rebus humanis, vel ſaltem conceptus fuerit, vt ea Iuliani & Marcelli ſententia Vlpianus ſcribit in l.j. §. ſciendũ in fi.de ſuis & leg. Obſeruandum autem eſt, vt hoc vnq; obiter notemus, nepotem hunc quem nos cũ Papiniano & Vlpiano ſuum heredem auo eſſe dicimus,legitimum heredem vocari à Paulo,iis verbis, *ſed etſi heres inſtitutus omiſerit hereditatem, erit legitimus heres*,vt intelligamus ſuos heredes etiam legitimos dici poſſe, nempe quia per legẽ duodecim tabularum æquè ac cæteri legìtimi ad inteſtatorum hereditates vocantur niſi quod priore loco, & ante cæteros vocatur l.de bonis 6.§.huic autẽ de Carbo. edict.l.vlt.C.de codic.habéntq. propriũ & elegantius nomen per quod à cæteris agnatis ac legitimis heredibus diſcernantur, *Suorum* ſcilicet,quod aliis non conuenit quàm qui in defuncti familia & poteſtate fuerunt l.in ſuis 11.D.de liber.& poſth. Errarúntque proculdubio Alciatus & Hotomanus qui in l. filius 12. de ſuis & legit. negationem addiderunt, vt efficerent, quod falſiſſimum eſt, filium patri agnatum proximũ non eſſe, decepti iis Papiniani verbis,quæ extant in d.l.ſcripto, *& alioquin ſi non ſum heres eſt*

quo

quo iure heres erit qui ſine dubio non eſt agnatus? quo nomine iam ante nos rectè reprehenſi ſunt à Cuiacio. Sed in eo quoque Cuiacius ipſe labitur, quòd vt Papiniani verba effugiat hanc eorum ſententiam eſſe vult vt qui non eſt ſuus non ſit agnatus, nec ſuum neget Papinianus eſſe agnatũ, ſed eum qui non ſit ſuus. In quo ſanè facit ridiculum Papinianum. Quamuis enim admittam ſuum eſſe non poſſe qui ne legitimus quidem ſit, non tamen perinde ex contrario inferre poſſis, quod vult Cuiacius eum qui non ſit ſuus non eſſe agnatum, alioqui fieret vt agnati omnes ſui eſſent, ſin minùs ne agnati quidem eſſent, & haud dubiè Papiniani ratiocinatio vt concludat, ſic omnino accipi debet vt nepos ille de quo tractat ſi non ſit ſuus heres auo multò minus agnatus dici poſſit. Reſpondere igitur debuit Papinianũ non de filio tractare quem patri proximum adgnatum eſſe Pomponius ait in d. l. filius, ſed de nepote quẽ pater mortis tempore præcedebat, quique ſi ſuus heres dici nõ poſſet, multò minùs ad aui ſucceſſionem vocandus eſſet tanquã adgnatus, *qui ſine dubio*, inquit, *non eſt adgnatus*, videlicet proximus qualẽ eſſe oporteret vt heres auo fieri poſſet. Neq. enim alij agnato lex duodecim tabularũ hereditatem defert quàm proximo, *ſi ſuus heres*, inquit, *non erit agnatus proximus familiam habeto.* Tractare autem Papinianum de cauſa hereditatis oſtendunt proxima illa præcedentia *quo iure heres erit*? Hic verò nepos, proximus agnatus eſſe non poteſt, qui proximum gradum, ita vt & Papinianus fatetur, nunquam tenuerit, quippe quem pater ipſo etiam mortis tempore præceſſerit. Etſi autem Papinianus ſimpliciter ita ſcribit, *qui ſine dubio non eſt adgnatus* non addita fictione *proximus* quã nos explicationis gratia ſupplemus, idipſum tamen quod volumus ſatis expriũit dictio illa ſola *adgnatus*, non ſolùm quia quod ad cauſam hereditatis pertinet, qui agnatus proximus non eſt eo tempore quo lex hereditatem defert nec pro agnato habendus ſit, cùm in agnatis nũ ſit ſucceſſio §. placebat, Inſtit. de legat. agnat. ſucceſſ. ſicut nec in ſuis d. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. ſed etiam quia cùm *adgnatus* propriè & ex etymo is dicatur qui propriè & iuxta natus eſt, cõſequẽs fit vt propriè agnatus is eſſe intelligatur qui & proximus eſt. Id ergo Pap. ſibi vult, nepotem hunc de quo agit ſi ſuus heres ideò dici non poſſit quòd proximum gradum nunquam tenuerit, à patre nimirum, licèt exheredato, occupatum: heredem auo nullomodo fore, *quia ſine dubio nõ eſt adgnatus*, proximus qui in ſecundu gradu eſt, & à patre anteuertitur. Atqui fatẽtur ii, contra quos diſputat, heredem illum eſſe debere, quòd pater qui eum præcedit heres eſſe nunquam potuerit, nec quamdiu vixit propter exheredationem nec poſt mortem, quia mortuus. Fateri ergo eos neceſſe eſt ſuum quoque illum eſſe, & conſequenter etiam agnatum, ne ſi ſuum negent eadem ac longè faciliori ratione ab iis extorqueatur, nec agnatum proximum eſſe, atque ita fiat quod multò fuerit abſurdius, heredem ab inteſtato eſſe eum qui neque ſuus ſit, neque agnatus proximus. Hæc ad Papinianum. Sequitur apud Paulum, *Diuerſúmque eſt ſi in hoſtium poteſtate filius ſit & deceſſerit in eodem ſtatu. Rumpit enim his caſibus nepos teſtamentum.* Diuerſa, inquit, ratio eſt filij captiui & exheredati. Exheredatus námque impedit ne teſtamẽtum rumpere præteritus nepos poſſit. Captiuus filius ſi deinde apud hoſtes moriatur non impedit. Ratio autem diuerſitatis illa ſtatim ſubiicitur, *quòd moriente auo filij ius pependerit, non abſciſſum vt ſuperiore caſu fuerit.* Hic verò locus eſt qui procul dubio emendatione nec vulgaris chirurgi manu indiget: tantò magis quod & à veteribus & à nouis interpretibus aliter atque aliter legitur. Veteres enim, vt ex Accurſij, Bartoli & aliorum Commentariis apparet, pro illis verbis quæ nunc vulgò exſtant, *quòd moriente auo filij ius pependerit*, ſic legebant, *Quòd ſi moriente auo filius repudiauerit*: quæ lectio nihil niſi nugarum comminiſcendarum materiam iis præbere potuit, quas referre pudeat ne in iis poſteà refellendis operam & laborem perdere neceſſe habeamus. Alij poſt Alciatum pro *repudiauerit*, legunt, *repedauerit*, antiquo & inuſitato verbo significantes captiuum in in ciuitatem rediiſſe. Alij magis probant vt legamus, *filius pependerit*, omnino ridiculè. Quid enim ſupereſt niſi vt filium ſtrangulent quem tam miſerè ſuſpendunt? Florentina lectio quam primo loco retulimus quæque hodie paſſim recepta eſt, magis placet Iacobo Cuiacio exiſtimanti hanc eſſe Pauli ſententiam, vt ſi filius qui apud hoſtes fuit quo tempore pater teſtabatur in eodem ſtatu deceſſerit, nepotis præteriti ſucceſſione teſtamentum rumpatur, qui ſcilicet ex lege Cornelia, inquit, viuo auo ad filij condicionem redactus, & in filij ius ſucceſſiſſe intelligatur, nec poſt mortem teſtatoris ius filij abſciſſum & abruptum dici poſſit, quia captiuitas nihil abrumpat ſed tantùm ſuſpendat l. illa inſtitutio 32. §. 1. de here. inſti. Sed hæc interpretatio neque in ſe vera eſt, neque differentiam illam quam inter exheredationem & captiuitatem Paulus apertè ponit, rectè explicat. Non inficior filiò qui teſtamenti tempore captiuus erat apud hoſtes poſteà defuncto, nepotem præteritum viuo auo in ſui heredis locum ſuccedere & ſuccedendo rumpere leg. Gallus §. videndum hoc ti. Sed ex lege Cornelia id fieri nego, & pernego, vt pluribus ad eum locum docui ſup. Nego etiam, quod ille ait, captiuitate non abrumpi ius filij qui apud hoſtes deceſſerit. Fateor, quandiu viuit filius apud hoſtes, omnia ipſius iura in ſuſpenſo retineri propter ſpem poſtliminij, quam ſuſpenſi iuris conſtitutionem Papin. vocat in l. pe. de ſuis & legit. Sed eo apud hoſtes mortuo atque ita extincta poſtliminij ſpe adeóque fictione, dico iam inde à captiuitatis primo inſtanti abſciſſum prorſus fuiſſe & abruptum ius filij, non ſecus acſi ab eo tempore mortuus fuiſſet, non quia per legem Corneliam mortuus retrofingatur à prima hora captiuitatis, vt vulgo malè creditur (neque enim legis Corneliæ fictio ad filiosfamilias pertinet vt ſæpiùs in ſuperioribus diximus) ſed quoniam captus ab hoſtibus eũm ſeruus hoſtium fiat ſi in eodẽ ſtatu decedat exinde ex quo captus eſt pro nullo & mortuo habetur l. quod attinet 32. l. ſeruitutem 208. de regul. iur. Ideóque nec inſtitui eum aut exheredari neceſſe eſt à patre qui medio tempore teſtamentum in ciuitate fecerit d. l. Gallus §. in omnibus l. dum apud hoſtes penul. hoc ti. d. l. ſi quis filio 6. §. Sed ſi pater de iniuſt. rupt. & irrit. Vnde illud etiam fit vt non obſtet nepoti præterito quòminùs rumpat vt hic Paulus ait. Tum verò ſecundum Cuiacij ſententiam vulgaréṁque lectionem, verba illa, *vt ſuperiore caſu*, quæ non niſi ad caſum exheredationis referri poſſunt, probant omnino filij exheredati ius abrumpi & abſcindi per exheredationem, quod falſiſſimum eſt. Exheredatio ſiquidem non tollit ius ſuitatis, nec facit vt filius exheredatus minùs obſtet nepoti quàm ſi eſſet inſtitutus ſub condicione poteſtatiua, & ea non impleta deceſſiſſet d. leg. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. De quo pluribus & ex profeſſo ſcripſimus ſup. Nec eſt quòd cum Cuiacio dicas, Viuo quidem teſtatore

ius filij exheredati non abſcindi, ſed tamen mortuo patre abſcindi quòd eo demùm tēpore exheredatio vires accipiat l. filiū 20. §. videamus de bonor. poſſ. cōſ. r. tabul. Nam neque verum eſt ex die mortis patris cōfirmari exheredationē, ſed tātùm ex die aditæ hereditatis d. §. videamus, & l. ſi patronus 12. §. ex teſtamēto de bon. libert. At in eo caſu quem hîc Paulus tractat, ponit mortuū exheredatū antequàm patris hereditas adiretur, nec vnquam poſtea aditam fuiſſe. Fieri ergo non poteſt vt filij ius per eam exheredationem abſciſſum intelligatur. Deniq; falſum eſt quod Cuiacius pro vero & cōſtanti habet captiui hominis ios pendere, præſertim filijfamilias, apud hoſtes poſteà defuncti. Nam quandiu captiuus eſt apud hoſtes cōſtat eū eſſe ſeruū hoſtium in quorū eſt poteſtate, & eum defunctum veriſſimum eſt ſeruum deceſſiſſe l. 5. §. vlt. de verb. ſignific. Etſi autē lex Cornelia iungit tempus mortis tempori captiuitatis vt paterfamilias in ciuitate deceſſiſſe videatur l. pen. §. vl. de vſuca. ad hoc vt & hereditatem & heredē habere poſſit filiusfamilias 18. ad leg. falcid. l. 1. C. de poſtlim. reuerſ. non inde tamen fit vt captiui ſtatus pepēdiſſe videatur, qui ſcilicet quandiu vixit fuerit re vera ſeruus, poſt mortē vero pro eo habeatur acſi liber & in ciuitate ſemper fuiſſet, ita fit vt & viuus & mortuus certum ſtatum ſemper habeat, ſi tamen ſerui ſtatus vllus dici poteſt. Nō enim ſeruus aut caput aut ſtatum habere dicitur l. 3. §. vl. & l ſeq. de capit. minut. Sed nec ad filiumfamilias, vt dixi, Corneliana fictio vllomodo pertinet, quia neque hereditatem, neque heredem habiturus erat ſi in ciuitate māſiſſet. Itaque filiusfamilias captus & apud hoſtes mortuus, de quo hîc Paulus tractat, & vixiſſe & deceſſiſſe ſeruus intelligitur. Quod ſi ita eſt, non video quomodo ſtatus eius pepēderit. Imò, inquies, quoniā quandiu vixit potuit ab hoſtibus reuerti atq; ita poſtliminij iure priſtina omnia, & libertatis & ciuitatis iura recuperare. Dic breuiùs, ſi voles, & apertiùs, captiuū ſiue paterfamilias, ſiue filiusfamilias ſit, nullum ſtatū habere quandiu captus eſt, quia re vera ſeruus eſt, nec fictio vlla dat ei ſtatum, non patrisfamilias, quia lex Cornelia fingit eum mortuum, ac proinde talem qui ſtatum nullum habere poſſit, nō filiofamilias quia fictio legis Corneliæ in eum locum non habet: cùmque relinquit qualis re vera eſt id eſt ſeruum & conſequenter loco nullo computandum. Fictio autem poſtliminij quæ tam filiofamilias quàm patrifamilias communis eſt facit duntaxat vt captiuus in eo ſit, vt ſtatum habere videri poſſit vno illo caſu ſi ab hoſtibus redierit. Quem verò ſtatum? Certum. Nempe libertatis & vt videatur ſemper fuiſſe, aut ſui tantùm iuris, aut alieni tantùm. Eius ſcilicet cuius fuiſſet ſi in ciuitate manſiſſet. Non ergo facit vt captiui ſtatus pendeat, quia pendere dici non poteſt ſtatus qui necdum vllus eſt nec vnquam futurus eſt incertus. Sed facit tantùm vt pendeat an ſtatum aliquem habere videatur. Illius igitur demùm ſtatus pendet & incertus eſt qui cùm duplicem ſtatum habere poſſit vtrum habeat neſciatur. Ii verò ſunt liberi captiuorum: quia ignoratur an patresfamilias, an verò filijfamilias habendi ſint quamdiu parentes reuerti poſſunt. Verùm iam dixi Paulum tractare de filio qui ab hoſtibus non ſit reuerſus, & conſequenter quem dici poſſit, licèt audenter, vt loquar cum Scæuola in d. §. videndum, l. Gallus, iam viuo patre pro mortuo & nullo haberi debuiſſe, quem ſcilicet ex poſtfacto appareat, nec rediiſſe nec redire poſſe, dict. l. ſi quis filio §. ſed ſi pater, de iniuſt. rupt. & arg. l. huic ſcripturæ 15. in fin. ad legem Aquil. Mortui autem & nullius hominis ſtatum pendere nemo dixerit. Præterea poſtliminij fictio in eo qui cùm capiebatur paterfamilias erat, non facit vt pendeat, an liber ſit vel ſeruus, ſed an pro viuo an pro mortuo haberi debeat. Nam ſiue ab hoſtibus reuertetur, ſiue apud eos morietur, ſemper fuiſſe liber videbitur, ſolóque hoc intererit, quòd ſi in captiuitate decedat, exinde retrofingetur deceſſiſſe ex quo captus eſt, præter legem Corneliam. l. pater 10. in princip. de captiu. & poſtlim. l. 1. C. eod. Si reuertatur non ſolùm vixiſſe ſed & in ciuitate perpetuò vixiſſe intelligetur. Igitur non poteſt videri pendêre ſtatus patrisfamilias captiui, ſiue legis Corneliæ ſiue poſtliminij fictionem conſideres, quia licèt ſint contrariæ, in eo tamen conueniunt quod captiuitatis memoriam obliterant vt libertatem fingant permanentem. Quòd ſi rei veritatem inſpicias multò minùs dici poteſt pendêre ſtatum captiui cum is re vera ſeruus ſit, & tanquam ſeruus niſi ad fictiones recurras ſtatum nullum habeat. Illa autem fictionum diuerſitas, An captiuus pro mortuo poſtea habendus erit ex lege Cornelia, an pro viuo propter poſtliminij fictionem, non inducit diuerſitatem ſtatus, quia cùm ſtatum nullum habeat qui mortuus eſt, inepta fuerit diuiſio illa perſonarum ſi quis dicat, Hominum alios eſſe viuos, alios mortuos: imò ſumma & prima diuiſio illa eſt, vt quidam ſint liberi, quidam ſerui, l. 3. De ſtat. homin. In perſona autem filiifamilias, qui Corneliæ legis fictione adiuuari non poteſt, poſtliminii ſpes ex contrario non facit vt pendeat, an viuus & liber, an iam olim mortuus fuiſſe retrofingendus ſit, ſed an liber ſit vel ſeruus, quia ſi ab hoſtibus redierit ſemper fuiſſe liber intelligitur, ſi non redierit, ſemper ex quo captus eſt manſiſſe ſeruus, ideóque pro mortuo habendus, non vt retrofingatur mortuus liber, quomodo contingit in eo quem lex Cornelia fingit retrò mortuum, ſed quòd, vt dixi, ſeruilis conditionis homines pro mortuis habeantur. Itaque poſſit quis ex eo concludere filiifamilias potiùs quàm patrisfamilias captiui ſtatum pendêre, cùm ſit incertum liberne an ſeruus moriturus ſit. Et ſanè ita eſt quandiu filiusfamilias viuit quoniam reuerti tandiu poteſt. Sed eo in captiuitate mortuo dico ex poſt facto apparere numquam ſtatum eius pependiſſe, fuiſſéque illum perpetuò ſeruum ex die captiuitatis d. §. videndum & d. §. ſed ſi pater. Non ergo captiuorum ſtatus verè ac propriè pendêre dicendus eſt, ſed liberorum potiùs quos illi in ciuitate reliquerint, quomodo Iuſtinianus loquitur in §. ſi ab hoſtibus Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſt. ſoluit. & paſſim Iuriſconſulti vt in l. in libello 11. §. 1 leg. bona 22. §. quod filius de captiu. & poſtlim. leg. proponebatur 9. in fin. de caſtrenſ. pecul. leg. penult. de ſuis & legit. leg. 1. §. 1. de SC. Maced. leg. 2. §. penult. D. vnd. legit. aliiſque innumeris, in quibus ſcriptum videas patre captiuo apud hoſtes, in pendenti eſſe an filius in ciuitate relictus ſui iuris effectus ſit an ſit adhuc in patria poteſtate. Patre enim reuerſo, ſiue poſt mortem filij ſiue viuo eo filiumfamilias ſemper fuiſſe videri, patre non reuerſo patremfamilias ex die captiuitatis paternæ factum intelligi. In quo miror ſanè incredibilem viri, alioqui non imperiti, Ioannis Coraſij inſcitiam, qui ad leg. qui in vtero de ſtat. homin. ſcripſit captiui ius pendere quandiu apud hoſtes eſt, ſed non liberorum eius, quòd abſurdum ſit, inquit, eos nec in ſua nec in patris eſſe poteſtate ex leg. vlt. C. de ſent. paſſ. Sic intelligens quod Iuſtinianus ait in d. §. ſi ab hoſtibus, *pendere ius liberorum propter*

ſpem

ſpem poſtliminij, vt ad eos ipſos qui ab hoſtibus capti ſunt non ad eorum liberos pertineat, cùm tamen in contrarium apertiſſima ſint eiuſdē Iuſtiniani verba illa: *ſi ab hoſtibus captus fuerit parens quamuis ſeruus hoſtium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius poſtliminij, quia hi qui ab hoſtibus capti ſunt ſi reuerſi fuerint omnia priſtina ſua iura recipiunt. Idcirco reuerſus etiam liberos habebit in poteſtate.* Quibus verbis quid apertiùs potuit Iuſtinianus dicere vt ſignificaret non ſolùm captiui liberorum ſtatum pēdere de quo ante Coraſium nemo vnquam dubitauit, ſed & eorum duntaxat nō etiam patris qui apud hoſtes ſit ſtatum in pendenti eſſe. Nā qui re vera ſeruus eſt nec proinde ſtatum vllum habet, eius ſtatus quomodo pendere poteſt? Iura ſanè captiui omnia ſunt in ſuſpenſo propter ſpē poſtliminij. Sed differūt iura à ſtatu. Et diuiſio illa prima ac præcipua iuris perſonarum vt quidā ſint liberi, quidam ſerui, diſtinguit quidē generaliter ſtatū hominū, ſed nō ſtatum illū quem ius ciuile agnoſcat, cùm, vt dictū eſt, quòd ad ius ciuile attinet, ſeruus, nec ſtatū nec caput habeat in ciuitate. Illa verò iuris ciuilis propria diuiſio eſt quòd & perſonarū liberarū quæ iam ſint ſui quædam alieni iuris. Nam & hæ & illæ ſtatum in ciuitate habent, & is demùm incerti ſtatus eſſe dicendus eſt qui cùm duplicem ſtatum habere poſſit neutrum tamen adhuc certum habeat, nō qui cùm præſentem nullum habeat in eo tantùm eſt vt aliquando habere aliquem, eúmque certum, poſſit. Igitur vt totam hanc diſputationem concludam, puto ſententiam Pauli illam eſſe, differre filium exheredatum ab eo qui ſit apud hoſtes teſtamenti tempore quòd exheredatus obſtat nepoti ne poſſit is prætereri. us rumpere. Captus ab hoſtibus ſi in eodem ſtatu deceſſerit, non obſtat, quamuis ſi ab hoſtibus reuerſus, eſſet, obſtaret. Differentiæ autem eam rationem eſſe quòd moriente auo pependerit ius nepotis ex filio captiuo: non item ius nepotis ex filio exheredato. Hoc enim prorſus abſciſſum eſt, quia fieri nullo caſu poteſt vt nepos quem pater præcedit teſtamenti & mortis tempore inſtitui debuerit aut exheredari. Nam ſicuti nunquam poteſt nepos duorū ſimul teſtamenta rūpere, patris ſcilicet & aui, quia nec duobus ſimul agnaſci ſuus heres poteſt l. ſi filiusfamilias 33. §. final. de teſtam. milit. ita neq; cogi vllo caſu auus poteſt vt & filium & nepotem ſimul vel inſtituat, vel exheredet. Sed quo caſu filium inſtituere aut exheredare compellitur eodem licet illi nepotem præterire citrà periculum vllum rumpendi per nepotem præteritum teſtamenti, l 4. §. j. de cont. tabul. Niſi eo ſolo caſu quo in ſui heredis locum viuo auo ſuccedat. Nam etſi mortuo auo ſuccedat nihil ei proderit quod ad cauſam teſtati pertinet, ſed tantùm quod ad cauſam inteſtati l. filium 20. §. videamus in fin. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. j. §. poſt ſuos de ſuis & legi. d. l. ſcripto 7. vnd. l'b. d. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. At nepotis ex filio captiuo ius non prorſus abſciſſum eſt, quamuis teſtamenti & mortis aui tempore filius adhuc viuat, quia fieri poteſt vt in eodem ſtatu decedat. Quo caſu eueniente apparebit fuiſſe nepotem hunc ſuum heredem & in primo gradu, ac proinde talem qui debuerit inſtitui vel exheredari, quaſi qui viuo auo in ſui heredis locum ſucceſſerit d. l. Gallus §. videndum. An ergo Pauli verba quæ huic interpretationi nullomodo conueniunt ſic emendabimus? vt pro *filij* reponamus *nepotis* in illis verbis, *filij ius pependerit*. At hoc nimis eſt improbabile. Quid igitur? Pro *filius* lego *illius*, quæ dictio non niſi ad nepotem referri poſſit de quo proximè dictum eſt. Natum verò errorem ex inſcitia ſcriptoris non intelligentis veterem illum ſcribendi morem, Florentino præſertim librario familiariſſimum nec vno loco iam à nobis ſuperioribus libris obſeruatum, vt ſi quas litteras repeti neceſſe ſit, eas non niſi ſimplici, ſed maiuſculo tamen charactere notet, hoc modo *ILIVS PEnderit* pro eo quod pluribus litteris ſcribendum erat, *illius ius pependerit*. Vnde illud quoque factum coniicio vt Florentina lectio quæ vt plurimùm aut verior aut veræ proximior eſt non *filij ius* habeat vt cæteræ, ſed *filius* addita tantùm litera F ab eo fortaſſe qui vocem *illius* vnica L. ſcriptam nullique alteri dictioni reſpondentem nullius ſignificationis eſſe exiſtimabat. Cúmque nec intelligi illud poſſet quid ſignificaret vox illa *PEnderit*, cœperunt alij & magis commoniter, legere *repudiauerit*, alij *repedauerit*. Alij denique, & ij ſoli rectè, *pependerit*: ſed cum ferre non poſſent ita legi, *filius pependerit* pro *filius* legere *filij ius* maluerunt. Atque ita per varios emendationum gradus translatum eſt ad filium quod de ſolo nepote dictum fuerat, ſicque deprauatus locus elegantiſſimus qui niſi eo quo diximus modo reſtituatur nec emendari nec intelligi vllomodo poteſt. Nec eſt quod quis dicat nihil referre an de filij, an de nepotis iure ea verba intelligas, cùm etiam pendente iure filij nepotis quoque ius pendere neceſſe ſit. Id enim ſi aliud nihil in textu eſſet admitti fortaſſe poſſet. Sed quod Paulus ait, *non abſciſſum vt ſuperiore caſu fuerit*, non admittit vt præcedentia de filio intelligantur, ſed tantùm de nepote: quoniam, vt dixi, filij exheredati ius per exheredationem non abſcinditur cùm non eò minus maneat ſuus heres obſtétque nepoti, cui non obſtaret ſi ius quod habet in familia patris abſciſſum eſſet per exheredationem d. l. illud notandum 4. §. j. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. j. §. ſi pater in poteſtate de coniung. cum emancip. liber. eius. Hoc ipſo autem quòd filij exheredati ius abſciſſum non eſt fit neceſſariò vt nepotis ex eo ſuſcepti ius prorſus ex contrario abſcindatur auo moriente, hoc eſt vt nulla amplius ſpes ſit nepoti rūpendi auiti teſtamenti propter præteritionē, quamuis non eò minus ſperare poſſit hereditatem ab inteſtato, vno illo caſu quo filius antè aditam hereditatem decedat tum hereditas à ſcripto herede omittatur. At nepotis ex filio captiuo ius non eſt abſciſſum moriente auo, quoniam ſperatur imò certum eſt futurum vt ſi filius ab hoſtibus non redierit nepos iam inde viuo auo in ſui heredis locum ſucceſſiſſe primúmque gradum occupaſſe intelligatur. Nec mouet quod Coraſius obiicit abſurdum eſſe nepotem nec in ſua nec in patris captiui eſſe poteſtate ex l. vlt. C. de ſenten. paſſ. Loquitur enim illa lex de filio deportati cuius lōgè alia quàm captiui ratio eſt. Deportatus námque iura ſua omnia penitus amittit cum ciuitate, nec quod à Principe reſtitui poſſit, ei intereà quicquam prodeſt aut liberis eius nocet ne patria poteſtate ſoluti videantur, quoniam ſpes illa reſtitutionis nullo prorſus iure aut gentium aut ciuili ſed mera Principis indulgentia nititur. Captiuus contrà licèt reuera ſit ſeruus hoſtium, habet tamen poſtliminij ſpem quæ iura ipſius omnia in ſuſpenſo retinet nec omnino abrumpi patitur l. illa inſtitutio 32. §. j. de hered. inſti. quæ quoniam iuris gentium & ciuilis conſtitutio eſt adeóque naturali æquitate ſubnixa l. poſtliminium 19. de captiu. & poſtlimin. captiui iura conſeruat hactenus ne omnino ea perdidiſſe videatur d. l. penult. de ſuis & legit. Eámque deportati & captiui differentiam nominatim tradit Paulus noſter in l. ſi necem 4. §. ſi deportatus de bon. libert. quam & nos

Digitized by Google

in ſuperiorib. plurib. & locis & verbis explicauimus.

Ad §. ille caſus l. Gallus.

Capvt xiii.

Difficile nõ eſt ex ſuperioribus intelligere quæ-oam huius §. licet alioquin ſatis obſcuri, ſententia ſit. Sed quemadmodum ſuperiores loci ferè omnes malè vulgo ab interpretibus accepti ſunt, vt docuimus, ita hic quoq; minùs feliciter explicatus eſt, quia & indiget emendatione. Proponit Scęuola nouum caſum quẽ in difficili eſſe ait, id eſt in quo dubitari maximè poteſt, an nepos etiam inſtitutus rũpat teſtamentũ, quia neq; ad ius vetus neque ad alterutrũ legis Velleæ caput accommodari poſſe videatur. caſus ille eſt, ſi filiũ habeas & nepotem nõdum natum inſtituas, iſque naſcatur viuo patre ſuo ac mox pater viuo te decedat: nã ſi ius antiquũ inſpicias, id eſt q Galli tẽporibus & antè legem Velleã obtinebat, nõ valet poſthumi huius nepotis inſtitutio, quia teſtatore viuo natus ſit. Nũquã enim, vt diximus, permiſſa erat poſthumi ſiue filij ſiue nepotis inſtitutio, niſi cùm id exigere videbatur neceſſitas ſuſtinẽdi teſtamẽti quæ nulla ſuberat nato poſthumo in vita teſtatoris qui nouum condendo teſtamentum ſibi conſulere poterat ne inteſtatus moreretur. Rurſus nec ad primum legis Velleæ capur inſtitutio hæc pertinet, quia lex illa primo capite de iis quidẽ poſthumis locuta eſt qui viuo reſtarore naſcerentur, ſed adiecit, ſi modò cùm naſcerentur ſui futuri eſſent, §. ſequenti parte ſupr. hac leg. Hic autem de quo agimus cùm tibi natus eſt non fuit ſuus, quia filius tuus idémque ipſius pater eum præcedebat. Suus autem eſſe non poteſt qui proximum gradum nõ obtinet l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias 33. §. j. de milit. teſtam. Ad ſecũdum verò caput multò minùs, quia non poſterior alius ſuccedeodo prohiberi videtur rumpere quàm qui iam natus erat tempore teſtamenti: hic verò nondum erat natus. Et vt cum Scæuola dicam apertiùs ſuperiore & priore capite lex permittit vt inſtituere liceat nondum natos qui cùm naſcentur ſui erunt, quod huic ſanè non conuenit qui naſcitur alienus, poſteriore capite non permittit inſtitui ſed vetat rũpi, id eſt facit ne ob eam cauſam minùs ratũ eſſet teſtamẽtum, quòd nepos in filij locũ ſuccederet. Porrò præcedere debet vt vtiliter ſit inſtitutus, id eſt, vt loquar more interpretum, pręſupponit ſecundum caput legis Velleæ, vtilẽ præcedere nepotis huius inſtitutionẽ: alioqui fruſtrà caueret ne idcirco rumperetur teſtamentum quòd nepos ſuccederet ſi alio reſpectu rumperet nepos tãquam præteritus, caueréq; potiùs lex debuiſſet ne hic nepos ob id rumperet, quòd eſſet pręteritus quàm ne ob id quod ſuccederet. Atqui nullo iure inſtitui potuit, vt diximus, qui teſtamenti tempore nõdum natus erat. Non igitur ad ſecundum caput legis Velleæ referri poteſt ea inſtitutio de qua tractamus. Quod cum Iulianus præcipuę inter prudentes famæ & autoritatis animaduerteret, ſubtiliter non minùs quàm audenter exiſtimauit ad hunc quoque caſum protrahendam legis Velleæ poteſtatem non tam per interpretationem quàm per extenſionem, commixtis ſcilicet quaſi duobus capitibus legis, quoniam ex qua parte nepos hic viuo auo naſcitur videtur aliquatenus ad primum caput pertinere, ex qua verò iam natus ſuccedit in locum ſui heredis viuo teſtatore pertinet quodãmodo ad ſecundũ, & hęc Iuliani ſentẽtia, quanquã noua & audax, à cęteris tamẽ prudẽtibus facilè recepta eſt tanquam neceſſaria fauore teſtamentorum, quæ alioqui in propoſita ſpecie neceſſariò rumperentur. In contextu illud primum mendum eſt quod veteres libri ſic habent, *ille caſus indifficilis eſt*, cum legendum ſit vt in Flo. *in difficili*: quæ lectio ridiculam facit gloſſam Accurſij, qui, *indifficilis*, interpretatur, *valde difficilis*. Vnde & Bart. occaſionem ſumit tractandæ per diſtinctiones pręclarę illius materię de ſyllaba, *in*, & quando augeat ſignificationem dictionis cui adiungitur. Aliud mendum eſt in illis verbis, *nec poſteriori alij*. Legendum enim eſt, *nec poſterior alius ſuccedendo prohiberi videtur rumpere*. Siquidem loquitur Scæuola de eo, qui cùm non eſſet ſuus teſtamenti tempore poſteà factus eſt ſuus ſuccedendo in locum ſui heredis, *poſteriorem* appellans eum qui in prioris gradum ſuccedit, quia fieri nequeat vt ſuccedat niſi qui vno gradu poſterior ſit. Succedit enim priori. In eóque deceptus etiam eſt Accurſius qui *poſteriori* interpretatur, *capite*, ſcilicet *ſecũdo legis Velleæ*, quamuis nõ negem tractatum hunc de eo qui in locum ſui heredis ſuccedendo prohibetur rumpere, ad poſterius illud legis Velleæ caput pertinere. Tertium mendum eſt eo loco, *porrò procedere debet vt vtiliter ſit inſtitutus*. Neque enim dubito quin legendum ſit, *præcedere*, vt ſenſus ſit in quem iam docuimus, non poſſe locum eſſe ſecundo capiti legis Velleæ quo cautum eſt ne ſuccedendo rumpat is qui in prioris locum ſuccedit quin ponas præcedere vtilem ipſius inſtitutionem. Quomodo enim non rumperet is qui cùm ſuus heres fieret præteritum ſe inueniret? l. poſthumorum 13. de iniuſt. rupt. Qui vulgarem lectionem ſequuntur putant Scæuolam in hoc verſiculo reſpondere ad propoſitam quæſtionem, quaſi dicat, ne teſtamentum rumpatur procedere debere, id eſt admittendum eſſe vt valeat, quo nihil eſt ineptius. Non enim ad quæſtionem reſpondet Scæuola niſi ex Iuliani ſententia in verſi. *Iuliano tamen videtur*. Et id agit potiſſimum vt doceat quam neceſſaria fuerit in hanc rem Iuliani ſubtilitas & autoritas vt huius nepotis inſtitutio valeret quæ non ſolùm ex primo capite legis Velleæ defendi non poterat quod erat apertius, ſed neque ex ſecundo, vt ſuprà explicauimus. Poſtremum mendum in eo eſt quod ſequentia illa, *quod nullo iure potuit qui nondum natus erat*, & per parentheſim & cum interrogatione leguntur Florentiæ, cùm tamen & ſine interrogatione & vnico contextu legi debeant, quomodo & Antonius Goueanus legiſſe videtur. Appendix enim illa eſt præcedentis rationis, vt appareat non poſſe ad ſecundum caput legis Velleæ hunc caſum aptari, quia non ſit ei locus niſi tunc demùm cùm is, qui ſuccedendo rumpere prohibetur vtiliter ſit inſtitutus, vtiliter autem inſtitui non potuerit hic qui nondum natus erat tempore teſtamenti: quod ipſum tamen ſic intelligendum eſt, vt nullo iure inſtitui potuerit nondum natus teſtamenti tempore, ſi modò poſteà viuo adhuc teſtatore natus eſſet non ſuus, id eſt neque ex lege 12. tabul. neque ex prudentum interpretatione, neque ex lege Vellea. Alioqui conſtat ex iure antiquo, id eſt quod Galli temporibus obtinebat ex interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum potuiſſe inſtitui poſthumum ſuum ſiue filium ſiue nepotem qui poſt teſtatoris mortem naſceretur, ex lege autem Vellea in primo capite etiam eum qui poſt teſtamentum viuo teſtatore, tametſi teſtamenti tempore alienus eſſet dummodò naſceretur ſuus. Sunt autem verba illa tam generalia, *nullo iure*, ita reſtringenda vt ius Prætorium excipiatur quo inductum ſanè fuit vt alieni quoque poſthumi inſtitutio defenderetur in eó-

que

que omnes conſentiunt ex §. poſthumo Inſtit. de legat. iunct. l. Titius 25. §. j. ſup. h. t. Niſi quis malit dicere ſic fortaſſe Scæuolam ſcripſiſſe priuſquàm ius illud à Prætoribus inductum eſſet. Vix enim dici poteſt quo primùm tempore inductum fuerit. Illud certè prætermittendum nõ eſt, Franciſcum Hotomanum peſſimè hunc locum ſic emendaſſe vt pro, *vtiliter*, legat, *inutiliter*, ita loci elegantiam ſententiámque totam malè peruertens. Quod verò in hoc §. Scæuola ſcribit legem Velleam ſecundo capite non permittere inſtitui nepotem ſed vetare rumpi, quam ſententiam habeat, quia obſcurius eſt maléque & Accurſium & alios omnes veteres nouóſq; interpretes cruciauit, nos ſuprà pluribus explanauimus. Ideóque nec hîc repetemus.

Ad §. vlt. l. Gallus.

CAPVT XIIII.

APpendix eſt hic §. eorum quæ proximè diximus de caſu Iuliani. Nam cum recepta ſit Iuliani ſententia de duobus legis Velleæ capitibus cõiungendis vt valeat inſtitutio nepotis qui nondũ teſtamẽti tempore ſuſceptus poſteà viuo patre natus, & eo ſubinde mortuo, adhuc viuo auo in ſui heredis locũ ſucceſſerit, dubitari poteſt ſi nepos hic antè patris mortem ſit emancipatus ab auo, an ſponte adire poſſit aui hereditatem. Dubitandi rationem illam noſtri afferunt, quòd neque ad Iuliani caſum videatur hic nepos pertinere, cùm in ſui heredis locum ſucceſſiſſe dici non poſſit qui viuo patre de aui exiit poteſtate. Qua ratione moti nonnulli putant neceſſariò ponendum eſſe nepotem hunc aliquo tempore ſuum fuiſſe, quod vix aliter contingere poſſit quàm ſi ponas viuo quidem patre natum, ſed eò demùm mortuo emancipatum. Alij fatentur quidem & longè conuenient iis verbis Scæuolæ, nil eſſe neceſſe vt hic nepos fuerit ſuus: ſed mirantur tamen quomodo valere poſſit inſtitutio ipſius antè patris mortem emãcipati, cùm inſtitutus fuerit, vt Bartol. loquitur, in ſuitate, id eſt quaſi ſuus, non quaſi extraneus quilibet. Sed reſpondent non vitiari inſtitutionẽ emancipatione, quia teſtator iis verbis, *ſi ſuus heres eſſe deſierit*, non de emãcipatione cogitaſſe videatur ſed de morte tantùm, vel deportatione vel ſeruitute. In quo duplicem vtrorum errorem animaduerto. Priorem illum, quòd putãt lege Vellea præſcriptam hanc inſtituendi nepotis formulam qua vti teſtatores neceſſe ſit, *ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, tunc qui in locum eius ſuccedit heres eſto.* Quod nos iam ſatis ſuo loco refutauimus. Neque enim neceſſe fuit Velleo legem condenti per quam derogare potuit iuris ſcrupuloſitati formulam vllam præſcribere quæ cautionem induceret ad validandam nepotis inſtitutionem ne non iure facta videretur. Sed & ſi ponas vſum teſtatorem iis verbis, *ſi ſuus heres eſſe deſierit*, non video cur non de emancipatione cogitaſſe teſtatorem dicamus perinde ac de cæteris caſibus per quos deficit filius ſuus heres eſſe. Pugnátque id apertiſſimè cum §. & quid ſi tantùm ſupr. vbi caſus emancipationis hac parte cæteris comparatur. Et verò ſi teſtator de caſu emancipationis non cogitauit, tantò minùs ſanè valere debeat inſtitutio eius qui ſcriptus ſit tanquam ſuus, cùm poſt emancipationem nec ſuus ſit, nec eius conditionis in qua teſtator admittere eum voluerit, qui de ea ne quidem cogitauerit. Alter iſtorum error eſt, quòd putant de illo quærere Scæuolam, vtrum huius nepotis inſtitutio valeat, de quo tamen nec dubitandum exiſtimat. Ponit enim pro conſtanti valere poſt receptam Iuliani ſententiam. Et magis ridiculi ſunt qui Iuliani ſententiam illam minùs hoc caſu neceſſariam eſſe dicunt, quòd nepos hic viuo auo emãcipatus rumpere ipſius teſtamentum non poſſit, quia neque in ſui heredis locum ſuccedere: & ob id nec ad legem Velleam pertineat. Nam hæc ipſa ratio, quòd ad legem Velleam non pertinet, facit vt eò inualidior ſit eius inſtitutio qui non ſolùm teſtamenti tempore nondum natus erat, ſed etiam ſi natus eo tẽpore fuiſſet alienus non ſuus extitiſſet, ac proinde talis qui nulla iuris ciuilis parte inſtitui poterat. Conſequenter neceſſarium fuit ad hunc quoque caſum Iuliani ſententiam extendere vt huiuſmodi inſtitutio confirmaretur, non ad euitandum ne etiam inſtitutus rumperet, ſed ad efficiendum vt inſtitui poſſet. Conſtat enim, quæ ab initio fuit inutilis inſtitutio, eam ex poſtfacto conualeſcere non poſſe. De illo igitur tantùm Scæuola dubitat. An nepos hic de quo agimus ab auo inſtitutus poſſit ſponte adire ipſius hereditatem, id eſt, an auo neceſſarius heres ſit an voluntarius. Nam cùm eſſet inſtitutus tanquam is qui ſuus & neceſſarius fieri poterat, non videbatur ei permittendum vt abſtinere poſſet. Magis tamen eſſe ait vt ſponte adire poſſit, quoniam inquit, per emancipationem ſuus heres fieri non potuit. Senſus eſt, nepotem hunc nec inſtitutionis nec captiuitatis tempore fuiſſe ſuum heredem, cùm à patre antecederetur. Quis verò dicat ideo magis pro ſuo habendum quòd poſteà fuerit emancipatus? Cùm ſi anteà ſuus fuiſſet per emancipationem ſuus eſſe deſiiſſet. Relinquitur ergo vt ſponte adire poſſit, tanquam voluntarius heres, non neceſſarius. Neque eſt quod quis obiiciat Iuliani ſententiam eſſe vti duntaxat fauore teſtamentorum ne rumpantur: periculum autem rumpendi nullum ſubeſſe inſtituto eo qui non poſſit rumpere. Nam reſpondeo, quinimò vel in eo maximè fauorem teſtamenti elucere quod propter Iuliani receptam ſententiam defenditur inſtitutio, quæ alioqui non defenderetur. Quemadmodum enim Iulianus induxit vt ambo legis Velleæ capita commiſcerentur cùm neutrum per ſe ſufficeret: ſic vtcumque illud vno eodémque caſu aſſecutus eſt quod vtroque legis capite inductum fuerat, hoc eſt, vt & inſtitui hic nepos vtiliter poſſit, & inſtitutus rumpere prohibeatur, tametſi fiat ſuus. Superueniens autem emancipatio, licèt tollat rumpendi periculum, proindéque faciat ne quod ad hanc partem attinet neceſſaria ſit Iuliani ſententia, non facit tamen quò magis inſtitui potuerit, quia nec tollit vitium illud quo impediebatur inſtitutio quòd & teſtamẽti & natiuitatis tempore alienus poſthumus fuiſſet, nec facere poteſt vt conualeſcat inſtitutio quæ fuit ab initio inutilis, quia non aliud inducit niſi vt extraneus fiat qui ſuus vel erat, vel fieri poterat: quæ res tantò inutiliorem facit inſtitutionem poſthumi, quantò magis diſtat à poſthumo ſuo is qui nec ſuus eſt, nec ſuus fieri ſuccedendo in locum ſui heredis poteſt. Itaque neceſſariò recipienda eſt, & ad hunc quoque caſum producenda Iuliani ſententia, vt valeat hæc inſtitutio, pertinétque ea res ad fauorem teſtamenti, quod non minùs corrueret ſi inſtitui nepos non poſſet, quàm ſi ab initio valida inſtitutio, ſecuta poſtmodum emancipatione, infirmaretur. Eſſétque iniquiſſimum adigi auum in eas anguſtias vt vel aliud teſtamentum facere cogeretur, quod nec ſemper, nec vbique licet, vel nepotem hunc etiam inuitus in poteſtate retinere, quem fortaſſis emancipare mallet. Id igitur duntaxat ſibi vult Scæuola, Iuliani ſententiam ſemel receptam fauore ne-

potis qui non ſuus natus poſteà viuo auo ſuus heres eſſe incipiat, ad eum quoque protrahi qui nunquam ſuus fuit. Eodem ſcilicet vrgente fauore teſtamenti, cuius maior ratio habenda eſt quàm vel nepotis ipſius vel ſuitatis. Neque tamen idcirco magis ſuum fieri & neceſſarium heredem hunc nepotem, qui ſit emancipatus. Ac ſanè cùm ab initio vtilem fuiſſe huius poſthumi nepotis inſtitutionem fatendum ſit ex Iuliani ſententia, quoniam ſuus fieri potuit, abſurdum ſit ideò minus valere quod per emancipationem deſierit in locum ſui heredis poſſe ſuccedere: & ob id ſolùm rumpi teſtamentum, quòd deſinit rumpi poſſe. Cæterùm in illo etiam errant noſtri toto cœlo, quod ex hoc loco colligunt, emancipatione, aut, vt Antonius Goueanus loquitur, mutatione perſonæ non vitiari inſtitutionem. Id enim verum quidem eſt in nepote de quo hic loquitur & in filia, ſed nõ in filio qui haud dubiè cùm emancipatur rumpit patris teſtamentum, etiam in quo fuit inſtitutus, vt ſequenti capite docebimus. Pertinet enim id quoque ad abſolutam huius legis explicationem, tollendáſque difficultates innumeras quas noſtri imperitè excitant ad §. & quid ſi tantùm ſuprà quas nec poſſunt diſſoluere.

De differentia filij & nepotis in quæſtione §. & quid ſi tantum l. Gallus & ad l. verum 8. §. 1 de iniuſt. rupt.

CAPVT XV.

EMancipato nepote qui fuerat inſtitutus non vitiari inſtitutionẽ cõſtat ex iis, quæ proximo capite diximus. Nam vt Scæuola ſcribit in §. vlt. l. Gallus ſuperueniens mancipatio nihil aliud inducit, niſi vt qui ſuus heres & neceſſarius futurus erat, fiat voluntarius. Similiter inſtituto ſeruo ac poſteà manumiſſo, nemo dixerit inſtitutionẽ corruere propter manumiſſionẽ, quãuis hactenus immutetur eius poteſtas vt non niſi voluntarium heredem faciat quæ alioqui neceſſarium factura erat §. ſeruus autem à domino Inſtit. de hered. inſtit. Sed ſi filius qui inſtitutus fuerat cùm eſſet ſeruus poſteà ſit emancipatus, dico quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit vitiari inſtitutionem, rumpíque teſtamentum. Idque non obſcurè ſignificari à Scæuola in §. & quid ſi tantùm l. Gallus, vbi tractans de nepotis inſtitutione facta in caſum mortis filij, quærit quid dicendum ſit ſi filius non mortuus ſit, ſed deportatus, nec addit, *vel emancipatus*, ſed de caſu emancipationis tractaturus, qui hac parte deportationi ſimillimus eſt, ſtatim loqui incipit de nepote, his verbis, *quid ſi nepos ex quo pronepos inſtitueretur, vt oſtendimus, emancipatus eſſet.* Hoc verò cur ita? niſi vt doceat ſimilem quidem eſſe deportationi emancipationem, quod fefellit interpretes, ſed tamen eo demum caſu poſſe emancipationem locum facere quæſtioni, quo agatur de nepote non de filio. Alioqui cur à filio ad nepotem tranſiret ſi filio quoque emancipato teſtamentum ſubſiſtere poſſe exiſtimaret? Neque verò aut in tota leg. Gallus aut alio vllo iuris loco reperias pro firmo & valido haberi teſtamentum in quo ſit inſtitutus filius qui poſteà fuerit emancipatus. Verùm ne ab interpretib. per tot ſecula id obſeruari potuerit ex hoc factum eſt, quòd diuerſitatis rationem inter filium & nepotem in promptu non habuerunt, quæ certè nec tam facilis eſt vt ſtatim poſſit occurrere. Nam ſi dicas filij inſtitutionem ob eam cauſam vitiari quod heredis inſtituti perſona quodammodo mutetur cùm per emancipationem extraneus fiat & de familia exeat is qui anteà ſuus erat: parata contradictio eſt, eadem igitur ratione dicendum fore, nepotis quoque inſtitutionem vitiari cùm is emancipabitur. Nam & is fit extraneus aliúſque homo ſi iuris ciuilis fictionem ſubtilitatémque inſpicias. Item inſtitutio extranei qui poſt teſtamentum in locum ſui heredis adoptaretur æquè per adoptionem infirmaretur, quoniam & perſonæ mutatio fit & alius homo videtur qui ex alieno & extraneo fit ſuus. Et tamen conſtat nec agnatione nec ſucceſſione ſui heredis rumpi teſtamentum cùm extraneus heres inſtitutus vel adrogatur vel in locum nepotis adoptatur. l. filio 23. §. 1. de liber. & poſthum. l. ſi qui heres 18. de iniuſt. rupt. Denique ſi mutatio perſonæ corrumperet inſtitutionem, quis defenderet inſtitutionem ſerui à domino inſtituti ac poſteà manumiſſi? quam tamen defendi diximus. Nam quæ, rogo, maior perſonæ mutatio eſſe poteſt quàm quæ contingit in perſona ſerui manumiſſi, qui cùm antè manumiſſionem caput nullum haberet in ciuitate, poſt manumiſſionem habere incipit? l. 3. §. vl. De capit. minut. Rurſus ſi dicas generaliter, & indiſtinctè cum interpretibus mutatione perſonæ non vitiari inſtitutionem: erit tibi difficilius rationem illam inueſtigare, cur ergo emancipatione filij rumpatur teſtamentum in quo filius ipſe ſit inſtitutus. Hoc enim tantò mirabilius eſt, quòd idem filius qui rumpit propter emancipationem non eo minùs ſuccedit quòd ſit emancipatus ſcilicet iure Prætorio accepta bonorum poſſeſſione non ſolùm ab inteſtato Vnde liberi, ſed etiam ſecundùm tabulas, & quidem cum re, quando nemo eſt qui euincere illi hereditatem ab inteſtato poſſit l. poſthumus 12. §. 1. in fin. de iniuſt. rupt. Quin & contrà tabulas ſi ponas aliud teſtamentum poſt emancipationem factum quo filius hic ſit præteritus, & alius heres inſtitutus tot. ti. de bonor. poſſ. contr. tabul. An non igitur abſurdius videtur ex mutatione illa quæ in filij emancipati perſona contingit, vitiari inſtitutionem, cùm mutatio illa non faciat quominùs patri filius hic ſuccedat, etiam inuito, niſi talis ſit quem pater iuſtè & pro ſuo iure poſſit exheredare? Deinde quid iniquius quàm nocere patri qui erga filium tam benè affectus fuit vt heredem eum inſtituerit, quòd eum prætereà emancipauerit? aut filio quòd præter inſtitutionem, emancipationis quoque honorem à patre acceperit? Vt vel ex eo maximè appareat non niſi mera iuris ratione & ſubtilitate niti differentiam hanc, quam eſſe dicimus inter filium & nepotem. Ratio alia meo iudicio quærenda non eſt, quàm quæ ab Vlpiano innuitur in l. verum 8. §. 1. de iniuſt. rupt. vbi ſcribit ille, filiam cùm emancipatur vel nepotem quia vna mancipatione exeunt de poteſtate, non rumpere teſtamentum. De filio, inquies, nihil exprimit. Sed apertum eſt quid in filio à contrario ſenſu inferri poſſit, eum ſcilicet cùm emancipatur teſtamentum rumpere, quoniam non vna, ſed trina tantùm emancipatione exeat de poteſtate. An quòd prima illa mancipatione quæ filium facit extraneum, cùm anteà eſſet ſuus, vitiet inſtitutionem? Minimè. Alioqui perinde filia nepóſque rumperent, qui haud dubiè poſt emancipationem æquè pro extraneis habentur. Sed quia cùm per primam eam mancipationem non exeat omnino filius de poteſtate neceſſe ſit remancipari illum patri, vt iterum ab eo mancipari poſſit, adeóque patri denuò remancipari, vt tertiæ poſtremæque mancipationi locus fiat, per quam tota emancipationis ſolennitas abſoluatur. Porrò per huiuſmodi remancipationes, ſicut in plenam liberámque patris poteſtatem filius reuertitur

titur, ita fit rurſum ſuus, qui per priores duas mancipationes factus erat extraneus. Quis ergo miretur rumpi ab eo vel inuito patris teſtamentum, quaſi ſui heredis noui agnatione? Nec ad rem pertinet quòd cùm tractemus de filio poſt teſtamentum emancipato, reperiat ille ſe inſtitutum, cùm per remancipationem de extraneo fit ſuus, arg. d.l. filio. §.1. & d.l. ſi qui heres: quia cùm fuerit inſtitutus eo tempore quo erat inſtituendus neceſſariò tanquam ſuus, tota illa prioris inſtitutionis vis & poteſtas hoc ipſo abſumpta eſt, neque in id vſque tempus extendi & porrigi poteſt quo rurſum fiat ſuus. Non enim fieri queat vt vna eadémque inſtitutio ſufficiat duabus explendis ſolennitatibus, cùm propter eam interruptionem ſuitatis quæ contingit per mancipationem neceſſariò eueniat, vt quemadmodum filius iterum & ex nouo iure ſuus factus eſt, ita denuò & ex nouo illius ſuitatis cauſa inſtitui debeat. Nam & Vlp. in d.l. verum §. 1. non obſcurè ſignificat futurum vt filia etiam inſtituta cùm emanciparetur, rumperet teſtamentum, itémque nepos ſi non vna mancipatione exirent de poteſtate, quamuis eorum inſtitutio non illum effectum habeat ne poſſit rumpere (quandoquidem etiam præteriti rumperent, haberéntque duntaxat ius accreſcendi) ſed tantùm ne ius illud accreſcendi habere poſſint cùm ipſi ſunt inſtituti. Nempe quia dici nequiret voluiſſe patrem præterire filiam aut nepotem quam vel quem ipſe inſtituerit; eóque ſolo caſu receptum eſt vt filia præterita vel nepos nec rumpant nec iniuſtum faciant teſtamentum quo appareat conſultò eos à patre vel auo præteritos fuiſſe. Propter quam cauſam illud quoque conſtitutum erat in poſthumis, vt ſi inter cæteros exheredarentur, legatum iis relinqui oporteret, ne per obliuionem potius præteriti quàm mala mente exheredati viderentur. §. poſthumi. Inſtit. de exhered. liber. Ergo multò minus inſtitutio filij impediet ne rumpat, cùm quod fuit anteà inſtitutus factum eſſe neceſſe ſit, ne ab initio teſtamentum nullum eſſet ac iniuſtum. In eóque diſſimilis ratio eſt filij remancipati & extranei poſt inſtitutionem adoptati. Nam extraneus inſtitutus ſi per adoptionem fiat ſuus non rumpit, quia reperit ſe inſtitutum d.l. filio §.1. d.l. ſi qui heres. Neque enim dicere poteſt ſe inſtitutum ex neceſſitate qui ex mera teſtatoris voluntate inſtitutus eſt, & ab eo à quo etiam per obliuionem impunè præteriri poterat tempore inſtitutionis. Proinde nihil cauſæ eſt cur non ea inſtitutio ſufficere debeat implendæ ſolennitati, cuius interponendæ neceſſitas ex adoptionis acceſſione ſuperuenit. Præſertim cùm ex illa etiam inſtitutione appareat filij loco habitum dilectúmque illum qui, tanquam filius iam tum fuiſſet, ita ſcriptus eſt poſteáque in filij locum adoptatus. At filio inſtituto quem ab initio inſtitui neceſſe fuit, non debet ea inſtitutionis ſolennitas in aliam planéque neceſſariam cauſam facta ad nouam iſtam & ſuperuenientem accommodari de qua nec magis cogitabatur teſtamenti tempore quàm de ipſa emancipatione. Rumpitur ergo teſtamentum per filij etiam inſtituti emancipationem quaſi agnatione ſui heredis præteriti, quoniam vnica mancipatione non exit de patris poteſtate, remancipatus redit in patris poteſtatem. Non rumpitur per filiæ aut nepotis emancipationem, quoniam iſti vna mancipatione exeunt de poteſtate. Hoc verò à veteribus illis interpretibus cognitum non fuiſſe minùs miror. Sed ferre non poſſum anteceſſores illos clariſſimos Iacobum Cuiacium & Franciſcum Hotomanum in eadem caligine verſatos eſſe. Nam Cuiacius ad Vlpiani titulum 23. ſic intelligit, vt ſi poſt primam filij mancipationem pater teſtetur, & filium prætereat, teſtamentum rumpatur per eiuſdem filij remancipationem: cùm tamen nihil ſit apertius, quàm Vlpiani ſententiam illam eſſe, quemadmodum diximus, vt teſtamentum etiam quod ante primam mancipationem factum eſt rumpatur per emancipationem. Idque euincit ipſa filij cum filia & nepote comparatio. Etenim quod Vlpianus dicit filiam non rumpere teſtamentum haud dubiè intelligendũ eſt de teſtamento facto antè mancipationem. Sic enim ſcribit, *Filia cum emancipatur, non rumpit teſtamentum.* Siquidem fruſtrà quæras an rumpat cũ emancipatur, ſi nullum adhuc eo tempore ſit teſtamentum. Et ſanè ridiculum ſit dubitare An teſtamentum quod poſt emancipationem filiæ factum eſt per eam rũpatur, cùm poſt emancipationem ſit illa prorſus extranea, & talis quæ nec inſtitui debuerit, nec exheredari. Præter id quod ſi vel inſtituenda eſſet vel exheredanda de vitio iniuſti tractari oporteret, non de vitio rupti de quo tamen Vlpian. tractat. Atqui emancipatio filiæ vnica mancipatione abſoluitur. Fatendum ergo eſt tractare Vlpianum de teſtamento quod antè mancipationem illam factum ſit, & in quo filia ipſa fuerit ſiue ex aſſe, ſiue pro parte inſtituta. Conſequenter vt recta ſit comparatio inter diuerſa, quòd dicimus filium cùm emãcipatur rumpere teſtamentum, propterea quòd vnica mancipatione non exeat de poteſtate, non tantùm de illo teſtamento accipi debet, quod inter medias mancipationes factum ſit, ſed de illo maximè quod antè primam mancipationem: & quod eſt conſequens, non de teſtamento in quo præteritus ſit filius, ſed in quo fuerit inſtitutus priuſquàm mancipetur. Alioqui non poſſet rumpi quod ab initio nullum & iniuſtum fuiſſet l.5. de iniuſt. rupt. Hotomanus verò longè turpiùs in eo labitur quod putat Vlpiani verba non ſolùm adeò perplexa eſſe vt explicari nequeant, verùm etiam corrupta, & ita emendãda vt legamus, *Filia vel nepos, quia cùm emancipantur, vna mancipatione exeunt de poteſtate, teſtamentũ non rumpunt.* Vt ſit ſenſus, non tanta tamque arcta neceſſitudine filiam nepotémve à iure ciuili cum patre auóve conſtringi quanta filiusfamilias patri. Idq; ex eo conſtare quia hic tribus mancipationibus, illi vna duntaxat liberantur: Quare mirandum non eſſe ſi ius ciuile faciliùs filiam nepotémve præteriri patiatur quàm filium, quaſi pater non tantũ iis quàm huic debeat. Quæro enim ſi rationem reddere Vlpianus voluit quamobrem faciliùs præteriri poſſit filia vel nepos quàm filius: cur tractat de rumpendo teſtamẽto, quando nec filius præteritus rumpit, ſed iniuſtum facit? Deinde falſum eſt filiam aut nepotem numquã rumpere nec iniuſtum facere. Nam imò verò iniuſtũ faciunt ſi nullomodo ſint exheredati, id eſt, ne quidẽ inter cæteros. Rumperent verò eo caſu quo eſſent inſtituti ac poſteà emancipati ſi prima mancipatione non exirent de poteſtate: vt non obſcurè Vlp. hîc innuit, quoniam quod non rumpunt nec iniuſtum faciunt cùm ſunt exheredati inter cæteros, tum demum procedit cùm eos conſultò præteritos eſſe teſtator voluit, quod ipſum dici non poteſt iis inſtitutis. Apparet enim ex inſtitutione præcedente non fuiſſe teſtatoris voluntatem vt eam perſonam præteriret, quam inſtituit. Et tamen non poſſet ea inſtitutio facere vt filia quæ per remancipationem iterùm ſua fieret pro vtiliter inſtituta haberetur: quaſi conſumpta prioris inſtitutionis poteſtate in eam ſolennitatis cauſam quæ teſtamenti tempore requirebatur, vt nouæ ſolennitati explendæ ſuffi-

cere nequeat. Nec certior alia eius rei probatio quærenda eſt, quàm quę ex illa Vlpiani ratione colligi poteſt, *quia vna mancipatione exeunt de patris poteſtate.* Eſſet enim prorſus inepta ſi non aliud dicendum Vlpianus putaſſet, ita quoque poſito iure vt vna mancipatione filia nepóſue non exirent de poteſtate. Ex his verò apparet non poſſe locum eſſe illi quæſtioni quæ interpretes noſtros tam malè habet, præſertim veteres ad §. & quid ſi tantùm (ex recentioribus enim pauci attingere auſi ſunt.) Quomodo fieri poteſt vt inſtitutis filio & nepote iuxta formulam Galli Aquilij cum emancipato filio, valeat nihilominùs teſtamentum. Nam id vnum dubitationem illis facit quod ex vna parte ita ius eſſe putant vt emancipatio nunquam vitiet inſtitutionem: quo admiſſo fateri coguntur, filium igitur qui priore loco ſit inſtitutus, & quidem ſolus, totam hereditatem ex teſtamento retinere debere, ex altera verò parte vident, per filij emancipationem nepotem non minùs fieri ſuum heredem auo, quàm ſi filius deceſſiſſet aut deportatus fuiſſet, cùm æquè per emancipationem ac per mortem aut deportationem exeat filius de patris poteſtate. Proinde nepotem hunc ad aui bona ex ſuitatis iure admitti debere, & quidem ex teſtamento, ſi teſtamentum factum ſit in quo non fuerit ille exheredatus: ideóque futurum vt ſucceſſione in locum ſui heredis rumpat teſtamentum ex quo non poſſit aui hereditatem conſequi. Atque ita videntur iſta implicare contradictionem vt filij inſtitutio etiam poſt emancipationem valeat, & vt nepos tamen ſuccedendo non rumpat. Nam ſi ſolum filium voces ex inſtitutione, facias iniuriam nepoti qui & ſuus eſt & inſtitutus in eum caſum quo ſuus fieret. Si verò ſolum nepotem quòd ſolus ſit ſuus, facias iniuriam filio cuius inſtitutio etiam poſt emancipationem tenet. Bartolus quem cæteri ferè omnes ſequuntur, caſum hunc mirabilem eſſe ait, in quo emancipatio faciat locum vulgari ſubſtituto, quoniam, inquit, ſubſtitutio iſta facta ſit in ſuitate. Perpetuo errore ſubſtitutum appellans nepotem qui ex præſcripto Aquilianæ formulæ ſit inſtitutus, quod nos iam ſæpiùs refutauimus in ſuperioribus. Alij contrà Bartolum diſputant, verè quidem id dici quod vult Bartolus, præferendum filio nepotem ex teſtatoris voluntate, ſed tamen pro filio illud facere quod etiam poſt emancipationem vocatur à Prætore ad patris bona tanquam filios reſciſſa per Prætorem capitis diminutione beneficio bonorum poſſeſſionis contrà tabulas l. 1. & tot. titul. de bonor. poſſeſſ. contrà tabul. Itaque concludunt locum hîc fore edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius, vt filius & nepos ſimul admittantur in viriles. Quo tamen abſurdius, meo iudicio, dici nihil poteſt. Primùm quia generaliter proditum eſt inſtitutis filio & nepote ex pręſcripto Aquilianę formulæ fieri nunquam poſſe vt ambo concurrant cùm ſint duo gradus, nec aliter nepos ad hereditatem vocetur quàm ſi filius admitti non poſſit l. cùm in teſtamento 37. de hered. inſtituend. Neque eſt quòd caſum hunc excipiamus tanquam ſingularem & de quo iuris autores minùs cogitauerint. Quid enim Iuriſconſultorum temporibus erat frequentius quàm vt filijfamilias emanciparentur? Vtque eo modo potiùs quàm per deportationem exirent de poteſtate? Deinde, ſicuti non poteſt locus eſſe edicto de coniung. cum emancip. liber. eius, niſi cùm filius emãcipatus admittitur ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, cuius poteſtas haud dubiè illa eſt, vt in totum reſcindat tabulas: ita fatendum eſt fieri non poſſe vt cum emancipato ſuccedente ex Prætoris edicto cõcurrat vllo modo nepos ex teſtamento, alioqui eueniret vt eodem tempore ex teſtamento pro parte, & contrà teſtamẽtum pro alia parte ſuccederetur. Et verò edictum illud de coniung. cum emancip. liber. eius, non tam edictũ eſt quàm noua Iuliani clauſula & appẽdix quædam ad caput illud edicti quod eſt de bonorum poſſeſſione cõtra tabulas, ſicque appellatur in l. qui duos D. de cõiung. cum emancip. liber. eius: neque eò pertinet vt cum nepote inſtituto coniungatur pater eius emancipatus beneficio bonorum poſſeſſionis contrà tabulas, ſed potiùs ex contrario vt rupto per bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas teſtamento apertáq; inteſtati ſucceſſione in qua potiores ſint filij emancipati partes, coniungatur ei nepos ne filius iure Prætorio totum auferat nepoti qui iure ciuili totum etiam ab inteſtato habere deberet. Cæterùm commiſſo edicto per filium, ſuccedit nepos eodem iure quo filius, id eſt beneficio bonorum poſſeſſionis contrà tabulas, tametſi fuiſſet inſtitutus: vt ridiculi ſint qui defendunt etiam ex teſtamento locum eſſe edicto. Perinde enim eſt acſi dicerent rupto quoque teſtamento per contra tabulas adhuc ſuccedi ex teſtamento poſſe. Debuerunt ergo dicere interpretes, non poſſe locum eſſe quæſtioni in filio & nepote ſecũdùm Galli cõſilium inſtitutis, quia filio inſtituto poſt teſtamẽtum emancipato teſtamentum ruptum ſit, factóſque locus ſucceſſioni inteſtati & conſequenter edicto de coniung. cum emancip. lib. eius, cui, vt proximè dixi, non niſi ab inteſtato locus eſt, ſed tamen nõdum ſublata dubitatio eſt. Quod enim noſtri malè tractant in filio & nepote, tractari rectè poteſt in nepotẽ & pronepote ſimiliter inſtitutis. Nam cùm nepotis inſtitutio non vitietur per emancipationem, & ea tamen emancipatio ſicut pronepotem ſuum heredem pro auo facit, ita faciat locum inſtitutioni pronepotis, difficile eſt dicere vter ad hereditatem admitti debeat, nepóſne ex Prætoris edicto, de contr. tabul. an pronepos ex teſtamento, an potiùs vterque in viriles ex noua illa clauſula de coniung. cum emancip. Neque enim dubitandum eſt quin edictum de bonor. poſſ. contr. tabul. habeat locum in nepote emancipato ex filio præmortuo, itémque noua clauſula, ad coniungendos cum eiuſmodi nepote pronepotes in familia retentos. Verùm reſpondendum eſt, ni fallor, non poſſe in propoſita ſpecie locum eſſe edicto de bonorum poſſeſſione contra tabulas, nec conſequenter huic quæſtioni: pertinet namque edictum illud ad emancipatos præteritos, & ad teſtamenta ea duntaxat quæ facta ſint poſt emancipationem, non ad emancipatos inſtitutos, aut ad teſtamenta antè emancipationem condita. Hic autem agimus de emancipato inſtituto, & quidem in eo teſtamento quod factum fuerit priuſquàm emanciparetur. Itaque nulla cauſa eſt propter quam Prætor ſe interponere debeat vt teſtamentũ rũpat quod iure ciuili valet. Nec obſtat quòd nepos hic quamquam inſtitutus antè emancipationem, excludatur tamen per nepotem propter emancipationem iuris ciuilis rigore inſpecto: Prætori autem propoſitum eſſe, vt caueat ne quid damni in patris ſucceſſione filio aut nepori per emãcipationẽ inferatur: imputare enim ſibi debet nepos qui cùm eſſet inſtitutus ſub ea quodammodo conditione, Si ſuus maneret, alio, ſcilicet pronepote inſtituto ſi nepos ſuus heres eſſe deſineret maluerit emancipari & ſui heredis locum filio ſuo eidémque teſtatoris pronepoti relinquere. Nemo enim inuitus emancipatur quia emancipatio beneficium eſt quod in inuitum non confertur. Et ſanè iniquum ſit fauore emancipati iudicia euertĩ

eius

eius cui nihil imputari poſſit, & qui nepotem inſtituerit eo tempore quo inſtituere debebat, eundémque poſteà non niſi volentem emancipauerit, magis quàm ſi nepos hic inſtitutus fuiſſet ſub condicione Si Capitolium non aſcenderet: & is aſcendere maluiſſet, túmque emancipatus peteret ſuccurri ſibi per bonorum poſſeſſionem contrà tabulas. Eo ſolo prætextu quòd ampliùs ex teſtamento admitti non poſſet. Denique fruſtrà Scæuola in dicto §. & quid ſi tantùm de illo quæreret, an ſullineatur teſtamentum in quo nepos pronepóſque ex Aquilij conſilio inſtituti ſint, nepote poſteà emancipato, ſi ita ius eſſe putaſſet vt per bonorum poſſeſſionem contrà tabulas teſtamentum rumpi poſſet, aut vt nepos etiam poſt emancipationem ex inſtitutione ſuccederet. Neque enim ignorauit Edictum Prætoris aut clauſulam Iuliani, de quo etiam loquitur in §. ille caſus & §. vlt. Ceſſante autem Prætoris Edicto conſequens eſt, vt nepotis inſtitutio per emancipationem, non quidem vitietur, ſed fiat irrita quaſi deſecta condicione aut potius quaſi inducens condicionem ſub qua pronepos fuerat inſtitutus, ipſéque nepos excluſus. Ne fiat contrà voluntatem ſi pronepos totum non habeat quem ex aſſe proauus heredem ſcripſerat in eum caſum quo fieret ſuus, arg. l. verbis. 7. de vulg. & pupil. ſubſtit. Atque ex his tandem abſolutus maneat tractatus eorum omnium quæ pertinent ad legem Gallus. *Laus Deo.*

Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius.

CAPVT XVI.

QVi duos filios habebat alterum ex his emancipauit, nepotem in poteſtate retinuit, emancipatus filium ſuſtulit & à patre exheredatus eſt. Alius frater æquè emācipatus, præteritus fuit, nepotes autē ex priore emācipato eodémque exheredato inſtituti. Quæſitum eſt apud Marcellū quid de poſſeſſione iuris eſſet. Rurſum quid intereſſet ſi emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati, non exheredatum ſed præteritum poneremus. Duplex igitur quæſtio eſt: vna quid iuris exheredato filio qui nepotes iſtos heredes ſcriptos ſuſceperat: altera, quid eodem filio non exheredato, ſed præterito. Ad priorem ſic Marcellus reſpondet, *ſi filium retento ex eo nepote emancipauerit, & emancipatus procreauerit filium, & heres vterque nepos inſtitutus fuerit pater eorum exheredatus alius filius præteritus, ſolus filius præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poterit.* Si ſolus, Ergo nec frater exheredatus petere poterit, nec nepotes ex fratre exheredato ſuſcepti, quamuis inſtituti. De hoc ipſo enim quærebatur An ſolus ille filius præteritus admittendus eſſet ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, An etiam cum eo nepotes ex fratre exheredato heredes ſcripti. Nam de exheredato dubitare nemo, niſi ſtultus, poterat, cùm eſſet iuris certiſſimi & indubitati, exheredatione notatos liberos & remotos ad poſſeſſionem contrà tabulas non eſſe admittendos, ſolúmque iis ſupereſſe auxilium querelæ inofficioſi teſtamenti, ſi immerenter ſint exheredati l. non putauit 8. in princ. & §. non quæuis l. ſi poſt mortem 10. §. exheredati de bon. poſſ. cont. tab. Quod cùm ita ſit, ridiculus mihi videtur Accurſius qui dictionem illam *ſolus* ſic interpretatur, vt exheredatum duntaxat excludere Marcellus voluerit, non etiam exheredati liberos. Quaſi verò ſi tam ineptus erat qui Marcellum conſulebat vt de exheredato quæque dubitaret, non dubitauerit idem ille multò magis de liberis exheredati. Quin & ratio illa quam ſtatim Marcellus ſubiicit, *exheredatus enim obſtat filiis ſuis*, An non probat manifeſtiſſimè Marcelli mentem illam eſſe cum admittit ſolum filium ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, vt non tam exheredatum quā liberos ipſius excludat? Siquidem ad ſolos liberos excludendos ratio illa pertinet, potiùs quàm ad excludendum patrem, qui ſi exheredatus non eſſet ſed inſtitutus aut aliter admittendus, non eò minùs, imò tantò magis filiis ſuis obſtaret l. 1. §. qui habebat & §. filium & paſſ. de bonor. poſſeſſ. cōtr. tabul. l. 1. §. ſi pater in poteſtate hoc tit. De coniung. cum emancip. liber. eius. Fefellit Accurſium cæteróſque interpretes quod apud Marcellum ſequitur: *nepoti tamen retento in poteſtate bonorum poſſeſſio dari debet.* Putant enim futurum vt is verſiculus pugnet cum præcedentibus ſi præcedentia ſic intelligantur vt excluſis exheredati liberis ſolus præteritus accipere debeat poſſeſſionem. Sed ſcrupulum hunc facilè tollemus ſi prius monuerimus, quod alioqui per ſe euidentiſſimū eſt, interpretis eſſe, & quidē imperitiſſimi, verba illa intermedia, *poſt emancipationem ſuſceptis*. Nam proculdubio exheredatus filius ſiue in poteſtate manens ſiue emancipatus obſtat filiis ſuis, ſiue antè ſiue poſt emancipationem ſuſceptis. Si ius ciuile inſpicias filius in poteſtate manens & exheredatus obſtat nepotibus ne viuo ſe fieri poſſint ſui heredes auo, præterquàm in caſu ſingulari l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. vnd. liber. l. 5. §. ſciendum de ſuis & legit. quoniam exheredatio nō tollit ius ſuitatis vt docuimus ſuprà. Emancipatus autem non obſtat quidem nepoti ante emancipationem concepto & in aui familia retento, quia pro nullo aut extraneo habetur qui emancipatus eſt, nepos autem hoc ipſo quod in locum ſui heredis ſucceſſit, ſuus heres factus fuit. Sed cùm Prætor reſciſſa emancipatione eandem rationem habeat emācipatorum ac ſi in poteſtate manſiſſent d. l. non putauit §. vltim. l. cùm emancipatus 12. §. ſi pater & §. vlt. de bonor. poſſ. contr. tabul. euenire neceſſe eſt vt emācipatus perinde obſtet filiis ſuis ſiue antè ſiue poſt emancipationem ſuſceptis, atque ſi manſiſſet in familia. Vnde fiebat ex vetere Prætoris edicto & antequā Iuliani autoritate additum eſſet caput illud De coniung. cū emā. liber. eius, quā Marcellus hac l. nouā Iuliani clauſulā appellat, emācipatus ſolus veniret ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas & nepotes qui in poteſtate manſerant, tanquam vno gradu remotiores prorſus excluderet. Id enim fuit quod neceſſariam fecit Iuliani clauſulam hac vna æquitatis ratione ſubnixam, quòd iniquum eſſet nihil habere nepotem qui licèt vno gradu remotior, attamen totum iure ciuili erat habiturus, l. 1. §. 1. & §. emācipatus 13. hoc eod. tit. Ergo quod ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas pertinet, de qua hic Marcellus quærit, fatendum eſt emancipatum obſtare liberis ſuis non ſolùm ſi inſtitutus ſit, ſed etiam ſi exheredatus, quia facit ſemper vt nepos ſit vno gradu remotior: facit autem nō tanquam exheredatus ſed tanquam filius. Nec quod à ſucceſſione repellitur inducere poteſt ne obſtet. Nam & iure ciuili filius in poteſtate manēs, iuſtéq. exheredatus omnino à ſucceſſione excluditur, neq. tamē eò minus obſtat nepoti. Neq. rurſus mouere debet quod V. p. ſcribit in l. 1. §. ſi pater emācip. verſ. ſed & ſi patruus h. t. in eadem, vt videtur, ſpecie exheredatū pro mortuo habendum: id enim quomodo accipi debeat iam docuimus ſup. Ita nimirum vt cum de nouo iſto Edicto agitur quod eſt De coniung. cum emancipatis liber. eius, pater exheredatus pro mortuo habeatur, quia nec nepoti iungi poteſt, cui iūgeretur, ſi non

eſſet exheredatus, ſed præteritus, nec proinde impedire quominùs nepos cum patruo concurrens æquè ſemiſſem auferat acſi patrẽ nõ haberet. Cæterũ ratio nulla eſt propter quã ſeparãdi ſint hac parte nepotes poſt emancipationem ab iis qui iã antè ſuſcepti erãt, ſiue exheredatum nepotibus obſtare dicas ſiue non obſtare: niſi cùm de nouo Edicto agitur, quia nepoti poſt emancipationem concepto nunquam ſubuenitur dict. l. 1. §. ſi pater in poteſtate hoc titu. id eſt nunquam ille aut patri aut filio propter patrem iungitur, cui ex propria perſona iungi non poſſit. Et vero non ſic Marcellum ſcripſiſſe vt vulgò legitur, *emancipationem ſuſceptis*, ex eo conſtat quòd in propoſita ſpecie vnus tantùm ex nepotibus poſt emancipationem ſuſceptus proponebatur, alius verò antè emancipationem, ideóque in familia retentus. Quare & Accurſ. ipſe poſt Azonem cogitur verba illa in plurali numero prolata ad ſingularem reſtringere, ſicque interpretari, *filyſ*, id eſt *filio*, quod quam ſtultum ſit nemo non videt. Pone enim ſic Marcellum ſcripſiſſe: *ſolus filius præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poterit: exheredatus enim obſtat filio ſuo poſt emancipationem ſuſcepto.* Quid, obſecro, ineptius dici poſſet, ſi ſic intelligeres vt alteri nepoti in poteſtate retento eadem bonorum poſſeſſio dari deberet? Debuerat enim ſecundùm hanc interpretationem ſic potiùs ſcribi, *ſoli filio & nepoti in poteſtate retento bonorum poſſeſſio contrà tabulas* &c. non quomodo ſcriptum eſt, *ſolus filius*. Atqui, inquies, ſtatim ſequitur apud Marcellum, *nepote tamen retento in poteſtate bonorum poſſeſſio dari debet.* Et hoc vnum nimirum eſt quod ſicut Accurſium cæteróſque omnes fefellit in interpretatione dictionis, *ſolus*, ita & noſtrum hunc interpretem vt verba illa quæ tollimus adiicienda exiſtimarit. Obſeruare verò vtrique debuit Marcellum conſultum quid iuris eſſet, in propoſita quæſtione de triplici iure reſpondere. Triplex enim hac parte ius fuit De bonorum poſſeſſione contrà tabulas. Primum, ex vetere edicto quo Prætor bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas liberis omnibus pollicetur ſiue præteritis, ſiue inſtitutis, alio tamen edictum committente propter præteritionem, dummodò non exheredatis. Secundum ex nouo edicti capite & Iuliani clauſula De coniun. cum emanc. liber. eius. Tertium ex Diui Pij conſtitutione, De conſeruanda virili portione illi ex liberis qui neque ex vetere edicto vocari poſſit, neque ex nouo iungi: quæ Iuliani etiam ſententia primùm fuit l. filium 5. §. ſed & ſi portio, cum legib. ſeq. de legat. præſt. l. vlt. hoc tit. Ex vetere edicto fit, vt filius emancipatus excludat omnimodo nepotes ex ſe ſuſceptos ſiue inſtitutos, ſiue præteritos, iiſque obſtet licèt in aui familia retenti fuit acſi poſt emancipationem ſuſcepti eſſent, quoniam, vt dixi, capitis diminutionem reſcindit Prætor, eodémque loco emancipatum habet acſi non eſſet emancipatus. Nec ad rem pertinet quòd idem emancipatus ſit exheredatus. Nam licèt eo caſu non admittat illum ad poſſeſſionem contrà tabulas quia nec iure ciuili turbaret iniuſtúmque faceret patris teſtamentum, cùm tamen perinde habeatur pro non emancipato acſi exheredatus non eſſet, cõſequens eſt vt æquè obſtet filiis ſuis nil remorante exheredatione, atque obſtaret ciuili iure etiam poſt exheredationem. Ob idque ſi de inofficioſo teſtamento conqueri velit dat ei Prætor bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia, vt oſtendat non habere ſe illum pro extraneo. l. poſthumus 6. §. vltim. l. Papinianus 8. in princip. de inoff. teſtam. Ex nouo autem edicto efficitur vt emancipatus filius, ſiue inſtitutus, ſiue exheredatus, ſiue præteritus, non obſtet nepoti ex ſe in familia retento, ſed ſi quidem præteritus ſit inſtituto nepote aut contrà inſtitutus eodem nepote præterito, coniungantur ita vt vel totius hereditatis vel eius partis quam totam filius emancipatus, ex vetere edicto habiturus erat dimidiam filius reliquam nepos accipiat d. l. 1. hoc tit. de coniung. cum emanc. lib. l. 1. §. ſi pater nutu 13. de ventr. in poſſeſſ. mittend. leg. ſi quis ex his 5. D. vnd. liber. Nec ſolùm patri coniungitur nepos, ſed iis etiam cum quibus pater ipſe admittitur, licèt alioqui nepos ſolus & ex propria perſona concurrere non potuiſſet. Neque enim fieri poteſt vt nepos patri coniungatur, quin iis quoque iungatur omnibus quibuſcum pater iungitur, ſed hoc ipſum tamẽ ita vti ne alterius condicio deterior cuiuſquam fiat, præterquàm patris. Vt ecce, in propoſita ſpecie, ſi vterque filius emancipatus præteritus eſſet, nepotes cũ patre ſemiſſem bonorum haberent, alium ſemiſſem patruus, qui nec plus erat habiturus, etiam ſi nepotes non concurrerent. Quid ergo ſi pater nec præteritus fuit nec inſtitutus ſed exheredatus? Iam dictum eſt non poſſe nepotes iungi patri. An igitur nec patruo iungentur? Conſequens id videtur, ne plus ex patris perſona nepotes habeãt quàm pater ipſe habere poſſit: ſed tamen non ita eſt. Poſtquam enim placuit nepotem in poteſtate retentum iungi patri præterito, & abſurdum & iniquum fuerit duriorem ipſius condicionem fieri ob id ſolùm quòd pater ſit exheredatus. Ita námque fieret vt exheredatio patris noceret nepoti, cùm ex contrario ita poſito iure vt nepos admittatur nulla fiat iniuria aut patri qui eſt exheredatus, aut patruo, de cuius portione nihil diminuitur. d. l. 1. §. ſi pater emancipatus verſic. abſurdum hoc titul. Antonini autem conſtitutio, quæ tertium ius induxit ad eos ſolos pertinet qui cùm ſint ex liberis, tamen neque ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas vocantur ex edicto vetere, neque patri iunguntur nouo, quibus tamen cùm ſint inſtituti & ex liberis æquiſſimum viſum eſt conſeruari virilem portionem. His igitur ſic explicatis, dico Marcellum de iure cõſultum de omnibus his tribus iuribus reſpõdere ne quid prætermittere videatur: Ac primùm ex vetere edicto ſolum filium præteritum in propoſito bonorum poſſeſſionem contrà tabulas petere poſſe, id eſt nec exheredatum fratrem nec nepotes ex eo ſuſceptos, nec proinde eum, qui in poteſtate retentus fuit, magis quàm eum qui poſt emancipationem ſuſceptus. Ex edicto autem nouo daodam nepoti in poteſtate retento bonorum poſſeſſionem ſcilicet contrà tabulas, *propter id caput edicti*, inquit Marcellus, *quo à Iuliano introductum eſt*, id eſt, *ex noua clauſula*. Si enim paulò poſt ſubiicit, interiecta tantùm ratione vna quæ oſtendit tantò clarius non debuiſſe iſti nepoti retento in poteſtate dari bonorum poſſeſſionem, antequam nouum illud edictum conſcriptum eſſet. Ratio námque illa eſt, *quoniam ſi pater eius emancipatus præteritus eſſet ſimul cum eo bonorum poſſeſſionem accipere poſſet propter id caput edicti* &c. *nec debet eſſe deterioris condicionis quia pater exheredatus eſt.* Quæ ratio prorſus nulla eſt, ſi noui Edicti poteſtatem tollas. Quod autem ſequitur, *idque et præterito quoque præſtari oportebit*, malè etiam idem hic noſter Accurſius ſic intelligit, vt ſi nepos in poteſtate retentus præteritus ſit, ei ſoli dari poſſit bonorum poſſeſſio. Nam in propoſita facti ſpecie fieri nullo caſu poteſt vt ſoli nepoti qui manſit in familia poſſeſſionem dari oporteat. Cur non enim & patruo quem præteritum ponimus ac primo gradu conſtitutum multò magis dari debeat? Igitur dicendum eſt his verbis reſpon-

dere

Digitized by Google

dere Marcellum ad ſecundam quæſtionem quam initio diximus propoſitam fuiſſe in illis præcedentibus, *& quid interſit ſi emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati præteritum eſſe ponamus*, ne alioqui fatendum ſit, quod non fuerit improbabile, manere illam indeciſam. Nihil enim eſt in ſequentibus quod ad eam pertineat dubitationem. Senſus autem eſt, ſiue præteritus, ſiue exheredatus ſit filius ex quo nepotes ſuſcepti ſunt, perinde dandam bonorum poſſeſſionem nepoti in poteſtate retento, non quidem ex vetere edicto (pater enim etiam exheredatus nepoti obſtat ex illa parte vt diximus) ſed ex noua Iuliani clauſula. Quod ſanè Accurſius non ignoraſſet ſi dictionem *præterito* nō accepiſſet in datiuo caſu, quod fecit propter præcedentem articulum *ei* ſed in ablatiuo, quomodo accipere debuit ſubintellecta dictione *patre*, de quo proximè fuerat locutus. Ex his verò ſi aliud nihil eſſet apud Marcellum, inferri poſſet, excludendum prorſus alium nepotem poſt emancipationem ſuſceptum, vtpote qui neque ex vetere, neque ex nouo edicto admitti poſſit. Idque apertè Marcellus ſcribit cùm ait, *ſed fratris eius qui poſt emancipationem natus eſt, diuerſa condicio eſt*. Verum concludit tandem Marcellus, huic quoque conſeruandam portionem ſuam ex Antonini conſtitutione, & quidem vſque ad virilem partem, id eſt ad eam vſque portionem quæ portioni ad alium nepotem in poteſtate retentum pertinenti reſpōdeat, cum quo ex æqua parte fuerat inſtitutus. Ita fit vt in propoſito & patruus præteritus, & nepotes ambo tam qui poſt emancipationem ſuſceptus, quàm qui in familia retentus eſt admittitur, ſed ſinguli alio & alio iure. Patruus ex vetere edicto ſolus admittitur, excluſo fratre exheredato, excluſis item vtriſque nepotibus. Nepos in poteſtate retentus admittitur ex nouo edicto, & quidem ſolus. Non quòd non concurrat cum patruo, cum quo etiam pater ſi exheredatus non eſſet concurreret: ſed quia edictum illud non coniungit fratris filium patruo, vt nec fratribus poſt emancipationem ſuſceptis, at ſoli patri: cui tamen hîc iungi non poteſt, propter patris exheredationem. Nepos denique poſt emancipationem ſuſceptus ſolus admittetur ex conſtitutione Antonini: non quòd totam hereditatem habere debeat, ſed quia & patruus & frater in poteſtate retentus ſuam quiſque portionem alio & proprio iure conſequuntur. Solus filius exheredatus de quo ne quidem dubitatur, propter exheredationem omnino excluditur, qui ſi præteritus eſſet concurreret cum nepote in familia retento. Cęterùm quemadmodum ſic Marcellus in fine legis loquitur, vt diuerſam eſſe dicat condicionem nepotis poſt emancipationem ſuſcepti, acſi nihil aut minus dare illi vellet, quàm nepoti qui manſit in poteſtate, quia nihil ei ex noua clauſula dandum eſt, cui tamen mox ſubiicit dandum eſſe tantundem ſed alio iure: ita nec mirum videri debet quòd initio reſponſi dixerit ſolum filium præteritum petere poſſe contrà tabulas excludendi vtriuſque nepotis gratia, ſcilicet à beneficio veteris edicti, & nihilominus ſtatim ſubiiciat dandam nepoti ſuo bonorum poſſeſſionem, ſcilicet ex alia cauſa, nouáque Iuliani clauſula. Nam & id verba ipſa probant. At quoniam poſtremis huius reſponſi verbis quibus virilem portionem dat Marcellus nepoti poſt emancipationem ſuſcepto, ſolet obiici lex vlt. huius tituli, quæ tantò difficilior eſt quantò corruptior, ſupereſt vt de illius quoque ſententia emendatione & videamus.

Ad l. vlt. eiuſd. tit.

CAPVT XVII.

ACcommodatè poſt ſuperioris legis explicationem de hac ſubiiciemus. Inde enim Tryphoninus incipere videtur, vbi Marcellus finem fecerat, *ſi poſt emancipationem filij*, inquit Thryphon. *ſuſceptus ex eo fuerit nepos, conſeruanda illi erit portio*. Hoc ipſum eſt quod Marcellus tractans de nepote ex filio emancipato poſt emancipationem ſuſcepto his verbis ſcripſerat, *conſeruanda eſt tamen & illi ad virilem partem hereditas*. Niſi quòd virilem partem conſeruandam eſſe Marcellus non dubitat, Tryphoninus autem de eo ipſo quærendum exiſtimat cùm ait, *ſed quanta videamus. Finge*, inquit, *patruo ſcripto heredi coheredem datum hunc nepotem, Patrem autem eiuſdem præteritum accepiſſe contra tabulas bonorum poſſeſſionem*. Diſſimilis eſt ſpecies hæc ſuperiori in eo quod ponit patruum inſtitutum, quem Marcellus præteritum poſuerat. Sed hoc ad rem non pertinet, quia ſiue præteritus ſit ſiue inſtitutus, ſemiſſem tantū bonorum habere poteſt, fratre alio ſiue inſtituto ſiue præterito concurrente pro alio ſemiſſe. Sed quod ponit, patrem huius nepotis fuiſſe præteritum, diuerſum ius inducit ab eo quod eſſet ſi poneres exheredatum, vt in priore Marcelli ſpecie. Nam, vt dixi proximo capite, exheredatus filius neque admitti poteſt ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, neque iungi filio, neque impedire quo minùs filius idémque nepos cum patruo concurrens tantum auferat, quantum ſi exheredatus ipſe mortuus eſſet. Verùm cōuenit hoc ſecundæ ſpeciei à Marcello tractatæ: in qua docuimus filio præterito iungi nepotem in eodem ſemiſſe, aliū ſemiſſem ad patruum pertinere. Reſpondet autem Tryphoninus, *Quod ad Prætoris edictum attinet ſemiſſes bonorum fiet*. Intellige, quorum vnum feret patruus inſtitutus, alterum pater præteritus: Vterque autem per bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, fratre præterito, Edictum committente. Edictum verò hîc intellige Vetus. Nouum enim numquam iungit fratrem fratri, ſed tantùm patrem filiis. Ac proinde inter fratres nouo edicto numquam locus eſt. Multò minùs in fauorem nepotis poſt emancipationem ſuſcepti: Nam huic neque vetus neque nouum edictum vnquam prodeſt. Non vetus, quia pater ſiue præteritus ſiue inſtitutus illi obſtat. Non nouum, quia licèt ſit inſtitutus, non tamen eſt in familia l. 1. §. ſi pater in poteſtate verſicul. toties h. t. *Nunc verò*, inquit, *poſt conſtitutionem Diui Pij ſi conſeruatur pars nepoti, vtrum virilis an quarta pars debeat ſeruari*. Virilem intellige tertiam vt & Accurſius rectè interpretatur, cùm duo fratres eſſent quibuſcum nepos iſte concurreret. Quæſtio igitur in eo eſt, Vtrum tertia an quarta tantum pars conſeruanda ſit. De ſextuncia aut alia parte non quærit Tryphon. quia vel tertiam vel quartam nepoti iſti deberi neceſſe eſt. Tertiam ſi virilis debeatur. Quartam ſi ea quæ ad ipſum pertineret ſi ex edicto admitteretur. Probat autem non niſi quartam deberi duobus argumētis. Primum eſt, *nam ſi in aui natus poteſtate fuiſſet coniungebatur in vnam partem cū patre ſuo*. Senſus eſt, ſi nepos hic quem ponimus ſuſceptum fuiſſe poſt emancipationem natus fuiſſet antè emancipationē, & in aui poteſtate, iungeretur patri ſuo ex edicto nouo in vnam partem, id eſt in vnū eundēq. ſemiſſem. Alius n. ſemis ad alium fratrē pertineret, ſicuti ſi cū fratre ſolo ſuccederet. Siquidē nihil eius intereſt an fratris filius cū patre iūgatur necne. Ita ergo fieret, vt nepos hic in familia retētus quartā dūtaxat nō tertiā haberet. Aliud argū. eſt. *Et propo-*

Digitized by Google

namus eſſe alium ex eodem nepotem in familia aui. Id eſt, non ſolùm hunc quem ponimus fuiſſe natum in familia & poteſtate aui ſed alium ęquè natum ex eodē filio & in eiuſdem aui poteſtate. *Duo*, inquit, *vnam quartam habituri erant*, id eſt, tam qui reuera natus eſt in familia quam is de quo per hypotheſim ſic agimus ac ſi in familia quoque ſuſceptus eſſet. Atque ita ſinguli haberent ſexunciam, *patre eorum accipiente contrà tabulas bonorū poſſeſſionem.* Additur in textu, *ſi fuiſſent in aui poteſtate.* Nempe quoniam alioqui non ambo coniungerentur cum patre ſed is ſolus qui eſſet in poteſtate. Sequitur apud Tryphoninum. *An ergo nunc in ſexunciā tuendus ſit qui non in familia retētus eſt?* Hîc verò fateor ingenuè me nō intelligere cur de ſexuncia loquatur. Non enim de ſexuncia quęrebat ſed an virilis deberetur, id eſt tertia an quarta? Neque verò fieri poteſt vt ſexuncia vllomodo debeatur nepoti qui ſolus eſt. Nam ſi haberet fratrem etiam in familia retentum, nihilominus ſexunciā conſequeretur. Plus ergo ferre debet cùm ſolus eſt. Et quod Tryphoninus præpoſuit eam ſpeciem in qua ſint duo fratres inſtituti, non eò pertinet vt ne plus habere hic debeat cùm ſolus eſt quàm haberet fratre concurrente, ſed vt non plus habeat ſolus quam fratres ambo eſſent habituri. Id enim perabſurdum eſſet. Sicut nec prior Tryphonini ratio concludit eandem eſſe debere condicionē nepotis huius poſt emācipationem ſuſcepti quę eſſet ſi in poteſtate manſiſſet (ita námque ſequeretur perinde admittendum eum fore ex nouo edicto, quod euidenter falſum eſt) ſed eò ſpectat vt intelligamus abſurdū fore ſi plus ei demus extra familiam conſtituto, quam habiturus eſſet ſi in familia natus, & retentus fuiſſet. Vtraque ergo ratio concludit, non plus quam quartam huic nepoti conſeruandam eſſe, certè nec minùs. Etſi enim hoc minùs iuris habet quàm nepos in poteſtate retētus quòd ex edicto nō admittitur, tamē cōſtitutio Antonini facit vt ea demū portio illi conſeruari debeat quā habiturus eſſet ſi ad petendā bonorū poſſeſſionē contra tabulas ex edicto nouo admitteretur. Proinde non dubito quin locus ſit corruptus & pro *ſexūciam*, legendum, *tertiā*, vt ſēſus ſit, ridiculum fore ſi quis dicat hunc nepotem qui & ſolus ſit & extra familiā ſuſceptus debere tertiā habere Antonini conſtitutione qui ſi & in poteſtate eſſet vt admitti poſſet ex noua clauſula, & fratrem quoque haberet itidē in poteſtate, non tamen plus quam quartam ſimul cum fratre eſſet habiturus. Niſi probabilius putes à librario erratum quàm ab interprete, legendúmque *tres vncias, id eſt quartam*, vt ſenſus ſit affirmatiuus, concludens in propoſita ſpecie quartam nepoti conſeruandam eſſe, vt tantundem conſequatur ſolus quantum ſi fratrem haberet, ambo conſequerentur: Rurſus tantundem ex conſtitutione Antonini quantum conſequi poſſet ex edicto nouo ſi in poteſtate manſiſſet. Neque enim dubitandum eſt, meo iudicio, quin his verbis Tryphoninus ad propoſitam quæſtionem reſpondeat, quæ alioquin maneret indeciſa: quod tamen minus probabile eſt quàm vt cum Accurſio id admittere debeamus. Quis enim credat mancum in eo fuiſſe Tryphoninum qui non contentus ad eam reſpondiſſe, aliam quoque ſubnectit his verbis, *& cui abſcedet pars quæ huic ceſſura eſt, patri eius tantùm, an & patruo?* Quam & decidit ſtatim cùm ait, *& puto & patruo, nam & legatum eidem datum præſtaret.* Videbatur patri tantùm abſcedere debere, quia cùm nepoti hæc portio conſeruetur ex conſtitutione Antonini exemplo edicti noui, vt ſcilicet tantum conſequatur quantum ſi ex edicto nouo admitteretur, cōſtat eum qui ex nouo edicto admittitur, non patrui ſed ſolius patris minuere portionem. Sed non ſunt hæc omnino ſimilia. Nā quod inductum eſt, vt portio hereditatis conſeruetur, factum eſt exemplo legatorum de quib. Prætor cauerat edicto in eam rem propoſito de legatis pręſtādis l. filium 5. §. ſed etſi portio ill. tit. de lega. præſt. Legatum autem non minus à patruo quam à patre deberetur, quia legata coniunctis perſonis præſtari Prætor voluit ab iis omnibus, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas petierunt. Cæterum Tryphoninum in hoc verſi. *an ergo*, reſpondere ad propoſitam quæſtionem conſtat ex articulo *nunc*, quo ſolent vti iuris autores cùm poſt aliquas digreſſiones redeunt ad inſtitutam diſputationem, eodem ſenſu aeſi ſcriptum eſſet, *in propoſito.* Et verò in prioribus illis duobus argumentis nil locutus eſt de nepote extrà familiam ſuſcepto, ſed contrà de nepote in familia retento: in priore quidem his verbis, *nam ſi in aui natus poteſtate fuiſſet*, in poſteriore verò, ita ſcribens, *ſi fuiſſent in aui poteſtate.* Vt planè ineptus ſit Accurſius, qui eo verſiculo, *duo vnam quartam habituri erant*, aliam ſpeciem proponi putat quàm de qua actū ſit in verſiculo præcedente, *& proponamus eſſe alium ex eodem nepotem in familia aui*, cùm tamen nihil ſit apertius, quàm eandem ipſam ſpeciem tractari decidique de duobus nepotibus, vtriſque in poteſtate retentis. Nam quod ait, *proponamus eſſe alium ex eodem nepotem in familia aui*, quodammodo coniungēdum eſt cum priore ſpecie de qua in verſic. *nam ſi in aui*, &c. Acſi diceret, ponamus hunc nepotem poſt emancipationem ſuſceptū de quo agimus fuiſſe in aui poteſtate: non niſi quartam habebit iunctus cum patre ex nouo edicto. Ponamus rurſum, non ſolum eum eſſe ſed habere alium fratrem æquè in poteſtate: non habebunt ambo niſi vnam quartam patre accipiente cōtrà tabulas poſſeſſionem. Nec poteſt, meo iudicio, quicquam dici apertius. Decepit Accurſium aut potius antiquiorem Accurſio interpretem, quod Marcellus in fin. l. hoc tit. quam proximo capite explicauimus, vocat nepotem ſuſceptum poſt emancipationem ad virilem. Quæ res monit etiam Bartolum vt in propoſita ſpecie virilem, id eſt tertiam non quartam ei deberi exiſtimet. Sed in eo ridiculum ſe præbet, ac quotquot eum ſequuntur, quòd contrà Iuriſconſultum de iure reſpondentes, ipſis tamen Iuriſcōſulti rationibus nihil reſpondeant. Deinde falluntur apertiſſimè ſi Marcellum cum Tryphonino alioqui pugnare exiſtiment: iam enim docuimus Marcelli ſententiam illam eſſe, vt nepos extrà familiam ſuſceptus & fratrem habens retentum in familia, virilem portionem habeat, id eſt tantam quantam frater in poteſtate retentus, non quantam pater aut patruus. Itaque virilem intelligit, ex comparatione illius, quam frater in familia retentus habere debeat. Tryphoninus verò ſicut eam ſpeciem tractat in qua nepos hic poſt emancipationem ſuſceptus fratrem nullum habeat, ita virilem intelligit ex comparatione eius portionis quæ patri aut patruo debeatur, quæ ipſa eſſet tertia nō quarta, vt diximus. Conueniunt igitur inter ſe, non diſſentiunt. Nam quarta quam huic nepoti damus cū Tryphonino, eadem prorſus eſt quam Marcellus dat ambobus nepotibus quorum vnus ſuus ſit, alius extrà familiam conſtitutus, & quam idem quoque Tryphoninus dat ambobus nepotibus in familia retentis.

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis 11. §. teſtamento D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.

CAPVT XVIII.

IN teſtamentis in quibus extranei heredes inſtituti ſunt, tria tantùm tempora ſpectantur, teſtamenti, mortis, ſi pura inſtitutio fuit, aut euenientis condicionis, ſi condicionalis, & aditæ hereditatis. Suis verò heredibus ſcriptis, duo duntaxat, Teſtamenti nimirum & mortis, quoniam cùm ipſo iure heredes exiſtãt, nulla in iis eſt aditio hereditatis. Cæterùm media tempora nõ nocent l. ſed ſi condicione 6. §. ſolemus l. ſi alienũ 49. §. in extraneis de hered. inſtit. Quod eò pertinet, vt nõ ſolùm heredi nõ obſit quòd medio fortaſſis tempore incapax fuerit acquirendæ hereditatis, ſed etiam ſi paterfamilias teſtamento facto adrogandum ſe dederit, deinde emancipatus ſit, aut alia ratione paterfamilias deceſſerit, teſtamentum perinde valeat ac ſi adrogatio nulla interceſſiſſet l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum D. de iur. codicill. Item vt ſi paterfamilias qui deportatus fuerat, reſtitutus ſit à Principe, teſtamentum conualeſcat quod per deportationem factum fuerat irritum l. 6. §. penul de iniuſt. rupt. Cui conſequens eſt vt his caſibus teſtamentum valeat non tantùm iure Prætorio, ſi tabulæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, ſed etiam iure ciuili, cùm iuris ciuilis regula non ſolùm non obſtet validitati, verùm etiam patrocinetur. Ex quo illud quoque fit, vt tantò faciliùs poſſit heres ſcriptus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas agnoſcere, quæ haud dubiè iis omnibus competit qui iure ciuili adire poſſunt. Sed tamen diſtinguenda eſt hac parte capitis diminutio teſtatori contingens per adrogationem à cæteris. Nam in cæteris nihil eſt quod heredi obſtet quominùs defuncti patrisfamilias & hereditatem adeat & bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas cum re agnoſcat. In adrogatione verò quæ medio tempore obtigit, licèt poſteà ſublata ſit, ea ratio heredi ſcripto obſtat quòd non videatur habere pro ſe volũtatem teſtatoris, quippe qui dando ſe adrogandum fortunas omnes ſuas cum capite in alienam domum & familiam transtuliſſe intelligatur l. ſi paterfamilias 15 D. de adopt. ac proinde ab ea priore voluntate receſſiſſe per quam fortunarum ſuarum omnium ſucceſſorẽ ſibi elegerat heredem inſtitutum. Quæ res facit locum exceptioni doli; dolo ſiquidem facit quiſquis ex teſtamenti verbis aut hereditatem aut legatum petit ſiue contrà ſiue præter voluntatem. Negari autem non poteſt eum qui teſtamento facto dedit ſe adrogandum, ſciuiſſe ſatis ab eo tempore adẽmptam ſibi facultatem habendi heredis, cum factus ſit alieni iuris, neque in ſua eſſe poteſtate duos rerũ ſuarum dominos in ſolidum deſtinare non magis quàm re ipſa cõſtituere, ſcilicet heredem & adrogatorem l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod. Nã & ſi poſt adrogationem teſtaretur vel codicillos faceret, de alienis rebus potiùs quàm de ſuis teſtari crederetur, Iuriſc. ſcribit in d. §. ſi poſt factum. Excipiendus tamẽ eſt miles de caſtrenſi peculio teſtatus. Valet enim eius teſtamẽtum ſiue in adoptionem datus ſit à patre ſuo ſiue adrogandum ſe dederit, quaſi ex noua volũtate l. miles 22 & ſeq. de milit. teſtam. nimirum quia etiam filiusfamilias miles poteſt teſtari de caſtrenſibus, eóque nomine habetur pro patrefamilias l 2. D. ad SC. Maced. Cęterùm extrà cauſam caſtrenſium bonorum non idem dicendum erit, quoniam in nõ caſtrenſibus filiusfamilias licèt miles heredem habere non poteſt. Vtilis ergo eſt doli exceptio cõtrà heredem ſcriptum non quia teſtamentum factum ſit irritum (etſi enim capitis diminutio fecit irritũ, ſublata tamẽ adrogatione ipſo iure, vt diximus, cõualeſcit, alioqui non doli exceptio danda eſſet, ſed potius deneganda adeundi facultas ex irrito teſtamento) ſed propter defectum voluntatis quæ per adrogationem poſt teſtamentum factum mutata intelligitur. An autem adrogatori ea doli exceptio accommodabitur? Minimè, cum poſt emancipationem nihil iuris habeat adrogator in bonis adrogati, ſed agnato proximo, qui rem ab inteſtato habere debet, ſublato ſcilicet vtroque vinculo & patriæ poteſtatis, id eſt adrogatione per emancipationem, & teſtamenti, id eſt teſtatoris voluntate per adrogationem. At ſi idem teſtator ſui iuris factus eodem teſtamento decidere ſe velle dixerit, & voluntatem ſuam ſiue codicillis, ſiue aliis literis declarauerit, nulla exceptione repelli ſcriptus heres poterit. Etenim non ſolùm teſtamentum ipſo iure valebit, vt & ſuperiore caſu, Sed etiam æquitas illa quæ faciebat vt repelli heres deberet, quia non habebat voluntatem, tum ceſſat cùm ea voluntas quę defecerat redit iure quodam poſtliminij. Quæ per elegans Pap ſententia & ratio eſt in l. qui ex liberis 11. §. teſtamento de bon. poſſ. ſecund. tab *Non ſecus*, inquit, *ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet ac ſupremas tabulas incidiſſet vt priores ſupremas relinqueret*. Ita innuens, hoc etiam caſu prius teſtamentum ſubſiſtere ipſo iure, adeò vt & adiri ex eo hereditas & bonorum poſſeſſio peti poſſit, poſteaquàm ſecundum ſublatum, & inciſum eſt. Quid? An non prius teſtamentum per poſterius ritè factum ipſo iure tollitur? § poſteriore inſtit quib. mod. teſtam. infirm. l. ſancimus 27. C. de teſtam. Sic ſanè ſi poſterius superſit eo tempore quo de teſtamenti confirmatione aut infirmatione agi oporteat, id eſt, quo teſtator moritur. Sed cùm poſterius euanuit quia inciſum eſt & cãcellatum, & quidem eo animo vt prius valeret, non maior poſterioris ratio haberi debet vt prius rupiſſe videatur, quàm ſi vel nunquam vel ab initio minùs ritè factum eſſet, quo ſanè caſu non rumperet l. ſi filius 7. qui teſtam. fac. poſſ. dict. §. poſteriore leg. ſi quis priore D. ad SC. Trebell. Nec quiſquam dixerit heredem priore teſtamento ſcriptum repelli poſſe exceptione doli quaſi non habeat voluntatem, ideò quòd ſecundum teſtamentum factum ſit. Quænam enim, obſecro, voluntatis coniectora capi poteſt ex poſteriore teſtamento quod inciſum & cancellatum fuit ea mente vt quod primum erat fieret vltimum? Certè ea mẽte inciſum fuiſſe neceſſe eſt, vt apertè Papinianus docet iis verbis, *ac ſupremas tabulas incidiſſet vt priores ſupremas relinqueret*. Nam ſi ea ſola poſterioris teſtamẽti incidẽdi cauſa proponeretur, quòd teſtatorem poſterioris quoq. voluntatis pœniteret vt in l. penult. C. de teſtam. non quia priores tabulas vellet ſupremas eſſe, aut ſi alia ratione poſterius teſtamentum valere deſiiſſet, putà, quòd iure militari factum eſſet, defuncto deinde poſt militiæ annum teſtatore, non valeret prius teſtamentum quod vtique ruptum eſſet, potiúſque ad cauſam inteſtati res rediret l. militis 36. §. vlt. de milit. teſtam. quia verum eſſet prius teſtamentum deſiiſſe valere, non ob id ſolùm quòd ſupremum eſſe deſiiſſet, verum etiam propter mutatam voluntatem priorem, translatámque in poſterius teſtamentum, ſiue ponas alium poſterioribus tabulis ſcriptum heredem quàm qui prioribus ſcriptus fuerat, ſiue eundem ipſum vt in l. Clodius 97. de acquir. hered. In eóque refert ſanè an teſtamentum ſublatum ſit per adrogationem, an per ſecũdum teſtamentum. Nam priore caſu perempto adrogationis vinculo viuo teſtatore, valet omnimodo teſtamentũ quod per adrogationem ſublatũ fuerat, ſolique ſupereſt illa quæſtio quæ cũ validitate teſtamẽti

Digitized by Google

nihil commune habet, An exceptione doli ſcriptus heres repelli debeat, néc ne. Poſteriore verò caſu nõ aliter valeut priores tabulæ, quã ſi poſteriores ideò inciſæ ſint à teſtatore vt is priores ſupremas faceret, non ſi ex qua alia cauſa vel inciſæ poſteriores, vel irritæ factæ ſint. Ex cõtrario fauorabilius alio reſpectu videri poteſt prius teſtamentũ quod ſublatũ fuerat per ſecundum poſtea inciſum & cancellatum, eo animo vt prius valeret quã quod per adrogationem poſteà extinctũ. Illud.n.ex ſola ſecũdi teſtamenti inciſione eo quo diximus animo facta confirmatũ intelligitur, nec ſpeciali alia vlla volũtatis declaratione opus eſt, quia cum factũ ipſum teſtatoris interueniat, quid intereſt verbiſne an factis voluntas eius declaretur? l. non ſolum 8. rem rat. hab. Hoc verò nõ aliter effectum habere poteſt, hoc eſt vt ex eo deferatur hereditas ſcripto heredi ita ne exceptione doli repellatur, quã ſi noua voluntas declaretur, aut codicillis aut aliis literis. Nẽpe quia cũ patriæ poteſtatis vinculũ quod per adrogationẽ cõtractum fuerat nõ facto aut volũtate adrogati ſed adrogatoris diſſoluatur, aut etiã naturali quodã ordine ſi adrogatoris factũ aut deportatio interueniat arg. l. filius 28. §. 1. de liber. & poſthu. nihil eſt ex quo ſumi poſſit indicium reuerſæ in fauorem heredis ſcripti voluntatis quæ per adrogationem abſceſſerat. Hactenus igitur recta eſt horum caſuum comparatio, quod vtroque caſu teſtamentum valet, quod ſublatum fuerat, vtroque caſu ex eo adiri poteſt hereditas iure ciuili, & hereditas peti: vtroque caſu ſecurus eſt heres vt non vereatur doli exceptionem: Hactenus autem ſunt diſſimiles quòd poteſt heres repelli exceptione ſi teſtator fuerit adrogatus, niſi poſt ſublatum adrogationis vinculum nouam ſuam declarauerit voluntatem, non item ſi ſecundum teſtamentum fecerit, quod poſteà cancellauerit. Quamquam enim omnimodo requirimus cancellatum eſſe ea mente vt prius valeret, atque ita hoc etiam caſu nouam quandam teſtatoris voluntatem deſideramus, eius tamen voluntatis probationem quamlibet admittimus, etiam quæ per teſtes fiat, aut quæ ex aliis indiciis quibuſcunque colligi poſſit, propter autoritatem ſcilicet facti concurrentis, id eſt cancellationis: nec ſpecialem vllam declarationem requirimus quæ per codicillos aut aliud literarum genus fiat, quàm apertè Papinianus requirit cùm adrogatio interceſſit. *Nec putauerit quiſquam*, inquit Pap. *nuda voluntate conſtitui teſtamentum. Non enim de iure teſtamenti quæritur*, quod certum eſt valere dict. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum de iur. codicil. *ſed de viribus exceptionis*, quæ ſcripti heredis ius labefactare poſſet ac infringere. Ea autẽ exceptio, *licet actori opponatur*, id eſt heredi ſcripto bonorum poſſeſſionẽ petenti, *æſtimatur tamẽ ex perſona eius qui opponit*, quia reus in exceptione actor eſt, vt proinde incũbat ei neceſſitas probandi voluntatis defectũ, qui porrò nullus eſſe poteſt cùm voluntas rediit. Rediiſſe verò voluntatẽ apparet nõ ſolùm ex inciſione poſterioris teſtamẽti cùm inciſum eſt ea mente vt prius valeret, ſed etiã ſi teſtator codicillis aut aliis literis eodem teſtamẽto mori ſe velle declarauit. Literis, inquã, nõ quinque teſtibus munitis, vt vulgò interpretatur (hæ ſiquidem codicillorum vim haberent, eorúmque iure cenſerẽtur arg. l. vlt. C. de iur. codicil.) ſed aliis quibuſlibet, etiã quæ vim codicillorum non habeant, de quibus in l. litteris 17. de iur. codicil. dummodò fides epiſtolæ cõſtet vt in l. vl. de lega. 2. Quamquam non ignoro in ea ſpecie deberi quæ in epiſtola relicta erant; non tanquam ex epiſtola, ſed tanquam ex teſtamento, propterea quod teſtamẽto cautum erat vt ſi quid obſignatum reperiretur, id vice codicillorum valeret. Quaſi obſignationis teſtator meminiſſet potiùs ne falſitatis committendæ materiam daret, quàm vt eas ſcripturas ſuas valere nollet quibus aliunde ac citrà obſignationem fides conſtaret, vt & in l. Diui 6. §. licet de iur. codicil. Sufficiet igitur fidem literis conſtare quibus teſtator declarauerit eodem ſe teſtamẽto mori velle, licet nec duobus teſtibus ſint munitæ: imò etſi nec ſubſcriptionẽ aut teſtatoris aut teſtiũ habeant, nec diem nec Conſulem arg. l. cùm tabernam 34. §. 1. de pignor. Nam cùm exceptio iſta æſtimetur ex perſona non actoris cui opponitur, ſed rei qui opponit, fruſtrà quæras quot teſtibus aut quibus modis probari debeat, aut veſtiri volũtas teſtatoris ne nuda ſit: habet ſiquidẽ heres fundatam, vt noſtri loquuntur intentionem ex teſtamento vtili, itémque voluntatem teſtatoris ex noua declaratione. Quin & nuda voluntas ſufficeret ad elidendam aut impediendam exceptionem quæ ſola voluntatis coniectura nitebatur, niſi verendum eſſet ne falſitatis occaſio inde caperetur, conquiſitis ac facilè repertis teſtibus qui dicerent eam teſtatoris voluntatem fuiſſe: propter quam cauſam requirit Papinianus vt per codicillos aliáſue literas quibus fides conſtet, ea voluntatis declaratio fiat. arg. l. Diuus 24. D. de milit. teſtam. Non idem eſt in ſpecie d. l. militis 36. §. veteranus cod. ti. vbi exceptionis vires ex perſona petentis non opponentis æſtimantur: quia non habebat ille pro ſe voluntatem teſtatoris, quam habet in ſpecie d. §. teſtamento, ſcriptus heres qui petit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Neque eſt, quòd quis obiiciat teſtamentum quod ſemel ruptum aut irritum factum eſt, poſteà refici debere vt valeat l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis in fin. de iniuſt. rup. d. l. militis 36. §. vlt. de milit. teſtam. Id enim ad illud teſtamentum pertinet quod mortis tempore valere non poteſt eo iure quo factum eſt: cuiuſmodi eſt teſtamentum militis deportati aut ad beſtias damnati, iure communi factum, quia ſolis militibus deportatis teſtari licèt, & quidem iure militari ex reſcripto Hadriani, vt lex ait. Itaque quod iure communi priùs factum fuerat ſi deportatione irritum factum ſit, dubitandum non eſt valere non poſſe, quia nec refici poſſet. Valebit tamẽ iure militari ex nuda voluntate, quoniã nuda quoque voluntas militis ſufficit ad teſtamẽtum militare, & vt legendum eſt in l. eius militis 34. §. vlt. de milit. teſtam. *voluntas quoque militis teſtamentum eſt*. At quod factum eſt à patrefamilias antè adrogationem, poſt ſolutam adrogationem perinde valet, atque antè adrogationem, & ſicut poſſet refici, ita & citrà refectionem ſubſiſtit quaſi nunquam factum irritum, ſi modò quibuſcunque modis probetur rediiſſe voluntatem quæ per adrogationem abſceſſerat. Etſi enim cùm de heredis ſcripti perſona agitur duo potiſſimùm tempora ſpectanda ſunt, teſtamenti ſcilicet & mortis, ne addam tertium aditæ hereditatis in extraneis heredibus, vt initio capitis dixi, cùm tamen de ipſius teſtatoris perſona diſputatur, ſufficit teſtamenti tempore habuiſſe eum teſtamenti factionem vt teſtamentum valeat, licèt poſteà habere deſierit: idque tam iure ciuili quàm Prætorio, dummodò talis perſona ſit, quæ cum teſtamento poſſit decedere, vt euenit in teſtamento eius qui poſteà vel furioſus, vel prodigus, vel mutus factus eſt l. is cui lege 18. qui teſtam. facer. poſſ. d. leg. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum de iur. codicil. leg. 1. §. ſi quis autem de bon. poſſeſſ. ſecund. tabul. Dixi *dummodò talis perſona ſit quæ cum teſtamento*

poſſet

poßit decedere, quia ſi teſtator ob eam cauſam teſtamenti ſactionem amiſerit, quòd cum teſtamento decedere nequeat, puta quod filiusfamilias factus ſit, aut ſeruus ſiue hominis, ſiue pœnæ, aut etiam deportatus, certum eſt teſtamentum prorſus irritum fieri, ſi in ea condicione moriatur is qui teſtatus fuerat. Sed ſi mortis tempore teſtamenti factionem habeat, indiſtinctè verum eſt teſtamentum quod ab initio valuit, etiamnum valere, quaſi nunquam factum irritum, vt media tempora quæ non nocent heredi, multò minùs noceant teſtatori. Quamquam & illud, meo iudicio, dici poteſt differre hac parte, ſi ſubtiliùs agere velimus, teſtamentum ruptum ab eo quod irritum factum eſt. Nam quod ſemel ruptum fuit, id refici prorſus neceſſe eſt, nec fieri poteſt vt poſtea valeat ex nuda voluntate, cuiuſmodi illud eſt in quo præteritus eſt poſthumus viuo teſtatore natus. Quamuis enim poſthumus hic eodem teſtatore viuo deceſſerit, teſtamentum tamen nec iure ciuili conualeſcit, nec æquitate Prætoria, ſed hactenus duntaxat vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ſeptem teſtium ſignis ſignatas quæ ſine re eſſe deberet, ſit cum re ex reſcripto Hadriani l. poſthumus 12. de iniuſt. rupt. quia implicat contradictionem vt teſtamentum vllo modo aut tempore valeat quod ſemel ruptum eſt. At teſtamentum quod per ſuperuenientem capitis diminutionem irritum factum fuit (irriti appellatione ſpecialiter ſumpta, non generaliter §. hoc autem caſu Iuſtit. quib. mod. teſtam. infirm.) non ſolùm facilè conualeſcit, ſed, vt meliùs loquar, ceſſante cauſa quæ faciebat irritum & valet, & ſemper valuiſſe intelligitur, nec nouo teſtamento opus eſt. Nimirum quoniam ratio illa quæ faciebat irritum non ius ipſum teſtamenti reſpiciebat, ſed tantùm perſonam teſtatoris aut eius voluntatem. Perſona igitur aut voluntate redintegrata nihil ſupereſt quod impediat quominùs & nunc teſtamentum valeat, & ſemper valuerit. Itaque quamuis rupta teſtamenta, & quæ ab initio iniuſta ſunt irrita dici poſſint, hæc quidem eſſe, illa autem fieri dicto §. hoc autem caſu: non perinde tamen ea quæ nos ſpeciali nomine irrita appellamus, poſſis rupta dicere, quia cum eorum iure nihil commune habet teſtatoris noua voluntas, immutatáque condicio. Quare & veriùs & elegantiùs ſublata dicuntur, quia fieri poteſt vt idem teſtamentũ valeat & ſublatum ſit. Tollitur enim non cùm teſtator non vult valere (nam in teſtatoris arbitrio nõ eſt facere vt non valeat iure teſtamẽtum quod ritè & ſolenniter factum eſt l. nemo poteſt de legat. j.) ſed cùm teſtator nõ vult in ea voluntate decedere, quod fit quoties prius teſtamentum incidit, aut poſt id factum dat ſe in adrogationem: aut cùm non poteſt eo teſtamento decedere, quod contingit, cùm vel deportatus eſt, vel filiusfamilias, aut ſeruus effectus. In eámque rem textus eſt perelegãs, & ad quæſtionem noſtram accommodatiſſimus, in d. §. ſi poſt factũ, vbi Paulus ait teſtamentum illius qui poſteà adrogatus eſt ſublatum eſſe, & nihilominus valere, vt oſtendat non eſſe hæc contraria. Nec obſtat quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt per poſterius teſtamentum quod ritè perfectum ſit prius rumpi l. ſi filius 7. de liber. & poſthum. l. j. & 2. l. 3. §. ſed etſi ſit l. ſi benè 11. de iniuſt. rupt. l. pater 54. de hered. inſti. adeóque ipſo iure d. l. ſancimus, id eſt quamuis prioris teſtamenti mentio nulla facta ſit. Id enim ita verum eſt ſi generaliùs rupti nomen accipias, vt ruptum intelligas quodcunque nec ab initio inutile nec poſteà ex teſtatoris perſona irritum factum eſt, aut ob non aditam hereditatem, vt in diuiſione illa teſtamentorum, de qua Papinianus in d. l. j. de iniuſt. rupt. Alioqui magis propriè & puriùs loquendo ſublatum dicendum eſt non ruptum, vt & Marcianus loquitur in d. l. ſi quis priore 29. ad Trebell. & Iuſtin. in d. l. ſancimus. Aut ſi ruptum malis dicere, fateri tamen neceſſe eſt ruptum ex ea cauſa quæ tollat potiùs quàm perimat ius ipſum teſtamenti. Nempe quia nemo poteſt cum duobus teſtamentis decedere, non magis quam cum duabus ſupremis voluntatibus l. j. §. 1. de bonor. poſ. ſecund. tabul. Cæterùm incide poſtremas tabulas vt eas quę priores erant facias ſupremas, vt apud Papinianum in d. §. teſtamento. Priores hoc ipſo valebunt quòd ſupremę fient, quia, quòd ad eorum ius & ſubſtantiam attinet, nihil accidit propter quod infirmari debeant quę ſemper valuerunt, tametſi per poſteriores ſublatæ fuerint toto eo tẽpore quo poſteriores conſtiterunt. Quod diſſimile eſt cùm poſthumus naſcitur qui fuerat præteritus, quia ab eo tempore perinde incipit teſtamentum inutile eſſe & iniuſtum, ac ſi filius tempore teſtamenti iam natus & præteritus fuiſſet, cùm quandocunque natus eius loco eſſe incipiat qui ſuperſtes fuit l. ſi primo 8 de liber. & poſthum. Errant verò peregregiè, vt hoc etiam addamus, qui putant Papiniani ſententiam in d. §. teſtamento, in fine, illam eſſe: vt ſi heredi ſcripto petenti bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, obijciatur teſtamentum non valere, vtiliter replicetur de ſubſecutis codicillis, non vt ipſo iure, inquiunt, teſtamentum valeat, ſed vt defendatur voluntas per fideicommiſſum quaſi defunctus ad cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim teſtamenti traxerit arg. l. quærebatur 19. de milit. teſtam. Nam imò verò Papiniani ſententia eſt teſtamentum hoc ipſo iure valere, cùm & nulla ſecuta declaratione nouæ voluntatis vſque adeò valeat ipſo iure vt ad repellendum heredem ſcriptum exceptio doli neceſſaria ſit. Nec requirit Papin declaratam eſſe voluntatem codicillis, aut alia ſimili ſcriptura quæ codicillorum vim habeat ſed quibuſcunque literis, vt diximus, dummodò iis fides conſtet. Longéque alia ſpecies eſt d. l. quærebatur. In qua tamen obſerua Triboniani eſſe verba illa, *ſi hoc ſpecialiter expreſſerit*. Nam cùm poſſit miles cum duobus teſtamentis decedere, nil neceſſe eſt ad vtriuſque validitatem vt miles exprimat velle ſe vtrumque valere, vt apparet ex eadem lege verſic. Secundùm hæc l. Centurio 27. l. militis 36. §. j. eod. Quàm verò male & imperitè hæc omnia ab Accurſio, Bartolo aliiſq; e interpretibus explicentur, tam apertum eſt ex eorum commentariis, vt nihil, iudicio meo, ſit apertius.

Inſignis Triboniani error in §. non tamen Inſti. quib. mod. teſtam. infirm.

CAPVT XIX.

OStendunt ea quæ ſuperiore capite diximus erraſſe grauiter Tribonianum in §. non tamen Inſti. quib. mod. teſtam. infirm. vbi ſcribit teſtamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta ſunt nõ per omnia eſſe inutilia, ſed ſi ſeptem teſtium ſignis ſint ſignata poſſe ſcriptum heredem ſecundùm tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſi modò & ciuis Romanus & ſuæ poteſtatis defunctus fuerit mortis tempore. Nam, inquit, ſi idcò irritum factum ſit teſtamentum, quia ciuitatem vel libertatem amiſerit, aut quia in adoptionem ſe dedit & mortis tẽpore in adoptiui patris poteſtate ſit, non poteſt ſcriptus heres ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem petere. Quibus verbis ſignificare videtur differre hac parte ius Prætorium à ciuili, nec omninum capitis diminu-

Digitized by Google

t oñum eandem rationem eſſe. Vtrumque malè. Nulla enim hîc differentia eſt inter ius ciuile & Prætorium, cùm perinde exigat Prætor, vt is cuius bonorum poſſeſſio datur vtroque tempore ius teſtamenti faciendi habuerit & cùm facit teſtamentū & cùm moritur: medio autē tempore an habuerit necne non quærit, quia nec ius ciuile quærit l.j.§. exigit de bon.poſſ.ſecund.tabul. Quòd ſi poſt teſtamētum factum amiſerit teſtator factionem teſtamenti non quod nō poſſit cū teſtamēto decedere, ſed quia teſtamentum facere poſſe deſierit, puta propter furorem aut interdictionem aliamue ſimilem cauſam, quæ ſuperuenerit, dat Prætor bonorum poſſeſſionē ex teſtamento antè facto, quia & iure ciuili teſtamentum valet adirique ex eo hereditas poſſet. §. ſi quis autem eadem lege. Denique ſecundùm tabulas quæ ipſo iure non valent aut ruptæ vel irritæ factæ ſunt, quia tabularum nomen non merentur, nunquam dat Prætor bonorum poſſeſſionem quæ ſit cū re, vt pluribus docuimus in interpretatione l. ſilio præterito 17. de iniuſt.rupt. niſi cùm is ipſe inſtitutus eſt qui rē ab inteſtato auferre poſſet. Hic enim licèt ſibi ipſi hereditatē ab inteſtato euincere videatur, vt ibidem diximus, rem tamē obtinet, perindéque legatis & fideicōmiſſis omnibus obligatur ac ſi tabulæ valerent, neque vlla in eam rem conſtitutione aut lege opus fuit l. poſthumus 12. verſic. idem & circa eod. tit. de iniuſt. rupt. Neque ex eo quod Papin. in l. qui ex liberis 11. §. teſtamento de bonor. poſſ. ſecund. tab. ponit ex huiuſmodi teſtamento quod per adrogationem irritum factum fuerat, petitā à ſcripto herede bonorū poſſeſſionē ſecūdùm tabulas, poſſis, niſi ineptiſſimè, cum noſtris cōcludere, Ergo nō poſſe ex eo adiri hereditatē. Cùm vt dixi ſuperiore capite, ex eo teſtamēto quod valet, ac ex quo adiri hereditas poteſt, nihil vetet, imò tātò faciliùs ſit peti bonorum poſſeſſionem ſecūdùm tabulas. Sed lōgè grauior alius Triboniani error eſt in eo, quòd ſic loquitur, quaſi multū interſit ex qua capitis diminutione irritū factum ſit teſtamentum: cùm tamen nihil reuera interſit. Etenim ſiue maxima interuenerit quæ & libertatem & ciuitatem adimit, ſiue media, quę ciuitatē tātùm, ſiue minima quę nihil niſi familiæ ſtatum immutat, teſtamentum fit irritum, ſed ita tamen vt ſi teſtator & ciuis Romanus ſit & ſuæ poteſtatis ſit cùm moritur, teſtamentum valeat & iure ciuili & Prætorio. Nec video inter quas ſpecies capitis diminutionis hanc differentiam poſſis conſtituere, niſi fortè inter adrogationem & emancipationem. Sed neque hoc facere poſſis. Nam cùm filiusfamilias teſtamentum facere nequeat, nemo dixerit filiifamilias emancipatione irritum fieri eius teſtamētum, quod vel nunquam fuerit, vel ſi fuit, nunquam valuerit. Et conſequenter nullo caſu locum habere poteſt, quod ſcriptum eſt in priore parte d.§. non tamen, ex teſtamento quod per capitis diminutionem irritum factum ſit poſſe bonorum poſſeſſionem peti ſecundùm tabulas, ſi modò talis diminutio interuenerit, quæ tamen non faciat, quin teſtator & ciuis Romanus & ſuæ poteſtatis fuerit mortis tempore. Nulla ſiquidem capitis diminutio eſt, quæ non aut libertatem adimat, aut ciuitatem aut ſui iuris poteſtatem, præter emancipationem, quæ cùm interuenit nulla, vt diximus, de filiifamilias teſtamento poteſt incidere quæſtio. Igitur quod ſcriptum eſt adrogatione aut alia capitis diminutione quæ teſtatori contigerit irritum fieri teſtamentum, ita accipiendum eſt, vt ſi mortis tempore teſtator vel ſeruus vel deportatus, vel in alterius poteſtate conſtitutus reperiatur, teſtamentum nec iure ciuili valeat, nec Prætorio, vt ex eo neque adiri hereditas, neque bonorum poſſeſſio peti poſſit. Si verò mortis tempore & ciuis Romanus & ſui iuris factus inueniatur, qui poſt teſtamentum vel deportatus, vel alieni iuris factus fuerat, teſtamentum & iure ciuili valeat & Prætorio, dict. §. teſtamento l. 6.§.penultim.de iniuſt. rupt. & irrito facto teſtamento l.conficiuntur 8. §. ſi poſt factum de iur. codicill. Media námque tempora, vt ſuperiore capite ſcripſimus, nullo iure nocent. Quæ cùm ita ſint, mirari ſæpe mihi contigit quid illud ſit, quod de irrito teſtamento Vlpianus ſcribit in §. idem & circa d. l. poſthumus 12. de iniuſt. rupt. idem circa irritum quod circa iniuſtum teſtamentum admitti debere vt heres inſtitutus legata & fideicommiſſa omnia præſtare teneatur ſi bonorum poſſeſſionem acceperit is qui rem ab inteſtato auferre poteſt. Neque enim dubito quin de ſola bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas is locus intelligi debeat de qua etiam agitur in prima legis parte. Porrò bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ex teſtamento irrito nō cōpetit ſi teſtator mortis ſuæ tempore aut ciuis Romanus aut ſui iuris non fuit, multóque minùs eo caſu de legatis aut fideicommiſſis quærendum eſt, cùm neque legata neque fideicommiſſa relinquere poſſit is qui teſtari non poteſt. Sin ponimus & ciuem Romanum & ſui iuris deceſſiſſe teſtatorem qui medio tempore capitis diminutionem paſſus fuerat, quid eſt, obſecro, quod vel ad Prætoris auxilium in danda bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas confugiamus vel diſtinguamus an extraneus heres ſcriptus ſit an legitimus, vel denique de legatorum & fideicommiſſorum iure dubitemus, cùm certiſſimi iuris ſit valere illo caſu teſtamentum ex eóque adiri etiam iure ciuili hereditatem poſſe? Quæ res Alciatum fortaſſis mouit vt ſcriberet lib.3.paradox.cap.8. non tam generaliter Vlpianum intelligi debere vt de irrito quolibet teſtamento ſentiat, ſed de illo duntaxat quod magis ſpecialiter irritum ſolemus dicere ex quo non ſit adita hereditas l.j.de iniuſt.rupt. In quo tamen labitur imperitiſſimè, quia non poteſt dici teſtamentum deſtitutum, nec proinde irritum, ex quo petita ſit bonorum poſſeſſio, quando & qui bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas agnouit heredis teſtamentarij loco eſt, & ea agnitio inducit etiam geſtionem pro herede ad acquirendam iure ciuili hereditatem, cùm teſtamentum tale eſt ex quo iure ciuili acquiri hereditas poteſt. Gerit enim pro herede quiſquis aliquid facit tanquam heres & animo acquirendę hereditatis, vulg. l. gerit 88. & l. pro herede 20. de acquir. hered. Itaque cogor dicere quod ante me fortaſſis nemo dixit, intelligendum quidem Vlpianum de teſtamento quod per capitis diminutionem irritum factum ſit, ſed non de qualibet capitis diminutione, at de illa duntaxat quæ adrogationem contigerit, quæ licèt id commune cum cæteris habeat, quod & irritum facit teſtamentum (adeò vt neque adiri ex eo hereditas neque bonorum poſſeſſio peti poſſit ſi teſtator in eodem ſtatu deceſſerit) & rurſus teſtamentum valere patitur ſi teſtator mortis tempore ſui iuris factus inueniatur: habet tamen hoc ſpeciale, quod illo etiam caſu quo teſtamentum valere patitur, inducit doli exceptionem ad repellendum heredem ſcriptum ſi ex teſtamento hereditatem vindicare velit aut bonorum poſſeſſionē petere, propterea quòd non habeat defuncti voluntatem, qui dando ſe in adrogationem haud dubiè fortunas ſuas omnes cum

capite

Digitized by Google

capite in alienam familiam tranſtuliſſe, heredique ſuo ademiſſe intelligitur, vt in ſuperioribus docuimus ex Papiniano in d. §. teſtamento. Cæterùm ea doli exceptio non niſi legitimis heredibus accommodari poteſt. Inde igitur fit, vt ſi idem ſit heres ſcriptus, qui & legitimus, exceptio doli locum habere nequeat, ob idq; æquiſſimum ſit petita per eum bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas legata & fideicommiſſa conſeruari, cùm neq; de teſtamenti neq; de vllius exceptionis viribus diſputari eo caſu oporteat, quamuis ea ſit ratio dubitandi, quod per adrogationem à tota volũtate receſſiſſe teſtator videbatur, quæ porrò voluntas nunquam redierat, nulla poſt finitam adrogationem ſecuta noua declaratione. Et ſanè ſi inſtitutus extraneus proponeretur, ratio illa faceret vt neque legata neq; fideicommiſſa vlla deberentur, quia licèt teſtamentũ eo quoque caſu valeret, exceptioni tamen doli locus eſſet, quæ impediret ne bonorũ poſſeſſio ſecundum tabulas quam heres ſcriptus accepiſſet, cum re eſſe poſſet d. §. teſtamento. Iam autẽ docuimus ad d. l. filio præterito, & ad d. l. poſthumus, ex ea bonorum poſſeſſione ſecundũ tabulas, quæ ſit ſine re, nullam naſci obligationẽ præſtãdorum legatorũ aut fideicõmiſſorum quæ teſtamẽto relicta ſint. At in aliis ſpeciebus capitis diminutionis irritiq; teſtamẽti, quoniam ſic cõparatum eſt vt vel prorſus irritũ ſit teſtamẽtum, durãte ſcilicet in mortis vſq; tẽpus diminutione, vel finita ea omnino cõualeſcat abſque metu vllius exceptionis, nõn diſtinguimus an extraneus an legitimus heres inſtitutus ſit, ſiue de heredis inſtitutione ipſa, ſiue de legatis & fideicommiſſis diſputemus, ſed quiſquis ille ſit qui ſcriptus eſt, teſtamẽtum, omniáque in ipſo contẽnta vel defendimus etiam ex iuris ciuilis aſperitate ſi mortis tempore teſtator & ciuis Romanus & ſui iuris eſſe cœperit, vel improbamus ſi in eodem ſtatu minuti capitis deceſſerit, nullo hoc caſu loco relicto æquitati Prætoriæ. Atque ita accipiendum etiam videtur quod Vlpianus in Titulis ſcribit tit. 23. §. ſi ſeptem quod attinet ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas à Prętore dandam ex teſtamento irrito quod ſeptem teſtium ſignis ſignatum proponatur. De iniuſto & rupto ſcripſimus iam ſatis in ſuperioribus.

Aliud Triboniani facinus in §. ſi factum l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.

CAP. XX.

SVbtilis quæſtio eſt, De codicillis ab eo factis qui poſt teſtamentum dederat ſe adrogandum, deinde paterfamilias effectus ſuiq; iuris deceſſerat, an valere poſſint. Eã quęſtionẽ Paulus tractat in l. cõficiũtur 8. §. ſi poſt factum D. de iur. codicill. ſed ita tamẽ vt cùm probet rationẽ optima & neceſſaria fieri nõ poſſe vt huiuſmodi codicilli valeant, dilutis etiam obiectionibus quibus in cõtrariam ſententiam moueri quis poſſet, concludat nihilominus valere: nulla eius rei adducta ratione, ſed tantùm ſimilitudine & comparatione quadam, omnino, vt oſtendemus, inepta & falſa. Quæ res me mouet, vt iuris rationem pro certa perpetuáque regula habens, id ſolùm Pauli eſſe putem quod iuri conuenit, cætera quæ à iure manifeſtiſſimè abhorrẽt Triboniani potiùs adſcribam & inſcitiæ & audacię. Dico autem, defendi nullomodo poſſe codicillos quos paterfamilias poſt teſtamentum adrogatus in adrogatione fecit, tametſi poſteà ſui iuris deceſſiſſe proponatur. Repugnat enim certiſſima & euidentiſſima illa iuris ratio, quæ non aliter codicillos teſtamento confirmari patitur, quam ſi eo tempore facti ſint quo teſtamenti factionem teſtator habuerit. l. Diui 6. §. penult. l. quædam 7. d. l. conficiuntur 8. §. codicilli, eod. tit. Dubitationis cauſa ſanè illa erat quam & Paulus exprimit, quod valeret teſtamentum antè adrogationem factum, quia ſublato adrogationis vinculo teſtator paterfamilias deceſſerat. Sed decidẽdi ratio fortior eſt quæ ſtatim apud Paulum ſequitur, *ſed eo tempore eos fecit quo teſtamenti factionem non habuit.* Ac quoniam non inſubtiliter obiicere quis poterat, neque mutum habere teſtamenti factionem (quia nec nuncupare heredem poteſt nec teſtes accire aut rogare, vt in titulis Vlpianus ſcribit tit. 20. de teſtam. §. mutus, l. qui in poteſtate 6. §. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ. ad Iuſtiniani vſque tempora, qui nouum hac parte ius induxit in l. diſcretis 10. C. qui teſtam. facer. poſſ) & tamen valere codicillos quos ipſe eo tempore conſcripſerit quaſi priore teſtamento confirmatos: diluit Paulus obiectionem his verbis, *nec ſimilis eſt muto, qui rectè codicillos confirmauerit.* Diſſimilitudinis verò rationem perlegimtem mox hanc ſubiicit, *Licèt enim is teſtamentum facere non poſſit, tamen teſtamentum quod antè fecerat in eodem ſtatu eſt: Huius autem teſtamentũ ſublatum eſt:* Vt oſtẽdat ad confirmationẽ codicillorum non illud quidem præciſè requiri, vt eo tempore quo fiunt codicilli, habuerit teſtator factionem teſtamenti, ſi prius teſtamentum ſubſiſtat, ſed requiri tamen cùm prius teſtamentum eo tempore ſublatum eſt. Neque enim fieri vlla ratione poteſt vt codicilli eo tempore facti quo teſtator factionem teſtamenti non habuit confirmentur ex anteriore teſtamento, quod tunc quoque ſublatum ſit, licèt nihilominus teſtamentum in ſe valeat. Igitur codicillos iſtos valere nemo præter Tribonianum auſit dicere. Quæ autem ſequitur ratio, Triboniani facinus & inſcitiam prodit apertiùs: Sic enim ille: *nam etſi poſthumus, natus ruperit teſtamentum, & deceſſerit, nihilominus codicilli valent.* Ab obſcuro ad obſcurius; ab abſurdo ad abſurdius. Nam cùm teſtamentum in quo præteritus fuit poſthumus, per eius agnationem ſic rumpatur, vt ex iuris ratione nullomodo conualeſcere queat, nec ſi poſthumus qui rupit, viuo teſtatore deceſſerit d. l. poſthumus 12. de iniuſt. rupt. conſequens eſt vt omnimodo refici teſtamentum debeat: Ergo nec codicilli valere poſſunt vt ex eo vires accipiant, ſiue facti ſint antè poſthumi natiuitatem l. ab inteſtato 19. & l. penul. eod. ti. ſiue poſt ruptum teſtamentum, de quibus ſanè locus hic intelligi debet quẽ tractamus, vt accommodata ſit ſpecies ad eam de qua quærebatur. Atqui, inquies, ſi poſthumus qui teſtamẽtum rupit viuo teſtatore deceſſerit, teſtamentũ ex Hadriani conſtitutione cõfirmatur hactenus vt ex eo petì poſſit bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas d. l. poſthumus. Sic enim noſtri ad eum locum. Et hoc nimirũ eſt quod præcipitem egit Tribonianum, non animaduertentem quod nos docuimus ad d. leg. poſthumus; imò Hadriani reſcripto nec factum eſſe, nec fieri potuiſſe vt confirmetur teſtamentum quod ſemel agnatione poſthumi ruptum eſt, licèt poſthumus ille viuo teſtatore deceſſerit, ſed illud tantùm conſtitutum vt ea bonorum poſſeſſio quam ex perpetuo Prætoris edicto iuréque ordinario accipere heres poterat ſecundùm tabulas teſtamenti quantumuis iniuſti aut rupti, dummodò ſeptem teſtium ſignis ſignatas, eſſet cum re quæ alioqui ſine re futura erat, legitimo herede ius ſuum ab inteſtato exequente. Sed & obſeruare Tribonianus debuerat aliam prorſus hac parte rationem eſſe teſtamenti, aliam codicillorum. Neque enim ſicuti bonorum

poſſeſſiō datur ſecūdùm tabulas teſtamenti, ita poſſis dicere dari bonorum poſſeſſionem ſecundùm codicillos. Nam quis vnquam id vel dixit, vel ab alio dictum audiit? Nec ad rem pertinet, quòd data bonorum poſſeſſione ſecūdùm huiuſmodi tabulas quibus præteritus fuerat poſthumus, viuo adhuc patre natus deinde & mortuus, valent legata & fideicommiſſa omnia iiſdem tabulis relicta. Id enim quam rationem habeat, diximus ad d.l. poſthumus, & ad d.l. filio præterito: neque verò recta eſt conſecutio à legatis & fideicommiſſis in eodem teſtamento relictis ad codicillos extrà teſtamentum factos & eo tempore quo iam ruptum erat teſtamentum, quamuis eodem tempore teſtamenti factionem pater habuiſſet. Nec rurſus obſtat quod quæcunque in codicillis ſcribuntur eodem iure cenſentur quo ſi ſcripta eſſent in teſtamento l.2. §. codicillorum eod. Id enim tum verum, cùm & teſtamentum eo tempore valet quo ſcribuntur codicilli, & eo tempore teſtamenti quoque factionem teſtator habuit d. l. quædã. At cùm agnatione poſthumi ruptum eſt teſtamentum, licèt teſtamenti factionem eo tempore teſtator habeat, prius tamen teſtamentum non valet, quod iam ruptum eſt. Ex quo illud etiam apparet, non eſſe ſimile exemplum illud de teſtamento rupto per agnationẽ poſthumi, quod Tribonianus adducit, vt probet valere codicillos factos ab adrogato qui ſui iuris deceſſerit. Nam cùm teſtamentum agnatione ruptum eſt licèt difficiliùs conualeſcat quia ruptum eſt, quàm ſi duntaxat ſublatum eſſet, eo tamen faciliùs admitti poſſet codicillos valere, quòd teſtamenti factionem eo tempore pater habuiſſet. In illo autẽ caſu de quo Paulus diſputat, hoc eſt eũ in adrogatione codicillos facit is, qui antè codicillos fecerat, duplex impedimentum eſt ne codicilli valere poſſint, & quia eo tẽpore ſublatũ eſt (quid verò refert an ſublatum ſit an ruptum vt ex eo nullas vires accipere codicilli poſſint?) & quia teſtamenti factionem eo tempore adrogatus non habeat. Quin & aliquando cōtingit, vt codicilli teſtamento confirmentur, nec tamen teſtamenti ſed codicillorum tempus ſpectetur, vt in codicillis poſt militiam factis ab eo qui & in militia teſtatus, & intra annum miſſionis mortuus eſt l. ſi certatum 17. §. vl. de milij. teſtam. l. ſi poſt miſſionem 17. D. ad leg. Falcid. Quanto igitur magis codicillorum tempus ſpectandum erit, cùm teſtamento confirmari nō poſſunt, quod euenit quoties teſtamentũ aut ruptũ aut ſublatum fuit? Addit Paulus, *& de alienis quodammodo rebus teſtatur*, quia licèt hereditas ſit nomẽ iuris & ibi etiã eſſe intelligatur vbi nulla ſunt bona l.1. de bonor. poſſeſſ. fieri tamen nequit vt eius qui non ſolùm bona nulla habet ſed nec habere poteſt, cuiuſmodi eſt qui in adrogatoris tranſiit familiam & poteſtatem, vlla hereditas eſſe exiſtimetur l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. ſubſtit. Quam etiam rationem ſoleo reddere, cur non valeat donatio bonorum omnium præſentium, & futurorum, valeat autem præſentium duntaxat licèt omnium. Nam quæ præſentium tantùm eſt, non tollit teſtandi & habendi heredis facultatem cùm homo natus capax acquiſitionis, & ad acquirendum, ob idque nudus, poſſit ſibi adquirere non ſolùm quandiu viuit, ſed illo etiam inſtanti quo mori incipit, ea ſaltem quæ ignoranti acquiruntur, cuiuſmodi ſunt legata & fideicommiſſa leg. cùm pater 77. §. ſurdo de legat. 2. Quæ verò futura quoque bona comprehendit, adimit prorſus habendi heredis & conſequenter teſtandi poteſtatem, quia facit vt donator nec bona ſibi vlla habeat nec habere vnquam poſſit.

VIRO

VIRO CLARISSIMO ANASTASIO GERMONIO ARCHIDIACONO TAVRINENSI, SERENISS. VRBINATVM DVCIS CONSILIARIO ET Oratori diſertiſſimo.

ANTONIVS FABER S. D.

VEteris mutuæque neceſſitudinis noſtræ ſuauiſſima recordatio iam pridem poſtulabat, clariſſime Germoni, vt qui abs te conſtanter vnicéque amari me intelligerem, viciſſim tibi præſtarem aliquid, quod mirificam, & ſingularem animi erga te mei propenſionem, ſi minùs magnificè, ſaltem candidè atque ingenuè teſtaretur. Quid verò à me proficiſci tale potuit, niſi ſi quid ex intimis iuriſprudentiæ noſtræ ſtudus depromerem, in quibus ſcio non te ſolùm, ſed me etiam tantopere tibi placere? Quamquam id vnũ iamdiu cogitanti & ambienti mihi occurrebat, quæ me remoraretur ſcriptorum tuorum comparatio, ex qua non obſcurè perſpicerem quàm eſſent hæc parum digna, probare quæ deberes. Non quòd aliena ſint ab eo ſcribendi genere quod tibi maximè probatur (quid enim habes, aut vnquam habuiſti antiquius, quàm vt veterem illam iuriſprudentiæ dignitatem tot ſeculorum & interpretum barbarie miſerè conſpurcatam diſiectámque priſtino decori ſuo, quoad poſſes, reſtitueres, ac veluti quodam poſtliminij iure in ſedes patrias reuocares?) Sed quia video quã ſint tenuia & ieiuna ſi cum tuis conferantur, non minùs ſententiarũ grauitate & verborum delectu ponderoſis, quàm ſcientiarum omnium mira varietate qua redundant vndique, luculentis. Nam quid obſecro duobus illis animaduerſionum tuarum libris ſcribi potuit accuratius? Quid tuis in Decretales paratitlis aut vtilius aut emẽdatius? Quid denique, vt cætera taceam, toto illo tractatu quẽ de ſacrorum immunitatibus nuper edidiſti ſubtilius, eruditius, præclarius? Deus bone, quantam mihi totíque reipublicæ literariæ commouent iſta expectationem ſeptimi Decretalium libri, cuius compilandi, concinnandi, & interpretandi curam poſteriores PP. eruditionis tuæ apprimè conſcij tibi vni creditam eſſe voluerunt! Quàm magnum & excellens opus illud futurum eſt, in quo elaborãdo, vt ſcribis, omnes & ingenij & animi tui neruos adhibes, ſi quantum in eam rem diligentiæ ac induſtriæ collaturus es, tantum tibi datura eſt ocij dignitas tua. Sed ridiculus ſanè ſum ſi tua oſtento vt mea rideas, aut parũ ingenuus, ſi te laudo vt par pari referas quod me tulilet. Itaque prætperibo tacitus reliqua, quæ ſi vt cuperem, in nominis tui commendationem cumulare vellem, non magis tua mihi quàm mea obſtaret modeſtia, quando arctiſſimæ neceſſitudinis noſtræ iura ſic ferunt, vt non minùs mihi tecum laudem tuam communem eſſe putare debeam, quàm cætera ſunt omnia, quæ amicitiæ vinculo & ſocietate continentur. Ciuitate Romana honorificentiſſimè donatum te qui ſciunt, & ex tanto ciuium Romanorum numero in ampliſſimo totius terrarum orbis theatro à Sereniſſimo Vrbinatum Duce vnum electum quem ille ſuum oratorem haberet, ſatis ex eo intelligunt, quanta virtutibus meritíſque tuis laus ab optimo & eruditiſſimo quoque debeatur. Mihi verò egregia & præcipua illa fuerit, ſi tibi ſtudium in te meum, ſtudíque hæc qualiſcunque teſtatio probabitur. Quod etiamſi non peterem, tua tamen erga me voluntas, & quæ in omnes humanitas eſt, pro me ſatis poſtulatura videretur, & ſuo propemodum iure impetratura. Bene vale vir clariſſime, & me quod facis ama. Ex vrbe Camber. 6. Idib. Decemb. 1595.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS:

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER VNDECIMVS.

Ex pluribus correis debendi non ſemper pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit.

CAPVT I.

PERVVLGATA eſt, nec minùs in foro quàm in ſcholis frequens illa noſtrorum vox, Pluribus correis debendi factis, ſemper habendum pro fideiuſſore eum ad quem pecunia non peruenerit, ob idque dandam illi exceptionem non factæ excuſſionis quæ ex nouo iure fideiuſſoribus competit, vt non prius conueniatur quàm appareat rem ab eo ſeruari non poſſe ad quem pecunia peruenit. Sic enim Bartolus ab aliis approbatus *in l.3.§.vbi duo.num.15.de duob.reis.* Addens quod magis mirum eſt, idipſum iam olim obtinuiſſe, ſi modò paratum ſe diceret is ad quem pecunia non peruenerat vt periculo ſuo alius conueniretur, qui lucrum ex obligatione ſenſiſſet. Ex *l.vnde quæritur 7. inuict. §.vltim. l.5. D.commod.* vbi Vlpianus tractans de commodato quod pluribus factum ſit, ait ſingulos & dolum & culpam & diligentiam & cuſtodiam præſtare in totum debere. Vt duo quodammodo rei habeantur, &, ſi alter conuentus præſtiterit, liberet alterum. Sin res commodata furto ſubtracta ſit, ambobus quidem actio furti competat, ſed ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur. Vnde quærit, ſi alter ſolus furti egerit an ipſe ſolus commodati actione debeat conueniri. Et ait ex Celſi ſententia, ſi alter conueniatur qui furti non egit, & paratus ſit periculo ſuo conueniri, alterum qui furti agendo lucrum ſenſit ex re commodata, debere eum audiri & abſolui. Quò etiam pertinere Baldus credidit quod ex Labeone ſcriptum legimus *in l. cùm in plures 60. §. veſtimenta. D. locat.* Si veſtimenta tua fulloni polienda dederas quæ is perdiderit, poſſe quidem tibi ex locato cum fullone actionem cõpetere, ſed iudicem æſtimaturum an aduerſus furem magis agere poſſis & ab eo tuas res conſequi, fullonis videlicet ſumptibus vt non priùs tibi fullonem condemnet, quàm perſpexerit non poſſe te à fure res tuas conſequi. Addit Bartolus exemplum tutorum, in quibus conſtat receptum eſſe vt licet plures ſimul tutelam ſuſceperint, prior tamen conueniatur is qui geſſit ſi ſit ſoluendo, quoniam ad eum maximè negotium ſpectare intelligitur *l.tres tutores §. 1. de admin. tutor. l.vlt. C.de diuid. tutel. l.vltim. C. ſi tut. non geſſer.* Sunt etiam qui in eandem ſententiam adferant quod ſcriptum eſt *in l. item ſi filiusfamilias 7. alias l. ſed Iulianus §. idem ait. D. de S.C. Maced.* Si duos reos accepero filiumfamilias, & Titium cùm ad filiumfamilias eſſet peruentura pecunia. Ideò autem reum Titium acceperim ne quaſi fideiuſſor ſenatuſconſulti auxilio vteretur, vtilem eſſe exceptionem aduerſus fraudem. Item quod Africanus reſpondit *in l. vir vxori 17.§.vltim. ad S.C.Vellcian.* Si mulier & Titius cùm in rem communem mutuarentur, eiuſdem pecuniæ rei facti ſint, mulierem pro ea parte pecuniæ quæ in rem Titij verſa eſt intercesſiſſe videri, ideóque creditorem ſi ab ea totum petat Senatuſconſulti exceptione pro illa parte ſummoueri debere. Mihi verò traditio iſta ſemper ſuſpecta & falſa eſſe viſa eſt. Nihil.n.dici poteſt tã contrariũ obligationi correorũ debẽdi, quã vt excuti vnũ oporteat priuſquã aduerſus alterum agi poſſit *leg. decem 116. de verbor. obligat.* Siquidem non aliter poſſunt fieri correi debendi quã ſi ſinguli non ſolùm in ſolidum obligentur, ſed etiam æquè principaliter, ac ita vt nulla prorſus obligationum ſit differentia *l.2. & 3. leg. ſi reus 13. & paſſ. D. de duob. reis.* Itaque fruſtrà quæres cui ex iis pecunia numerata ſit, cùm is cui nihil numeratum eſt perinde in ſolidum obligetur, atque is qui totum accepit. *leg. propter mutuam 4. C. eod. l. ſi non ſinguli 5. C. ſi cert. petat.* Neque enim curioſus eſſe debet creditor, in cuius vtilitatem aut quam in rem expendatur pecunia credita, dummodo cum eo contrahat, cui liberum ſit in omnem caſum ſe obligare *l. doli exceptio 19. ad fin. D. de nouat.* ſibique potiùs imputare debet is qui cũ ſciret pecuniam ad ſe non peruenturam, vltrò ſe correum debendi conſtituit. Nam ſicuti nemo inuitus fit correus debendi, ita nec facilè ſuccurrendum eſt ei qui ſibi ipſe ſolutionis neceſſitatem impoſuit *l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria. D. qui ſatiſd. cogant.* Ex quo vt hinc incipiamus reſponderi poteſt ad exemplum illud quo Bartolum moueri diximus, De pluribus tutoribus. In illis enim ideò receptũ eſt aut potius conſtitutum (fuerunt namque conſtitutiones neceſſariæ, de quibus *in d. l. tres tutores de admin. tutor.*) vt qui geſſit prior conueniatur, quoniam tutelæ munus neceſſarium eſt & publicum ac quod inuito defertur niſi iuſtam habeat excuſationem, proinde fuerit æquiſſimum iis tutoribus ſubueniri, qui nec vltrò ſe obligauerint, nec tutelam geſſerint, quandiu ab eo qui geſſit indemnitatem conſequi pupillus poteſt. At correorum debendi obligatio prorſus voluntaria eſt, ſiue re ſiue verbis fiat, ac ſiue ex liberalitate, ſiue ex iuſta alia qualibet cauſa. Cui ſimile eſt quod Vlp. *in leg. 2. §. vlt. de curat. bon. dand.* ſcribit ex Caſſio, ſi tres bonorum curatores fuerint, & vnus ex iis nihil attigerit nõ idcirco modũ actori conſtitui debere quominus contra hũc quoq; qui nihil attigit in ſolidũ experiri poſſit, quia nõ ſit quærendum quid ad eum peruenerit *niſi inquit inuitus factus eſt, nam ſi ita eſt, dicendum non eum conueniendum.* Nimirum quandiu cæteri qui attigerunt conueniri cũ effectu poſſunt. Eſtque omnino improbabilis Bartoli interpretatio, exiſtimãtis quod

Vlp. ait curatorem voluntarium qui nihil attigit, cōueniri nihilominùs & priorem & in ſolidū poſſe, ſic accipi debere niſi paratus ſit pati vt periculo ſuo alij conueniantur *ex d. l. vnde quæritur. D. commod.* Nā & ſi inuitus factus eſſet, nemo tamen dubitaret quin actio quæ aduerſus cæteros inſtituenda eſſet eius periculo inſtitueretur. Et tamen id apertè Vlpianus agit vt doceat curatoris voluntarij duriorem eſſe hac parte condicionem, quàm eius qui inuitus datus ſit. Ergo generaliter & indiſtinctè vult poſſe priorem conueniri eum etiam qui nihil attigit, nec priùs abſolui debere quàm quod ex bonis redactum eſt præſtiterit, quod & apertiſſimè traditum eſt *in l. 3 eod. tit.* Neque verò contrarium eſt quod ſupra ex eodem Vlpiano retulimus *in d. l. vnde quæritur.* Non enim ſimpliciter Vlpiano placet, Ex pluribus reis debendi per commodatum factis eum priorem conueniri debere qui ſolus lucrum ex re commodata ſenſerit. Sed addit ille *furti agendo*, vt oſtendat ea demum ratione fieri vt ſubueniri oporteat correo qui furti non egit, quòd furti actionem quam aduerſus furem inſtituere anteà in ſolidum poterat, factum correi qui prior egit ac litis æſtimationem conſecutus eſt ipſi ademerit, indéque euenerit ne tam facilè commodatori poſſit ſatiſfacere, atque is qui furti agendo ſolus lucrum ſenſit ex re commodata. Nam cùm hic nouus caſus ſit de quo nec cogitatum videri poterat cùm duo correi debendi fierent, humanum eſt ei ſubueniri cui nihil imputari poteſt, præſertim quando nec commodatori ipſi quicquam depereat. Verùm longè alia ratio eſt eius qui ſe correum debendi vltrò conſtituit ex cauſa commodati, cuius vtilitas ſtatim ad alterum correum tota peruenerit. Is enim nullam cauſam habet recuſandi quominus ſtatim & in ſolidum actione commodati vrgeatur, licet nullum ex commodato commodum perceperit, cùm ipſius æquè ac alterius fidem commodator in ſolidum ſit ſecutus, eáque conditione ad obligationem ipſe acceſſerit, vt & prior & ſolus conueniri in totum poſſet. Idque verba ipſa Vlpiani ſatis demonſtrant. Nam cum proximè in præcedentibus ſcripſiſſet omnibus qui commodatum accepiſſent furti actionem competere: & quidem ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur, ſubiicit *Vnde quæritur.* Ita innuens, hoc vnum facere locū quæſtioni, An inter correos quidam cōueniendi ordo eſſe debeat, quòd correus qui non egerat, nullā pro re commodata actionem amplius habere poterat, quàm ſi ſaluam haberet, vtique dubitari non oporteret, quin ſolus & prior conueniri poſſet, quamuis nihil ad eum ex re commodata perueniſſet. Iam verò quod Baldus obiicit *ex §. veſtimenta l. cùm in plures 60. D. locat.* multo minus ad rem pertinet. Nullum enim toto eo reſponſo de duobus reis verbum eſt, & ab illis verbis *ſed iudicem æſtimaturum* vſq. ad finem §. niſi me fallo Triboniani manum agnoſcere mihi videor, rem temperare ſuo more volentis, & neſcio cuius æquitatis prætextu manifeſtiſſimā iuris rationem labefactantis. Veriſſimum enim eſt quod Labeo ſimpliciter & indiſtinctè dixerat, ſi veſtimēta tua fullo perdiderit, & habeas vnde petas, nec velis repetere, agere nihilominùs te poſſe ex locato cum fullone: Nihilque dici poteſt abſurdius quàm vt denegetur tibi illa actio: eo prætextu quod aduerſus furem poſſis agere, cum cuſtodiam præſtare fullo debuerit. At neque verum eſt poſſe te contra furem experiri, quia cum paratam habeas actionem aduerſus fullonem, tua nihil intereſt ſi modò fullo ſit ſoluendo. Ei autem cuius nihil intereſt conſtat non competere furti actionem, quę ſententia & ratio eſt *l. itaque fullo 12. cum duab. præce. & leg. qui vas 48 §. ſi ego. D. de furt.* vt idem Tribonianus apertiùs explicat *in §. ſi fullons 15. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſcunt.* Niſi fortaſſe quis dicat intereſſe tua rem tuam habere potius quàm perſonalem ex locato actionem. Sed manifeſtum eſt ad rem conſequendam non in furis perſonam agendum eſſe, ſed in rem directa rei vindicatione aduerſus quemcunque poſſeſſorem: Hic autem locus de perſonali aduerſus furem actione loquitur. Etſi verò verba illa *& ab eo tuas res conſequi* ſignificant tractari potius de condictione furtiua, quæ & contra ſolum furem datur, & rei perſecutionem continet. *l. 1. 2. & paſſ. de condict. furt.* hoc ipſo tamen Tribonianus prodit inſcitiam ſuam quam Labeoni nemo auſit adſcribere. Nam cum id agat vt fulloni parcatur quandiu res tuas aliunde conſequi potes, quid intereſt an fur ipſe an alius poſſideat, id eſt, an à fure an ab alio res tuas conſequare, dummodò fullonis ſumptibus? Et verò in præcedentibus illis *& habes vnde petas nec repetere vis* non diſtinxerat Labeo à quo petere poſſes an à fure, an ab alio quolibet poſſeſſore. Conſequens igitur erat vt nec in ſequentibus tractaretur de actione aduerſus furem exercenda, ſed potius de re à quocunque poſſeſſore vindicanda. Denique, quod me maximè mouet, additio illa Triboniani pugnat omnino cum Labeonis verbis & ſententia. Labeo enim caſum illum tractat quo veſtimenta tua quæ fullo perdidit aliunde petere poſſis, nec velis, dátque tibi nihilominùs contra fullonem perſonalem ex locato actionem. Tribonianus verò, vno illo caſu permittit tibi contra fullonem agere, quo ſit impoſſibile vt à fure veſtimenta conſequaris. Labeo liberum tibi relinquit an perſonali agere malis aduerſus fullonem, an rei vindicatione potius aduerſus poſſeſſorem. Id enim ſignificat petendi verbum illo loco *vnde petas. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. ſignif.* Tribonianus contrà, non patitur vt priùs fullonem conuenias quàm conſtiterit deeſſe tibi vindicandi facultatem. Sed & ſecum ipſe Tribonianus pugnat. Nam eo quoque caſu quo conſtiterit impoſſibile eſſe vt res tuas poſſis conſequi, vult tamen cogendum te fulloni actiones tuas præſtare. An non enim ridicula & inutilis futura ſit ceſſio actionis quam conſtet vtilem tibi eſſe non potuiſſe? Aut quomodo poſſibile erit ex ceſſa actione fullonē res tuas repetere poſteaquā apparuit eſſe impoſſibile vt tu ipſe petere & conſequi eas poſſes? impoſſibile ſiquidem tùm demùm id videri poteſt, cùm apparet non eſſe amplius res tuas in rerum natura, aut ſic eas deperditas vt nullomodo ſciri poſſit vbi ſint. Quibus tamen caſibus non video cuius vtilitatis poſſit eſſe ceſſio fulloni facta, præſertim aduerſus furem contra quem ſuo iure iam paratam habeat furti actionem. Taceo quòd verba illa *Sed iudicem æſtimaturum*, neque præcedentibus aptè coniunguntur, nec verbum vllum habent à quo regantur, ſi velis conſtruere. Scribendum namque fuerat, *Sed iudex æſtimabit.* aut ita potius, *ſed verum eſt iudicem æſtimaturum.* Quæ autem ſequuntur, *Sed ſi hoc tibi impoſſibile eſſe perſpexerit tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autē actiones te ei præſtare compellet.* Deus bone, quàm ſapiunt Tribonianum magis quàm vel Labeonem vel Iauolenum! Sed de his iam nimis multa cùm ſint extrà propoſitam diſputationem: quamquam nec fuit inutile Triboniani facinus prodere, vel ob id maximè ne quis ex eo loco inferat cum Accurſio generalem illam propoſitionem quæ Baldo viſa eſt ad rem facere eum qui cōtrà duos agere poteſt, arctari ex cauſa vnū magis eligere

pro alio intercedit, aut ſaltem negotiorum geſtorum niſi donandi animo aut in rem ſuam interuenerit *l. ex mandato 29. §. 1. & paſſ. D. mandat. l. ſi remunerandi 6. §. ſi paſſus eod. l. quod dictum 32. de pact. l. ſi quis reum 5. de liber. legat.* Quod autem ſequitur in *l. idem etſi 18. eodem tit. ad Senatusconſultum Velleian.* idem eſſe ſi pro meo debitore mulier & Titius duo rei interceſſerint, non ita accipiendum eſt vt eo caſu ſicut ex illo quem Africanus tractauerat mulier pro parte conueniri poſſit, pro parte autem iuuari Velleiano (nam imò verò nullomodo illa obligatur, ſed Titius ſolus, & in ſolidum *l. ſi Titius 48. de fideiuſſ.*) Sed eò pertinet vt intelligamus ad excludendum beneficium Velleiani non illud ſatis eſſe, quòd mulier tanquam correa debendi, ac proinde tanquam principalis debitrix obligata ſit: Quinimò ne tam facile ſit fraudem Senatusconſulto facere, illud ſemper inſpici oportere, an obligationis cauſa mulieris vtilitatem reſpiciat, an alterius qui cum muliere obligatus eſt, ſiue correus ille ſit, *vt in dict. §. vltim.* ſiue alius principalis debitor *vt in dict. l. idem.* Quanquam longè minorem haber dubitationem caſus ille ſi pro debitore meo Titius & mulier quaſi duo rei interceſſerint. Sunt enim illi correi fideiubendi, & conſequenter fideiuſſores, ſicut & ſi ſinguli pro debitore meo fideiuſſiſſent. Quod in correis debendi diuerſum eſt ex quacumque cauſa conſtituti ſint *l. eandem 9. D. de duob. reis.* & ob id nimirum quoties mulier correa debendi facta proponitur, neceſſaria eſt ſupradicta Africani diſtinctio. Alia quæſtio eſt ſi de in rem verſo agatur. Nam ſi pater & filiusfamilias correi facti ſint eiuſdem pecuniæ quæ tota ad patrem peruenerit, & filius ſoluerit, quamuis ſuo nomine & vt ſeipſum à propria obligatione liberaret, actio tamen de in rem verſo aduerſus patrem competet, non ſecus ac ſi filiofamilias credita eſſet pecunia, quam filius poſteà in rem patris vertiſſet. Quoniam in illa actione non de illo quæritur an filiusfamilias ſuo nomine an fideiuſſorio ſit obligatus, ſed de illo duntaxat vtrum in rem patris verſum ſit necne. Eáque Vlpiani ſententia eſt *in l. ſi pro parte 10. §. vlt. de in rem verſ.* Vt nulla cauſa ſit cur eo loco abuti Bartolus debeat, ad probandum, ex pluribus correis debendi pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenit. Nam extra cauſam actionis de in rem verſo quæ non competit niſi aduerſus patremfamilias vel dominum ex contractu inito cum filiofamilias vel ſeruo, non debet curioſus eſſe creditor qui plures accipit correus debendi, in quam rem impendatur pecunia, niſi quando contrahit cum perſona quæ liberam ſui omnimodo obligandi poteſtatem non habeat, vt puta cum muliere obligante ſe cum alio vel pro alio *d. l. vir vxori in princip.* illo loco, *tunc enim diligentiorem eſſe debere & d. §. vlt. D. ad ſenatusconſultum Velleian.* aut cum filiofamilias *vt in d. l. item ſi 7. aliàs l. ſed Iulianus §. idem ait ſi duos ad Senatusconſultum Macedon.* Aut cum pupillo vel minore, quorum ille, non aliter obligatur ex reſcripto Diui Pij quàm ſi fiat locupletior *l. 3. § pupillus l. ſi pupilli 6. l. Neſennius 34. l. litis 32. de negot. geſt. l. 3. D. commod. l. pupillus ſi in princip. de auctor. tutor.* Hic verò etſi obligatur, in integrum tamen reſtituitur, nec aliam pecuniam vel reddere vel ſibi imputare cogitur, quàm ex qua locupletior factus eſſe probetur *l. patri 27. §. 1. in fi. de minor. l. ſine herede 32. §. interpoſito de admin. tutor. l. prædiorum 10. Codic. de præd. minor.*

Correos debendi nunquam vice mutua fideiuſſiſſe videri, niſi cùm id nominatim actum eſt.

CAPVT II.

PErtinet quodam modo ad ſuperiorem diſputationem hic quoque tractatus, An qui ex aliqua cauſa correi debendi facti ſũt vice mutua fideiuſſiſſe videãtur. Veterum quorundam opinio fuit videri eos omni cáſu inuicem fideiubere: aliorum poſt Ioannem primi nominis gloſſatorem, quæ & magis communiter à cæteris interpretibus recepta eſt, Numquam id admittendum niſi ſi aut nominatim id actum ſit aut ſocij proponantur. Media quædam ſententia eſt Iacobi Cuiacij, ad Africanum *in l. vir vxori 17. §. mulier & Titius D. ad Senatusconſultum Velleian.* vt ſiue ſimpliciter correi debẽdi facti ſint, ſiue ſocij quoque proponantur non aliter inuicem fideiubere credendi ſint, quàm ſi nominatim id agatur, cenſeantur tamen vice mutua intercedere, indéque fiat vt à Græcis ἀλληλέγγυοι appellentur. Ioannis rationes ſanè quã permultæ & maximæ fuerunt aduerſus primæ ſentẽtiæ aſſertores. Præcipuæ autem hæ quas & Cuiacius probat & improbare recti iudicij nemo poſſit. Ac illa primùm quòd fruſtrà Papinianus *in l. reos 11. de duobus reis* ſcriberet, poſſe ſic correos accipi vt vice mutua fideiubeant ſi cùm ſimpliciter accepti eſſent hoc ipſo vice mutua fideiuſſiſſe viderentur.

Secunda, quòd nullo iuris loco proditum eſt, Correo debendi qui totum ſoluerit competere aduerſus correum pro partis repetitione mandati actionem, quæ tamẽ proculdubio competeret, ſicut & aliis quibuſlibet fideiuſſoribus mandante, aut quod idem eſt patiente debitore obligatis, ſi pro ea parte fideiuſſor haberetur is qui correus factus eſt.

Tertia, quod neque vſpiam ſcriptum legimus, correum poſſe pro parte debiti compenſare quod correo debeatur, niſi fortè ſocij ſint *l. ſi duo 10 D. de duobus reis.* Cùm tamen certi iuris ſit poſſe fideiuſſorem compenſare id quod debitori creditor debet *l. ſi quid à fideiuſſore 5. D. de compenſat.* Addidi *niſi fortè ſocij ſint*, quia ſicuti ſocietas facit vt quod ab vno petitur, ab alio peti videatur, ita facere debet, vt quod vni ex ſociis debetur alter in ſolidum conuentus perinde compenſare poſſit atque ſi ſibi deberetur.

Quarta, quòd ſi duo ſint correi debendi, & vnus compromiſerit, & arbiter ab eo peti vetuerit, tum ab alio correo petatur, pœna nõ committitur ſi non ſine ſocij *l. ſi duos 34. de recept. qui arbit.* quod ſecus eſſet ſi inuicem fideiuſſiſſe crederentur, vt eadem lex innuit in illis verbis *& fortaſſe poterimus ita fideiuſſoribus coniungere.* Qui enim à fideiuſſore petit, ab ipſo reo vi ipſa petere intelligitur, & τῇ δυνάμει, *vt ait l. aduerſus 29. eod. tit.*

Quinta, quòd ſi vnus ex correis debendi confuſione obligationis liberatus ſit, alter nihilominus in ſolidum remanet obligatus, quod ſaltem pro parte debiti non eueniret ſi pro ea parte qui correus eſt, fideiuſſoris loco habendus eſſet, quemadmodum & ſi ſocius proponeretur *l. Granius 17. de fideiuſſ.* Ideò autem loquor de liberatione quæ per obligationis confuſionem contigerit, quòd ſi ea per capitis diminutionem obtigiſſet, nõ magis fideiuſſor quàm reus liberaretur, in eóque par vtriúſque condicio eſſet *l. vlt. D. de duobus reis l. prima l. ſententia 20. C. de fideiuſſor. l. defenſiones 11. C. de except.* præterquã ſi agas de fideiuſſoribus iudicio ſiſti & iudicatũ ſolui in quib. ſpeciale eſt vt reo antè ſẽtẽtiã capite minuto ipſi liberẽtur, quaſi

idque vtilem ex Senatuſconſulto exceptionem dari neceſſe eſt, non directam quæ daretur vtique ſi Titius filiuſfamilias fideiuſſor proponeretur. Alia nec inelegans inter correum debendi & fideiuſſorem differentia eſt, quòd ex pluribus correis debẽdi potest vnus purè obligari alius in diem aut ſub conditione, qua pendente non eò minùs conuenietur in ſolidum qui purè obligari voluit *leg. ex duobus 7. de duobus reis.* §. *vltimo, Inſtitut. eodem.* At fideiuſſor purè accipi non poteſt, ſi debitor in diem tantùm aut ſub conditione obligatus fuit, ne in duriorem cauſam contra iuris regulam obſtringatur *l. græcè 8. §. illud commune, lege fideiuſſor 57. D. de fideiuſſoribus.* Quamuis & correis debendi & fideiuſſoribus commune illud ſit, vt ex vtriuſque perſona, ratio proprij temporis quod obligationi tacitè ineſt habeatur *l. eadem 9. §. vlt. de duob. reis, l. ſi teſtamento 49. §. vltimo de fideiuſſor. iuncta lege continuus 137. §. cum ita. de verborum obligatione.* Accedit quòd ſi alterutrius ex correis debendi perſonam obligatione eximere creditor voluerit, ſiue expreſſo eo vt alteri ea res non prodeſſet, ſiue non expreſſo (nihil enim referret dummodò ſocij non ſint) nihilominùs ſaluam ac integram habet in correum actionem, nec ea repellitur exceptio quam nos cedendarum actionum appellamus. Multùm namque intereſt vtrum res ipſa quæ debetur ſoluatur, an perſona liberetur. Illo caſu vterque liberatur vno tantùm ſoluente. *lege ſecunda, lege tertia §. vltimo de duobus reis.* Iſto vero cùm perſona duntaxat liberatur manente obligatione, alter durat obligatus *dicta lege Granius 71. de fideiuſſ. dicta lege vltima de duobus reis.* In fideiuſſore contrà. Nam liberato reo fideiuſſor per conſequentias liberatus intelligitur, *lege ſi fideiuſſor 19. D. de dolo.* nec fieri poteſt vt ſublata principali obligatione ſubſiſtat fideiuſſoria, quæ non niſi acceſſoria eſt. Quòd ſi debitor non ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem puta pacti de non petendo liberatus proponatur, conſtat quidem non competere fideiuſſori exceptionem cedendarum actionum quæ non niſi ratione confideiuſſorum datur, cùm aduerſus reum indemnis ſeruari poſſit mandati actione aut negotiorum geſtorum, ſed tamen prodeſt vt iam diximus pacti exceptio fideiuſſori, niſi merè in perſonam conceptum pactum fuit *dicta lege & heredi 21. §. vltimo cum lege ſequent. D. de pact.* Ex his igitur apparet correum debendi qui ferè in omnibus alio iure cenſeatur quàm fideiuſſor pro fideiuſſore haberi non poſſe. Sed præcipua ratio illa eſt quam nos initio attigimus: quod ſi correi debendi vice mutua fideiubere intelligerentur, cõſequens eſſet ei qui ſolidum ſoluiſſet competituram pro partis repetitione mandati actionem ſi mandatum præceſſiſſet, aut negotiorum geſtorum ſi mandatum nullum interueniſſet, *lege ex mandato 20. §. 1. D. mandat.* quod tamen nuſquam eſt proditum, vt pluribus dicemus infr. capitulo ſexto & ſeptimo. Dices fortaſſe malas eſſe ſuperiores omnes Ioannis collectiones & ratiocinationes. Nam & cùm ita accepti ſunt correi vt vice mutua fideiubeant, conſtat tamen poſſe creditorem contra vnum ex correis ſic agere vt non tanquam fideiuſſorem conueniat pro parte, ſed in ſolidum tanquam correum & principalem debitorem. Siquidem mutua illa fideiuſſio non impedit aut immutat correorum obligationem. Porrò eo caſu quo interueniente etiam expreſſa fideiuſſione correus tanquam correus in ſolidum conueniatur, nemo dixerit eandem correi quam fideiuſſoris rationem eſſe, quia non tam illud inſpiciendum eſt, an qui conuenitur fideiuſſerit quàm quo iure & an quaſi fideiuſſor conueniatur. *dicta l. reos §. 11. de duobus reis.* Ergo quemadmodum ea res non facit, quominus verũ ſit correos vice mutua fideiuſſiſſe, cùm expreſſe fideiuſſerint, ita, inquies, non poteſt recta eſſe conſecutio ſi ob id ſolum quod in toto ferè iure alia correi, alia fideiuſſoris ratio eſt inferre quis velit, nullam inter eos initam videri tacitam fideiuſſionem. Verùm reſpondeo, imo rectiſſimam eſſe conſecutionem hactenus vt inferri poſſit: Correum qui non niſi tanquam correus obligatus eſt hoc ipſo fideiuſſiſſe non videri, nec fieri poſſe vt alio iure quàm quaſi correus conueniatur. Alioqui nihil intereſſet an correi ſimpliciter accepti eſſent, an ita vt vice mutua fideiuberent: quod tamen ſatis apertè Papinianus negat in *dicta lege reos.* Quod verò Ioannes exceptionis loco addebat, *Niſi correi ſocij eſſent*, meritò diſplicuit Cuiacio, quia tametſi ſocietas in pleriſque tantum præſtet quantum mutua fideiuſſio, non poteſt tamen inducere præſumptionẽ tacitæ fideiuſſionis. Quin vel eò minus quòd ea fideiuſſio nullius planè effectus eſſet hinc dicimus, ſi duo correi debendi ſint ſocij pactũ vnius alteri prodeſſe, non quòd alter ille pro fideiuſſore habendus ſit, ſed quia eius qui pactus eſt intereſt, vt à correo qui abſens fuit nihil petatur, quoniã qui ſolueret id ipſum correo ſocietatis iudicio reputaret *leg. 3. §. nũc de effectu de liber. legat.* quod non contingeret inter eos qui ſocij non eſſent. Toties enim vnius conuentio alteri prodeſt quoties paciſcẽtis principaliter intereſt vt proſit. *dicta lege & heredi 21. §. vltim. de pact. cum ſeqq.* Inde etiam fit quod Papin. ſcribit *in l. ſi duo 10. de duobus reis.* Compenſationem quam alter ex correis obiicere poſſet, ab altero quoq; poſſe obiici ſi ſocij ſint non aliter. Hinc denique ſingula recenſeam quod idem Papin. *in l. eandem 9. §. penult. imo eodem.* Pactum vnius ex depoſitariis correis cui culpa remiſſa eſt prodeſſe alteri, ita demùm ſi ſocij ſint & culpa communis interuenerit: *Culpa*, inquam, *communis* quia ſocius pœnam, quam ex propria culpa meruiſſet ſocio reputare non poſſet *l. qui proprio 46. §. item contrà de procurat. lege ſi communis 9. lege ſi ex duobus 17. §. primo de noxal. action.* Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui Ioannis ſententiam tueatur, vt ex iis apertiùs conſtabit, quæ nos infrà tractabimus capitul. 16. *ad l. in lege 62. D. ad legem falcidiam.* Reſtat vt eiuſdem Cuiacij quoque nouam opinionem omnium improbabiliſſimam refellamus, qui etſi fatetur cum Ioanne, correos debendi vice mutua fideiubere non videri, contendit tamẽ quod ante eum nemo vnquam dixit, videri eos mutuo intercedere *ex l. vir vxori 17. §. mulier & Titius ad S. C. Velleian.* Prorſus inſubtiliter. Etſi enim non ignoro aliud eſſe fideiubere, aliud intercedere, latiùſque patere intercedendi quam fideiubendi vocabulum: Tamen quiſquis intercedit eum neceſſe eſt aut fideiuſſorem eſſe aut ſponſorem, aut mandatorem, aut promiſſorem, aut adpromiſſorem, aut conſtitutorem, aut denique aliud quid ſimile, quorum omnium nihil eſt quod de correo debendi commodè dici poſſit. Alioqui nihil cauſæ fuiſſet cur iure vetere correi ſepararentur ab interceſſoribus, & iure nouo. Nam cùm Iuſtinianus Nouell. 4. *De fideiuſſor.* beneficium ordinis dediſſet omnibus non modò fideiuſſoribus & mandatoribus, ſed etiam interceſſoribus, quid erat cur poſteà Nouell.

99. idem priuilegium produceret ille ad correos? Aut cur daret iis beneficium diuiſionis quod iam antè ab Hadriano datum confideiuſſoribus & mandatoribus ex eadem æquitatis ratione tractum fuerat per interpretationem ad conſt. tutor. s tanquam qui eſſent quoque interceſſores *l. vltim. C. de conſtit. pecun.* Nec verò moueri vir doctiſſimus debuit ex *d. §. vltim. l. vir vxori ad Velleian.* Eſt enim locus illic de muliere correa debendi facta in fraudem Senatuſconſulti, habétque ſpecialem rationem quam nos in ſuperioribus iam ſæpiùs inculcauimus, quod cùm obligationis correorum prætextus quæritur in fraudem legis ad obligandam eam perſonam quæ vtiliter fideiubere non poſſet, æquiſſimum ſit non tantùm pro interceſſore quolibet, ſed etiam pro fideiuſſore haberi eum qui in fraudem correus factus eſt. Si non in eius vtilitatem pecunia verſa ſit. Ne aliter poſito iure facilè legi fraus fiat, inducto eo, vt qui quaſi interceſſor obligari non poſſet tanquam correus obligaretur. Iraque finge ad inducendam Senatuſconſulti Velleiani exceptionē non ſufficere vt mulier quocunq; modo interceſſerit, niſi etiam fideiuſſerit. An eò minùs in ſpecie *d. §. vlt.* locus eſſet Senatuſconſulto? Imò eſſet. Alioqui perinde fraus fieret Senatuſconſulto muliere conſtituta correa debendi ſi non tantùm pro intercedente, verùm etiam pro fideiubente haberetur. Non eſt igitur hac parte ſeparanda interceſſio à fideiuſſione. Similiter ſi Titius & filiusfam. correi facti ſint cum ad ſolum filiumfamilias peruentura eſſet pecunia, ideò duntaxat adhibito Titio ne quaſi fideiuſſor filiifamilias auxilio ſenatuſconſulti vteretur, dicimus Titio dandam vtilem exceptionem aduerſus fraudem *dict. l. item ſi 7. alias l. ſed Iulianus §. idem ait ſi duos de S. C. Maced.* Non alia ratione quàm quia pro fideiuſſore habendus ſit qui in fraudem correus factus eſt ob hoc ipſum ne fideiuſſor eſſe videretur. Proinde nec aliud iuris eſſet ſi ſolis filiisfamilias fideiuſſoribus non etiam aliis quibuſcunque interceſſoribus Senatuſconſulti exceptio prodeſſe poſſet. Vt intelligamus nihil hîc interceſſionem differre à fideiuſſione. Extra hos caſus & ſi qui ſunt ſimiles nunquam correus debendi cenſetur vice mutua fideiubere tametſi nihil ad eum peruenerit, vt ſuperiore capite oſtendimus. Nec quod Græci eos ἀλληλεγγύους vocant quicquam facit. Id enim ideò factum videri poteſt quòd accommodatius nihil haberent ad exprimendam vno nomine vt ſolent poteſtatem obligationis, quæ inter correos ſic contrahitur ab alterutro etiam ad quem nihil peruenit perinde ſolidum peti poſſit acſi tanquam correi fideiuſſor obligatus eſſet. Aut ob id etiam fortaſſis quod plerumque ſic accipi correi ſolerent vt inuicem quoque fideiuberent, quandoquidem ea cautio creditori nocere poſſe nō videbatur. Feſellitque fortaſſis ea res Tribonianum vt quod ab Hadriano & Iuſtiniano inductum iam fuerat beneficium diuiſionis & ordinis fauore fideiuſſorum, idem ille in correis etiam inducendum putaret, quaſi eadem æquitatis ratio ſubeſſet, cùm tamen non ſolùm iuris conſtitutio, ſed ipſa quoque conuentionis ſubſtantia omnino repugnaret: quemadmodum docebimus infrà cap. 4. ad Nouell. 99. Fefellit etiam virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium vt in quæſtione iſta interceſſionem à fideiuſſione ſeparandam putauerit, quòd non aliter ſibi viſus eſt poſſe explicare Venuleij contextum *in §. 1. l. ſi ex duobus 12. De duob. reis.* De cuius ſententia quoniam perobſcura eſt, needum à quoquam vt mihi videtur percepta, ſupereſt vt nonnulla ſubiiciamus.

Explicatur ſubobſcurus necdum intellectus Venuleij locus in l. ſi ex duobus 12. §. 1. De duob. reis.

CAPVT III.

ET conſtructio & interpretatio verborum quibus Venuleius hoc loco vtitur ambigua eſt. Sic enim habent, *Si a Titio & pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus fuero eadem decem, vel à ſeruo, & quaſi duos reos promittendi conſtitui, obligatum Titium ſolum Iulianus ſcribit, quamquam ſi ſeruus ſpoponderit, eadem in actione de peculio obſeruari debent acſi liber fuiſſet.* Putat autem Accurſius verbum illud, *conſtitui* eſſe infinitiui paſſiui, cùm tamen apertiſſimum ſit eſſe præteriti actiui, vt denotat præcedens illa particula &, quæ ſequentia ſuperioribus ſic coniungit, vt appareat referri non poſſe ad id quod ſequitur *Iulianus ſcribit.* Nam etſi dempta particula & ita ſcriptum eſſet *Iulianus ſcribit quaſi duos reos promittendi conſtitui obligatum Titium ſolum* nullius planè ſenſus lectio eſſet, niſi legeres quomodo quidam ob hanc cauſam legunt *obligatúmque*, nō vt vulgò *obligatum*. At vulgata non ſolum rectior, ſed ſola recta eſt. Sunt enim iſta prorſus contraria duos promittendi reos cōſtitui, & Titium ſolum obligari. Siquidem duobus correis debendi ritè & vtiliter conſtitutis, vtrumque perinde & æquè obligatum eſſe neceſſe eſt. Niſi rurſum ad Azonis interpretationem confugias, qui correos in propoſita ſpecie conſtitutos iuiſſe ait ſola animi deſtinatione, quaſi vero non de illo quærat Iuriſconſultus an reuera correi facti ſint, non item an ſola animi deſtinatione. Venuleij igitur in primis verbis ſententia hæc eſt, ſi à Titio & à pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus fuero eadem decē, aut à Titio & à ſeruo eadem mente, vt duos promittendi reos conſtituerem, non ideò tamen correos videri factos, ſed obligatum eſſe ſolum Titium, idque Iuliano quem Venuleius refert, viſum eſſe. Ratio nec obſcura eſt, nec inelegās. Illa nimirum quòd correi dici non poſſint à quibus impar ſuſcepta eſt obligatio, quemadmodum eleganter Papinianus ſcribit *in l. eandem 9. §. 1. eod. tit.* Atqui cum à Titio & à pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus ſum, conſtat Titium in ſolidum obligari (ponimus enim nihil eſſe, quod impediat ne obligari poſſit) pupillum autem non aliter quàm ſi locupletior factus ſit, ex Diui Pij conſtitutione: Atque ita negari non poteſt, quin ab iis impar ſuſcipiatur obligatio cùm ſi pupillus nulla ex parte locupletior factus ſit nullomodo obligetur ſaltem ciuiliter, Titio interea manente ciuiliter obligato: Si verò pars pecuniæ ad eum peruenerit, pro ea duntaxat parte obligatio contrahatur, quòd ad eam pertinet, quòd ad Titium verò in ſolidum. Ergo correi eſſe non poſſunt. Planéq. falſum eſt, quod Accurſius, Bartolus, & cæteri omnes contrà ſcribunt eſſe correos, & diſparitatem in obligationis ſubſtantia non impedire correorum conſtitutionem. Repugnat enim Papinianus euidentiſſimè ſupradicto loco. Nec ſimile eſt, quod dici ſolet, Ex duobus reis promittendi alium purè, alium in diem vel ſub conditione obligari poſſe. *l. ex duob. 7. eo. ti.* Id enim fit, non quia diſparitas illa, quæ ex diei aut cōditionis adiectione naſci-

ne naſcitur reduci ſperetur ad paritatem, vt Bartolus loquitur *in d. l. eandem* §. 1. *& ad d. l. ex duobus*. Sed quoniam adiecta dies aut condicio non inducit diſparitatem in ſubſtantia obligationis. Dies namq. non impedit ne ſtatim obligatio naſcatur, licet ante diem nulla ſit petitio: Condicio autem licet remoretur natiuitatem, vt ita dicam obligationis, tamen iam inde ab ipſo initi contractus tempore obligationis initium quoddam conſtitui patitur, ac ſtipulatori ius illud acquiri, vt quandocunque eueniens cõdicio retrotrahatur perindéque ſit acſi ſtipulatio ab initio pura extitiſſet: Vnde illud etiam fit, vt eius actionis quæ ex condicionali ſtipulatione ſperatur ipſa quoque ſpes in heredem tranſmittatur § *ex condicionali Inſtit. de verb. oblig.* & qui ſub condicione ſtipulatus eſt, pendente etiam condicione creditor exiſtimetur *l. is cui 42. de oblig. & action.* Quod ſi ita eſt, nec facit condicio quominùs ea pendente qui promiſit debitor dici debeat, tametſi ab eo peti nihil poſſit. Sũt enim debitoris & creditoris nomina correlatiua quorum altero poſito alterũ quoque poni neceſſe eſt, neque verò debiti exactio cum obligationis ſubſtantia commune quicquam habet. Itaque ſi correi ſic accepti ſint vt vnus purè alius in diem aut ſub condicione obligaretur, ſicuti non erit impedimento dies aut condicio quominùs ab eo qui purè obligatus eſt totum interim petatur, ita neque obſtabit quominùs ſtatim vtilis correorum obligatio contracta videatur, licet ea lege vti ne ante diem vel condicionem vrgeatur is qui non niſi in diem, aut ſub condicione obligari voluit. Alioqui nec eueniente diè aut condicione ſtipulatio conualeſceret, quæ ab initio non valuiſſet. Illud ſanè verum eſt in duriorem cauſam accipi eum qui purè obligatur quàm qui in diem vel ſub condicione, ob ídque conſtitutum eſſe vt purè fideiuſſor dari non poſſit ab eo, qui in diem tantùm debeat, aut ſub condicione. *l. græcè 8. §. illud commune l. fideiuſſor 16. §. ſed etſi reus D. de fideiuſſ.* Sed multùm differt cauſa durior à diſpari, nihilque vetat quin pluribus ad eandem rem obligatis, par ſit quòd ad omnes obligationis ſubſtantia, vni tamen durior ſit obligatio quàm alteri. Qui enim duriorem aut leuiorem obligationem dicit, ad obligationis executionem reſpicit potius quàm ad ſubſtantiam, quæ vt dixi ab executione & petitione omnino differt. In eóque alia correi alia fideiuſſoris ratio eſt. Correus in duriorem cauſam accipi poteſt dum ne in duriorem obligationem: fideiuſſor verò etiam in diſparem obligationem dũ in duriorem cauſam. At in ea ſpecie, quam ex Iuliano & Venuleio tractamus, diſparitas eſt in ipſa obligationis ſubſtantia, quod nec Bartolus diffitetur. Pupillus enim quem cum Titio tanquam correum ſpopondiſſe ponimus, eſt omnino incapax ſuſcipiendæ ſine tutoris autoritate ciuilis obligationis præterquàm vno illo caſu quo factus ſit locupletior. Quæ porro diſparitas maior eſſe poteſt quàm vt vnus ex correis in ſolidum obligetur, alius autem vel nullo modo, vel tantùm ſecundùm quid? Quare nec aliud eſſe putabo ſi ſingas totam pecuniam cuius ratione contracta fuerit correorum obligatio, ad pupillum ſic perueniſſe, vt locupletior in totum factus ſit. Etſi namque hoc caſu futurum eſt vt pupillus ex ſupradicta Pij conſtitutione in ſolidum obligetur perinde acſi pupillus non eſſet, fit tamen id occaſione potiùs quàm iure vt vtar verbis Iuree. *in l. 2. de riuis*. id eſt non tam quòd pupillus in ſolidum obligari verbis potuerit, quemadmodum Titius, quàm quia ex facto ſic acciderit vt in ſolidum ſit re ipſa locupletatus: abſurdúmque eſſet obligationis ſubſtantiam eam dici, quæ non ex ipſo contractu & negotij geſtione, ſed ex euentu æſtimaretur: nec quod pupillus eo caſu ſicut & Titius in ſolidum obligaretur, facit vt ſtatim correi cenſeri debeant. Poteſt enim fieri vt ambo obligentur & quidem ſinguli in ſolidum, nec tamen ſint correi, nempe ſi vnius obligatio ex ſtipulatione, alterius verò ex re ipſa proficiſcatur, quamuis eodem tempore non reſponderint, licet ſecus ſit in eis correis de quibus per vnicam ſtipulationem obligandis actum eſt *d. l. ſi ex duobus in princip. l. duos* 6. §. *vlt. eod. tit.* Cur enim quæramus quo tempore aut quibus verbis facta ſit reſponſio, cùm non ex reſpõſione obligatio naſcatur, ſed ex eo, quòd qui reſpondit locupletior factus eſt? Certè cùm verborum obligatio contrahitur, dicimus obligari eum ex correis, qui ex tempore reſpondit, non etiam eum qui ex interuallo *d. l. ſi ex duobus & d. l. duos. §. vlt.* quia continuus actus ſtipulantis & promittentis eſſe debet *l. continuus 137. de verbor. obligat.* Concludamus igitur ſi à Titio & pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus ſim quaſi correos accepturus, nullo caſu fore eos correos, præſertim verò ſi nõ ſit pupillus in totũ factus locupletior. Hũc enim caſum à Iuliano & Venuleio tractatum fuiſſe ex eo apparet quod aiunt Titium ſolum obligatum eſſe: Cùm, vt diximus, pupillus ſi locupletior factus eſſet, aut pro parte, aut in ſolidum obligaretur. Niſi quis verba legis velit intelligere de obligatione quæ verbis contrahatur, in qua fieri nequit vt vnquam Titius pupillum correum habeat, ne tùm quidem cùm pupillus locupletior factus eſt, quia quod eo caſu obligatur fit non ex vi ſtipulationis ſed ex reſcripto Diui Pij non tam ad id reſpicientis quòd pupillus promiſerit, quàm quòd locupletior factus ſit. Nam & citrà promiſſionem ſi locupletior factus eſſet perinde teneretur, vt docuimus li. 8. cap. 5. & dicemus pluribus cũ ſeparatim de pupillari tractabimus obligatione. Alia ſpecies à Venuleio propoſita illa eſt, ſi à Titio & à Sticho ſeruo Sẽpronij ſtipulatus ſim & quaſi duos promittendi reos cõſtituerim. In qua ſimiliter cõcludit ſolum Titiũ obligatum eſſe, & cõſequenter nõ eſſe contractã correorũ obligationẽ. Nam ſi contracta eſſet, ambo eſſent obligati. Ratio eadem ipſa eſt quã in pupillo attulimus, quæque generaliter locum ſibi vendicat, quòd correi eſſe non poſſint à quibus impar obligatio ſuſcipitur. Imò hoc plus eſt ad impediendam correorum conſtitutionem adhibita ſerui perſona, quòd nullo modo nullóque caſu obligari ciuiliter ſeruus poteſt: quippe qui iure ciuili hactenus tantùm ſit cognitus vt pro nullo & mortuo habeatur. Pupillus verò vt dixi vno ſaltem caſu obligatur ciuiliter etiam ſine tutore, ſcilicet ſi factus ſit locupletior. Planè quoniam ex promiſſione ſeruus obligatur naturaliter, euenit vt dominum quoque obliget de peculio. Sed nõ facit ea res vt vel vtiliter ipſe correus debendi fiat qui non obligatur ciuiliter vel correum reddat dominum, quia neque ignorans correus quiſpiam ſit, licet ignorans dominus ex contractu ſerui obligetur de peculio, neque obligatio illa domini peculio tenus, poteſt vlla ratione videri par obligationi Titij quę & abſolutè & in ſolidum contrahitur. Proinde non diſtinguemus an plus minúſue ſit in peculio quàm in obligatione. Quamuis enim tantundem conſequi poſſim actione

de peculio aduerſus Sempronium, quantum ex ſtipulatu aduerſus Titium, non ideò tamen futurum ſit vt ne diſpar ſit Titij & Sempronij obligatio, quia ſemper verum eſt ſic contractam obligationem, vt Titius omnimodo & abſolutè in ſolidum teneatur. Sempronius verò nonniſi de peculio, ne repetam quod dixi correum debendi ex ſtipulatu fieri non poſſe cum qui ipſe non ſpoponderit inutilémque ex ea cauſa eſſe ſerui promiſſionem. Nec puto qui quam ex interpretibus dubitaret quin ſupradicta omnia vera eſſent, adeò ſunt aperta & explorata, niſi ſcrupulum inieciſſet quod apud Venuleium ſequitur, *quanquam ſi ſeruus ſpoponderit, in actione de peculio eadem obſeruari debent acſi liber fuiſſet*. Sic enim ea verba vulgo noſtri acceperunt quaſi eandem ſpeciem Venuleius proſequatur de Titio & Sticho Sempronij ſeruo correis debendi conſtitutis. Et hoc ſibi velit, vt vtilis ſit in vtriuſque perſona obligatio, ac in ſolidum agi poſſit cum Sticho aut potius cum Sempronio Stichi nomine de peculio, quemadmodum ſi Stichus liber homo fuiſſet in ſolidum ex ſuo contractu conueniretur. Quod ſi ita eſſet non video qua ſubtilitate aſſequi poſſemus ne ſecum Venuleius pugnaret. Nam in præcedentibus de ſeruo non ſecus ac de pupillo qui ſine tutoris autoritate promiſiſſet locutus, negauit valere eiuſmodi correorum obligationem, dixitque ſolum Titium obligatum eſſe, id eſt non etiam pupillum, non etiam ſeruum eiúſve dominum. Deinde cùm poſtrema hæc legis verba nullomodo conueniant pupillo, fatendum eſſet Venuleium diſtinguere hac parte pupillum à ſeruo, faciliúſque admittere vt ſeruus fieri correus debendi poſſit quàm pupillus. Alioqui cur de ſeruo tantùm non item de pupillo loqueretur ſi eandem vtriuſque cauſam eſſe arbitraretur? Atqui diximus multò minus ſeruum quàm pupillum fieri correum poſſe, longéque magis diſparem eſſe obligationem adhibita ſerui quàm pupilli perſona, quoniam pupillus vno ſaltem caſu & ciuiliter & in ſolidum obligari poteſt, ſeruus autem nullo. Denique illud obſeruandum eſt, non ita generaliter Venuleium dicere, Seruo promittente eadem obſeruari debere acſi liber fuiſſet, ſed addere *in actione de peculio*, non igitur in quæſtione propoſita, quæ ſcilicet non ad actionem de peculio pertinet, ſed ad correorum debendi conſtitutionem. Noſtri verò prorſus hic deſipientes ſic interpretantur acſi ſcriptum eſſet ſimpliciter & generaliter, cùm de correis conſtituendis agitur, nihil referre ſeruúſne an liber homo ſe cum Titio obligauerit, quod non minùs à Iureconſulti verbis ſenſúque quàm à iuris ratione alienum ſanè eſt. Quid ergo ſibi vult, inquies, hic verſiculus? Dubitandi nimirum cauſam continet, propter quam videbatur, Stichum qui cum Titio ſe obligaſſet, Titij correum fieri poſſe, nō ſecus acſi filiusfamilias tanquam correus ſpópondiſſe proponeretur. Nam ſi Titius & filiusfamilias Sempronij eo animo ſtipulanti mihi ſpopondiſſent vt duo rei fierent, dubitari non poſſet quin vtiliter & tanquam correi obligarentur, quia filiusfamilias ex omnibus cauſis obligatur tanquam paterfamilias, & ideò agi cum eo tanquam cum patrefamilias poteſt *l. filiusfamilias 3. de oblig. & action. l. tam ex contractibus 57. de iudic.* Nec quod filiusfamilias nihil habeat vnde ſoluere poſſit præterquàm ex peculio, ad rem facit: non magis quàm ſi ex duobus patribus famil. correis conſtitutis alter eſſet locupletiſſimus, alter non ſoluendo. Mihi namque imputare debeo qui cum correos acciperem, inopis æquè ac diuitis correi fidem ſum ſecutus: neque ſerendum eſt vt obligationis ſubſtantia ex ſoluendi facultate aut facultate conſideretur. Cùm itaque in filiofamilias tale ius obtinet, videri fortaſſe poterat, non aliud in ſeruo obtinere debere. Cuius ſcilicet eadem ferè ſemper ſoleat eſſe ratio quæ filiifamilias, maximè verò in actione de peculio. Hic enim dominum, ille patrem de peculio obligat contrahendo. Et quod lex ait *acſi liber fuiſſet*, non aliam ſententiam habere poteſt quā quę interpretationi noſtrę reſpōdet *acſi f.liusfam. fuiſſet*. Neque enim liber quiſquam eſt ex cuius contractu detur actio de peculio, præterquàm filiusfamilias. Cùmque in ſeruo duplex condicio ſpectanda ſit, vna quòd ſeruus eſt nō liber, Altera, quòd in alterius poteſtate: ſi per hypotheſim tollas ſeruitutem, ſupereſt ius poteſtatis quod efficit vt adhuc filiofamilias comparari ſeruus debeat potiùs quàm patrifamilias. Nam filiusfamilias ita eſt in aliena poteſtate vt tamen non eò minus ſit liber. Cur non ergo in correorum obligatione conſtituēda idem ius erit ſerui quod filijfamilias quemadmodum eſſet in actione de peculio? Et hæc ſanè perelegans erat dubitandi ratio. Sed pro Iuliano & Venuleio reſpondendum eſt quod iam indicauimus, valde intereſſe vtrum de conſtituendis correis agatur, an de actione De peculio. Nam actio de peculio quoniam contra patrem aut dominum datur, non contrà ſeruum ipſum aut filiumfamilias, ex perſona patris & domini ęſtimāda eſt, nō ex perſoa filiifamilias aut ſerui. Porrò æquè actio de peculio eſt cōtrà dominum atque contra patrem, cum & vterque ſit liber habens in alium ius poteſtatis, & publicè interſit vt ex ſeruorum contractibus domini de peculio teneantur perinde ac patres ex contractibus filiorumfamilias. Inde igitur fit vt quod ad actionem De peculio attinet, aut nihil aut perparùm interſit inter filiumfam. & ſeruum, quia nec quicquā intereſt inter patrem & dominum. At cum de correis conſtituendis agitur, illud tantùm inſpiciendum eſt vt qui tanquam correus obligari vult, poſſit obligationem talem ſuſcipere, ex qua perinde ac correus obſtrictus videri poſſit, vt appareat parem ab vtroque correo ſuſceptam obligationem. Hoc verò in ſerui perſonam cadere non poteſt ſi Titio correus fieri velit, quia non eſt in ſerui poteſtate vt ciuiliter ſe obliget quemadmodum Titius obligatur. In filiifamilias perſonam cadit rectiſſimè, quoniam vt dixi ex omnibus ille contractibus ad inſtar patrisfamilias obligatur, vtpote perſonam habens integram, iuréque ciuili cognitam cùm caput habeat in ciuitate. Neque enim perſonam integram faciūt facultates ſed iura ciuitatis. Poteſt etiam licet minùs eleganter meo iudicio verſiculus is de quo diſputamus aliam admittere interpretationem. Hanc videlicet, vt dubitandi ratio illa ſit quòd ſi ſeruus ſolus ſpoponderit mihi ſtipulanti, perinde obligat dominum quatenus eſt in peculio, atque ſeipſum obligaret in ſolidum ſi liber ſuíque iuris eſſet. Quidni ergo dicat aliquis ſi ſe cum Titio correum conſtituerit, hactenus ſaltem vtiliter contracta obligatio videbitur vt ipſius dominus mihi de peculio teneatur? ſed facilis reſponſio eſt impediri conſtitutionem correorum propter diſparitatē in obligationis ſubſtantia, quæ diſparitas nulla eſſe poteſt cùm ſolius ſerui promiſſio interuenit. Dices fortaſſe, At ſi diſparitas in obligationis ſubſtantia impedit correorum conſtitutionem, cur admittimus potiùs obligari ſolum Titium & in ſolidum quàm Stichi dominum

minum

minum de peculio. Illa ſiquidem ratio diſparitatis ſuadere videretur, vt vel neuter obligaretur, vel vt vterque eo ſaltē modo quo fieri poſſet, hoc eſt Titius in ſolidum, Stichi dominus peculio tenus. Reſpondeo Titium obligari, quia quo caſu correorum conſtitutio impeditur non ideò impeditur obligatio ſingulorum, ſi aliud nihil obſtet vt cōſtat ex hac ipſa lege in princip. ſicut nec ſi plures ſint rei ſtipulandi, quorum alius vtiliter, alius inutiliter ſtipulatus ſit *l. ſi duo 128. de verb. oblig.* Finge ex iis quos ſtipulator quaſi correos obligare volebat fuiſſe alterū præſentem, alterum abſentem, ſolus præſens obligabitur, non etiam abſens *l. his verbis 8. eod. tit.* Non enim ſub conditione interrogatio fit in vtriuſq; perſona, vt ita demùm obligetur vnus ſi alter quoque reſpondeat aut reſpondendo obligetur *l. duos 6. eod.*. Obligari autem Titium ſolum & in ſolidum, Stichi verò dominū nullo modo, id eſt ne de peculio quidem, quoniam negari non poteſt, quin Stichus hoc caſu alienæ obligationi interuenerit. Atqui certiſſimi iuris eſt, ſeruum non ſolùm ſi fideiuſſerit, aut mandauerit, ſed etſi alia quauis ratione pro alio interuenerit non obligare dominum de peculio, in eóque diuerſam eſſe ſerui & filiifamilias rationem, *l. 3. §. ſi filiusfamilias cum ſeqq. D. de pecu.* niſi cùm aut in rem domini aut ex cauſa peculiari facta interceſſio eſt *l. quoties 47. §. 1. eod. l. ſeruus inſcio 19. & ſeq. D. de fideiuſſ.* In eóque cum viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio mihi conuenit. Sed an Stichum hoc caſu pro interuentore accipimus, quod vt ille putat correi debendi vice mutua intercedere licet non fideiubere videantur? Minimè: Idque ſuperiore capite iam refutauimus. Imò potiùs ob hoc ipſum quod non ſint correi, nam ſi eſſent correi Titius & Stichus, nec fideiuſſiſſe nec interceſsiſſe vice mutua viderentur, ideóque haud dubiè ex promiſſione ſerui dominus ſaltem de peculio obligaretur. At quoniam non ſunt correi propter diſparitatem ſuſceptæ obligationis, vt diximus, & tamen eadem decē ſoluere ſpoponderunt, neceſſariò conſequens eſt vt vice mutua interceſſiſſe videantur, ac proinde vt ex eo contractu ſerui ad peculiarem cauſam nil pertinente dominus nullomodo obligetur. Pupilli alia ratio eſſet ſi poneres factum eum locupletiorem, is enim ſi eadem decem cum Titio tanquam correus debendi promiſiſſet, quamuis correus debendi non eſſet vt diximus, nihilominus obligaretur in quantum factus eſſet locupletior. Proinde dici non poſſet quod Venuleius ait ſolum Titium obligarū intelligi. Et quod ille pupilli ſine tutoris autoritate promittentis & ſerui eandem rationem conſtituit, mouere nos debet vt intelligamus tractare eum de pupillo nō facto locupletiore. Niſi malis pupillum factum locupletiorem comparare domino in cuius rem verſa ſit pecunia cuius nomine ſeruus ſpoponderat. Nam eo caſu proculdubio dominus teneretur ad finem vſque verſæ in rem ſuam pecuniæ *d. l. quoties 41. §. 1. de pecul.* atque ita fieret vt parùm referret an pupillus ſine tutore, an ſeruus ſine domini voluntate ſpopondiſſet, quemadmodum enim pupillus ex proprio ita dominus ex ſerui contractu ad eundem vſque modum vtiliter conueniretur. Sanè quod vtroq. caſu placet Venuleio Titium ſolum obligatum intelligi, probat manifeſtiſſimè ad eam ſpeciem reſponſum pertinere in qua nec pupillus locupletior factus fuerit, nec in rē domini verſa ſit aut ex cauſa peculiari debita pecunia quā ſeruus ſpopondit. Igitur tantùm abeſt vt Venuleij locus probet quod vult Cuiacius, correos debendi vice mutua intercedere videri, vt potius contrarium ex eius interpretatione inferri oporteat. Non enim alia ratione mouetur Venuleius vt neget obligari dominum ex contractu ſerui tanquam interuentoris, qui cū Titio correus debendi fieri volebat, quàm quòd correi facti non eſſent, id enim eſt quod ait ſolum Titium obligatum eſſe ita innuens, ſi Stichus correus factus fuiſſet, futurum vt ex eius contractu dominus ſaltem de peculio conueniri potuiſſet, quod tamē falſū eſſet ſi obligatio quā quaſi correus debēdi ſeruus cōtraxiſſet pro interuentione acciperetur.

Quid noui induxerit Iuſtiniani conſtitutio, Nouell 99.

CAPVT IIII.

Exiſtimabam aliquando non pertinere Nouellam hanc ad correos debendi, ſimpliciter acceptos, ſed ad eos tantùm qui ſe alterna mutuaque fideiuſſione obligaſſent. De quibus & Papin. tractat *in l. reos 11. de duob. reis.* Quam in ſententiam non illud ſolùm me mouebat, quod Nouellæ verba hoc ipſum ſonare videntur apertiſſimè, ſed illud etiam quòd à vera iuris ratione nimis abhorreat ſi quis à Iuſtiniano conſtitutum velit, vt correi debendi non aliter in ſolidum obligati intelligantur, quàm ſi nominatim id expreſſum ſit, longe verò magis, vt hoc quoque expreſſo non priùs tamen conueniri poſſint ſinguli quàm appareat correum pro parte conueniri non poſſe, quia fortè abſens ſit aut lapſus facultatibus. Nunc autē vt contrà ſentiam illud facit, quod video Correos debēdi paſſim à Græcis ἀλληλέγγυοι vocari, & quos Iuſtinianus initio Nouellæ alterna fideiuſſione obligatos dixit, poſteà reos ſimpliciter dici, illis verbis, *Sic enim & omnes rei obligabuntur.* Item quod non ignoro fruſtrà iuris rationem quæri in iis Iuſtiniani conſtitutionibus quæ à veterum prudentū autoritate diſſentiunt: Illud poſtremò quòd præfatur ille ad eam ſe legem decurrere exemplo eius iuris quod iā antè in fideiuſſoribus induxerat. Quid enim neceſſe erat ad alternos mutuóſque fideiuſſores producere quod iā in ſimplicibus fideiuſſoribus fuerat conſtitutum, ſi alterna fideiuſſione obligatos alios intelligeres quam qui ſunt correi debendi? Igitur quamuis correi ſimpliciter accepti dici non poſſint alterna fideiuſſione obligati, ſecundum ea quæ in ſuperioribus diſputauimus, rectè tamen ab interpretibus omnibus cùm veteribus tùm recentioribus accepta eſt conſtitutio de correis debendi, quos Græcè ἀλληλέγγυοι quidem, ſed Latinè non æquè feliciter alterna fideiuſſione obligatos poſſis dicere. Verùm hoc poſito magna incurrit dubitatio, num ea Iuſtiniani lege ſit immutata vetus illa correorum conſtituendorum ratio quæ toto veteri iure obtinuerat. In eo namque gloſſatores diſſentiunt. Crebriore tamen noſtrorum calculo receptum eſt nihil immutatum eſſe in modo vt illi loquuntur conſtituendi correos debendi, ſed tantùm in modo exigendi & exequendi, id eſt ſingulos quidem ab initio in ſolidum obligatos intelligi etiam ſi dictum non ſit, ſed tamen non niſi pro parte conueniendos. Id verò probare non poſſum. Sic enim Iuſtinianus ſcribit *Si quis alterna fideiuſſione obligatos ſumat aliquos, ſiquidem non adiecerit oportere & vnū horū in ſolidū teneri, omnes ex æquo conuentionem ſuſtinere: ſi verò aliquid etiam tale adiciatur ſeruari quidem pactū, non tamen mox ab initio vnūquemq. in ſolidū exigi ſed interim ſecūdùm partem &c.* Ex quibus verbis apparet quoties conuenit vt ſinguli in ſolidū teneātur,

vtilitatẽ conuentionis nõ in eo elucere quòd ſtatim ſinguli poſſint cõueniri in ſolidũ (habent.n.nihilominùs beneficium diuiſionis) ſed, quòd ſi alter abſens ſit aut minùs idoneus, poteſt eo conſtito, alius ex ordine in ſolidum conueniri. Ergo, ſi pactum non interuenerit vt in ſolidum quiſque teneatur aliud obſeruari Iuſtinianus voluit, vt quamuis vnus ex iis abſens ſit aut non ſoluendo, alius tamen pro parte duntaxat teneatur. Id enim eſt quod ait *omnes ex æquo conuentionem ſuſtinere*. Alioqui dicendum erit inutilem fore adiectionem illam *vt in ſolidum quiſque teneatur*, quod tamen apertiſſimè Iuſtinianus negat cùm diſtinguit, an correi ſimpliciter accepti ſint nullo adiecto eo vt ſinguli in ſolidum teneantur, an tale aliquid adiectum ſit. Et verò vulgare tritum que eſt, verba omnia in contractibus appoſita operari debere, quoties ea interpretatio accipi poteſt quæ faciat vt operentur. Quod ſi ita eſt, nõ igitur ſufficiet ſcriptum eſſe, factos duos pluréſue promittendi correos ad obligandum vnumquemque in ſolidum, niſi præterea expreſſum ſit vt in ſolidum ſinguli obligentur. Proinde fatendum eſt, correctum eſſe hac parte ius vetus, quod proculdubio tale fuit, vt ſatis eſſet conſtitui correos ſimpliciter, vt eorum quiſque in ſolidum obligatus diceretur, etiamſi de ſolidi obligatione nihil expreſſum fuiſſet, *l.2.& 3.l.eadem 9.in princip. & §.1. de duob. reis*. Nec obſtat quod ſcriptum eſt in *l. reos 11. in fin. eod.* Cùm ita cautum inueniretur, *Tot aureos rectè dari ſtipulatus eſt Iulius Carpus, ſpopondimus ego Antonius Achilleus & Cornelius Dius* partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum ſingulos in ſolidum ſpopondiſſe, ita vt duo rei fierent. Illa enim verba *ſingulos in ſolidum ſpopondiſſe* adiecta ſunt ex abũdanti, potuiſſetque ratio alia ſufficere, *quia non fuerat adiectum vt duo rei promittendi fierent*, vt in *l.3. ibi cùm hoc autem inter eos ſit vt duo rei conſtituantur, eod. tit. & in princip.* eiuſdem §. cùm tabulis idem Papinianus ſcribit, cùm tabulis eſſet comprehenſum, illum & illum centum aureos ſtipulatos, virilem partem ſingulos ſtipulatos videri, ideò duntaxat quod adiectum non fuerat *ita vt duo rei ſtipulandi eſſent*. Neque enim illud præterea Papin. requirit, adiectum fuiſſe vt ſingulis in ſolidum deberetur. Ac ſane, aliter poſito iure ineptos facias iureconſultos, qui tot locis ſcripſerint, Plures correos ſtipulandi, habere ſingulos in ſolidum actionem. Et viciſſim, Plures correos debendi in ſolidum eſſe obligatos. Quis enim de eo dubitaret ſi non aliter fieri poſſent plures correi ſtipulandi aut promittendi, quàm adiectis illis verbis *in ſolidum*? Quò etiam pertinet *l.his verbis 8 eod.tit. de duob. reis*, in cuius fine verba illa *aut ſi minus*, ita ſunt accipienda, ſi duo rei facti non ſint, vt proinde nihil cauſæ ſit cur ei legi obiiciatur, *l.2.eod. tit.* Habent igitur hodie correi beneficium diuiſionis exemplo fideiuſſorum, eo demùm caſu quo ſinguli ſe in ſolidum obligauerint. Nam ſi non ſit adiectum vt ſinguli in ſolidum teneantur, diuiſionis beneficium inter eos non eſt neceſſarium, qui ab initio non niſi partes debent. Quod etiam olim non diſſimiliter Papinianus in confideiuſſoribus reſpõdit in *l.inter 51. in princip. de fideiuſſ.* vbi tractat ille, multùm intereſſe an ſolidũ & partem virilẽ quiſque ex cõfideiuſſoribus promiſerit, án verò ſolidum aut partem virilẽ: Priore ſiquidem caſu beneficio diuiſionis locum eſſe, nẽpe quoniã verum eſt ſolidũ eſſe in obligatione præcisè, virilis autem portionis mẽtionem, aut fruſtrà factam, aut ideò fortaſſe ne dubitationi locus relinqueretur, an creditori, ſi vellet actionem ſuam diuidere liceret, quod vtiq. ſemper licet, etiamſi dictum non ſit. *d.l inter 51.§.duo* verſic. *planè*. Poſteriore verò caſu non eſſe locũ diuiſioni, id eſt, fruſtrà quæri de diuidendo debito, cùm ſolidũ non ſit præcisè in obligatione, nimirum quoniam obligatio ipſa alternatiua eſt ſolidi aut partis, atque ideo in electione eſt cuiuſlibet ex fideiuſſoribus, an ſolidum an virilem velit ſoluere. Vnde fit, vt eligẽte fideiuſſore ſolutionem partis, videatur pars tantùm fuiſſe ab initio debita, quemadmodum ſi ſolidũ ſolueretur, dicendum eſſet ſolidum ab initio debitum fuiſſe: nam in obligationibus alternatiuis, tum demùm ſcitur quid ab initio fuerit in obligatione, cùm electio ſecuta eſt: atque ita proculdubio intelligi Papinianus debet. Cæterum, hôc diſtat beneficium diuiſionis quod correis debendi à Iuſtiniano conceſſum eſt, ab eo quod iã olim Hadrianus in fideiuſſoribus induxerat, quòd in fideiuſſoribus perſonę beneficium tacitam condicionem habere intelligitur, ſi is, contra quem diuiſio poſtulatur, & præſens ſit & idoneus. At, inter correos nõ eò minùs diuiditur obligatio, quòd ex iis, alter ſit aut abſens aut egenus. Nam diſtinctio illa quam Iuſtinianus adhibet, an qui non conuenitur ſit abſens aut minùs idoneus, ad eum tantùm caſum pertinet, ſicuti dixſimus, quo conuenerit vt in ſolidum ſinguli eſſent obligati. Itaque alio etiam reſpectu intereſt inter duplex hoc beneficium diuiſionis, quòd diuiſio fit inter correos ipſo iure, & ſola Iuſtinianeæ legis poteſtate, ſicut & diuiſio illa actionum hereditariarum inter coheredes ex lege duodecim tabularum *l.1. C. ſi certum petatur*. At, inter fideiuſſores non ipſo iure fit, ſed per exceptionem inductam beneficio epiſtolæ Hadriani *l. inter fideiuſſores, 26. cum ſeq.ff.de fideiuſſ.* quamuis Iuſtinianus Hadriani exemplo motum ſe dicat, vt quod in fideiuſſoribus iam conſtitutum erat, produceret ad correos; quos vel ex eo maximè conſtat fideiuſſorum iure non cenſeri, quia nec poſſunt, quod ad diuiſionis beneficiũ attinet, nec ſi ponas inuicem eos fideiuſſiſſe; quia neque poſſunt videri confideiuſſores, nullo alio principali debitore exiſtente, cùm iidem illi ſint principales debitores. Porro, cùm Iuſtin. in beneficio diuiſionis indulgendo, non diſtinguat ad quem ex correis pecunia peruenerit, neq. nos diſtinguere debebimus: præſertim cùm à nobis in ſuperioribus probatum ſit, non ſemper fideiuſſoris loco habendum eum ad quem pecunia peruenit.

Abrogatum à Iuſtiniano Papiniani reſponſum quod extat in §.duo rei, l.inter eos 51. De fideiuſſ. & malè a nonnullis emendatum §. vltim. l.ſi plures 27.eod.

CAPVT V.

SVpradictis conſequens eſſe puto, vt ex Iuſtiniani Nouella 99. *de duob. reis.* correctum quoque ſit elegans illud Papiniani reſponſum, quod extat *in §. duo rei. leg. inter eos 51. de fideiuſſ.* vbi ſcriptum eſt: ſi duo rei promittendi ſeparatim dederint fideiuſſores, inuitum creditorem inter omnes fideiuſſores actionem diuidere non cogendum: ſed inter eos duntaxat qui pro ſingulis interuenerunt. Nam ratio quæ Papinianum mouere poterat illa erat, quòd conſtitutis ſimpliciter duobus correis debendi, licet vnum ſit debitum, vna ſumma, vna obligatio, *l.3. §. vlt. de duob. reis.* ea tamen obligatio in cuiuſque perſona quaſi ſingulorũ propria cõſiſtit, *l.eãdẽ. 9.§.vlt.*

Digitized by Google

9.§.*vlt.l.ſi reus 13.eod.* Inde enim fit, vt quod ad fideiuſſores alterutrius pertinet, perinde ſit acſi ſolus ille pro quo intercellerunt obligatus eſſet, cùm ipſe in ſolidum teneatur *l.cum duo 40. de fideiuſſ.l.ſi plures 9.de pact.* Atqui correus ille non haberet beneficium diuiſionis aduerſus correum, non magis quàm ſi correum nullum haberet *l. 3. § vbi duo. l.reos 11.in princip.D.de duob.reis. l.2. & 3.C.eod.l.cum apparebit 47.D.locat.l.reos 23.C.de fideiuſſ. l.ſi non ſinguli 5. C.ſi cert.petat.l.ſi duo 16.D.de conſtit.pecu.* Ergo nec ipſius fideiuſſores audiendi erunt, ſi poſtulent diuidi obligationem inter ſe pro dimidia & fideiuſſores alterius correi pro alia dimidia. Nam quod ad eos & ad beneficium diuiſionis ſpectat, qui non ſunt confideiuſſores, eodem loco habentur, acſi nullomodo fideiuſſores eſſent, id eſt, vt nihil magis ex eorum perſona liceat alterius correi fideiuſſoribus, qui ſoli conueniuntur, virilium portionum rationem inducere, conſtat autem eos qui diuerſarum ſtipulationum fideiuſſores ſunt, licet eiuſdem pecuniæ nomine, non eſſe confideiuſſores, nec rem aut perſonam vnius eiuſdémque debitoris facere confideiuſſores: ſed identitatem, vt ita dicam, ſtipulationis: hoc eſt, ſi ſimul eodémque tempore interuenerint *l. ſi à Titio 43.de fideiuſſ.* Aut ſi diuerſis quidem temporibus, ſed alter tamen alterius cõtemplatione *vt in l. ſi Titius 48.eodem tit.* & vt Papin. loquitur *in l. ſi plures 38.de adminiſt.tutor. in periculi ſocietatem.* At hodie, ex Iuſtiniani lege, cogitur creditor inter correos debendi actionem diuidere: non ſolùm ſi ſimpliciter accepti ſint, ſed & (quod magis mirum eſt) ſi adiectum ſit vt ſinguli in ſolidum teneantur. Conſequens ergo eſt, vt inter omnes ſimul ſingulorum correorũ fideiuſſores actio diuidatur, quæ inter correos ipſos diuideretur: Ne aliter poſito iure fatendum ſit, in duriorem cauſam obſtrictos fideiuſſores contra iuris regulam, *l.gracè 8.§.illud.l.hi qui 34. l. teſtamento 49.§.vltim.de fideiuſſ.* Sed hactenus tamen, vt ex correorum non ex fideiuſſorum numero, viriles portiones conſtituantur. Nam ſi pro Titio Mæuius & Sempronius, pro Caio Lucius Attius, & Cornelius fideiuſſerint, ſic diuiſio facienda erit, vt non quintam debiti partem ſinguli, ſed quartã Mæuius, quartam Sempronius, ſextas Lucius Atticus & Cornelius debeant ſinguli, quia dimidiam Titius, aliam dimidiam Caius deberet. Si tamen correi debendi, vt hodie fieri aſſolet, exceptioni diuiſionis & ordinis renunciauerint, & fideiuſſores poſteà accepti contraria pactione ſibi non proſpexerint, ius vetus obſeruabimus, vt inter eos tantùm fideiuſſores actio diuidatur qui pro ſingulis interuenerunt, quoniã non poteſt fauore fideiuſſorum induci ius nouum ex perſona reorum, qui iuris noui beneficium reſpuerunt: neque rurſum ex perſona fideiuſſorum qui non ſunt cõfideiuſſores, vt diximus, cùm ſeparatim interceſſerint. Loquor de fideiuſſorib. poſteà acceptis, quia, ſi accepti eſſent antequàm à correis debendi renunciatum fuiſſet exceptioni ordinis & diuiſionis, non poſſet exceptio fideiuſſoribus ſemel quæſita iis adimi facto correorum *l.vltim.de pact.* nil obſtante eo quod aduerſus correos habituri eſſent mandati actionem, quoniam ipſorum intereſt minùs ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere *leg. ſi ſtipulatus 15. in princip.de fideiuſſ.* Hinc verò illud etiam apparet, quam rationem habeat quod Vlpianus ſcribit *in leg.ſi plures 27.§.vltimo, eodem titulo de fideiuſſ.* Si fideiuſſor fuerit principalis & fideiuſſor fideiuſſoris non poſſe ſecundum hunc fideiuſſorẽ deſiderare, vt inter ſe & eum fideiuſſorem pro quo fideiuſſit, diuidatur obligatio. Ille enim, inquit, rei loco eſt non fideiuſſoris, nec poteſt reus deſiderare vt inter ſe & fideiuſſorem ſuum ea diuiſio fiat. Proinde, ait ſi ex duobus fideiuſſoribus alter fideiuſſorem dederit, aduerſus eum quidem non diuidetur obligatio pro quo interuenit, aduerſus cõfideiuſſorem magis eſt, vt diuidatur. Sic enim omnino legendum eſt, quomodo libri omnes habent, non vt ex recentioribus quidam optimè alioqui de iure noſtro meritus docuit, qui pro *confideiuſſorem* mauult legere *confideiuſſoris confideiuſſorẽ*, ſiquidem confideiuſſorem Vlpianus illo loco haud dubiè intelligit eum qui à reo principali datus fuerat non qui à fideiuſſore, ſunt enim illi confideiuſſores, non item qui ab vno ex iis datus eſt fideiuſſor. Et conſequenter locus eſt inter eos beneficio diuiſionis. Quanquam & illud quoque verum eſt fideiuſſorem poſſe diuiſionem impetrare non ſolùm aduerſus confideiuſſorem, ſed etiam cõtra confideiuſſoris ſui fideiuſſores cõfideiuſſoréſq;. Omnium quippe par & eadem ratio eſt. Nec magis acutè faciunt qui fideiuſſores à correis debendi datos hac parte ſeparant ab aliis fideiuſſoribus, quaſi beneficium diuiſionis habere non debeant, ſola illa ratione quòd plures correi vnius tantum loco habeantur. Etſi enim ita eſt, cur non tamen illorum fideiuſſoribus idem beneficium detur, quod vnius debitoris fideiuſſoribus non denegaretur?

Correo debendi qui totum ſoluit mandati actionem aduerſus correum non competere, ad l.1. aliàs 2.C.de duob.reis & emendatio l.qui fide 56.D. mandat.

Capvt vi.

QVod in ſuperioribus probauimus, Correos debendi non aliter vice mutua videri fideiuſſiſſe, quam ſi nominatim id actum ſit, nec rurſum pro fideiuſſore ſemper habendum eum ad quem pecunia non peruenit, facilè mouere nos poteſt, vt intelligamus quàm verum ſit, quod nos hoc capite & ſequẽtibus, probandum ſuſcipimus. Correo debendi, qui totum debitum ſoluit, nullã omnino aduerſus correum actionem competere, nec ſi totum ille ſoluerit, ad quem nihil ex pecunia peruenerat. Ac primũ de mandati actione videamus: etſi enim ex iis etiam qui actionem aliquam correo dandam putant, plerique fatentur poſt Accurſium ad *l.1.C.de duob.reis.* mandati iudicio locum hic non eſſe. Non deſunt tamen qui contra ſentiant, ſiue quòd non dubitantes quin actio aliqua dari debeat, nullam videant, quæ occurrat accommodatior, ſiue quòd exiſtiment, correum, prẹſertim qui accipit pecuniam cuius nomine obligatio contrahitur, hoc ipſo mandare videri correo, vt ſe obliget, quòd patitur ſecum fieri correum illum, cuius alioqui nihil interſit. *argum.l. qui patitur 18.l. ſi remunerandi.6.§.ſi paſſus ſim l.qui fide 53.D.mand.l. ſemper aut non prohibet 60.de R.I.* Verùm hanc nos rationem iam ſatis ſupérque refutauimus, cũ oſtendimus pro fideiuſſore non habendum eum, ad quem nihil peruenit. Pro tali enim vtiq. habendus eſſet, ſi correus, qui totam pecuniam accepit, mandaſſe intelligeretur, cùm, non niſi vtroque correo prẹſente obligatio correorum conſtitui poſſit. Neq. ſanè ex tot iuris locis, qui extant in Pandectis & in Codice, de correis debendi & actione mandati, vllus eſt, qui correo contra correũ actioné mandati accommodet. Quomodo.n.mandati poſſit conueniri, qui nec mandauerit, nec pro mandante habeatur? *l. ex mandato 20.§.1.cum l.ſeq.d.l.qui fide.*

53.*l.ſi præcedente.*58 *& paſſ.D.mandat.* Nec ad rem pertinet, quòd actoris pecuniâ liberatus ſit is qui conuenitur. Illud namque duntaxat inſpiciendum eſt, quoties mandati agitur, an mandatum aliquod, ſiue expreſſum, ſiue tacitam præceſſerit, non an actoris pecunia, reus liberatus ſit *d.l.qui fide, & d.l.ſi præcedente.* Quin & eo quoque caſu quo mandatum præceſſit, mandati tamen actio regulariter ei competere non poteſt, qui ſuum magis quàm alienum negotium geſſit. *l.1.§. idem Pomponius quærit ſi apud te* 14 in illis verbis, *nec mandati teneris quia meam rem geſſi. D.depoſit.* Dixi *regulariter* quoniam caſus quidam excipiendi ſunt, quos Paulus tractat *in l. ſi mandauero* 22.*§.interdum.D.mand.* Vtputa, ſi debitor meus periculo tuo debitorem ſuum mihi deleget aut ſi rogatu fideiuſſoris cum reo experiar, Quibus & addi ille põt de quo eleganter Tryphoninus *in l. tutor datur.* 69.*de fideiuſſ.* Si fideiuſſor ex cauſa non fideiuſſionis, ſed tutelæ, ſoluerit quod primùm ob fideiuſſionẽ debuerat. Etiam poſtquam ex ea cauſa tempore liberatus eſt. habet enim nihilominùs actionem mandati contra reum promittendi, inſpectâ ſcilicet, vt lex ait, cauſa debiti potiùs quàm titulo actionis, cũ idcircò teneatur ex cauſa tutelæ, quia priùs debitor fuerat ex cauſa fideiuſſionis, & à ſeipſo exigere debuerat: quod ſi feciſſet, non fuiſſet tẽpore liberatus, & haberet obligatum debitorem actione mandati: nemo autem dixerit audiendum reum, ſi imputare fideiuſſori velit, cur non potiùs ex cauſa fideiuſſionis ſoluerit, cum, ſi id factum eſſet, tantò magis ille fideiuſſori teneretur, facit *l. ſi pupilli.*6.*§.vlt.l.ſi autem* 8.*l.atquin* 19.*ff.de neg. geſt.l. ſi tutor* 12.*de tutel.& ration. diſt.l.item veniunt.*20.*§. cum prædiximus de hered.pet.l.ſi negotia.*31.*l.qui mutuam* 56 *§.non ideo.D.mandat.* Extra hos caſus, & ſi qui alij ſunt ſimilem habentes rationem, vix eſt, vt mandati agere poſſit, qui ſuum potiùs quàm alienũ negotium geſſit, licet ei mandatum fuerit: multò minùs verò, ſi nihil ipſi mãdatum ſit. Atqui correus, qui totum debitum ſoluit, nullum à correo mandatum habuit, ac tametſi ponas habuiſſe, ſuum tamen negotium geſſit non correi, cùm eſſet ille in ſolidum obligatus, *lege ſecunda & tertia de duobus reis.* Et quidem ſuo nomine non alieno, vt non ſolùm ex eo conſtat, quòd ante Iuſtinianum diuiſionis beneficium habere non poterat, *l. reos in princip.* 11. *eodem titul. l. ſi plures* 27 *§. vltim. de fideiuſſ. l. cùm apparebit* 47. *D. locat.* (quod tamen iam olim competebat omnibus pro alio obligatis. *l. penultim. de fideiuſſ. tutor.* adeóque iis qui pro aliis ſe conſtituiſſent principales debitores *l.vltim. C.de conſtitut.pecun.*) Sed ex illo etiam, quòd ſi fortè ex pluribus correis debendi alter obligari non poſſit, ſiue quòd alteruter duntaxat reſponderit, *vt in l. duos reos* 6. *de duobus reis*, ſiue quòd vnus hodie, alius die ſequenti, *vt in lege ſi ex duobus* 12. *in princ.eodem.* Siue denique quòd ex iis alter ſit pupillus, qui ſine tutoris autoritate ſpoponderit, *d.l.ſi ex duob.*§.1.is nihilominùs, qui rectè reſpondit, ſolus & in ſolidum obligatur, dictis legibus. Quod ſanè iniquum eſſet, & à iuris ratione prorſus alienum, ſi ita ſe res haberet, vt vni ex correis totum ſoluenti parata foret mandati actio, aliáve vlla contra correum pro partis repetitione: Siquidem ita poſito iure, fieret vtique iniuria ei, qui, contra id quod actum eſſet, in ſolidum proprio nomine obligatus reperiretur *argum.l.idem erit,*14.*D.de inſtit. act.* Nec eſt quod quis obiiciat, idem contingere in fideiuſſoribus, vt ſi ex pluribus quidam obligari non poſſint, cæteri in ſolidum obligentur, *lege ſi Titius* 48. *de fideiuſſ.* quos tamen conſtat beneficium habere diuiſionis & exceptionis cedendarum actionum. Nam reſpondeo: Pluribus fideiuſſoribus ita acceptis, vt in ſolidum ſinguli teneantur (de illis quippe tantùm hic loqui poſſumus, vt ad quos ſolos beneficium diuiſionis pertineat *lege inter eos* 51. *de fideiuſſ.*) itémque correis debendi commune illud eſſe, quod in ſolidum ſinguli obligari volunt: Sed in eo tamen differre, quod fideiuſſores alieno nomine obligantur. Ideóque licet ex iis quidam obligari nequeant, ſubſiſtit nihilominùs cæterorum obligatio in ſolidum, propter obligationem principalis debitoris, qui in ſolidum teneretur. At in correis debẽdi, tametſi ponas eos vice mutua intercedere, nec proprio nomine in ſolidum obligari, ſed pro parte ex perſona propria, pro parte verò ex perſona correi: Non poſſis dicere, quænam aut vbinam ſit obligatio illa principalis, cui poſſit accedere fideiuſſoria, quoties eorũ alter obligari non poteſt. Et ob id fateri te neceſſe eſt, illo caſu, eum qui ſol⁹ obligatur vel nõ obligari in ſolidum, (quod tamen IC. affirmant ſupra dictis locis,) vel non niſi proprio nomine obligari, cùm fieri nequeat, vt tanquam fideiuſſor obligetur eius nomine, qui non eſt obligatus *l.fideiuſſor* 16.*in princip.eodem titul.de fideiuſſ.* Quòd ſi admittas, obligari eos ſingulos proprio nomine, illud ſtatim erit conſequens, eum igitur, qui totum ſoluerit quaſi correus, non debere mandati actionem habere contra correum, quia propter obligationem ſuam ſoluit & ſuo nomine, tametſi correum ipſo iure liberauerit, *argument. l. Papinianus.* 28 *iunct.l.qui fide.*53. *D.mandat.* Sanè ſi pro te fiam reus promittendi certum eſt poſſe me contra te agere, aut mandati ſi mandaueris, aut negotiorum geſtorum ſi non mandaueris, idq; etiam priuſquam ſoluam, nimirum, vt me liberes, *l.ſi mandatu meo* 45. *§.ſi iudicio in fi.eod.* At correo in correum, ſiue ante ſiue poſt ſolutionem, mandati actionem competere, nuſpiam, vt dixi, proditum eſt. De actione negotiorum geſtorum an competere poſſit ſequenti capite videbimus. Sed priùs admonendum eſt, corruptum eſſe duobus locis Papiniani reſponſum in *d.l. qui fide.* Primùm in illis verbis, *alterius mãdatum ſecutus fideiuſſit.* legendũ enim eſt *alterius* non *alterutrius. vt in l.vlt.D.de duob.reis.alterius,* non *alicuius.* Deinde in fine legis, vbi ſic ſcriptũ eſt, *id enim cõtingit etſi ſine mãdato meo pro alio ſoluas.* Malo namq; legere *etſi ſine mandato meo* vt nõ ſolũ elegantior, ſed etiã accõmodatior ſit ratio, qua Papinianus mouetur vt probet, eum, pro quo inuito vel ignorãte quis fideiuſſit me mandante, iudicio mandati conueniri nõ poſſe, ſed me ſolũ, quãuis liberat⁹ ille ſit pecuniâ fideiuſſoris. Nã qui volet cõtendere, mandati actione teneri eũ qui liberatus eſt, ob id tantũ quod ego fideiuſſori mandauerim, vt pro ipſo fideiuberet, idẽ perinde contendet, eandem mandati actionem multò magis competiturã aduerſus debitorem liberatum, ſi me mandante, quis pro eo ſoluerit. Idẽ enim cõcedendæ actionis color eſt, quòd mãdatum meũ interceſſerit, cuius vtilitas ad debitorem peruenit, qui pecuniâ actoris liberatus eſt. Et ſanè, quid hac parte intereſt, vtrũ alicui mandauerim, vt pro alio fideiubeat, an vt pro alio ſoluat? Neq; verò quiſquam fuerit tam ſtult⁹, vt ei, qui pro alio inuito vel ignorante ex mandato meo fideiuſſit, actionẽ mandati aliter concedere velit, aut contra me, aut con-

tra

tra debitorem liberatum, quàm ſi ſolutio ſecuta ſit, cum nec antè ſolutionem contingat liberatio, nec regulariter, ob id ſolum quod quis fideiuſſit, habere debeat mandati actionem, ſed tum demùm cùm ſoluerit, præterquàm certis caſibus, quibus receptũ eſt, vt etiam ante ſolutionem, fideiuſſori detur actio mãdati in id ſc. vt à fideiuſſionis periculo eximatur. *l. Lucius 38. D. mand. l. ſi pro ea. 10. C. eo l. ſ deiuſſ. 45. D de fideiuſſ. l. 1. C. de fideiuſſ minor.* At ſi Papinianum ſic legas, *id enim contingit etſi ſine mandato meo pro alio ſoluas*, elegantiſſimam & vrgẽtiſſimam efficies rationem, ex qua apparebit, Non ob id, poſſe fideiuſſorẽ mandati agere aduerſus debitorem liberatum, quòd mandante me pro eo fideiuſſerit, tum ſoluerit, cùmque liberauerit. Nam etſi nullo præcedente mandato meu facta ſolutio fuiſſet, etiã inuito aut ignorante debitore perinde liberatio cõtigiſſet, neq. tamen actionis mandati concedendę color vll' ſubeſſet, quomodo nullũ prorſus mandatum interueniſſet. Ex quo conſtat, etiam interueniente mandato, liberationem debitori contingere, non mandati mei, ſed ſolutionis ab alio factæ poteſtate, quæ haud dubiè ſemper illi prodeſt, cuius ſiue ignorantis ſiue inuiti nomine facta eſt, vulg. *l. ſoluendo. 31. D. de neg. geſt. l. ſolutione 23. de ſolut.* Proinde fideiuſſori, qui mandante me pro alio inuito vel ignorante fideiuſſit & ſoluit, non magis actio mandati contra illum danda eſt, quàm ſi non mandaſſem. Errori cauſam dedit inſcitia exſcriptoris, cùm vetere librariorum more ſcriptum fortaſſe eſſet, ET SINE MEO MANDATO pro ETSI SINE: quod à nobis tam ſępe libris ſuperioribus inculcatum eſt.

Actionem negotiorum geſtorum aduerſus correum non competere correo, qui totum ſoluit: nec rurſum de in rem verſo. Ad l. nam & Seruius 21. & l. ex facto 30. D. de nego. geſt. & l. ſi pro parte 10. §. vltim de in rem verſ.

CAPVT VII.

RES erit nobis hoc capite cum Accurſio, qui ad *l. 1. C. de duob. reis.* ad cuius interpretationem tota hæc quæſtio pertinet, ſic exiſtimat, Correo, qui totum ſoluit negotiorum geſtorum actionem aduerſus correum competere. Quam ſententiam à pleriſque probatam, Molineus quoque ſecutus eſt *ad l. Modeſt. de ſol. nũ. 5.* Accurſius nihil prorſus adſert, ex quo ſuam probet interpretationem tam improbabilem. Molineus verò cui familiare fuit ingenioſum agere in comprobandis ſiue ſuis, ſiue alienis opinionibus, quæ à vera iuris ratione abhorrerent, mouetur primùm ex eo, quòd cùm correus qui nihil ſoluit, perinde obligatus eſſet in ſolidum, atque is qui ſoluit, liberatúſque ſit per ſolutionem à correo factam, negari non poſſit, quin, eiuſmodi ſolutione, ipſius negotium vtiliter geſtum ſit. Nec ad rem, inquit, quòd vrgente neceſſitate vel neceſſitatis ſuſpicione eò ventum ſit, vt alterius negotium gereretur. *l. 3 § hac actione de negot. geſt.* ſufficit namque vtiliter geſtum eſſe, & agentis intereſſe *l. actio. 47 eod.* Addit quod Paulus ex Seruio tractat *in l. nã & Seruius 21 eod. tit.* Cùm tres à Luſitanis capti eſſent, & vnus ea conditione miſſus, vt pecuniam pro tribus adſerret, ac niſi rediiſſet, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, iſque reuerti noluiſſet, atque ob hanc cauſam illi pro tertio pecuniam ſoluiſſent: æquum fuiſſe, Prætorem in eum reddere iudicium, ſcilicet, vt ille interpretatur, negotiorum geſtorum.

Id enim ſuadere videtur & titulus, ſub quo lex poſita eſt, & finis legis præcedentis. Mouetur poſtremo quòd contutori aduerſus contutorem, & magiſtratui aduerſus collegam magiſtratum, eadem negotiorum geſtorũ actio competat, ſi quid vnus pro altero præſtiterit, ta etſi in ſolidum ſinguli eſſent obligati *l. ex facto. eod. tit.* Cur non igitur, inquit ille correo quoque aduerſus correum compe.... Me in contrarium illud mouet, quòd iuris eſt certiſſimi, negotiorum geſtorum actionem ei nunquam competere, qui ſuum negotium geſſit, *l. creditor. 6 . § 1. D. mandat.* Imò nec retentio ei danda eſt, *l. deducta 58. §. qui poſt tempus ad SC. Trebell.* niſi cum ſuo, alienum quoque, id eſt, commune negotium geſſerit *l. in hoc iudicium 14. § 1. D. commu. diuid.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus libr. 2. cap. 2. Nemo autem neſcit, facilius eſſe, vt retentionem quis habeat quã actionẽ, *l. 1. § is autem de ſuperfic. l. inuitus 156. §. cui damus de reg. iur.* Inde eſt quod generaliter proditum legimus, negotiorum geſtorum actionẽ ei dandam non eſſe, cuius pecunia ad ſuum creditorem peruenerit, licet alienum voluerit gerere negotium, *l. liber homo 36. de negot. geſt.* in poſtremis verbis, *qua deſinit competere ſi creditori eius ſoluta ſit.* Adde *l. cum pecuniam 45. ibi eius nomine ſolueret*, & *l. mandaſti 46.* in illo loco *ſi verò propterea emerim ne filius mandati iudicio teneretur, D. eo. tit.* Quin etſi in rem communem à pluribus accepta ſit pecunia, ita tamen, vt correi facti non ſint qui acceperunt, & vnus totum ſoluerit, datur quidem ſoluenti partis repetitio, ſed per generalem certi condictionem nõ per negotiorum geſtorum actionem, *l. ſi non ſinguli 5. l. ſi in rem communem 12. C. ſi cert. peta.* Quanto minus igitur negotiorum geſtorũ actio aduerſus correum dabitur, correo qui totum ſoluit? Nam quod *in d. l. ſi non ſinguli & d. l. ſi in rem.* alia conſtituitur correorum ratio, alia eorum qui correi non ſunt, non eò pertinet, vt correo actionem negotiorum geſtorum accommodare debeamus, ſed vt nullam potiùs, niſi quam ipſi creditor aduerſus correum mandauerit, vt conſtat apertiùs *ex l. ſi diuiſa 13. C. de locat.* Illud enim veriſſimum eſt, quod nos ſuperiori capite probauimus correum teneri ſuo & proprio nomine totum debitum ſoluere, non ſolum ſi correum habeat qui ſit vtiliter obligatus creditori, ſed & ſi obligatio correi non ſubſiſtat, *l. duos reos 6. l. ſi ex duobus 12. in prin. & §. 1 de duob. reis. l. ſi duo. 128. de verb. obl.* Ideóque perinde ſuum duntaxat negotium gerere videtur cùm totum ſoluit licet per cõſequentias correum liberet, ac ſi eum non liberaret. Non enim idcirco liberat quòd pro eo ſoluat, ſed quia pro ſeipſo ſoluens efficiat, vt tota obligatio extinguatur cuius nomine correus acceptus fuerat, *arg. l. ſi ex plurib. 16. de accept. iunct. l. 2. de duob. reis.* Adde quod etiam cùm quis alienum negotiũ gerit, ſi tale illud ſit, vt nec ſuũ proprium poſſit explicare niſi alienum quoq. gerat, negotiorum geſtorum agere nullomodo poteſt. *l. heredes 25. §. non tantũ. 16.* in illis verbis, *quoniam hic propter ſuam partem cauſam habuit gerendi & ideò negotiorum geſtorum actio ei non competit D. famil. erciſcun.* Tunc enim ſolùm competere poteſt negotiorum geſtorum actio ob id quod in re communi geſtum eſt, cùm potuit ſocius partem ſuam ita adminiſtrare, vt ſocij quoque partem adminiſtrare non cogeretur, *l. ſi communes 40. de negot. geſt. l. ſi quis putans 6. §. ſiue autem verſic. hoc autem*, & verſic. *cæterum, D. commun. diuid.* Atqui non auditur correus qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur ſiue ſuum ſiue commune

gerat negotium cùm totũ ſoluit, quo iure obſecro liceat ei aduerſus correum agere negotiorum geſtorum? Alioqui ſi vnum illud inſpiciendum eſt, ꝙ per ſolutionem à correo factam correus quoque liberatur, quidni eadem ratione concludimus plurib. acceptis fideiuſſoribus eiuſdẽ obligationis nomine ſi vnus totum debitum ſoluerit dandam illi aduerſus cæteros confideiuſſores negotiorum geſtorum actionem? Vtiq. enim vnius ſolutione cæteri omnes liberantur, & tamen conſtat nullam eos inuicem habere actionem niſi ſi qua ſoluenti ceſſa ſit. *l. vt fideiuſſor. 39. D. de fideiuſſ.* Nimirum, quia quod vnus ex confideiuſſoribus totum ſoluit facit ſuo nomine, & vt ſeipſum liberet, quamuis per conſequentias cæteri confideiuſſores liberentur. Reliquum eſt, vt ad rationes quibus aduerſarij mouentur reſpondeamus. Ac primùm quod obiicitur *ex §. pen. l. 3. de neg. geſt.* locum eſſe actioni negotiorum geſtorum etiam ſi neceſſitate aliqua vel neceſſitatis ſuſpicione vrgente alienum quis negotium geſſerit, facilem habet reſponſionem. debet namque intelligi de negotio quod quis neceſſe habuerit aut putauerit habere neceſſe pro alio gerere, pro ſe autem nullomodo. Exemplum accommodatum ſumi poteſt ex *l. curatorem 6. D. eod. tit.* in curatore qui teſtamento aut alia ratione inutiliter datus negotia minora geſſit, Hic enim interdum neceſſe habet gerere, puta ſi agnouerit legatum ſibi eodem teſtamento relictum, *l. vlt. D. de confirm. tutor.* Et quamuis alias neceſſe nõ habeat, ſi tamen geſſerit cùm putaret cogi ſe poſſe vt gereret, æquum eſt dari ei actionem negotiorum geſtorum, in eúmq viciſſim *d. l. curatorem.* Idem in cuiuſlibet curatoris heredib. tractari poteſt, ſi quid ipſi poſt curatoris mortem geſſerint per iuris imperitiam quaſi obligati, cùm in eos administrationis officium non tranſeat. *l. curatoris 17. C. de neg. geſt.* Subiici aliud exemplum poteſt *ex l. 3. C. eodem. de debitore qui pignus commune liberauit.* Et ſi enim iuris illa ratio quam ſupra attulimus facere videtur, vt familiæ erciſcundæ iudicium inter coheredes aut communi diuidundo inter cæteros locum habere debeat potius quàm negotiorum geſtorum, cùm hic qui pignus liberauit, cauſam habuerit toti⁹ negotij gerendi propter partem ſuam *dict. l. ſi communes 40. D. eod. dict. l. heredes §. non tantùm famil. erciſc.* Singulari tamen quodam iure competit hoc caſu negotiorum geſtorum actio propter ſublatam obligationem principalem & perſonalem, cuius intuitu cùm eſſet inter debitores ipſo iure diuiſa, non cogebatur vnus ex debitoribus partem condebitoris ne quidem coheredis ſoluere. *l. 1. Cod. ſi vnus ex plurib. hered. l. idem erit 14. D. de inſti. act.* Itaque ſicut qui ſoluit ad liberandum pignus rei communis duplicem tollit obligationem. perſonalem vnam, realem alteram, quarum illa non tantùm diuidua eſt, ſed etiam diuiſa, hęc verò indiuidua, ita pro qua parte tollit perſonalem quæ aduerſus condebitorem exercẽda erat, acquirit ſibi actionem negotiorũ geſtorũ, quoniã ſuæ partis ſolutione poterat cõſequi liberationẽ. Qua verò parte tollit actionẽ realẽ quęrit ſibi actionem Communi diuidundo aduerſus condebitorem, quia nec partem ſuam debiti ſoluẽdo pignoris partem vllam liberare potuiſſet. Cæterùm nil ea res ad quęſtionem noſtram pertinet quia quod vnus ex correis commune debitum cogitur totum ſoluere non fit vt alienum negotium gerat, ſed vt ſuum proprium: quæ res omnino excludit actionem negotiorum geſtorum quemadmodum diximus. Quod autem obiicitur ex *d. l. nam & Seruius,* mouere minùs poteſt. Non enim ait lex locum eſſe actioni negotiorum geſtorum in illa ſpecie, ſed æquum eſſe Prætorem reddere iudicium in eum, cuius nomine ſoluerant illi qui apud hoſtes remanſerant, propoſita nimirum, vt puto actione in factum non ciuili & ſubſidiaria, quæ competere ſolet quoties vulgaribus actionibus locus eſſe non poteſt *l. 1. & paſſ. de præſcr. verb ſed prætoria.* Ibi enim non potuiſſe agi negotiorum geſtorũ ex eo apparet, quòd duo illi, qui pro tertio ſoluerant non aliter liberari ab hoſtibus poterant, quàm ſi pro eo quoque ſoluerent. Comparandi ergo ſunt potius ei qui pro re communi aliquid impendit, cùm alioqui partem ſuam expedire non potuiſſet, quem diximus negotiorum geſtorum agere non poſſe, ſed familiæ erciſcundæ vel communi diuidundo. *d. l. ſi communes & d. §. non tantùm.* Nec quod lex pręcedens de actione negotiorum geſtorum tractauerat facere debet, vt quam actionem Seruius dabit, eandem interpretari debeamus, cùm diuerſæ ſint ſpecies diuerſique iuris loci, ex diuerſis locis depromptі, licet per Triboniani fortaſſis inſcitiam malè coniuncti. Sed & illud actionem negotiorum geſtorum in ea ſpecie impedit, quòd conuentio præceſſerat, vt ſi tertius ille, qui ab hoſtibus dimittebatur, non rediret, duo alij qui retinebantur pro eo quoque ſoluerent: eique pactioni tertius ipſe conſenſerat, ſeque tamen rediturum & pro aliis quoque pecuniam allaturum receperat. Quis enim vnquam dixit, quod ego pro re præſente & conſentiente ac quodammodo mandante promiſerim & ſoluerim poſſe me iudicio negotiorum geſtorum abs te repetere? Mandati potiùs actio danda eſſet, quæ tamen cũ actione negotiorum geſtorum nunquam concurrit: quanquam illud etiam vtrique obſtat, quod inter captiuos & cum hoſtibus facta conuentio fuerat, ex qua proinde nulla inter captiuos naſci obligatio iure ciuili potuerat: Nec conſequenter actio, niſi & obligationem & actionem æquitas illa induceret, quòd apertè dolo malo faciat qui aliorũ pecunia dimiſſus ab hoſtib. fidẽ neq. hoſtibus neq. cõciuibus ſeruare velit: ſicut enenit cũ aliquid facio vt des, & poſteaquã feci, ceſſas dare, *l. naturalis 5. §. quòd ſi faciam de præſ. verb.* Et verò non eſſe hoc caſu locum actioni negotiorum geſtorũ ex illo etiam apparet, quòd ſi pro captiuo redimẽdo liber pecuniam dediſſet, captiuus ille ſeruus factus eſſet redimentis quouſq; ſeipſum luiſſet precio reddito, *l. in bello. 12. §. ſi quis ſeruum captum. l. ſi quis redempto 13. l. ſi quis ingenua. 21. D. de capt. & poſtlim. l. 2. C. e. l. ſenatus 43. vlt. de leg. 1.* Nulla igitur ciuilis actio redimendi contrà redemptum competere potuiſſet, vt nec domino cõtra ſeruum, ac ſanè cùm captiuus quandiu apud hoſtes eſt reuera ſit ſeruus hoſtium, & conſequenter pro nullo habeatur, reuerſus autem fictione poſtliminij nunquã captus fuiſſe videatur, non poteſt dici negotium ciuis Romani geſſiſſe, aut quam aliam obligationem aduerſus eum quæſiiſſe, qui pro captiuo redimendo pecuniam dedit. Quæ res fortaſſe cauſam præbuit conſtitutionibus quibus cautum eſt, vt captiuus redemptus ſit ſeruus redimentis. Eſſet enim ius illud iniquiſſimum & à fauore libertatis Romanæ alieniſſimum ſi quo alio ciuili & ordinario remedio indemnitari redimentis conſuli potuiſſet. In ea verò ſpecie quàm Paulus ex Seruio tractat, *in d. l. nam & Seruius.* etſi non poteſt locus eſſe conſtitutionibus, quoniã qui tertiũ redemerãt iidẽ captiui erant, nec proinde ſeruũ vllũ in dominio habere poterãt, hoc ipſo tamen multò minùs habere poſſint actionem

nego-

Digitized by Google

negotiorum geſtorum, cùm eo tempore quo erant ſerui negotium eius geſſerint qui etiam tum ſeruus erat, vt pote qui non niſi ea lege & conditione dimiſſus fuerat vt rediret, preciumque redemptionis per ſe aut per alios captiuos exſolueret, ſicuti de Attilio Regulo ſcriptum legimus, non videri eum poſtliminio reuerſum, quia promiſerat ſe Carthaginem reuerſurũ *l.poſtliminy 5. §.captiuus. D.de capt.& poſtlim.* Neque tamen ea res facere debet vt impunitus ſit dolus eius qui ſociis captiuis redẽptus nõ vult illis preciũ reddere, imò tãto æquius eſt aduerſus eũ ſuccurri ſubſidiaria in factũ actione, nõ ciuili, ſed prætoria, id eſt extraordinario quoque Prætoris auxilio, cũ ciuile prorſus deficiat. Quod à verũ eſt eo tẽpore quo auxiliũ petitur agi rem inter ciues Romanos qui inuicẽ & agere & cõueniri poſſunt, aliorumq. pecunia redemptũ huc qui cõuenitur. Eóq. nimirũ pertinet huius legis coniunctio cũ præced. Nã cũ *in §.vlt. l.atquin natura 19.* ſcriptum eſſet, ei qui captiui negotia adminiſtrauit dãdam actionem negotiorũ geſtorum aduerſus eum quãdocunq. reuerſum: addita quoq. & expreſſa dubitandi ratione illis verbis, *etiamſi eo tempore quo gerebatur dominũ nõ habuerunt.* Opportunè comprobatio illa ſubiicitur in *d.l.nam & Seruius*, quòd eo quoq. caſu quo per captiuum pro captiuo vtiliter quid geſtum ſit, puta in cauſam redẽptionis, iudicium eo nomine à Prætore reddi oporteat. Hoc .n. difficiliùs admittẽdum videbatur propterea quòd inter captiuos res acta eſſet, quàm cùm liber homo captiui negotia geſſit. Cæterùm quæ ratio dat actionẽ negotiorum geſtorum cùm homo liber captiui poſteà reuerſi negotia adminiſtrauit, non poteſt eadem facere vt redemptionis precium quod à captiuo pro captiuo datum eſt, negotiorum geſtorum actione repetatur. Illo enim caſu etſi adminiſtrationis tempore negotia quæ gerebantur dominum non habebant, erant tamen eiuſmodi quę & per ciuem Romanum geri, & ex ipſa geſtione meliora fieri poterãt. Iſto autem nihil aliud gerebatur niſi vt captiuus captiui pecunia redimeretur. Proinde vtriuſq perſona obſtabat ne qua tunc ex ipſa geſtione obligatio naſceretur. Propter quam cauſam licet in manifeſtiſſima æquitate, ſtricto tamen iure omnis prorſus actio deficere videbatur. Et reuera deficere fatetur Paulus cum ita ſcribit, *æquum eſſe Prætorem in eum reddere iudicium*, vt intelligamus nec ſubſidiariæ in factũ actioni ciuili, locum eſſe de qua in *tit.de præſcript.verb.* ſed vel Prætoriæ tantùm quæ ciuili ſubſidiaria eſt, vel quod fuerit fortaſſis probabilius, iudicio de dolo *arg.d.l.naturalis §.quòd ſi faciã. de præſcr.ver. iũct.l. iuris gẽtiũ 7 §.2. D.de pact.& §.at cũ do.d.l naturalis.* Verum vt ad propoſitam de duobus correis quæſtionem redeamus, etſi admitteremus in ſpecie *d.l. nam & Seruius.* competere negotiorum geſtorum actionem, nil tamen ad rem id faceret. Non .n. proponebãtur eo loco plures correi debendi facti, ſed potius confideiuſſores, vt probant verba illa *vti pecuniam pro tribus adferret*, & quod ſequitur *vt duo pro eo quoque pecuniam darent.* Nam qui correi debendi conſtituuntur, pro ſe non pro alio ſinguli in ſolidum obligantur. Quamquam vt diximus non magis confideiuſſori qui totum ſoluit, actio negotiorum geſtorum accommodanda eſt aduerſus confideiuſſorem, quàm correo aduerſus correum *d.l.vt fideiuſſor 39. D.de fideiuſſ.* vbi obſeruãdum eſt ſic loqui Modeſtinum vt dicat fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem actionem dandam non eſſe. Nõ enim id tantum ſibi vult nullam ſtricto iure competere, ſed neque vllam ex æquitate dari debere. Ita .n. vero quod Molineus obiicit ex *l.ex facto 30 de negot.geſt.* facillimè dilui poteſt. Nam quod curator Reipubl. conſtitutus ad ſiliginem emendam præſtare coactus eſt ob culpam ſubcuratoris, ideo repetit actione negotiorum geſtorũ, quòd licet ſoluere cogatur proprio nomine tanquam obligatus ex facto ſubcuratoris, præſtat tamen ob factum ipſius ſubcuratoris cui ſi culpam ſuam nocere æquum eſt. Id enim eſt quod Iulianus ait *vt id ei ſaluum eſſet quod cauſa eius damnum cepiſſet.* Imo vero poterit hodie curator eiuſmodi petere vt non niſi excuſſo ſubcuratore qui malè geſſerat conueniretur, præſertim cum ſubcurator ille non ab ipſo electus eſſet, ſed à Republica conſtitutus *arg.l.2.C.de hered.tutor.l.1. & 2. C. ſi tut. vel curat.non geſſer.l.tres tutores 55. D.de admin.tut.* Itaque nihil vetat in ea ſpecie dari negotiorum geſtorum actionem curatori in ſubcuratorem ſicut & tutori in contutorem, & magiſtratui in collegã, quæ haud dubie non daretur ſi ob id debitum ex cõmuni geſtu aut negligentia contractum alius pro alio quidpiam dependiſſet. Tum enim neceſſaria eſſet vtilis illa actio quæ deficiente iuris ratione à poſterioribus imperatoribus introducta eſt, de qua *in l.1. §.tractemus.de tutel.& ratio.diſtr. & in l.2.§ ius Reipublica.de admin.rer.ad ciuit.pertin.* vt pluribus docebimus *infr.cap.11.* Sed & illud hîc monendum eſt quod nec Accurſius ignorauit, licet Molineus diſſentiat, actionem illam negotiorũ geſtorum quam Iulianus in *d.l.ex facto.* dãdam putat curatori in ſubcuratorem, tutori in contutorem, magiſtratui in collegam magiſtratum, non eſſe directam (quomodo enim directa competeret, ei qui ex propria perſona fuit obligatus vt ſolueret?) ſed vtilem ſicut & eam quam Papinianus dat in ſpecie *l.liberto 31 ſeq.eod ti.* ad exemplum inſtitoriæ, vt conſtat ex *l.idémque 10. §.idem Papinianus. D.mandat.* Diſtinctã tamen planéq. diuerſã ab actione illa vtili de qua in *d. §.nunc tractemus.* Eſt .n. hæc vtilis actio negotiorũ geſtorũ, illa vtilis actio tutelæ vt pro Molineo aut Azone potiùs contra Accurſium ad eum locum diſputabimus. Cæterùm alia correorum debendi ratio eſt, vt neque directa neque vtili negotiorum geſtorum actione inuicẽ experiri poſſint, quia nõ ſolũ ex propria perſona & obligatione, ſed etiã ex proprio facto ſinguli in ſolidum cõueniuntur. Denique ſi quis obiiciat quod generaliter ſcriptum eſt *in l.actio 47. de neg.geſt.* negotiorũ geſtorũ actionẽ omnibus dari quorum intereſt eo iudicio experiri, reſpondebo debere id ita intelligi, vt nihil referat directa, an vtili negotiorum geſtorum actione quis experiatur, quemadmodum lex ait, ſed tamen illud etiam omnino requiri, vt cætera omnia concurrant, quæ ad eiuſmodi actionem dandam ſunt neceſſaria, inter quæ ſanè vel illud maximè vnum eſt, vt alienum negotium actor geſſerit non proprium, & alterius obligandi, non proprij aut communis negotij expediendi gratia, vt ſuprà probauimus. Dicat fortaſſe quiſpiam eum qui ſoluit totam pecuniam quam cum correo mutuam acceperat, non quidem gerere negotium correi in eo quòd ſoluit, cùm ſuo nomine ſit ille obligatus, ſed inſpecto initio iam tum geſſiſſe cùm ſe in ſolidum obligauit non niſi partẽ accipiens pecunię, *arg.l.ſi filiusfamilias 15. D.de in rẽ verſ.* vbi filiusfamilias qui conſtituit, deinde ſoluit quòd pater debuit licet pro ſe videatur ſoluiſſe quia conſtituit, dicitur tamen in rem patris vertiſſe. Sed

nego hæc eſſe ſimilia. Qui enim conſtituit ſe ſoluturum quod alius debet, pro alio obligatur, non ſecus ac fideiuſſor, *l. 1. §. debitum cum ſeqq. de conſtit. pecun.* quamuis ad validitatem conſtituti non tam inſpiciendum ſit, an perſona exter, quæ debeat, quàm vtrum aliquid ſit, quod debeatur. *l. hactenus 11. eod.* Imò & expromiſſor quamuis ille ſit qui pro non obligato obligatur tanquam reus principalis, *l. & eleganter 7. §. ſerui pactionis. D. de dolo. l. aliquando 13. in princip. ad SC. Velleian. l. ſi verò 64. §. ſed et ſi reum. D. ſolut. matr. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. libert.* intercedere tamen dicitur, *l. quamuis. 8. §. ſi conuenerit ad Velleia.* Proinde quamuis conſtitutor aut expromiſſor ſoluat ideò quia cõſtituit aut expromiſit, verũ tamẽ eſt initio inſpecto ſoluere eum pro alio, ſicut & fideiuſſorẽ, qui nec ob aliam cauſam ſoluit quàm quia fideiuſſit. Et cõſequenter, quod ſolutum eſt ex cauſa conſtituti facti pro patris debito, negari non põt, quin in rẽ patris verſum videatur. At cõtrà, in duobus reis nõ poteſt dici vter pro altero ſit obligatus, cùm vtrumque eadem obligatio teneat, & quidem æquè principaliter, nec alterutrius debitum altero ſit antiquius. Neque quod pecunia ad vtrumque peruenerit quicquam facit. Videtur enim vnuſquiſque ab initio partem pecuniæ accipiendo in ſolidum obligari voluiſſe, ſui potius gerendi negotij cauſa, hoc eſt, vt viciſſim correus qui non niſi partem pecuniæ muruam accipiebat obligaret ſe in ſolidum, quàm vt correi negotium vllomodo gereret: Quaſi videatur creditor neutri partem pecuniæ daturus fuiſſe, niſi ſe vterque in ſolidum obligaſſet. Idque facit natura ipſa & qualitas negotij quod agitur, quoniam pluribus eodem momento eademque forma obligatis, non poſſis dicere vter pro correo voluerit obligari, nec ſi mutuò, quod magis mirum eſt fideiuſſerint: cùm mutua illa fideiuſſio in ſolidum ſubſiſtere nequeat, quin vterque priùs in ſolidum obligatus ſit, ſiquidem pro non obligato in ſolidum fideiuſſor in ſolidum accipi non poteſt: facit *l. item ſi 9. §. vltim. cum quatuor ſeqq. de ſtipulat. ſeruor.* Denique erit licet tota pecunia vni duntaxat ex correis numerata ſit *l. propter mutuam. 4. C. de duob. reu*, quia cũ pecunia data mutua ſtipulatio interponitur, non id agitur, vt obligatio ex numeratione naſcatur, deinde per ſtipulationẽ nouetur, ſed id potius vt ſola ſtipulatio teneat, & implendæ tantùm ſtipulationis gratia numeratio fieri intelligatur, ideóque vnus tantùm contractus eſt, ſiue numeratio pecuniæ præceſſerit ſiue ſubſecuta ſit. *l. ſi ita fuero. 6. §. 1. & l. ſeq. D. de nouat.* Cui conſequens eſt, vt non minùs principaliter obligetur correus cui pecunia non fuit numerata quàm is cui numeratio facta eſt. Igitur neque negotiorum geſtorum, neque de in rem verſo agere correus, qui totum ſoluit aduerſus correum nullomodo poteſt, præſertim cùm ea actio non niſi ex contractibus filiorumfamilias aut ſeruorum in patres vel dominos comparata ſit. *l. 1. & paſſ. De in rem verſo.* In quo paſſim decipiuntur pragmatici noſtri actionem de in rem verſo dantes quoties agitur de pecunia in rem & vtilitatem alterius conuerſa. Planè ſi duo rei pater & filius fuerint, poteſt fieri, vt etiã de in rem verſo pater teneatur ſcilicet creditori non filio, puta ſi pecunia ad patrem peruenerat, *l. ſi pro parte 10. §. vlt. de in rem verſ.* vbi tamen pro *tibi* legendum puto *ſibi* in illis verbis *& filius creditum tibi ſoluiſſet.* Tractet enim illo loco Vlp. de pecunia credita filiofam. ſiue iuſſu patris ſiue quaſi correo patris, & ſoluta creditori filij, quam ſanè conſtat in rem patris verſam videri ſi pecunia quam prior ille creditor dederat cui nunc ſolutum eſt ad patrem ipſum peruenerat. Cæterùm vel maximè vnus hic locus probat ex contractu correorum non naſci de in rem verſo actionem ne quidẽ creditori aduerſus vnum ex correis, multò minùs inter correos ipſos. Nam & quam Vlp. dat eo loco, reſtatur ille non ex negotij geſti natura, ſed ex ſolo euentu competere: quod non ſatis bene ab interpretibus noſtris acceptum aut explicatum videtur.

Neque communi diuidundo actionem correo aduerſus correum dandam eſſe, neque condictionem ex l. ſi & me & Titium 32. D. de reb. cred.

CAPVT VIII.

QVam parùm ſibi conſtet ac ſatisfaciat Carolus Molineus in eo, quod Accurſium ſecutus dat correo debendi qui totum ſoluit actionem negotiorum geſtorum aduerſus correum, vel ex hoc maximè intelligi poteſt, quòd idem ille in Dolanis prælectionibus *ad l. in lege 62. D. ad leg. falcid. nu. 19. & 25.* dat correo actionem communi diuidundo. Quam tamen certum eſt nullo vnquam caſu cum actione negotiorum geſtorum concurrere, ſed aut hanc duntaxat competere aut illam. Neque enim negotiorum geſtorum agere poteſt qui ſuum negotium geſſit, vt ſuperiore capite probauimus, neque rurſus Communi diuidundo qui de alio obligando potiùs quàm de communi negotio gerendo cogitauit. *l. in hoc iudicium 14. l. ſi quis cum 29. l. ſi quis putans 6. §. ſine autem. D. commun. diuid. l. heredes. 25. §. non tantum. D. famil. ercisc.* Poſteà verò quàm à nobis oſtenſum eſt correo qui totum ſoluit non poſſe aduerſus correum dari negotiorum geſtorum actionẽ videamus an communi diuidundo dari debeat. Me illa ſemper ratio mouet, vt nullam prorſus dandam eſſe putem, quòd vt in ſuperioribus diſputauimus correus qui totum debitum exſoluit, ſuum propriũ non etiam alienum aut commune negotium geſſit cũ eſſet ille in ſolidum proprio nomine obligatus, nun ſecus atque ſi ſolus obligatus fuiſſet. Nec quòd eiuſdem ſolutionis poteſtate correus quoque per conſequentias liberetur inducere magis poteſt actionem Communi diuidundo, quàm ſi fideiuſſor id ſoluerit cuius nomine & debitor principalis & alij confideiuſſores erant obligati. Nam & perinde dici poſſet facta per vnum ex fideiuſſoribus ſolutione debiti, quod & ab omnibus debebatur & à ſingulis exigi poterat, pariam cæteris omnibus liberationem. Neque tamen vllo vnquam iuris loco proditum eſt actionem Communi diuidundo ex ea cauſa competere, quod ſanè nec niſi abſurdiſſimè tentare quiſquam poſſit. Mouetur potiſſimùm vir meo iudicio parùm ſubtilis ex eo quòd ius ſtipulationis dicatur commune inter correos ſtipulandi & debitor communis *in l. ſi rem aliquam 1. §. ſi duo D. de noua. & in l qui hominem 34. §. ſi duo de ſolut.* quod ſanè veriſſimum eſt licèt correi illi non ſint ſocij, vt idem ille contra Accurſium & Bartolum diſputat. Ergo, inquit, deficiente actione pro ſocio inter eos qui ſocij non ſunt locum habere debet actio Communi diuidundo. *l. 1. & tot. tit. D. commun. diui. l. ſi in re 19. D. de noxal. action.* Ego verò, vir bone, nego conſecutionem. Nam quod dicimus factis pluribus correis debendi vel ſtipulandi ius obligationis aut onus debiti eſſe commune, non ita accipiendum eſt vt perinde ſit commune ac ſi partem in eo quiſque indiuiſam haberet, ſed id ſignificamus vnicuique ex correis.

correis ſtipulandi ius idem competere totum debitum exigendi in ſolidum acſi ſolus ille ſtipulatus eſſet, Vnumquemque ex correis debendi perinde totum debere atque ſi ſolus eſſet obligatus. Sunt verò iſta longè latéq. differentia ſi Florentino credimus qui in *l. licet 17. D. depoſit.* ita ſcribit: *Itaq. hoc caſu in ſolidum vnuſquiſque videtur depoſuiſſe, quod aliter eſt cùm rẽ communẽ plures deponunt.* Cui ſimile eſt quod Vlp. tractat. *in l. 1. §. antepen. eo. tit.* Si duo depoſuerint & ambo agant, ſi quidẽ ſic depoſuerũt vt vel vnus totum tolleret, poſſe ſingulos in ſolidum agere, ſi verò pro qua parte eorum intereſſet, tũc in partẽ duntaxat faciendã cõdemnationẽ. At nulla iuris parte ſcriptum reperias Communi diuidundo iudiciũ cõpetere pro iure quod pluriũ ſit in ſolidũ, ſed pro iis demùm rebus quæ plurium ſunt pro partibus diuiſis quidem in quota, vt loquuntur, ſed non in corpore *d. l. 1. & paſſ. D. commu. diuid. l. familia 9. C. commun. vtriuſq. iudic. l. ſi vt certo 5. §. vlt.* in illis verbis *ſed totius corporis pro indiuiſo pro parte dominiũ habere. D. commod.* Nec ſanè naturalis ratio patitur ita quicquam commune eſſe plurium, vt in ſolidũ ſit commune, non magis quàm vt eiuſdem rei duo pluréſue in ſolidũ ſint domini *d. §. vl.* Neq. ruſum probabiliter poſſis dicere, Correum qui totum ſoluit ei ſimilem eſſe qui in rem cõmunem aliquid impẽdit cùm aliter partem ſuam tueri non poſſet, cui nimirum damus actionẽ Cõmuni diuidũdo vt quod pro ſocio præſtitit recuperet, puta ſi communis ſerui nomine vnus ex dominis in ſolidum conuentus, & dãnatus ſit *l. etſi non omnes 8. §. vlt. cum l. ſeq. l. ſi Stichus 25. D. commu. diuid. iunct. l. ſi cum vno 4. D. ſi ex nox. cauſ. agat. l. & ancillarũ 27. §. vlt. D. de pecul.* Habet enim ille animũ obligandi ſocium, nec poteſt videri propriũ negotium omnimodo gerere qui pro parte ſocij (quæ dominij iure diuiſa eſt ſaltẽ per quotas, licet nõ per corpora) aliquid facit vel præſtat. Correus verò ſolus, ipſe proprio nomine & ex propria perſona obligatus eſt in ſolidũ, perinde acſi correũ non haberet, & ideò negotiũ ſuum dũtaxat gerit & propriũ nõ cõmune cùm totũ ſoluit, licet ſeipſum liberando correũ quoq. per conſequentias liberet. Multũmque inter hos caſus differre ex eo quoque cõſtat quod Iulianus ſcribit *in l. quare 28. de pec* Si neq. heres neq. bonorũ poſſeſſor extiterit ſocio pró quo alius ſocius ex contractu vel delicto ſerui communis vrgeatur, non debere hũc qui cõuenitur cõdemnari in ſolidũ, ſed eatenus duntaxat quatenus peculiũ apud eũ erit & quãtũ ex bonis alterius cõſequi poterit: Siquidẽ aliter obſeruatur in correo qui vtiq. non eò minùs tenetur in ſolidũ quòd correum habeat à quo nihil peti poſſit. *l. duos 6. l. ſi ex duob. 12. in princip. & §. 1. de duob. reis.* Deniq. cũ obligationis cõmunio ex re ipſa vel ob rẽ proficiſcitur, eatenùs tantùm cõſtitui & ſubſiſtere poteſt quatenus res ipſa patitur *l. ſi tibi 17. D. de pact. l. cùm vltrà 9. C. de nume. pecun. l. ic cum quo 7. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Et ob id ſi apud alterũ ex ſociis cui cõmunis ſeruus fuit nullũ ſit peculium, placet nullomodo eũ teneri ſocio, quia nec eũ liberare ſocius ære alieno vllomodo intelligitur, *d. l. & ancillarũ §. vlt.* Nẽpe quoniã vt obligaretur, faciebat tãtũ ratio peculij. At quod correus in ſolidum licèt non ſolus obligatus eſt, non fit ex alia rẽ vlla quàm quia ſolidum quamuis non ſolus ſtipulanti promiſerit. Proinde cùm & ex perſona ſua & ex propria ſtipulatione conueniatur, negare non poteſt quin ſi totum debitum ſoluat ſuum ſolius negotium gerat. Eóque pertinet quòd dici ſolet ex perſona ſerui communis non fieri dominos correos debendi *l. habebat 13. §. vltim. cum l. ſeq. D de inſtit. action.* quia non inſolidum ſinguli, ſed de peculio tantùm, & ex vnius facto obligantur. *d. §.* Tametſi quatenus eſt in peculio, poſſit creditor cum vnoquoque eorum in ſolidum experiri ne in plures aduerſarios diſtringatur qui cum vno contraxit *d. l. vl. l. & ancillarum.* Quod verò idem Molineus correo qui totum ſoluit dat contra correum condictionem *ex l. ſi & me & Titium 3. de reb. cred.* non poſſum videre quam habeat rationem. Illa enim generalis quæ placet Celſo *quia pecunia [illegible] peruenit eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt*, ad rem noſtram nullomodo pertinet. Neque enim verum eſt dicere pecuniam correi qui totum debitum ſoluit cùm partem duntaxat pecuniæ creditæ mutuam accepiſſet, ad correum perueniſſe. Peruenit enim ad creditorem, adeóque peperit ſoluenti qui in ſolidum obligatus erat ſolidi liberationem. Ergo condici nequit, neque creditori qui ſuum recepit bona fide adeóque à vero debitore, *l. cùm is 32. §. 1. l. repetitio 44. l. ſi fideiuſſ. 57. & paſſ. de condict. indeb. l. qui hominem 34. in fin. de ſoln.* Neque correo qui æque in ſolidum obligatus erat, quamuis ipſi quoque ſolutio profuerit, quoniam iuris regula eſt, His ſolis condicendam eſſe pecuniam quibus quoquomodo ſoluta eſt non item quibus ſolutio proficit, *l. his ſolis 49. de condict. indeb. l. enim cui 15. C. de oblig. & action.* Quod ſi condictionem eo prætextu dare velis quaſi ex re correi qui totum ſoluit, locupletior factus ſit is qui nihil ſoluit cùm partem [illegible] pecuniæ creditæ accepiſſet, *arg. l. ſi eum ſeruum 23. D. de reb. credit.* Dicam ne hanc quidem poſſe competere, quoniam licet locupletior factus videatur qui ab obligatione liberatus eſt, non tamen principaliter hic liberatus eſt, ſed tantùm per conſequentias, id nimirum agente correo qui totum ſoluit vt ſeipſum dũtaxat non etiam vt correum liberaret, vtque ea ſolutione locupletior ipſe nõ etiam correus fieret, quippe qui non minùs debebat ſolidum quàm ſi ſolus obligatus extitiſſet. Alioqui [illegible] eadem ratione concludere ſi plures ſint inopis cuiuſdam debitoris fideiuſſores, & ex iis vnus totum ſoluerit dandam ei aduerſus confideiuſſores cęteros condictionem tanquam factos ex huius qui ſoluit pecunia locupletiores: quod tamen disertò negat Modeſtinus *in l. vt fideiuſſor 39. de fideiuſſ.* cùm generaliter & indiſtinctè ſcribit fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem dandam actionem non eſſe. Atqui, inquies, negari non poteſt quin locupletetur cum aliena iactura correus qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam reſtituit. Imò verò, inquam, permittendum eſt vt locupletetur cũ iactura correi, quoniam æquè cum ipſius iactura locupletari correus poterat ſi hunc potiùs quàm illum eligere creditor voluiſſet. Videtúrque id tacitè inter eos actum vt damni huius periculum ſpe paris lucri vnuſquiſque ſubiret. Quare imputet ſibi qui prior conuentus totum ſoluit, cur tanquam correus potiùs quàm ali[illegible]actus genere obligari voluerit, cur indemnitatem ſibi pro parte repromitti non curauerit, cùm partem duntaxat pecuniæ mutuam acciperet, cur denique cùm ſolueret non adegerit creditorem vt ſibi aduerſus correum actiones mandaret. Quibus de cauſis negare etiam audacter poſſum damnum ei vllum infligi, vt conſequens fiat neque ex ipſius iactura correum locupletari, quia quod quis ex culpa ſua factóque proprio damnum ſentit nec ſentire videtur, vt habet vulgata iuris regula,

Digitized by Google

Correo qui totum ſoluit actionem aduerſus correum ex interuallo cedi non poſſe. Ad l. Modeſtinus 76. D. de ſolut. l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. cum alter 11. C. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſor 39. D. eod. Et emendatio l. cum is 36. eod.

Cap. IX.

Ridicula aut ſuperuacua videri poſſet hæc diſputatio, & vt noſtri loquũtur, de indubitabili, niſi dubiã faceret, & noſtro dignã tractatu autoritas Carol. [redacted] qui dũ ſubtilem agit in Dolanis prælectionibus *ad l. Modeſtinus 76. D. de ſolut.* nouam induxit opinionẽ prorſus antea inauditã, Vt pluribus factis correis debendi ſi vnus totum creditori ſoluerit, licet nec impetrata nec petita ceſſione vlla contra correum, poſſit tamen creditor etiam poſt ſublatam ſolutione obligationem cogi præſtare correo aduerſus correũ itémq. fideiuſſori aduerſus debitorẽ actiones. Quæ ſententia pugnat apertiſſime cũ *d. l. Modeſt. 76. D. de ſolut. 1. C. de contr. iudic. tute. l. cum alter 11. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſor 39. D. eod.* ſed apertiùs cum ipſiſſima & certiſſima iuris ratione cuius præcipua ſemper autoritas eſſe debet. Nam cùm ſolutione per vnum ex correis facta omnis obligatio perimatur, ita vt nõ tãtũ correus ipſe qui ſoluit, ſed etiã alius correus liberetur, *l. 2. & paſſ. de duob. reis.* quomodo fieri obſecro poteſt, vt vel ſupersit actio aliqua quæ cedi queat perempta iã obligatione, vel cedi poſſit actio, quæ nulla ſupereſt ampliùs? Nam quod [redacted] perpetuò nugatur, iniquum eſſe eũ qui enactus & bona fide totum ſoluerit nullum à legibus remediũ habere ad ſuum pro parte correi cõſequẽdũ. Quã leue & inane ſit conſtare ſatis arbitror ex iis quæ in ſuperioribus diſputauimus, conſtabitque euidentiùs ex iis quæ in ſequẽtibus ſubiiciemus. Sed quænam rogo temeritas & amentia iſta eſt, neſcio cuius æquitatis imaginariæ & vt noſtri vocant, cerebrinæ obtentu certiſſimam iuris rationem conuellere, leges corrumpere, nihil nõn audere? Fuit hoc familiare [redacted], nimium ſanè ingenio ſuo confidenti, paſſimque iſtiuſmodi æquitatis commẽto abutenti, ſed cui tamen adeò ſua feliciter ſucceſſit temeritas, vt etiamnum apud ſupremas pleraſque curias, (quarum ſingulare ius eſt vt æquitatem ſtricto iuri præferre ſemper debeant) præcipua vigeat gratia, non ſolùm ſi contra leges legúmque rationem ſentiat, ſed etiam quod in tanta ſeculi noſtri infelicitate magis mirum videri debeat, ſi quando recedat à receptiſſimis interpretum omnium ſententiis, quas cæteri quantumcunque eruditi iuris magiſtri ne cogitatione quidem audeant laceſſere. Quæ me res mirum in modum offendit, & exagitat. Quis enim controuerſiarum inter nos finis erit ſi vnicuique liceat pro arbitrio æquitates iſtos comminiſci quæ à iuris ratione prudentúmque reſponſis abhorreant? Neſcio autem an nimio impudentiæ iſtius odio factum ſit vt in hunc vſque diem vix vllam [redacted] ſententiam aut interpretationem probare potuerim, ex iis omnibus in quibus placet ille ſibi tantopere ſuámque oſtentat æquitatem. Sed ad rem. Mouetur ille non iuris ratione aliqua (neque enim vera iuris ratio pugnare ſecum vnquã poteſt) ſed æquitate tantùm illa, quæ minùs diligenter intuenti plauſibilis videri queat, quòd in damno morari non debeat qui ex correis partem duntaxat pecuniæ mutuatus totum debitum ſoluit, correúmque liberauit ad quem alia pecuniæ pars peruenerat. Leges tamen permultas congerit quibus probet etiam facta debiti ſolutione actionem nihilominùs competere, adeóque & interdum cedi debere. Eæ ſunt, *l. 1. §. nunc tractemus. de tutel. & rat. diſtr. l. 2. in fin. C. de contr. iudic. tutel. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandato de ſolut. lex ſi res obligata 57. in fin. de legat. 1. l. dominus Sticho 2.. de pecul. legat. l. Papinianus 2.. alias Pomponius D. mandat. l. ſi minoris 25. in fin. de admin. tutor. l. cum pupillus 21. de tutel. & ration. diſtr. l. in fraudem 45. §. qui pro alio de iur. fiſc. l. cum poſſeſſor 5. in princip. de cenſib.* De quibus ſingulis dicendum nobis erit ſequentibus capitibus, quò plenior ſit & diſtinctior diſceptatio. Nunc videndũ eſt quid ad ſupradicti iuris locos qui pro communi noſtráque ſententia tam aperti ſunt, aduerſarius reſpondeat. Ac primùm quod pertinet ad *l. Modeſtinus, de ſolut.* reſpondet intelligi eam debere de ſolutione pro tutore facta non à tutore ſed ab extraneo. Vt idem ſit ſenſus qui & lege *5. nulla 5. C. eod.* Solui quidem poſſe pro extraneo ignorante adeóque inuito, *l. ſoluere 53. D. eodem l. ſoluendo 39. de negot. geſt.* ſed non poſſe cogi creditorem vt actionibus ſuis cedat, niſi ante facta ſolutionem ita conuenerit. Nec ſi cedere velit ex interuallo nulla præcedente conuentione, quicquam eum agere quoniam tota actio ſolutione extincta ſit, nec enim quiſquam pro alio ſoluendo alienam ſibi comparat actionem. Sed interpretatio hæc quicquid ille glorietur, tota commẽtitia eſt & à Modeſtini ſenſu aliena. Nam verba illa, *poſt ſolutum ſine vllo pacto omne id quod ex cauſa tutelæ debebatur,* à quo potiùs ſolutionem factam eſſe demonſtrant quàm ab ipſo debitore hoc eſt à cõtutore? Aut cur ab extraneo factam ſolutionem diuturnamus ſi extranei nullo modo lex meminit? Ratio autem illa qua Modeſtinus mouetur, *cum nulla actio ſuperfuerit.* an non æque locum habet ſi ſolutio non ab extraneo, ſed ab ipſo tutore eodémque debitore facta ſit? Nam ſi ſolutio per extraneum facta, alieno nomine liberat debitorem, quantò magis liberabit ſolutio, quam debitor ipſe fecerit? *lege manifeſti 17. C. de ſolut.* Cur non igitur eo quoq. caſu idẽ iuris obtineat, quo eadem maiúrque ſit ratio. *Vulg. l. illud 32. ad legem Aquil. l. 3. §. vnde etiã de inoff. rupt.* Idq. nominatim & diſertè cautũ eſt in dicta lege prima. *C. de contr. iudic. tutel.* quæ tam apertè loquitur de tutore ſoluente pro contutore condemnato vt cauillationi nullus relictus locus videatur. Et tamen cauillatur adhuc homo ſi Diis placet non inſubtilis, & reſpondet eam legem non tractare de actione tutelæ, nec proinde negare quin cedi ea quandocumque poſſit & debeat, ſed de actione iudicati quæ ex iudicato cõpetit, vt cõſtare ait ex illis verbis, *Quod ſi nomen emiſti in rem tuam* (ſic enim legendum eſt, non *ſuam*) *procurator datus, heredes iudicati poteris conuenire.* Hanc verò alterius ait eſſe condicionis quàm priſtinam tutelæ, quòd hanc creditor ſuo ſumptu & opera ſine facto & auxilio condemnati quæſierit, quódque poſſit eſſe durior & grauior. Ideóque nec cogendum ipſum ea cedere, ſicuti nec vti ſententia pro ſe lata *l. euidenter 26. de except. rei iudic. l. ſi iudex 28. de minor.* qua tamen, inquit, hoc ipſo quod cederet vteretur, ex Paul. Caſtr. *in l. ſi actionem C. de pact.* Præſertim cùm tutor offerens ſolutionem pro contutore non potuerit cogi ex ſententia aduerſus contutorem lata, nemo autem poſſit cogere eũ pro quo ſoluit niſi illo ipſo officio quo ſoluere cogitur *l. cùm vendente 4. C. vbi cauſ. fiſcal. vel diuin. dom. agant.* vbi Salic. & Caſtr. *l. minor 25. annis 39. D. de eui.* Quam ob cauſam in fideiuſſore de iudicato ſoluendo ſpecialiter receptum eſt, addit ille, vt iudicati actio ei cedi debeat etiamſi in ſecunda

vel

vel tertia inſtantia obtenta ſit, vt idem ipſe notat ad Alexand. *conſ.* 209. *lib.* 7. & probari exiſtimat *ex leg. cùm apud Sempronium penul. D. iudic. ſolu.* Non per quia ex iudicato actio c m, etit abſque nouo proceſſu, vt noſtri loquuntur, contra fideiuſſorem de iudicato ſoluendo. *Gloſ. Cyn. Bartol. & cæteri ad l. fin. C. de vſu. rei iudic. Guid. Pap. quæſt.* 25. *numer.* 1. *& q.* 215. *numer.* 8. Has atque alias eiuſdem ponderis rationes conquirit miſer innouator, vt opinionem ſuam tueatur. Non animaduertens verba illa, *nullũ iudicium tibi contra pupillum competit vt delegetur tibi aduerſus liberatum actio.* tam eſſe generalia vt non poſſint eſſe generaliora, vt perinde complectantur tutelæ actionem, atque eam quæ competit ex iudicato. Nec verò ſpecialiora ſunt quæ ſequuntur, *heredes iudicati poteris conuenire.* Non enim ad iudicati actionem pertineat (Deus bone quæ infantia ne dicam amentia in re tam aperta cæcutiiſſe!) ſed *iudicati* lex ait pro *condemnati* vt & in princip. *ſi pro tutore iudicato* id eſt *condemnato* vt ſignificet tutorem qui pro condemnato contutore ſoluerit, ſi nomen emerit poſſe condemnari heredes mandatis actionibus conuenire. Sed & illud obſeruare Molineus debuit, Imperatores quorum id reſcriptum eſt non iis rationibus motos fuiſſe quas ille comminiſcitur ad denegandam ceſſionem actionis, ſed ex eo potiſſimùm quòd damnatus contutor pro quo contutor ſoluerat, ipſo iure liberatus eſſet per ſolutionem. Is enim ſenſus eſt illorum verborum quæ ſunt præcipuè ponderanda *aduerſus liberatum.* Atqui nõ minùs ab actione tutelæ liberatus erat, quàm ab actione iudicati. Vnica ſiquidem actio ſufficit ad vtramque tollendam actionem, quoniam vtriuſque vna tantùm & eadem cauſa eſt, cùm nec nouum ſit vt vna numeratio ſufficiat in varias cauſas, *lege in numerationibus* 44. *de ſolut.* Eadem igitur ratio quę impedit ne delegari poſſit ex interuallo poſt ſolutionem iudicati actio, faciet ne delegari poſſit actio tutelæ. Adde quòd actio iudicati nouat priorem contractum, & actionem quę ex eo competebat, *d. leg. finali verſicul. ſi enim nouatur. C. de vſu. rei iudic. l. ſi fundum* 16. *§. ſi creditor, & §. pluris. D. de pignor. l. vltim. iudic. ſolui. iunct. leg.* 1. *de Prætor. ſtipul.* de cuius ſententia ſcripſi lib. 3. capite primo. Quomodo igitur cedi poterit actio quæ iam per nouationẽ perempta fuerit? *argum. legis prima de nouat.* Denique quid obſecro intereſt creditoris qui ſuum ex iudicato aut alia ratione conſecutus eſt actione iudicati aut priſtina tutelæ cedere ei à quo accipit ſolutionem? Aut cur non hic locum habeat æquitas illa de qua *in l. in creditore* 38. *D. de euict. l. quæſitum* 30. *§. fin verò filius. D. pecul.* Id eſt, Cui non æquum videri debeat, vel hoc ſaltem cõſequi ſoluentem debitorem, quod ſine creditoris diſpendio ſit futurum? Alioqui ſi nec primam tutelæ actionem poteſt cedere creditor quia nouata eſt, nec iudicati propter eas rationes quibus ſeipſum Molineus vltrò decipit, ſequetur, nullo remedio ſuccurri poſſe contutori qui & totum ſoluere velit, & ſibi rectè proſpicere vt in contutorem vllam actionem habeat, qui tamen fatentibus omnibus actionem haberet ad cogendum pupillum, vt ſibi tutelæ actionem delegaret, ſi nondum eſſet illa per iodicatum perempta. Atque ita fieret deterior condicio ſoluentis contutoris ex facto alieno contra iuris regulas, id eſt propter ſententiã aduerſus contutorẽ latã. Imò & deterior erit cõdicio tutoris non condemnati, & vltro ſolutionem offerentis quàm ſi eſſet condemnatus Soluens enim ex cõdẽnatione vtique impetrare poſſet ceſſionem actionis iudicati, nec ei imputaretur, quod iſti Molineus imputat, cur ſoluat poſt cõtutoris condemnationẽ qui ex ea condemnatione vrgeri nõ poterat. Quod ſi ita eſt permittendũ illi erit vt creditorẽ pupillũ cogat cõtra ſe agere (quod etiã aberrat à iuris regulis tit. *vt nemo inuit. agěr. cog*) Vt cùm erit condẽnatus impetret ceſſionẽ actionis iudicati aduerſus contutorem æquè condemnatum. Hoc vero quanã obſecro nititur ratione cùm non plus creditor ab eo per iudicem conſecuturus ſit quàm ipſe ſine iudice offerat? *ex l. iudicatum ſolui ſtipulatione* 16. *D. iudic. ſol. l. ſi reus* 73. *de procurat.* Aut ſi huic contutori licuit ſoluere pro contutore iam conuento necdum condemnato, cur non æquè poterit poſt ipſius condemnationem? An in eo facta videbitur deterior conditio creditoris quòd vicerit, vt ea re deterreatur contutor à ſolutione facienda, ac non potiùs ad ſoluendũ excitetur? Atquin dici ſolet neminem litis conteſtatione deteriorem ſuam facere conditionem, *l. aliam* 29. *D. de nouat.* Sed & quamuis iudicati actio, adeóque litis conteſtatio nouet priorem actionem, *l. delegare* 11. *eodem* 11. *l. ſolutione* 23. *de ſolut. l.* 7. *§. idem ſcribit D. de pecul.* abſurdum tamen ſit idcirco exiſtimare nullam ampliùs cedi poſſe actionem. Alioqui dicendum eſſet exceptionem cedendarum actionum opponi nunquam poſſe in exceptionem iudicati, quod tamen manifeſtè falſum eſt. *l. ſi fideiuſſores* 41. *§.* 1. *de fideiuſſ. l.* 1. *§. non tantum* 18. *l. cum pupillus* 2. *De tutel. & ration. diſtr.* At ſi cedi poteſt condemnato eique ſoluenti actio iudicati aduerſus contutorem non condemnatum, quæro cur non faciliùs cedi poſſit tutori non condẽnato aduerſus iam cõdemnatum cõtutorem? Itémque ſi tutor condemnatus habet exceptionem cedendarum actionum, ſi non cedatur illi actio iudicati contra non condemnatum, quamò facilius habere debet is qui condemnatus non eſt aduerſus cõdemnatum? Taceo quàm futilis ſit ratio illa non cedendæ actionis iudicati, quòd eam creditor ſuo ſũptu & opera ſine facto & auxilio condemnati quæſiuerit. Nam & heres rogatus de reſtituenda hereditate non eò minùs cogitur actionibus cedere propria ſtipulatione quæſitis quòd eas ipſe opera ſua acquiſierit: quamuis in hoc differant ab hereditariis quod hæ ipſo iure tranſeunt in fideicommiſſarium, in illis ceſſione opus eſt *l. ſi heres pecuniam* 73. *D. ad S. C. Trebell.* Ex quibus ſatis ſupérque refutata ſit Molinei interpretatio ad *d. l.* 1. *C. de coner. iudic. tutel.* Cætera enim quæ confirmandæ ipſius gratia ille cõgerit ex *l.* 2. *eo. tit.* & ex *l.* 1. *§. nunc tractemus. de tutel. & ration. diſtr.* poſtea refellimus cap. n. Illud ſubinde videndum reſtat, quid ille reſpondeat ad *l. vt fideiuſſor* 79. *de fideiuſſ. D. & ad l. cũ alter* 11. *C. eo.* Neque verò hic cũctatur, ſed ait tractari quidẽ iis locis de actione principali, non quæ ex iudicio naſcitur. At nõ de illo quæri, an cedi illa ex interuallo poſſit, ſed an ſine ceſſione cõpetet, quod, inquit, vtraq; lex negat. Verũ apparet ſatis in *d. l. cùm alter*, conſultũ fuiſſe Imp. non de illo ſolùm, An ſine ceſſione poſſit fideiuſſor aduerſus confideiuſſorẽ agere (iam enim ad id reſponſum fuerat primis illis legis verbis, *cùm alter ex fideiuſſoribus in ſolidũ debito ſatisfaciat, actio ei aduerſus eum qui vnà fideiuſſit non cõpetit.*) Sed de illo etiam, An ex interuallo, & poſt ſolutionem ea ceſſio fieri poſſet. Ad id verò reſpondet Imperator ſequenti illo verſiculo, *Potuiſti ſanè cum fiſco ſolueres deſiderare vt ius pignoris quod fiſcus habuit in te trãſferretur, & ſi hoc ita factũ eſt, ceſſis actionibus vti poteris.* Sic innuens non obſcurè ſi ita factum nõ ſit, hoc

eſt ſi fideiuſſor cùm fiſco ſolueret non deſiderauit vt in ſe ius pignoris transferretur, nullomodo fieri poſſe amplius vt ceſſis actionibus fideiuſſor vtatur, id eſt vt ei actiones cedantur. Quæ etiā ſententia eſt, *d. l. vt fideiuſſor*, in qua nō ſolum negat Modeſtinus actiones vllas competere fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem, ſed etiā tempus indicat quo cedi eas oporteat vt vtiliter cedātur, nimirū *cū alter electus à creditore totū exſoluet*. Ergo poſtquā exſoluerit, ſera eris ceſſio tametſi facta ſit à volēte. Multò magis igitur ſera poſtulatio eius qui petet conceſſionem quo tempore nulla amplius ſupererit actio quæ cedatur. Idque adeò clarum eſt vt nullo iuris loco videas Iureconſultos dubitare an actio quæ ſolutione perempta eſt cedi debeat aut poſſit ex interuallo (quis.n. præter [redacted] id vnquam putaret? ſed de illo potius, An quæ ceſſa eſt antè ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis, aut quā pacto præcedente cedi cōuenerit, ſecuta ſolutione ſubſiſtat. Videbatur enim intercidere cùm ſecuta quandocunq. ſolutio plenā debitori vt diximus liberationem adferat, quod fieri non poteſt quin obligatio extinguatur. Sed ſubtiliſſimè obſeruarūt iuris autores nō tam hoc caſu videri peremptam ſolutione obligationem, quā venditū debitoris nomen ſolutúmq. venditionis precium ab eo qui pro alio ſoluere coactus fuerit. Quod remedij loco inductū videtur vt iis ſuccurreretur qui pro aliis obligati ſolutionem recuſare nō poſſunt *l. fideiuſſoribus 17. l. cùm is 6. D. de fideiuſſ.* in cuius fine verba vt puto ſunt inuerſa, ſicque meo iudicio reſtituēda, *& ideò quia habet actiones tenetur ad hoc ipsū vt præſtet actiones ex l. quod debetur 51. D. de pecul. l. quòd ſi in diem 16. §. vl. l. item veniūt 20. §. at Senatus placere 17. de petit. hered. l. 2. §. perueniſſe de hered. vendit. l. heredem 14. l. Papin. 28. D. mandat.* Idque eſt quod Modeſtinus tractat, *in d. l. Modeſtinus de ſolut. & Papin. in l. cùm pupillus 21. de tutel. & ration. diſtr. & in l. cùm poſſeſſor 5. in princ. D de cenſib.* Manet ergo veriſſima & incōcuſſa iuris ſententia, Actionem quæ ſolutione perempta ſit ex interuallo cedi non poſſe. Videamus iam quid ad eas leges reſpondendū ſit quibus abutitur [redacted] vt errorem ſuum pluribus & grauioribus implicet erroribus.

Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandato de ſolut. l. ſi minoris 25. de admin. tutor. l. ſi res obligata 57. de legat. 1. l. cùm pupillus 21. de tutel. & rat. diſtr.

Capvt X.

AD eas omnes leges quas ſuperiore capite à Molinæo allatas diximus, vt probet ſublata per ſolutionē obligatione poſſe nihilominus ex interuallo cedi actionē, vna eadémq. reſponſio ſufficere poſſet: Tractari ſcilicet in omnibus de cedēda actione quæ per ſolutionem extincta nō ſit. Idque veriſſimum eſt, ſed tamen paulò obſcurius niſi ad ſingulas aliqua adhibeatur interpretatio. Primū verò occurrit *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mādatu de ſolut.* vbi tractat Papinianus de mandatore cuius iuſſu tu pecuniam Titio credideris: Et ait, etiam poſteà quā pecunia ſoluta eſt præſtare te debere actiones mandatori cōtra debitorem, vt ei ſatisfiat: Nempe quia, vt ille ſcribit, mandatore conuento & dānato quāuis pecunia poſtea ſoluta ſit, nō tamen debitor liberatur, ideóque iuris ratio non ſolū patitur vt ex interuallo quantocumque fiat ceſſio, ſed etiam te obligat vt mandatori qui tibi ſoluit actiones cedas, quòd alioqui futurum ſit vt nulla ei pro repetitione contra debitorem actio competat. Neque mandati cùm nihil ille mandatori tuo mandauerit, neque negotiorū geſtorū, quandoquidē nō poteſt videri mandator vtiliter geſſiſſe negotiū eius quem nō liberauit, *arg. à contrario ſenſu l. quamquam 7. ad SC. Velleian.* Idque & Vlpianus ex eodem Papiniano tractat in *l. Papinianus 28. D. mandat.* vbi rationem etiam reddit, cur ſoluente mandatore debitor non liberetur. Quoniam, inquit, non tam debitoris nomine ſoluit quàm ſuo, & propter mandatum ſuum. Eſt enim perpetuum vt quod quis ſuo nomine ſoluit nunquam alium liberet ſi plures numero licet de eadem re fuerunt obligationes, *l. ſi quid poſſeſſ. 31. de petit. hered. l. ſi pœna 19. §. 1. de condict. indeb. l. cum quis 38. de pecul. l. Paulus reſpondit 101. in princip. de ſolut.* Eadémque ratio eſt vt ibidem Papinianus ait tutoris qui pupillo condemnatus eſt ob id quòd ipſius pupilli debitorem non exegerit. Quantumuis enim ſoluat ille pupillo quod alius debuit, non tamen liberat debitorem quia non pro debitore ſoluit ſed pro ſeipſo, hoc eſt ex cauſa propriæ condemnationis quam non pro debitore, ſed pro ſeipſo ſolo & ob tutelam à ſe geſtam ſubiit. Ideóque ſolum illud remedium ei ſupereſt vt tutelæ actione contraria cogat pupillum actionibus ſuis cedere aduerſus debitorem *d. §. ſi mandatu*, vbi apertum eſt legendum eſſe *nos feciſſe comparationem*, non quomodo vulgò legitur *non feciſſe*. Idem iuris eſt in illa quoque ſpecie quam idem Vlpianus ex Papiniano proponit *in l. ſi minoris 25. de adminiſtr. & peric. tutor.* de minore qui contra ſuos curatores egit ob id quòd eorum culpa eiuſdem pupilli tutores, minoris quàm oportuerat fuerant condemnati. Nam ſi curatores hi parati ſint ſoluere ex condemnatione quanti intereſt pupilli, ſed tamen petant mandari ſibi actiones contra tutores, Papiniano placet (cuius ſententia extat *in l. alterius 20. §. 1. de tutel. & ration. diſtr.*) poſſe eos & debere id conſequi per doli exceptionem, quoniam actio priſtina quæ beneficio reſtitutionis in integrum ſalua eſſe poterat pupillo contra tutores, & cedi & mandari adhuc poteſt. Sed ſi iam fecerint iudicatum curatores, proderit, inquit, ea res tutoribus quoniam nihil minori abeſt qui de præda magis quàm de damno ſolicitus videbatur, ſi poſtquàm à curatoribus ſuis indemnitatem conſecutus eſt pergat velle aduerſus tutores in integrum reſtitui. Quæ ratio demonſtrat apertiſſimè ſolutionem à curatoribus factam non in eo prodeſſe tutoribus, quòd ipſo iure ſint liberati, ſed hactenus duntaxat vt oppoſita doli exceptione repellant minorem qui contra bonam fidem captat prædam ex damno alieno, biſque idem vult conſequi. Nam proculdubio ſi ſtrictum ius inſpicias ſalua manet pupillo aduerſus tutores actio, etiam poſteà quàm à curatoribus ſolutionem accepit, quòd non pro tutoribus ipſi ſoluerint, ſed pro ſeipſis ex cauſa curationis non benè geſtæ condemnatis. Inde igitur fit quod Vlpianus ex Papiniano ſubiicit, vt mandare actiones ſuas curatoribus etiam poſt ſolutionem & ex interuallo pupillus poſſit, neque id habet dubitationem. Sed an mandare cogi debeat difficilius eſt. Sic enim Papinianus loquitur quaſi in minoris arbitrio id poſitum ſit. Et ſanè imputari curatoribus poteſt cur iudicatum fecerint non oppoſita doli exceptione per quam conſecuturi erant vt ſibi mandarentur actiones. Nec facilè video quænam ipſis ex iure aut ex æquitate actio ſupereſſe poſſit in minorem poſtquam ſatisfecerunt iudicato. Non enim ſimile eſt quod idem Vlpianus ſcribit *in lege ſi rès obligata, 57. de legat.*

*de legat.*1. in illis verbis, *quod quamquam ſuo tempore non fecerit, tamen per iuriſdictionem Præſidis prouinciæ id ei præſtabitur.* Ibi namque multo minus imputari poteſt fideicommiſſario qui conuentus hypothecaria ſoluit creditori hereditario, nec petiit exhiberi ſibi actiones contra heredes, ad quos liberandi prædij onus pertinere teſtator voluerat (legendum enim eſt *voluerit*, non vt vulgò *noluerit.*) Nimirum quia vt eadem lex ponit, non ſatis apertè de ea re ſententiam ſuam teſtator expreſſerat. Itaque nonnulla ſuberat quæſtio voluntatis defuncti quæ ſicut facti eſt, *l. voluntatis 7. C. de fideicommiſſ.* ita facilè prudentiſſimum quemque poteſt fallere. *l.2. D. de iur. & fact. ignor.* At nihil eſt quod excuſare queat imperitiam curatorum qui iudicatum fecerunt non petita aduerſus tutores ceſſione, præter correum iuris, cum proptij facti ignorantiam non poſſint prætendere *l.3. eod. d. l. quamquam. 7. D. ad S.C. Velleian. leg. cùm putarem 36. D. familiæ erciſcund.* Errorem porrò iuris nocere certum eſt, *lege regula 9. de iuris & facti ignor.* tantum abeſt vt prodeſſe poſſit ad acquirendam in alios actionem, *lege iuris ignorantia ſeptima. eodem titulo.* Nulla igitur curatoribus qui ſoluerunt ſupereſſe poteſt actio in pupillū vt actionibus ſuis cedat, quamuis ſi vltrò cedere ipſe velit, nihil ſit quod ceſſionem impediat. Cæterum illud quoque obſeruandum eſt quod in *dicta lege ſi minoris*, Vlpianus ita ſcribit *poſſe prouocantes per doli exceptionem conſequi vt eis mandentur actiones.* Sic enim videtur innuere, non eſſe audiendos curatores ſi poſt condemnationem quæ tranſierit in rem iudicatam, petant mandari ſibi actiones, ſed cogendos eos prouocare à ſententia vt in cauſa appellationis poſſint ipſi exceptionem doli opponere. Atqui cōſtat poſſe etiam in executione iudicati exceptionē doli obiici ad extorquendam actionis ceſſionem, vt & cæteras exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum. *l.1. §. non tantùm 18. leg. cùm pupillus 21. de tutel. & ration. diſtr. l. ſi fideiuſſores 41. §. 1. de fideiuſſ.* Cur ergo prouocandi neceſſitas curatoribus iniungatur? Præſertim cum difficilius permittatur appellatio iis caſibus quibus non eſt neceſſaria, vt puta ſi apud eundem iudicem qui iam cognouit, poſſit in executione iudicati proponi exceptio quæ ante cōdemnationem propoſita non fuit, *l. cùm non eo die 6. l. vlt. eim. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ.* Itaque fit mihi probabile ſic potius legendum eſſe apud Vlp. *poſſe prouocantes aut per doli exceptionem conſequi,* vt ponat ille in arbitrio curatorum an prouocare velint à ſententia, an potius, quod ſanè & tutius eſt, per doli exceptionem conſequi vt mandentur ſibi actiones in executione iudicati. Neque enim nouū eſt vt interdum appellatio quoque permittatur, etiam cum aliter ſuccurri poteſt, vt cum minor ex condemnatione læſus eſt. Poteſt namque appellare ſi velit vti iure communi. nec eò minus tamen reſtituitur ſi malit contra ſententiam *l. Præſes quadrageſimaſecunda de minor. ſunct. leg. ſi pater 8. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ.* Et verò Papinianus cuius reſponſum ab Vlp. relatum extat, vt diximus *in d. l. alterius 20. § 1. de tut. & ration. diſtra.* prouocationem nullam requirit ad opponēdam doli exceptionem, aut ad petendam actionum ceſſionem, ſed ſola doli exceptione curatoribus ſuccurri poſſe ait. Iam vero quod pertinet ad *l. ſi res obligata 57. de leg. 1.* vt intelligas non probari ex eo loco Molinei ſententiam, ſcire te oportet, Cum alicui per fideicommiſſum relicta eſt quæ alieni pignoris vinculo tenebatur, ſi fideicommiſſarius ſoluat debitum quod ad heredis onus pertinere teſtator voluerat, liberari quidē pignus, ſed tamen non liberari heredes debitoris, quia nō eorū nomine ſed ſuo propriu ſoluit fideicōmiſſarius, putans luendi pignoris neceſſitatem ſibi incumbere. Eiúſque rei argumentum eſt, quòd creditori qui hypothecaria vſus litis æſtimationem conſecutus eſt à poſſeſſore, actio tamen ſupereſt ſtricto iure contra debitorē vt ab eo debitū poſſit exigere quamuis doli exceptiòne repelli poſſit, quòd bis idē velit cōſequi, *l. ſicut 8. §. vl. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Quæ dubitādi ratio eſt ad *l. 2. eo. ti.* in qua non videbatur debitor rem ſuam vindicans cogendus offerre debitum poſſeſſori qui litis æſtimationē creditori Seruiana agenti præſtiterat, quando eiuſmodi præſtatione non eſſet debitor à creditore liberatus. Sed decidendi ratio eſt, quòd licet non ſit ille ipſo iure liberatus, attamen tutus eſt doli exceptione *d. §. vltim.* Proinde indemnem ſeruare debet eum cuius beneficio exceptionē illā quæſitā habeat, haud ſecus ac ſi ipſo iure liberatus eſſet, *arg. l. ſi pecunia 77. de legat.* 1. Aliud ergo eſt liberare pignus, aliud verò liberare debitorem. Quod ſi ita eſt vt ſolutione per fideicommiſſarium facta non liberentur heredes debitoris, quis miretur fieri poſſe vt etiam ex interuallo ipſi mandare actiones creditor poſſit, quas adhuc integras habeat? Vt verò etiam cogatur illa ratio facit, quam ſuprà attigimus, quòd nihil imputari poſſit ei qui in obſcura interpretatione volūtatis defuncti non ſatis expreſſæ, errauerit. Eodem modo reſpondendum eſt *ad legem, dominus Stichi 23. de pecul. legat.* valere in illius legis ſpecie ceſſionem factam ex interuallo poſt ſolutionem, adeóque eum cui ſolutum fuerat cogi actionibus ſuis cedere, quia per ſolutionem factam animo reddēdarum rationum potiùs quàm liberandorum debitorum gratia non fuerant debitores liberati: quod apertè Scæuola docet illis verbis, *Manētibus debitoribus pro quibus ipſe pecuniā heredibus patroni refuderat.* Cur nō ergo cedatur actio, quæ quoniā ſupereſt cedi cōmodè poteſt? *d. l. in creditore 38. de euict. l. cùm is 36. in fi. de fideiuſſ.* Ad *l. cùm poſſeſſor 5. de cenſib.* facilis reſponſio eſt, tractari eo loco de ſolutione facta poſt actionum ceſſionem, ſicque intelligenda verba illa *nec inutiliter actiones præſtantur, tametſi fiſcus pecuniā ſuā recuperauerit,* vt ſecutam nō præcedentem recuperationem ac ſolutionem demonſtrent. Id ènim probat ratio quæ ſubiicitur *quia nominum venditorū preciū receptum videtur.* Nā cùm poſt ſolutionē totius tributi pro prædio debiti nulla fiſco ſuperſit actio, nec in perſonā cū nulla eo nomine perſonalis vnquā competierit, nec in rem quæ liberata eſt, fieri ſane nequeat vt venditum videatur nomen quod in rerum natura nullum eſt. Dubitandi autem cauſa illa fuit quam in ſuperioribus perſtrinximus, quòd etiam cùm ante ſolutionem ceſſio facta eſt, videatur tamen actio ſecuta quandocumque ſolutione intercidere. Quod apparet manifeſtiùs ex alio eiuſdem Papiniani loco *in d. l. cum pupillum* 21. *de tutel. & ration. diſtr.* in illis verbis *quamuis poſteà iudicatum fiat, tamen actio data nō intercidit.* Eadē enim decidendi ratio ſequitur, *quia pro parte cōdemnati tutoris non tutela reddita, ſed nominis pretium ſolutum videtur.* In quibus tamen verbis non dubito quin deſit negatio, potiúſque legendum ſit *pro parte non condemnati.* Proponebatur enim illo loco facta ſolutio totius debiti per vnū ex tutoribus cōdēnatū in ſolidū, eiq; ceſſa actio pro parte ſcilicet in

tutorem non condemnatum. Illud ergo ſibi vult Papinianus, pro parte tutoris non condemnati, nõ tam tutelam redditam quam nominis precium ſolutum videri, ideóque actionem quæ ante ſolutionem ceſſa ſuerat, non intercidere ſecuta quandocunque poſteà ſolutione: facit *l. ſoluitur 5. §. ſi conuenerit D. quib. mod. pign. vel hypoth ſolut.* At pro parte ipſius condemnati tutela ſane reddita dicenda eſt, non preciũ nominis ſolutum, cùm pro ea parte nulla in contutorem actio cedi potuerit, *l. ſi plures 38. D. de admin. & peric. tutor. l. quæſitum 37. §. 1. verſ. ſin verò filius D. de pecul.* nec turſus ipſi cõdemnato in ſemetipſum. Cæterùm probat manifeſte ratio illa ne quidem tutori aduerſus contutorem vllam actionem ex interuallo cedi poſſe, cũ de illo magis Papin. dubitet, An quæ ceſſa ſuerat ante ſolutionẽ poſteà interciderit. Nõ leuior eiuſdẽ Molinei error ille eſt quòd pro ſe obiicit Paulum *in l. in fraudem 45. §. qui pro alio de iur. fiſc.* vbi ſcriptum eſt eum qui pro alio conuentus à fiſco totum debitum exſoluit, non iniquè poſtulare perſecutionem bonorum eius pro quo ſoluit, in eóque adiuuari etiã per officium ſolere. Illa. n. verba *exſoluit, ſoluit*, quibus lex vtitur non in præteriti temporis vt ipſe putat, ſed in præſentis ſignificatione accipienda ſunt, hoc eſt de ceſſione quæ petatur in actu ipſo ſolutionis. Nullam ſiquidem hac parte differentiam eſſe inter fiſcum & priuatos conſtat *ex d. l. cùm alter C. de fideiuſſ. Item ex l. ſi cùm pecuniam 3. & l. vlt. C. de priuil. fiſc.* quibus etiam idipſum apertiſſimè probatur, quod volumus, ita demum vtiliter cedi poſſe actiones ei qui pro alio ſoluit fiſco, ſi ante ſolutionem, aut ſaltem in ipſa ſolutione ceſſio petatur & præſtetur, aut de præſtanda ea pactum interueniat. Quod ſi qua inter fiſcum & priuatum hac parte differentia eſt, in eo tantùm elucere poteſt, quòd in priuatorum cauſis ſi pignoris liberãdi gratia vnus ſoluerit quod alius debebat, ſuperest aduerſus debitorem perſonalis actio quæ cedi quandocũque poteſt, *d. l. ſi res obligata.* In cauſa verò fiſci qui in debitorum bonis ius habet taciti pignoris ſi fiſco ſolutum ſit etiam pro alterius parte nulla prorſus obligatio aut actio ſupereſt quã cedere fiſcus ex interuallo poſſit, quippe qui nec aliã vllã actionẽ habebat quã quæ cõiũcta eſſet cũ perſecutione bonorũ eius qui tributo præſtando erat obnoxius: Quomodo. n. aliã merè perſonalem haberet cõtra eũ qui neq; ex cõtractu vel quaſi obligatus eſſet, neq; ex delicto vel quaſi delicto? Nã & ideò induci neceſſe fuit vt taciti pignoris ius fiſco accõmodaretur ne alioqui actio ei omnis deficeret bonis alienatis pro quibus tributum pendi debuerat, hoc ita cùm de tributo aliiſque eiuſmodi cauſis fiſcalibus tractatur. Si enim fiſcus pecuniam crediderit aliterve cum priuato contraxerit, iure communi vtitur, nec deterioris condicionis eſſe debet quàm priuatus.

Ad §. nunc tractemus l. 1. D. de tutel. & ration. diſtrah.

CAPVT XI.

VNus hic tãtùm iuris locus eſt qui pro Molinei errore quem nos exagitamus nonnihil ſcrupuli iniicere poſſe videatur. Sic enim Vlpianus ſcribit, Si fortè quis tutor ex facto alterius tutoris cõdemnatus aliquid præſtiterit vel ex communi geſtu, nec ei mãdatæ ſint actiones, cõſtitutum eſſe à Diuo Pio, & ab Impp. Seuero & Antonino, vtilem actionem tutori aduerſus contutorem dandam. Cui conuenit *l. 2. C. de contr. iudic. tutel.* quæ eſt Imp. Antonini, in illis verbis *actiones aduerſus contutores tuos mandari tibi à pupilla deſiderabis vel vtili actione vtêris.* Nec reſponderi illud poteſt quod ad alias Molinei obiectiones ſuperiore capite reſpõdimus, Poſſe hoc caſu cedi actionem poſt ſolutionem ideò quod ſolutione extincta non ſit obligatio. Cùm certiſſimi iuris ſit vno ex tutoribus ſoluente aliũ contutorem liberari, *l. 1. C. eod. tit. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus 76. de ſolut.* Neque mouet quòd tutor hic qui totũ ſoluit, ſoluerit proprio nomine, qui ſcilicet proprio nomine in ſolidũ tenebatur, *l. cum interdicta 6. in fin. C. arbitr. tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Nempe quoniam vna eadémque cauſa eſt quæ tutores omnes obligat videlicet tutelæ, & conſequenter vna omnium eadémque obligatio, *l. vl. D. rem pupill. ſaluã for.* nec tam propter contutorem quàm propter tutelam ſoluit, qui ſolidum præſtat quod ex cauſa tutelæ debeatur, cum ſingulis tota adminiſtratio iniũcta videatur. *l. 1. C. ſi ex plurib. tutor. vel curat. l. decreto 24. §. 1. D. de adminiſt. tut.* niſi quibuſdam duntaxat à magiſtratu conceſſa fuerit cæteriſque prohibita, *l. 3. §. apparet & per totum eo. tit. l. legitimos 5. §. in legitimis de legit. tutor.* Et tamen ei qui ſolidum ſoluit nõ eo minùs competit repetitio pro parte contutoris, qui æque vel adminiſtrauerit vel in adminiſtrando negligens fuerit. Nimirum quia pro ea parte ſolutum fuit propter cõtutoris factum aut culpã: quod non contingit in mandatore qui ſoluit propter mãdatum ſuum. *l. Papinianus 28. D. mãdat.* Nec in correis aut confideiuſſoribus, qui totum ſoluunt propter propriam ſingulorum promiſſionem. Illa igitur manet dubitatio, Cùm vno ex tutoribus ſoluente cæteri liberentur, qua ratione fieri queat vt ei qui ſoluit vtiliter cedi poſſit actio ex interuallo aduerſus cõtutores. Id. n. eſt quod Molineus defendit & ex locis ſupradictis probari putat. Ego verò perpetua illa ratione moueor, vt putẽ nõ magis hoc caſu quã alio vllo valere ceſſionem actionis factam ex interuallo, quod fieri nullomodo queat vt cedatur actio quæ ampliùs nulla eſt, qualis illa, quæ ſolutione prorſus extincta fuit, idque tam apertè ſcriptum eſt, *in d. l. 1. C. de contrar. iudic. tutel. & in d. l. Modeſtinus*, vt nihil ſcribi potuerit apertiùs. Neque verò ſi benè inſpicias, contrariũ probatur *ex d. §. nunc tractemus*, in quo manifeſtum eſt non de actione ceſſa agi, ſed de vtili quæ citra ceſſionem competit. Quæ enim ceſſa & mandata eſt, directa dici debet non vtilis, cùm ſit illa ipſa quæ penes cedentem erat, eáque vtatur ceſſionarius non ex perſona ſua ſed ex perſona cedentis tanquam procurator in rem ſuam conſtitutus *dicta l. 1. l. qui ſtipendia 9. C. de procurat.* Ea porrò vtilis actio non alia ratione introducta eſt quàm quòd poſt factam ſolutionem directæ locus eſſe ampliùs non poſſit. Introducta autem fuit non tam ex iuris ratione aliqua quàm ex æquitate, idque ex reſcriptis Imperatorum cùm Iureconſultorum autoritas non ſufficeret. Etſi enim pleriſque caſibus iuris autores introduxerunt vtiles actiones, iis ſcilicet quibus directa actio deficiebat, ſiue quòd legis vel edicti Prætorij verba manca eſſent, ſiue quòd ſtricta iuris ratio deficeret, ſoláque æquitas dari actionem ſuggereret, quoties tamen æquitati iuris ratio prorſus obſtitit, vix reperias vnquam auſos eos fuiſſe actionem dare. Tunc enim fuit neceſſaria Imperatoris autoritas *lege prima, Codice de legibus*, quomodo contigit in ea ſpecie de qua tractamus. Nam cùm ipſo iure tutor in ſolidum teneatur vt diximus ex contutoris adminiſtratione perinde atque ex ſua, & cõſequenter ſoluiſſe videatur pro obligatione propria quicquid ſoluit ex facto & pro parte cõtutoris (quãuis habeat beneficiũ diuiſionis

exemplo

exemplo fideiuſſoris ſi contutor præſens ſit & ſoluendo *d. §. nunc tractemus.*) fieri certe non poterat vt actionem tutelæ vtilem ei accommodarent iureconſulti in contutorem. Fateor potuiſſe negotiorũ geſtorum actione conueniri eum ex cuius facto contutor quid præſtitiſſet, quod & in Collegis magiſtratibus obtingebat, *l. ex facto* 10. *de negot. geſt.* Sed nego cum Accurſio quicquid garriat Molineus ad *d. l. Modeſtinus nu. 5.* fuiſſe eam directam actionem (quo enim iure directa cõpeteret ei qui ex propria perſona obligatus erat vt ſolueret?) Dico fuiſſe vtilem, ſicut & eam quam Papinianus dat in ſpecie *l. liberto 31. eod. titul. ad exemplum inſtitoriæ, vt probat l. idémque 10. §. idem Papinianus. D. manda.* Dico eam actionem vtilem non aliter competiiſſe quàm cùm ex ſolo facto tutoris condemnatus aut cõuentus cõtutor ſoluiſſet, nõ etiã ſi ex cõmuni geſtu. Ideò autẽ competiiſſe quia damnum à contutore ſolutum, nõ tam ex cauſa tutelæ quàm ex mala contutoris adminiſtratione proceſſerat, vt ſuprà docuimus c. 7. ex illis Iuliani verbis, *id, vt ei ſaluum eſſet quod eius cauſa damnum cepiſſet.* Proinde in alios omnes caſus quibus actio illa vtilis negotiorum geſtorum aut locũ habere nequeat, puta ſi ex communi geſtu negligẽtiáve condemnatus vnus ex tutoribus totum ſoluerit, aut inutilis futura ſit fortè ob inopiam debitoris quæ poſt ſuſceptam tutelam superuenerit, cùm neq. actio negotiorum geſtorum naſcatur ante ſolutionem factam pro alio *l. 1. & paſſ. de nego. geſt.* neq. priuilegium vllum habeat tacitæ hypo. necæ, *l. pen. C. eo.* Neceſſarium & æquiſſimum fuit introduci vtilẽ illam actionem de qua Vlpia. *in d. §. nunc tractemus.* Quæ proculdubio vtilis tutelæ nõ negotiorum geſtorum actio intelligenda eſt, vt contra Accurſium & cęteros Molineus diſputat, poſt Azonem, cũ quo & ego hac parte ſentio: cùm eam competere ex reſcriptis Imperatorum Vlpianus dicat eo quoq. caſu, quo vtilẽ negotiorũ geſtorũ Valerius Seuerus & Iulianus iã dederãt *in d. l. ex facto.* quos cõſtat ſub Hadriano floruiſſe annis aliquot ante Antoninũ Pium qui Hadriano ſucceſſit. Vnde illud etiam eſt quod in ſpecie *d. l. ex facto,* nullam illi dant exceptionem ordinis aut diuiſionis contutori conuento ex facto contutoris, quæ tamen hodie proculdubio competit. Nẽpe quòd ius illud nondũ inductũ eſſet per epiſtolam Hadriani aliáſque poſteriorũ Imperatorũ conſtitutiones, de quibus *in l. tres fratres 55. §. non ſolum. de admin. tuto. l. vlt. C. de diuid. tutel. 1. & 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer.* Nam quod obtinet vt contutores habeãt beneficium diuiſionis receptum eſt non lege aliqua ſpeciali, ſed exemplo fideiuſſorum *d. §. nunc tractemus.* In fideiuſſoribus verò idipſum conſtitutum fuit per epiſtolã Hadriani. Etſi .n. iam ante Hadrianum idem Prætoribus placuiſſe teſtatur Paulus *lib. 1. ſentent. tit. 20.* non fuiſſe tamen in vſu ius illud Prætorium vel ex eo maximè conſtat quod iureconſulti paſſim ad epiſtolam Hadriani hoc beneficium diuiſionis referunt, *l. inter fideiuſſores 26. & l. ſeq. §. præterea. D. de fideiuſ.* itémque Iuſtin. *in l. vlt. C. de conſti. pecu. & in §. ſi plures. Inſtit. de fideiuſ.* Ergo ne à propoſito aberremus vtilis illa actio de qua in *d. §. nunc tractemus,* de vtili tutelæ non negotiorum geſtorum actione omnino intelligenda eſt, quod & non obſcurè innuit text. *d. l. 2. C. de contr. iudic. tutel.* & non malè quis fortaſſe probet, *ex l. 2. §. ius Reipublica. de adminiſtr. rer. ad ciuit. pertin.* vbi idem Vlp. ſcribit actionem quę pro facto collegæ in collegam decerni ſolet ei qui pro altero dependit, ex æquitate competere. Nimirum vt ego quidem exiſtimo, propter reſcriptum illud Antonini Pij, quod licet de contutoribus tantum loquatur, prudentũ tamẽ interpretatione ad alias quoque perſonas & cauſas ſimiles tractum eſt trahique potuit. Alioqui iuris ſanè ratio obſtaret quominus eadẽ actio quę in Collegam decernitur ei quoque daretur qui pro collega quid dependiſſet ſi nulla ceſſio facta proponeretur, neq. ex ſola æquitate ita reſpõdere Iureconſulti potuiſſent: eo præſertim caſu quo nulla ſuberãt neceſſitas competẽte iam vtili negotiorum geſtorum actione, vt diximus ex *d. l. ex facto.* Sed neque vtilem illam tutelæ actionem exiſtimandum eſt omni caſu competere tutori qui ſoluit aduerſus contutorem. Quid enim ſi plures tutores ideò teneãtur quòd tutelæ ipſis iniunctæ adminiſtrationem ſuſcipere noluerint? Habebũt quidem nihilominùs beneficium diuiſionis ſi omnes ſoluẽdo ſint: ſed ſi ex iis quidam non ſint idonei, cęteri ita onerantur vt ne quidem adigere pupillum poſſint ad cedendas in contutorẽ actiones. Qua enim fronte id deſideraturi ſint cùm propria quiſque contumacia puniatur? Inquit Papinia. *in l. ſi plures 38. de admin. & peric. tutor.* Igitur nec tacitam illam vtilem habebunt. Cuius ſcilicet dandæ ratio alia non eſt quàm vt in eius quæ mandari debuit, nec mandata eſt locũ ſubſtituatur. Quã ob cauſam nec eo caſu competet quo quis ex dolo communi ſolidum pręſtiterit *dict. §. nunc tractemus, verſic. plane ſi ex dolo:* quamuis cõpetat ſi ob ea quæ cùm geri deberent omiſſa ſunt, vnius ex tutoribus condemnatio facta ſit. Huic enim condemnationi neque dolus cauſam dat neque contumacia, ſed lata culpa quæ cùm fuit communis, periculum eius ad vtrumque ſpectare æquum eſt *d. l. 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer.* licèt aliàs dici ſoleat latam culpam dolo comparari *l. quod Nerua 32. D. depoſit.* in eóque erit etiam generalior actio vtilis tutelæ quàm vtilis illa negotiorum geſtorum de qua in *d. l. ex facto:* quę iudicio meo non poteſt hoc caſu competere illi qui totum ſoluẽs, propriæ non alienæ negligentiæ pœnas luit. An .n. poteſt hic videri alterius geſſiſſe negotia? Non magis vtiq. quàm ſi ſolueret ob alterius fraudem cuius particeps ipſe fuerit, *d. l. ex facto,* in illis verbis, *ita tamẽ ſi nõ ſis conſcius fraudis.* Vt verò Molinei obiectioni ſatisfaciamus, illud videndum ſupereſt. Cur vtilẽ hanc tutelæ actionẽ inter contutores Imperator Pius induxerit, eiúſque exemplum ſecuti poſtmodum alij Imperatores. An ex iuris ratione aliqua? Minimè: ſed ex ſola æquitate cui ratio ipſa iuris penitùs repugnabat, *d. l. 2. §. ius reipubl. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* At qua æquitate? An ob id ſolùm quòd cùm periculi ſocietas inter contutores inita videatur, vt Papin. loquitur *in d. l. ſi plures.* æquum ſit ꝙ vnus pro alio ſoluerit, id eum eadem actione repetere? Atqui eadem æquitas facere deberet vt in confideiuſſoribus pluribus idem ius admittendum eſſet, quod tamen nuſquam eſt proditũ. Nã fideiuſſori qui totũ ſoluit, nec aduerſus confideiuſſorẽ actionẽ ſibi mandari curauit nulla actio dãda eſt, *l. vt fideiuſſor 39. de fideiuſſ.* id eſt nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum eſt per interpretationem reſcriptum Diui Pij quomodo ad Collegas magiſtratuum cæteróſq. Reip. adminiſtratores. Alia ergo æquitatis ratio quærẽda eſt quæ ad ſolos tutores, curatores, magiſtratus, alióſq. ſi qui ſunt ſimiles adminiſtratores pertineat. Illa aũt eſſe videtur, quod hi omnes nõ ex volũtate ſed ex neceſſitate obligãtur. Cogẽte quippe lege vel iudice cum inuiti quoque tutelam ſuſcipere cogantur niſi adferant excuſationem. Fideiuſſores vero non niſi vltro &

ex propriæ voluntatis arbitrio obligantur. Quò minùs iis ſuccurrendum eſt cùm ſe in eam neceſſitatem ipſi coniiciant, *arg. l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria. D. qui ſatiſd. cogan.* tutoribus vero cæteriſque adminiſtratoribus multò faciliùs, ne iis tam damnoſum ſit officium quod ex neceſſitate ſuſceperint, *argum. l. videlicet 29. ex quib. cauſ. ma.* Vnde illud etiã eſt, quod fideiuſſoribus hactenus ſuccurritur, vt ei qui ſoluit cogat̃ creditor vendere cęterorũ nomina *l. fideiuſſoribus 17. ff. de fideiuſſ.* Tutoribus autem ita ſuccurritur, vt electionẽ habeant an actionis ceſſionem petere, an vtili tutelæ iudicio experiri malint. *d. l. 2. C. de contra. iud. tut.* Nec eò magis repelletur pupillus, quòd nullas fortè actiones, tutori ſoluenti mandare poſſit, cùm alia ratione, id eſt vtili illa tutelæ actione liceat ſoluenti tutori à cõtutore conſequi indemnitatem. Igitur vt ad Molineum redeamus, errat ille turpiter cùm ait, Facta ſolutione per vnum ex tutoribus ſupereſſe aliquam actionem. Ideò, inquit, quòd ipſo iure vtilis tutelæ competat contra collegas etiam ſi nihil actum ſit de ceſſione, Quaſi plus ſit competere vtilem ipſo iure quàm mãdari directam & cedi poſſe. Nam imò verò nulla ipſo iure actio competit, neque directa ſine ceſſione, neque vtilis. ſed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, non alia, vt prædiximus ratione quã quòd directa cedi ampliùs non poſſit: In damno autem morari tutorem, qui totum ſiue coactus ſoluerit ſiue vltrò cùm poſſet implorare beneficium diuiſionis, iniquiſſimum certè videatur. Vtilis porrò accommodatur non ex edicto Prætoris aut prudentũ interpretatione, ſed ex Imperatorum autoritate, ſine qua non magis tutori in collegam, quàm fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem daretur actio.

Correo qui totum ſoluit non competere vtilem actionem aduerſus correum. Et obſeruata Triboniani manus in l. alterius 20. in prin. ff. de tutel & ration. diſtr.

CAPVT XII.

NOn eſt ſuperioribus contrarium quòd aduerſus genuinam iuris rationem videtur Papinianus vtilem actionem introducere in ſpecie *l. alterius. 20. in princ. de tutel. & ration. diſtra.* vbi cum ille ſcripſiſſet: Si alterius curatoris heres minor, vt maiore pecunia cõdemnatus in integrum reſtitutus ſit ex eo tamen non dari materiam litis aduerſus alium curatorem inſtaurandæ quaſi minore pecunia condemnatus, ſi non ſit eius ætatis actor cui ſubueniri oporteat. Subiicit, *Sed æquitatis ratione ſuadente per vtilem actionem ei ſubueniri inquantum alter relevatus eſt oportet.* Dicam ingenuè quod ſentio. Videtur mihi totus hic verſiculus eſſe Triboniani potius quàm Papiniani, non ſolũ quod verborum contextus ipſe minus ſit elegans quàm vt Papiniano tribui debeat, ſed etiam quia iuris ratio prorſus impediat ne in ea ſpecie vtilis vlla actio accõmodari poſſit. Neq; enim reſtitutio in Integrum impetrata aduerſus vnum caput ſententię prodeſſe poteſt contra cætera eiuſdẽ ſententiæ capita ſi ea pars litis in qua reſtitutio in integrum admiſſa eſt cęteris ſpeciebus non cohæreat, nec ſi inter eaſdem perſonas agatur. *l. etiam 29. §. 1. l. ſuter. 47. §. vlt. de minor.* Multò minus igitur ſi adſit perſonarum aduerſitas, quæ ſanè fieri non poteſt, vt capitum ſententię connexitatem non impediat, vt in ea ſpecie quam Papinianus tractat, in *d. l. alterius.* Cæterum nihil ea quæſtio commune aut ſimile habet cum quæſtione *§. nunc tractemus. l. 1. eo. tit.* de qua proximo capite diximus: Nec eadem æquitatis ratio ſuadet, vt apud Papinianum admittamus vtilem actionem contra eum qui pro ſe habeat rem iudicatam aduerſus quam nulla amplius proponi queat in integrũ reſtitutio: Non magis quàm vt creditori cui ex eiuſdem pecuniæ debitoribus quidã plus parte ſua ſoluerint, quidã minus, liceat indebiti ſoluti condictionem impedire prætextu debiti ab aliis non ſoluti. *l. Paulus reſpondit 101. de ſolut.* Nimirum diſtinctio perſonarum facit, vt ex vno debito alterius rationem ſumi non oporteat: excepto caſu valde ſingulari *l. quidam 29. ff. ad SC. Vellean.* vbi Paulus ait, ſi is qui volebat tecum contrahere cum facultates tuas ſuſpectas haberet cum muliere contraxerit & ab ea pignus acceperit, illa verò à te, iuuari quidem illam Velliano, indéq; fieri, vt neque pignus, quod illa dedit, neque quod tu ipſi dederis teneatur creditori: Sed nõ ſine ratione Prætorem facturum ſi non tantum perſonalem ſubducta muliere in principalem debitorem, hoc eſt in te dederit actionem, ſed etiam in eas res quas tu mulieri obligare voluiſti. Ideò fortaſſe quòd ab initio id actum erat, vt tecum ille contraheret, perſona verò mulieris interponeretur, vt pro te intercederet, colórque interceſſioni contra Senatuſconſultum quæreretur. Itaque ſubducta perſona & obligatione mulieris actionem in te dari neceſſe eſt non reſtitutoriam, hoc eſt ad reſtituendam priſtinã obligationem, quæ nulla vnquam fuit, ſed ad hoc potius vt inſtituatur obligatio, hoc eſt, vt perinde obligeris eodémque obligationis genere quo ipſa mulier eſt obligata. Finge per ſtipulationem & pignoribus datis obligatam mulierem. Tu quoq; quaſi ex ſtipulatu & ac ſi pignora creditori dediſſes cõuenieris, *l. quamuis 8. §. ſi cùm eſſem, eo. tit.* Porrò quæ hoc caſu vtilis actio competit, non ciuilis eſt, quomodo eſſet ſi ex prudentum interpretatione deſcenderet, quales ſunt illæ de quibus in tit. *De præſcript. verb.* ſed Prætoria, eámque à prætore dandam eſſe nominatim ſcribit Paulus, vt quiuis intelligat non potuiſſe eam ſola prudentum autoritate introduci. Quanquam ne quid diſſimulem non parũ ſuſpectus mihi eſt verſiculus ille, *ſed non ſine ratione, &c.* ferémque eſt, vt Tribonianum mihi redolcat magis quàm Paulum, in eo præſertim, quod contra manifeſtiſſimam iuris rationem dat actionem hypothecariã in eas res debitoris quas creditori obligatas non eſſe Paulus proximè dixerat. Fateor poſſe interdum debitorem, qui mulieris perſonam in ſenatuſconſulti fraudẽ interpoſuit cõueniri ex quaſi ſtipulatu à creditore cui nihil ipſe promiſerit. *d. §. ſi cùm eſſem.* Sed in eas res quæ nullomodo, id eſt, nec expreſſè nec tacitè ſint obligatæ, vt quaſi Seruianam dare Pretor poſſit longè difficilius eſt, quantocunque æquitatis prætextu nitare. Eſt .n. ius tacitæ hypothecę in eam rem comparatum, vt ſi quando deficiente pignoris conuentione rem obligari æquitas ſuggerat pignoris vinculum tacitè contractum intelligatur tot. tit. *in quib. cauſ. pig. vel hypo. tacit. cont.* At nemo dixerit caſum hunc ex iis eſſe qui habent priuilegium tacitę hypothecæ, idq; Paulus apertè negat cum ait *eas res quas mulier ab his pro quibus intercedebat pignori accepit, creditori mulieris obligatas non eſſe.* Et ratio euidẽs eſt quia nõ creditori mulieris ſed ipſi mulieri fuerant obligatæ. Itaq; totũ illum ſequentem verſiculum vel à Triboniano additũ facilè crederẽ, vel ſi quid in eo Pauli eſt ita reſtituendum, vt legamus, *ſed non ſine ratione prætorem facturũ ſi ſubducta muliere in principales debitores dederit actionẽ.* Vt eius loci ſenſus idẽ ſit qui & *d. §. ſi cũ eſſem,* vbi dat quidẽ Vlpia-

Vlpianus creditori mulieris actionem ex quaſi ſtipulatu aduerſus eum qui nihil ſpoponderat, ſed de hypothecaria in eas res quæ obligatæ nõ erãt, verbũ nullũ. Certe quàm difficile ſit inducere vtilẽ actionem ex æquitate contra iuris rationem, vel ex eo maximè nec ineleganter conijci poteſt quod ſcriptum legimus *in l. non quaſi 4. §. ſed enim. D. rem pupil. ſal. for.* Tutorem qui cauit rem pupilli ſaluã fore omnino non teneri ex ea ſtipulatione, id eſt nullo modo, itémque nec fideiuſſores eius ſi tutelam ipſe non gesſerit, quia, inquit Vlpianus, nec tutelæ actio eũ qui nõ geſſit tenet: Sed hanc tamen differentiam eſſe inter actionem tutelæ & ex ſtipulatu, quòd vtili actione tutelæ conueniri poteſt qui non geſſit, quoniam ſuo periculo ceſſauit: At ex ſtipulatu vtili actione nec ipſe nec fideiuſſores eius teneri poſſunt. Igitur, inquit Vlpianus, Erit ille ad adminiſtrationem compellendus propterea vt ſtipulatione quoque iſta poſſit teneri. Quis verò hîc non miretur, non inductam potiùs autoritate Iureconſultorũ vtilem actionem ex ſtipulatu contra tutorem qui non geſſit eiúſque fideiuſſores, ob eam ipſam æquitatem quę vtilem tutelæ actionem induxit? Maximè cùm vtriuſque actionis eadem cauſa ſit, eadémque vis & poteſtas. *l. eũ pupillus 9. & ſeqq. eo. tit.* Nẽpe multo difficilius eſt inducere vtilem actionem ex ſtipulatione quę nõ niſi verbis, & quatenus verbis expreſſum eſt contrahitur, *l. 1. l. quicquid 99. & paſſ. de verb. obliga. l. penult. iudic. ſolui.* quàm actionem tutelæ quę tota ex bona fide naſcitur, & ex ſola officij ſuſceptione ſecuráque mala adminiſtratione aut in adminiſtrando negligentia, *l. pro officio 20. C. de admin. tuto.* Eſtque hîc valde ſingularis caſus in quo contra vulgares iuris regulas cogitur quis præciſè ad factum etiam citra actionem ob id ſolùm vt poſteà quàm fecerit agi cum eo poſſit, ne alioqui in eius poteſtate ſit damnum infligere pupillo ex propria negligentia, & tamen facere ne ſtipulatio vnquam committatur. Neque enim agi poteſt ex ſtipulatione nõ commiſſa, *l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verb. oblig. l. ſi cõmiſſa 14. D. rem rat. haber.* Sanè poſteaquã commiſſa erit, hoc eſt ſtatim atque tutor adminiſtrationem attingere cœperit, non erit vtique cogẽdus in ſingula momenta facere & adminiſtrare ad hoc vt pro tota tutela poſſit conueniri, *l. 5. 1. de admin. tut. l. 5. de magiſtr. conuen.* Sed tùm demùm ſuccedere incipiet obligatio eius quod intereſt Rem pupilli ſaluam fore, vt in omnibus faciendi obligationibus, *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic.* præſertim ex prætoria ſtipulatione deſcendentibus *d. l. ſi commiſſa. l. vlt. de prætor. ſtipulat.* Quòd ſi vtilem ex ſtipulatu actionem inducere tota iuris prudentia non potuit, ne fauore quidẽ pupilli pro quo iam manifeſta vrgebat æquitas, & cui iã ipſo iure vtilis tutelæ actio competebat, quis putet (vt ad inſtitutam aduerſus Molineum diſputationem redeamus) induxiſſe prudentes aut inducere potuiſſe vtilem actionem inter contutores? Aut quis exiſtimet vtilem actionẽ abſque ceſſione dandam eſſe generaliter iis omnibus qui pro altero ſoluerint puta confideiuſſoribus & ſimilibus perſonis? Præſertim cùm ſi qua inter confideiuſſores actio eſſet, ea non alia quàm ex ſtipulatione eſſe deberet quando fideiuſſores nõ niſi ex ſtipulatu poſſint obligari *l. 2. § ius reipublicæ. de adminiſtr. rer. ad ciuit. perti. iuncta l. blanditus 12. C. de fideiuſ.* Sic vtilem ex ſtipulatu actionem pro dote Iuſtinianus inuita iuriſprudentia induxit in *l. vnica. C. de rei vxor. act.* quam ex prudentibus nemo quantæcũque autoritatis vnquam inducere potuiſſet. Sanè inter correos debendi ſiue per ſtipulationem ſiue qua alia ratione conſtitutos vtili actioni locus eſſe multò minùs poteſt, quoniam quod ſinguli ſoluũt, non ob alterius correi factum ſoluunt, ſed ob propriam promiſſionem, in eóque differunt à contutoribus, quorum ſi quis ſoluat ſolidũm, licet id ſoluat quod debebat proprio nomine, habet tamen partis repetitionem, quia verum eſt pro ea parte ſolutum fuiſſe propter factum & culpam contutoris, qui æquè vel adminiſtrauerit, vel in adminiſtrando negligens fuerit, quemadmodum initio ſuperioris càpitis docuimus. Quæ etiam ratio induxiſſe videtur, vt cùm inter correos debendi non eſſet olim locus beneficio diuiſionis *l. 2. 3. l. reos. et. in pr. D. de duobus reis. l. 1. & 3. C. eo. l. reos 23. C. de fideiuſſ. l. ſi nõ ſingulis. C. ſi cert. peta.* inter contutores tamen eſſet, *d. §. nunc tractemus.* Fuit enim beneficiũ diuiſionis ius ſingulare illorum qui pro aliis ſoluerent, *l penult. D. de fideiuſſ. tut. l. vlt. C. de conſtit. pecun. l ſi duo 16. D. eod.* Etſi autem contutores ex propria obligatione ſinguli conueniuntur, *l. ſi plures 38. D. de admin. tutor. l. cùm interd: Et a 6. ad fin. C. arbitr. tut. l. 2 in fin. C de diuid. tutel.* Attamen non tã tutela eos obligat (cùm fieri poſſit, vt tutori pupillus debeat contrario iudicio tutelę *l. vlt. C. de contr. iudic. tutel.*) quàm mala adminiſtratio aut ceſſatio in adminiſtratione: ideóque cùm alij ex aliorum facto aut negligentia quid pręſtant, perinde pro alio præſtare dicendi ſunt, atq. ſi alieno tantum non etiam proprio nomine obligati eſſent: Et conſequenter æquiſſimum eſt diuidi inter eos actionẽ acſi eſſent fideiuſſores quibus ob hanc cauſam Vlpianus eos comparat in dict. *§. nunc tractemus*, non etiam correis debendi. Iſque ſenſus videtur *l. vltim. D. rem pupil. ſalu. fore.* in illis verbis, *nam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris deſideraſſe.*

Cogendum eſſe creditorem ei ex correis qui totum ſoluit actione ſua, aduerſus alium cedere ſi ante ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis ceſſio petatur.

CAPVT XIII.

REfutato errore Molinei exiſtimantis creditorem qui ab vno ex correis debendi ſolutionem acceperit cogendum eſſe, vt ei aduerſus alium cedat ſuis actionibus etiam ex interuallo, alter nobis planè contrarius nec tamen leuior noſtrorum error diluendus eſt qui putant vulgò poſt Bartolum *ad l. Modeſtinus 76. de ſolution.* non poſſe cogi creditorem vt vni ex correis ſolidum ſoluenti vllas præſtet in correum actiones. Fatentur poſſe cedere ſi velit, ſed negant cogendum ſi nolit. Moti tantùm *ex l. in lege 62. D. ad legem falcid.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſi duo rei promittendi fuerint vel duo rei ſtipulandi, ſic in lege falcidia ſeruandum eſſe, vt ſi quidem ſocij ſint, in ea re diuidi inter eos debeat obligatio, atque ſi ſinguli partem pecuniæ ſtipulati eſſent vel promiſiſſent, ſed ſi ſocietas inter eos nulla fuiſſet, in pendẽti eſſe in cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Quid n. inquiũt, intereſſe videretur An correi ſocij eſſent necne, quomodo lex illa diſtinguit, ſi ita ius eſſet vt ceſſionis remedio ſuccurri poſſet ei qui totum ſoluiſſet? Nec ſanè leuis obiectio eſt minus acutè intuenti. Nos tamen & facilè & more noſtro apertè reſpondebimus ſi prius nouam opinionem noſtram probauerimus, quæ illa eſt vt correo qui totum ſoluit, cogendus ſit creditor præſtare ſuas in correũ actiones. At primum iuris & æquitatis ratio hoc ſanè euincit. Cui enim nõ æquum videtur vel hoc ſaltem conſequi correũ qui ſoluit, quod ſine diſpẽdio creditoris futurum eſt? Inquit *l. in creditore 38. D. de euict.*

l. penult. D. de diſtract. pign. l. cùm is 36. D. de fideiuſſ. Dolo facit vtiq; creditor qui ſolutionem petens recuſat præſtare actiones quas nullo ſuo incõmodo præſtare poſſit: ob idque per doli exceptionem cogendus eſt, vt præſtet, vt omnium apertiſſimè Papinianus probat *in l. rẽ hereditariã 65. D. de euict.* in illis verbis, *nec remedio locus eſſe videbatur vt per doli exceptionẽ actiones ei qui pecuniam creditori dediſ præſtarentur: quia nõ duo rei facti proponerẽtur.* Qui locus nõ ſolùm illud docet quod volumus, Quoties duo correi debendi facti proponuntur cogendum creditorẽ oppoſita doli exceptione, vt ei qui ſoluit cedat ſuis actionibus, ſed etiã, quod nos tota iſta diſputatione præcipuè agimus, Correo qui totũ ſoluit nullam prorſus actionem contra correũ competere niſi quæ ceſſa ſit. Illa namque verba, *nec remedio locus eſſe videbatur* oſteodunt manifeſtè hoc vnum remedium correo ſupereſſe, qui certè remedio non egeret ſi quam ſuo iure aduerſus correum haberet actionem pro ſoluti repetitione. Sed & idem ille locus probat optimè quod nos contra Molineum proximè diſputauimus, non aliter valere ceſſionem illam quàm ſi antè ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis facta vel promiſſa ſit, cum non niſi per doli exceptionem extorqueatur, cui tùm demum locus eſt cùm agitur ad ſolutionem nõ poſteà quàm facta ſolutio eſt, & ſolutione prorſus extincta obligatio. Nec aliud Marcelli iudiciũ eſt *in l. cũ apparebit 47. D. locat.* vbi tractat proculdubio de correis debendi ex cauſa locationis vel venditionis (quã & ex iis cauſis ſicut ex cæteris correi fieri poſſunt, *l. item quæritur 13. §. duo rei eo. tit. l. eandem 9. D. de duob. reis*) & ait ſi emptor conductórue plurib. vendent, vel locãt (id eſt vendentibus vel locantibus (quomodo legẽdum eſt, non vt vulgò *vendentẽ vel locantẽ*) ſingulorum in ſolidum perſonam intuitus probetur, poſſe quidẽ tentari non niſi ad præſtationem partis ſingulos eſſe cõpellendos ſi conſtabit omnes eſſe ſoluendo. Sed tamen iuſtiùs & conſtantiùs dicendum eſſe, Etiamſi ſoluendo omnes erunt, electionem cõueniendi quẽ velit non auferendam actori, ſi, inquit, actiones ſuas aduerſus cæteros præſtare non recuſet. Ergo ſi recuſet ei præſtare à quo ſolidũ exigit, non erit permittendum vt ſolidum exigat, oppoſita nimirum doli exceptione. Quid ergo reſpondebimus ad Vlpianũ & Iulianum in *d. l. an lege?* Nempe tractari eo loco de correo debendi qui non ſolùm ſit correus, ſed etiã correi heres. Aliã verò planéq; diuerſam rationem eſſe plurium correorum, aliam eius qui & correus ſit & heres correi. Hoc enim caſu licet vna eadémq; perſona duas, id eſt duorum obligationes ſuſtineat, quia cùm vtraque par eſt & æqualis, dici non poteſt vtra vtram abſumere debeat, *l. ſi reus 13. de duob. reis.* fieri tamen nequit, vt aliqua fiat ceſſio, cùm ſibi contra ſeipſum cedere nemo poſſit, non magis quàm ſibiipſi aut pro aliquo apud eundem eſſet obligatus *l. tutor pupilli. 19. D. ad SC. Vellean. l. heres à debitore 21. §. ſeruo tuo l. Granius 71. D. de fideiuſſ.* Cũ verò plures ſunt correi, nihil eſt, quod prohibeat vni cedi actionem cõtra aliũ *d. l. rem hereditariam. d. l. cũ apparebit.* Et hoc ſanè caſu quo ceſſio facta ſit fateor nihil referre, an correi ſocij ſint nécne, quia tãtundem præſtat ceſſio, quantum ſocietas. Sed non ideò tamen minùs vtilis eſt illa diſtinctio, An correi ſint ſocij nécne, vt ſciatur quid iuris ſit ſiue ceſſio facta non fuerit, fortè non petita per imperitiam aut negligentiam correi ſoluẽtis, ſiue fieri etiam non poſſit obſtante ratione illa, vt ita dixerim incompatibilitatis, quæ occurrit in ſpecie *d. l. an lege.*

His enim caſibus longè alia ratio eſt correorum ſociorum alia non ſociorum, vt in ſequentibus diſputabimus cap. 16.

Si correo nulla actione cedere creditor poſſit, an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in ſolidum fieri vllo caſu ceſſio debeat.

CAPVT XIV.

QVod proximè diximus, Correo qui totum ſoluere paratus eſt competere remedij loco exceptionem doli aduerſus creditorẽ ſi recuſet ille præſtare actiones quas aduerſus correũ habeat, ſuadere videtur, vt ſi quas habebat facto ſuo amiſerit, quod cõtingere multis modis poteſt, multò magis ea exceptione repellatur. Finge abſolutum correum à iudice propterea quod in eum creditor ineptè egiſſet, vt *in l. 1. §. ſi apud duos. ff. depoſ.* Finge tempore liberatũ aut exceptione pacti conuenti de non petendo totũ eſſe, *vt in l. idem in duobus. 25. D. de pact.* aut denique alia qualibet ratione perſonam ipſius obligatione exemptam fuiſſe, *vt in l. Granius 71. de fideiuſſ. l. vl. ff. de duob. reis.* Ego tamen probabilius arbitror, vt nõ cogatur creditor iis actionib. cedere quas ampliùs non habeat, quia nec aliã ob cauſam tenetur, vt eas præſtet quàm quòd eas habeat, *arg. l. cum is 36. l. vt fideiuſſ. 39. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 76. de ſol.* Neq. igitur exceptione cedendarum actionum repellendus erit. Cõpetit quidem huiuſmodi exceptio aduerſus eos omnes qui quas præſtare coguntur actiones præſtare nolunt, vel non poſſunt ſi eas fortè ſuo facto amiſerint. Sed ita tamen ſi omnimodo eas præſtare teneantur, non item ſi vt in correis euenit non alia ratione præſtare eas teneantur, quàm quòd habeant. Indéque eſt quod Papinianus *in l. rem hereditariam 65. de euict.* non ita loquitur, vt dicat, creditorem qui ab vno ex correis ſolidum exigit cedẽdarum actionum exceptione repellendũ eſſe, ſed tantùm oppoſita doli exceptione cogendum, vt quas habet aduerſus correum actiones eas præſtet. Multùm verò differt exceptio cedendarum actionum ab exceptione doli. Fieri ſiquidẽ poteſt vt quis actiones quas priùs habebat amiſerit, adeóq; facto ſuo, citra dolum tamen. Quo caſu, id eſt dolo nullo interueniente, vtiq; doli exceptionem nemo dederit. Et ſanè eſt, quod imputare ſibi debeat correus qui cõuenitur, cur ab initio ſibi meliùs non proſpexerit, atq. indemnitatem à correo ſtipulatus nõ ſit, cùm ſciret obligationẽ à ſe ſuſcipi eius pecuniæ nomine quæ tota ad correum erat peruentura. Nam cùm potuerit creditor vno promiſſore contentus eſſe, cur non ei liceat alterius perſonam liberare ſaluo tamen ipſius obligationis iure? *l. eandem. 9. §. 1. l. vlt. de duob. reis. d. l. Granius 71. de fideiuſſ.* Alioqui prodeſſet correo liberatio correi, ſiue per ſententiam ſiue per pactum de nõ petendo, ſiue qua alia deniq. ratione contigiſſet, quod tamen negatur ſupradictis locis, niſi cũ correi ſunt ſocij, *d. §. ſi apud duos. d. l. idem in duob. l. 3. §. nũc de effectu debb. leg.* Quæ ratio facit ẽt, vt quod nemo fortaſſe hactenus dixit affirmare audeam, neq; iſta exceptione cedendarum actionum repelli creditorem, qui cum vno ex confideiuſſoribus pactus de nõ petendo ſolidum nihilominùs ab alio exigat. Nam & in fideiuſſoribus idem conſtitutum eſt, quod in correis, vt vnius pactum alteri non proſit, *l. fideiuſſoris 27. D. de pact.* Prodeſſe verò ſi faceret, vt pro parte repelli poſſet agẽs creditor ob id ſolùm quòd pro ea parte nulla cedere actione poſſet. In eóq; minus verſatur periculum fideiuſſoris, qui licet nullam ex ceſſione habeat actionem aduerſus confideiuſſorem,

rem, habiturus tamen eſt ſuo iure contra principalẽ debitorem aut mandati, ſi mandatum aliquod interuenerit, aut negotiorum geſtorum, ſi nullum, *l. ex mandato 20. §. 1. D. manda.* Solis mandatoribus hac parte ſuccurri oportuit, *l. Stichũ aut Pamphilum 15. §. pen. D. de ſolut.* quia ſcilicet non alia quàm ceſſa actione poſſent repetere quod pro alio ſoluiſſent, vt ſequenti capite pluribus dicemus. Quod cùm ita ſit mirari fortaſſe quis ob hoc ipſum poſſit, Cur non mandatori potius quàm fideiuſſori correum comparemus cùm tam ſæpe diximus, Correo debendi qui totum debitum ſoluit nullam aduerſus correum ex perſona propria competere actionem aduerſus correum pro partis repetitione, ſed tantummodò ſi qua ceſſa ſit? Verũ diſſimilitudinis ratio euidens illa eſt, quòd correus qui totum ſoluit licet alium liberet, pro ſe tamen non pro alio ſoluit, cùm ſit ille nõ interceſſor, ſed æquè principalis debitor ac ſi ſolus deberet, *l. 2. l. 3. §. vbi duo l. duos reos. 6. d. l. eandẽ. 9. §. 1. & paſſ. de duob. reis. l. ſi duo 128. de V. O.* Mandator verò tametſi propter mandatum ſuum ſoluat, ideóque nec debitorem ipſo iure liberet, hoc ipſum tamen quod mandauit fecit quaſi intercedens pro debitore, qui poſteà principaliter obligatus eſt, ob idque in damno morari eum certè iniquiſſimũ eſſet, *d. l. Stichum. §. pen. de ſolut. iunct. l. Papin. 28. D. mand.* Quomodo dicimus filiũfamilias qui conſtituit ſe ſoluturum & ſoluit quod pater debuit, licet pro ſe videatur ſoluiſſe, quia conſtituit, in rem tamen patris vertiſſe exiſtimandum. *l. ſi filiuſfam. 15. D. de in rem verſ.* Sed illud hîc videndum ſupereſt, cùm ceſſio fit à creditore vni ex correis an pro toto debito an pro parte dũtaxat fieri debeat. Etſi enim magis communiter placuit ex Accurſij ſententia ad *l. 1. C. de duob. reis.* non niſi pro ea parte virili fieri debere, ſunt tamen qui contra ſentiant, ratione illa quòd eum ex correis à quo nihil creditor exigit, poterat ipſe ſi voluiſſet in ſolidum conuenire: Quaſi hac etiã in re diſpar conditio ſit correorum & confideiuſſorum. Nam ſi vnus ex cõfideiuſſoribus ſoluat totum debitum, fatentur omnes non poſſe actionem ei cedi in ſolidum contra cæteros fideiuſſores, ſed pro eorum duntaxat portionibus, nimirum quoniam habituri ſunt illi beneficium diuiſionis aduerſus cõfideiuſſorem agentem, non ſecus ac cõtra ipſum creditorem iure ſcilicet iis quæſito ante ceſſionem creditoris, & proinde nec per ſecutã ceſſionem iis adimi potuit. Quod & de contutoribus tractari poteſt quoniam habent illi quoq. beneficiũ diuiſionis exemplo fideiuſſorum, *§. nunc tractemus. de tutel. & ration. diſtr. l. ſi plures 38. de adm. & peri. tut.* Et ſimiliter de mandatorib. *l. pen. de fideiuſſ. tut.* Quomodo accipi omnino debet quod Modeſtinus reſpõdit, *in l. ſi fideiuſſor. 41. §. 1. de fideiuſſ.* Si in ſolidũ condẽnatus ſit vnus ex mãdatoribus poſſe eum deſiderare cùm iudicati cõueniri cœperit, vt aduerſus eos qui idem mandauerũt actiones ſibi mandentur. ſcilicet in ſingulos pro virili cuiuſque portione. At correi, vt ſæpius diximus non habebant iure veteri beneficium diuiſionis inuito creditore; *l. reos 11. de duob. reis. l. ſi duo. 16. D. de conſt. pec. l. vlt. C. eo.* Nec ſi Principis reſcriptum in eã rem impetraretur, *l. 2. C. de duob. reis.* quamuis omnes quoq. ſoluendo eſſent, *l. cùm apparebit 47. D. loc.* Poterat igitur creditor, inquiunt iſti, contra eum quem ex correis elegiſſet pro arbitrio agere, & ita actionem cedere cui & contra quem voluiſſet, vt per omnia ſimilis eſſet extraneo: quandoquidem inter correos ipſos qui inuicem non cauerunt nullum negotium geſtum videri poteſt, non magis quàm inter extraneos, id eſt diuerſis obligationib. deuinctos: Quod in fideiuſſore diuerſum eſt, qui non ſemper extraneo comparatur, *l. ſi mandatu [illegible] 59 [illegible] D. mand.* Sane poſtquàm vltimò placuit, vt ad iuſſ... exemplo correi quoq. beneficiũ diuiſionis haberent Nouel. 99. non eſt qui neget idem rurſus iuris hodie in correis quod in fideiuſſoribus etiam quod ad actionis ceſſionem pertinet obſeruari debere. Sed cùm vt plurimùm & correi & fideiuſſores ita accipi ſoleant, vt beneficio diuiſionis nominatim renuncien., conſequens ſit, vt ea renunciatione adhibita, quod ad correos attinet, ius vetus ſequi oporteat, quod autem ad fideiuſſores, non magis eis prodeſſe poſſit, quod ex epiſtola Hadriani beneficium diuiſionis habere potuerint, quàm ſi nunquam habuiſſent, cùm hodie non habeant propter renunciationem. At ſi ita eſſet, liceret ei ex fideiuſſorib. qui totum ſoluere paratus eſſet petere, vt mandarentur ſibi à creditore actiones in ſolidum cõtra eum quem ipſe confideiuſſor vellet ex cæteris fideiuſſoribus, vt ab eo quem eligeret totum conſequeretur nulla facta confuſione aut deductione pro ea parte quã ſoluens ipſe debuiſſet ſi ab initio creditor ſingulos in viriles conueniſſet. Quo admiſſo, quæro qua ratione poſſit hic fideiuſſor qui ſolidum repetit, recuſare quominùs ei qui conuenitur eaſdem quoq. actiones in ſolidum præſtet: cùm vtiq. auferri ei non poſſit beneficium quod habet exceptionis cedendarum actionum. Ita ergo fiet, vt contra hunc ipſum fideiuſſorem qui nunc agit poſteà acturus ſit is, qui nũc conuenitur. Eóque tandem per circuitum deduci rẽ oportebit, vt vel perpetuis litium anfractibus fideiuſſores inquietentur, vel inter omnes ſi reus non ſit ſoluendo totius debiti onus diuidatur. At reſpõdebunt fortaſſe, hunc fideiuſſorem qui ceſſas habeat à creditore actiones in ſolidũ contra cæteros confideiuſſores, cogendũ non fore, vt cedat cõtra ſeipſũ, ſed tantũ aduerſus alios. Erit ergo, inquã, venale hoc caſu beneficium, non tantùm creditoris, ſed etiam confideiuſſoris ſi vni ex confideiuſſorib. magis quã alteri fauere velit, vt beneficio heredis ſcripti proditum eſt in ſpecie, *l. filium 20. D. de bonor. poſſ. contr. tabu.* Atqui nullo [illegible] iuris loco ita ſcriptum reperias, quod tamẽ ſi verè & ex iuris ratione diceretur non erat prætermittendum. Sed & illud etiã abſurdi ſequetur, vt ſi reus principalis ſit nõ ſoluendo aut difficilioris conuentionis, quod plerumq. euenit cùm aduerſus confideiuſſores agitur: totum fideiuſſionis onus & periculum ei incumbat qui poſtremo loco conuenietur, meliórq. conditio futura ſit eius qui prior conuentus fuerit ob id ſolùm quòd prior conuentus ſit: quæ res abhorret ſanè à naturali intellectu. Quare concludendum eſt ſiue de confideiuſſorib. agamus, ſiue de correis [idem enim hac parte tractatus eſt.] ei qui inſolidum conuenitur non niſi pro virilibus portionib. in cæteros mandari actionẽ oportere. Nã & ſi ab initio creditor correos ſingulos aut confideiuſſores ex æquis partibus conueniſſet (quod vtiq. facere poterat, *d. l. reos 11. D. de duob. reis*) qua fronte aut cõtra quem potuiſſent illi actionis ceſſionem poſtulare? Neq. verò alio caſu iuris auctores doli exceptionẽ accõmodant correo aduerſus creditorem recuſantem præſtare actiones quas habeat, niſi vno illo quo inſolidum conueniatur à creditore, *d. l. cùm apparebit 47. ff. loc. l. rẽ hereditariam. 65. ff. de euict.* Idq. licet nõ in correis debendi, in aliis tamen, quorũ eadẽ ratio eſt, pleriſq. prudentũ reſpõſis ita ſcriptũ legimus, *d. l. ſi plures 38. de admin. & per. tut. l. cùm pupillus 21. de tutel. & ration. diſtr. l. quæſitũ 30. §. 1. ver. ſin verò filius ſit de pecul. l. cùm poſſeſſor 5. de cenſib.* Nec admittendas puto quas Molinæus, *ad l.*

Digitized by Google

actionẽ mandati aduerſus debitorem principalem ſi mandatum interuenerit, ſin minùs negotiorum geſtorum *l. ex mandato* 20. §. *mandat.* qua actione abũdè illi ſuccurſum eſt vt indemnitatem conſequatur. Nec mouere debet quòd fideiuſſoris intereſſe poſſit priſtinam potiùs habere crediteris actionẽ fortè propter priuilegium cauſæ, vel tẽporis, vel hypothecæ: Itémque vt agat aduerſus cõfideiuſſorem, ſi principalis debitor aut egenus ſit aut difficilioris conuentionis. Hic enim locum ſibi vindicat ea ipſa ratio quam nos in correis debendi vſurpauimus, quòd imputare ſibi debeat qui pro tali debitore & quidẽ ſolo non etiam pro confideiuſſoribus fideiuſſerit, quique cautiùs non ſit negotiatus. Aliud enim eſt fideiubere pro debitore principali, aliud pro fideiuſſore aut cõfideiuſſore, *l. ſi plures* 27. §. *vlt. de fideiuſſ.* Et cùm plures fideiubẽt pro eodẽ debitore, creditor quidẽ omniũ fidẽ ęquè ſequitur: At fideiuſſores non alter alterius, ſed ſinguli ſolius debitoris fidẽ intuiti videntur. Ex quo illud naſcitur vt ei ex fideiuſſoribus qui totum ſoluit nulla fiat iniuria ſi nulla illi actio detur aduerſus confideiuſſorẽ de quo ſibi obligando nunquã ille cogitauerit. Dices fortaſſe plures confideiuſſores qui ſe pro eodem ſimul obligauerint periculi ſocietatem intuitos videri, vt Papinianus loquitur, *in l. ſi plures* 38. *de admin. & peric. tutor.* & quo plures fuerunt eo faciliùs ad ſubeundã fideiuſſionis aleam acceſſiſſe, quaſi tãtò minore futuro periculo, quanto plures eſſent illi inter quos diuidendum foret. Nam & inde fit vt beneficium diuiſionis inter eos locum non habeat qui non ſunt confideiuſſores, hoc eſt qui ſimul non fideiuſſerunt, & alter alterius cõtemplatione, licet pro eadẽ ſumma & apud eundem creditorem interuenerint, *l. ſi à Titio* 43. *l. ſi Titius* 48. *de fideiuſſ.* Sed reſpõdeo rationem hanc diuiſionis quidem beneficiũ inducere, & ob id Papinianum in *d. l. ſi plures* ita loqui vt *periculi ſocietatẽ excipere* dicat elegantiſſimè pro eo quod vulgò dicimus *obiicere exceptionem diuiſionis*. At cũ cedendarum actionum exceptione nihil commune habere: cuius ſcilicet longè diſpar & diſſimilis ratio eſt, quippe quam fideiuſſores non tam ex propriç obligationis condicione quàm ex creditoris perſona & iure ſibi velint acquirere. Fateor hactenus ſuccurſum eſſe fideiuſſoribus vt ei qui ſoluit cogatur creditor vẽdere cęterorũ nomina. Eóque nimirũ pertinẽt leges ferè omnes quas noſtri cõgerunt vt iſtã cedẽdarũ actionũ exceptionẽ adſtruant, *l. fideiuſſorib.* 17. *l. cùm is.* 36. *l. vt fideiuſſor* 79. *D. de fideiuſ.* Sed vt cogatur creditor vẽdere nomina quæ amplius nõ ſint in rerũ natura fortè ſi cũ debitore ipſo fecerit pactum perſonale de non petẽdo, aut ſi alios cõfideiuſſores gratis aut aliquo accepto liberauerit, aut vt, quia vẽdere nõ poteſt nomina quæ proprio facto amiſit, propriam quoq; amittat actionẽ cõtra hũc qui nõ eſt liberatus, nullibi certè ſcriptũ reperias. Nã & eo caſu quo ſaluas habet creditor actiones quas præſtare poteſt in fideiuſſores cæteros, quod placuit cogendũ illũ actiones eas præſtare & vendere, non tã ex neceſſitate aut ratione iuris aliqua introductum eſt, quàm ex æquitate illa, quòd inhumanum videretur non cogi creditorem id ſaltem præſtare quod ſine vllo ſuo diſpendio aut incommodo præſtare poſſet. *l. in creditoris* 38. *l. rem hereditate* 65. *D. de euict. l. quæſitum* 30. §. *ſin verò filius de pecul.* Idque verbum ipſum *ſuccurrendi* demonſtrat quo paſſim iuris autores vtuntur, cùm tractant de remedio quod iure deficiente ex ſola æquitate ita introducatur, vt vni proſit nec obſit alteri. Hoc enim eſt quod dici ſolet, quæ vni proſunt nec alteri nocent facile concedi debere. Atqui noceret creditori remedium quo de agimus, ſi quoniam aduerſus liberatos confideiuſſores nulla cedere actione poſſet, ſuam quoque amitteret. Eáque res non tantùm à iuris ratione abhorreret ſed etiam ab æquitate, qua tamen ſola exceptiones omnes nituntur. An verò ea ſaltem ſubiicietur limitatio, ſi non appareat dolo malo feciſſe creditorem, quominùs fideiuſſori à quo ſolidum exigit actionibus vllis cedere poſſet? Siquidem in toto ferè iure ita comparatum eſt, vt parum interſit an quid habeas an dolo malo deſieris habere, & pro poſſeſſione dolus eſt vulgata iuris regula. Verùm non video qua ratione dici poſſit dolo malo quicquam facere eũ qui iure ſuo vtitur. *l. ſi duorum* 42. *D. de actio. empt.* Niſi fortè proponas tam euidentem dolum vt debiti iactura non immeritò coercendus ſit. Finge poſt oblatam creditori ab vno ex fideiuſſoribus ſolutionem petitámque ceſſionem maluiſſe creditorem alium fideiuſſorem liberare, ab illo deinde totum debitum exigere. Quidni exceptione doli repellatur? Extra hunc caſum imputari poteſt fideiuſſori à quo ſolidum petitur, non ſolùm cur ſibi meliùs non proſpexerit vt antè diximus, ſed etiam cur non fuerit diligentior in ſoluendo priuſquàm liberati eſſent confideiuſſores. Nec ſimile eſt quòd ſi vnum ex pluribus confideiuſſoribus creditor liberauerit, non eò minùs cæteris competet beneficium diuiſionis, *l. ſi pupillus* 45. *de admin. & peric. tutor.* Id enim habent illi iure ſuo & ex diui Hadriani epiſtola, adeóque inuito creditore non ex ipſius creditoris perſona *l. inter fideiuſſores* 27. *D. de fideiuſſ. l. vlt. C. de conſtit. pecun.* Ideóque nec æquũ eſt vt vllo creditoris facto iis adimatur. At competentem creditori actionem à quo alio habere poſſint quàm ab ipſo creditore? Rurſus contra creditorem ad hoc ipſum agere vt actione cedat, quo iure poſſunt priuſquàm debitum & quidem totum obtulerint? *d. l. cùm is* 36. *d. l. fideiuſſoribus* 17. *D. de fideiuſſ. l. cum alter* 11 *C. eod. l. Modeſtinus* 76. *de ſolut.* Ergo ſi quid anteà creditor fecerit per quod actionem quam aduerſus alios fideiuſſores habebat amiſerit, totum id inculpatum eſt, nec eo nomine quicquam ipſi imputare fideiuſſor poteſt, à quo ſolidum exigitur. Illud magis mirum videri poſſit quod tamen ego veriſſimum arbitror, ſi ex pluribus fideiuſſoribus vnum creditor liberauerit qui iam tum ſoluendo non erat, melioris condicionis fore confideiuſſorem qui obligatus manet quàm ſi alius liberatus nõ eſſet. Habiturũ enim diuiſionis beneficium quod non haberet, ſi inanem confideiuſſoris obligationem ſola ipſius inopia faceret. *d. l. inter fideiuſſores.* Hæc ideò tam variè quoniam eo quoque caſu quo vnius ex fideiuſſoribus inopia cęteris confideiuſſoribus æquitatem diuiſionis eripit, iis tamen hactenus ſuccurrendum eſt vt quoad eius ſine creditoris incommodo fieri queat, indemnitatis ſaltem ſpe non fraudentur. Quid enim ſi is qui nunc inops eſt fiat poſtea ditior? Cur non perinde cogatur fideiuſſoriæ obligationis periculum præſtare atque ſi eo tẽpore diues fuiſſet, quo creditori ſolui oportuit? (Neque enim præcedens inopia actionem peremerat aut extinxerat, ſed tantùm inanem & inefficacem reddiderat. *l. nam is* 6. *D. de dolo.*) Id verò non aliter euenire poteſt quàm ſi eam actionem quæ in fideiuſſorem inopem competit creditor transferat in confideiuſſorem ſoluentem, vt quæ nunc inanis eſt propter inopiam, fieri poſſit vtilis & efficax ſuperuenientibus quandocunque facultatibus. Alioqui nec ſi ditior fiat qui nunc inops eſt vlla tamen actione tenebitur *d. l. vt fideiuſſor* 39. *de fideiuſſ.* Atque ita accipiendum

puto quod ſcriptum eſt in *l. ſi plures 27. eod. reſtituendam actionem ei purè acceptum*, Id eſt, ita tamen vt illi purè accepto cedatur actione competenti aduerſus confideiuſſorem condicionalem qui eo tempore reperitur non ſoluendo. Proinde ſi per creditorem ſtet quominus ea cedatur actio ſiue quòd nolit ille cedere, ſiue quod cedendi poteſtatem ſibi præripuerit, non eſt ei permittendum vt aduerſus alium confideiuſſorem agat in ſolidum, ne ita fiat vt ipſi adimere videatur beneficium diuiſionis quod ille non dederit. Itaque ſingularis hic caſus eſt in quo actionum quę cedi non poſſint cedendarum exceptio fideiuſſori accommodanda eſt. Nimirum propter coniunctum beneficium diuiſionis, quod licet creditori obiici nequeat pro partibus fideiuſſorum qui non ſunt ſoluendo *d. l. inter fideiuſſores l. 1. §. tractemus. de tutel. & ration. diſtr.* inter ipſos tamen fideiuſſores ſaluum eſſe debet, in eum ſaltem caſum, quo alter ab altero pro eius parte conſequi indemnitatem aliquando poſſit. Id námque neceſſariò exigit periculi ſocietas, quæ ab initio inter fideiuſſores contrahitur, *d. l. ſi plures 38. de admin. tut.* Ita fit vt inopia vnius ex fideiuſſoribus cæteris confideiuſſoribus noceat in eo quòd creditori totum exigenti æquitatem diuiſionis obiicere non poſſunt, totiúſque debiti ſolutionem repræſentare coguntur: ſed non tamen in eo nullam ſpem habere debeant repetendæ quandocunque partis à fideiuſſore inope qui ſi diues eſſet partem debiti agnoſcere & ſoluere teneretur. Denique inopia vnius nocet quidem alteri à quo interea ſolidum exigitur, ſed non prodeſt inopi vt omnino liberetur, verùm hactenus duntaxat vt non fruſtrà cum eo nunc agere creditor velit. Ergo ſi confideiuſſores vt fieri aſſolet beneficio diuiſionis renunciauerint cedendarum actionum exceptio inutilis erit fideiuſſori qui in ſolidum conuenitur aduerſus creditorem, quando beneficium diuiſionis ſolum illud eſt, vt diximus, quod cedendarum actionum exceptionem vtilem adeóque neceſſariam facere potuit. Qui non renunciauerunt aut non indigent ceſſione ſi in ſolidum conueniuntur cum Hadriani epiſtolam pro ſe habeant [ſiue à confideiuſſore exigi pars poſſit, ſiue ideò non poſſit quòd eum creditor liberauerit] Aut ſi quo caſu indigent ceſſione, vno nimirum illo quo propter vnius inopiam totum fideiuſſionis onus ad cæteros deuoluitur, ceſſionem fieri æquum eſt, & conſequenter exceptione cedendarum actionum repelli creditorem ſi aut nolit cedere, aut ideò non poſſit quod fecerit etiam citra dolum ne poſſet. *In mandatore* & cæteris qui ex propria perſona ſic coguntur ſoluere, vt tamen pro alio ſoluant nec in eum vllam habeant actionem, contrarium non immeritò reſponſum eſt vt ſi per creditorem factum ſit ne actionibus ſuis iiſque ad vincendum efficacibus poſſit cedere, exceptione iſta ſummoueatur ſiue proponas ideò non poſſe cedere, quòd ob litem ineptè inſtitutam fuerit condemnatus, ſiue quòd cum principali debitore pactum fecerit de non petendo in perſonam conceptum. Ratio eſt ne facto culpáue creditoris in damno morentur ij qui fidem ſuam [quam intercedendi potiùs quàm donandi animo pro alio obſtrinxerunt] bona fide liberare parati ſunt: Quod ſanè contingeret ſi nulla ipſis actio præſtaretur: quippe cùm ex perſona propria nullam habeant, qui ſcilicet propter ſuam propriam obligationem ſoluerunt, nec alium ipſo iure liberauerunt. Idque eſt quod Papinianus reſpondit in *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. penultim. de ſolut.* qui locus cùm disertè de mãdatore loquatur non debet trahi ad fideiuſſorẽ quomodo à noſtris incautè, ne dicã imperitè tractus eſt quaſi ex rationis vt loquuntur identitate. Apertiſſima enim illa eſt aduerſitas & diuerſitatis ratio, quòd fideiuſſori qui totũ ſoluit optimè conſultũ eſt etiam citra ceſſionem, cùm propriu iure & ex natura geſti negotij obſtrictum habet debitorem actione mandati vel negotiorum geſtorum ſicuti diximus. At mãdator qui pro debitore principali ſoluit nullam habet in eum actionem niſi quam à creditore ipſo acceperit. Quòd ſi dicas mandatori huic idipſum imputari poſſe quod nos in ſuperioribus & fideiuſſori & correo imputari poſſe diximus, cur ſibi melius non proſpexerit: Reſpondebo imputari etiam poſſe creditori cùr ſuam aduerſus reum actionem facto ſuo amiſerit aut inefficacem fecerit, cùm ſciret aut ſcire deberet æquum fore vt quandocunque ſoluenti mandatori, cui alio remedio conſultum nõ eſſet, ea cedere cogeretur.

Quantum interſit an correi debendi aut ſtipulandi ſocij ſint necne. Ad l. in lege 26. D. ad leg. falcid.

CAPVT XVI.

QVantum referat an correi debendi aut ſtipulandi ſocij ſint necne, ex eo apparet, quòd quoties fere de correis prudentes diſputant hac vna paſſim vtuntur diſtinctione: vt puta, cùm quæritur an conuentio facta cum vno ex correis debendi proſit alteri. Nam ſi ſocij ſint, prodeſt: ſi minùs non prodeſt, *l. idem duob. 25. D. de pact. l. eandem 9. §. vlt. & ſeq. D. de duob. reis.* Item cùm diſputant An creditor qui vni ex correis debendi heres extitit in ſolidum agere contra alterum poſſit. Si enim ſocij fuerint non poteſt, ſi non fuerint, poteſt, *l. Granius 71. verſ. cum altero autem de fideiuſſ.* Denique ne ſingula recenſeamus, cùm quærunt in vtrius reorum debendi aut ſtipulandi bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi, Nempe ſi ſocij fuerunt in vtriuſque bonis id cõputatur, aut ex vtriuſq. bonis detrahitur pro partib. ſocietatis, ſin ſocij non fuerunt computatur in bonis aut detrahitur ex bonis duntaxat eius cui ſoluitur aut qui ſoluit. *l. in lege 62. D. ad leg. falc.* Ratio eſt quia cùm ſocietas inter córreos vt inter cæteros bonorum omnium communicationem inducat *l. 1. §. 1. pro ſocio.* quicqúid correus præſtat licet ex propria obligatione dummodò non ex culpa propria id ſocio reputat iudicio ſocietatis, *l. 3. §. ſed quid ſocij de lib. legat. iunct. l. ſi communis 9. & l. ſi ex duobus 17. D. de noxal. action.* Et viciſſim quicquid correus credendi conſecutus eſt cogitur communicare correo ſocio etiam incàpaci, *l. ſi is qui duos 29. de liber. legat.* Vnde noſtrorum illud brocardicum vulgare deſumptum eſt, incapacem fieri capacem per capacem. Quòd ſi correi ſocij non ſint, & alteruter ſit incapax liberationis, puta ſi duos habeam reos debendi Titium & mulierem quam poſteà vxorem duxerim, & velim Titium per acceptilationem liberare donandi animo, non ideò tamen liberabitur mulier quæ Titij ſocia non eſt ſed ſolus Titius ſi ipſi non mulieri accepto tulerim. Neuter verò ſi in perſona mulieris concepta ſit acceptilatio, quoniam ab initio nõ tenuit, *l. ſi ſponſus. 5. §. 1. D. de donat. int. vir & vxor.* Non enim commixta Titij extranei perſona facere poteſt vt pro partè mulieris donatio valeat, cùm non idcirco cauſa vtriuſque ſic commixta ſit quin ſeparari poſſit, vt ibidem Vlpianus ſubiicit in §. *generaliter*, quod vtique ſecus eſſet ſi ſocij proponerentur, & Titio non mulieri acceptum feciſſem. Eadem igitur ratione ſi vtriq. dũmodò non mulieri ſoli, *d. l. ſi is quis duos.* Quæ ratio omnium maximè mouet vt ſentiam, Correo qui ſocius

Digitized by Google

eius non eſt & totum ſoluit nullã prorſus cõtra correum actionẽ competere. Quid enim obſecro intereſſet an pro ſocio an qua alia actione correus in correũ ageret vel à correo cõueniretur, ſi vtriuſq; actionis idẽ foret effectus? Et conſequenter quò pertineret illa diſtinctio, An correi ſocij eſſent an nõ? Tãti autẽ momenti eſt hęc ratiocinatio vt Molineus qui correo in correũ actionẽ omni caſu dãdam putauit, quẽadmodũ à nobis in ſuperioribus tractatũ & diſputatũm eſt, coactus fuerit eò vſque progredi amẽtiæ vt dixerit nihil hac parte referre an correi ſocij ſint necne. Quod quoniam pugnat apertiſſimè cum *d.l. in lege*, cõminiſcitur ille, ſubtiliter ſi Diis placet, verba illa Vlpiani, *in pendenti eſſe &c.* nõ reſpicere electionem ſoluẽdi aut petendi in qualitate vt ille loquitur, hereditaria aut propria quomodo cæteri omnes interpretes rectiſſimè intelligũt, ſed reſpicere ius ipſum obligationis, hoc eſt eò pertinere vt quæratur pro qua parte in heredis bonis computari aut ex ipſis detrahi oporteat id quod debetur. Quaſi nihil interſit An correi ſocij ſint vel non: Sed tãtum An ex ſocietate appareat pro qua parte ſocij ſint, Vt ſocietatem requirat Vlpianus exempli loco potiùs quàm quòd in correis non ſociis aliter reſpondendũ exiſtimet. Quo ſanè ſtultius nihil dici poteſt, cùm in hoc vno totã vim diſtinctionis conſiſtere Vlpianus moneat, An inter correos ſocietas aliqua fuerit necne: quod & aliis omnibus locis ſuprà citatis mirificè cõgruit. Sed & verba illa *in vtriuſq; bonis computari*, nullomodo hanc admittunt interpretationẽ, vt perinde ſit acſi ſcriptũ eſſet quo modo ille explicat *pro qua parte in vtriuſq; bonis cõputari oporteat.* Id enim proculdubio Vlpian. ſibi vult in alterutrius dũtaxat bonis computandum eſſe, aut ex alterutrius bonis detrahendum id quod debetur, prout ex propria vel hereditaria perſona ſoluetur id aut exigetur: nec fieri poſſet vt in vtriuſque bonis cõputetur aut ex vtriuſque bonis detrahatur. Niſi cũ partim ex propria, partim ex hereditaria perſona, ſolutio fiet aut exactio. Neque verò vt ęquè inſubtiliter idem Molineus putat, in arbitrio heredis correi debẽdi poſitũ eſt, ex qua cauſa ſoluat. Si enim ex propria perſona conueniatur, vtique ſoluere non poterit tãquam heres correi: ſin ex hereditaria, nõ poterit ſoluere ex propria. Erit ergo id in arbitrio creditoris *l. reos. 11. de duob. reis. l. inter eos 51. §. duo rei D. de fideiuſſ.* Et ex contrario ſi correus ſtipulandi correo heres fuerit, poteſt eſſe in arbitrio debitoris vtrum ei ſoluat tanquam correo ſtipulandi, an potiùs tanquam heredi alterius correi *l. 2. l. 3. §. vbi duo de duob. reis.* Rectè igitur Vlpianus cõcludit in pẽdẽti eſſe in vtrius bonis cõputari oporteat id quod debetur, aut ex vtrius bonis detrahi, hoc eſt quouſq; appareat ex qua cauſa ſolutum ſit, ſi modò correi non fuerunt ſocij. Nam ſi ſocij fuerint nihil eſt in pendenti, ſed pro iiſdem portionibus diuiſio debiti faciẽda eſt ex quibus fuerũt ſocij, ac proinde ex æqualibus & virilibus ſi aliæ non appareant. *l. ſi non fuerint 29. D. pro ſocio.* Valeat ergo Molineus cũ ſuis iſtis inſipidis ſtupidiſque ſubtilitatibus. Sed valeãt etiam Bartoli cæterorũmque interpretum non minùs futiles & commentitię illæ diſtinctiones, an correi per ſtipulationem facti ſint, an alio quouis contractus genere: Item an ex cauſa lucratiua an ex oneroſa. Nunquam enim Iureconſultos ita diſtinxiſſe reperias, ſed ad id tantùm reſpexiſſe, an correi ſiue debendi, ſiue credendi ſocij aut non ſocij proponerentur. Itaque in quæſtione illa quæ nobis hoc loco breuiter tractanda eſt, an quod vnus ex correis ſtipulãdi à debitore cõſecutus eſt, cogatur communicare cæteris, etſi ſcio improbatam vulgo optimáque ratione ſententiam Accurſij qui ad *l. ſi Titio & Seio 16. de legat. 2.* ſcripſit communicationi locũ eſſe indiſtinctè inter eos quoq. qui ſũt correi credendi ex cauſa lucratiua, non tamen perſuaderi vt diſtingui oporteat quomodo Bartolus diſtinguit, *ad l. ex duob. de duob. reis*, an obligationis cauſa lucratiua fuerit an oneroſa, vt poſteriore caſu fiat cõmunicatio, *ex l. ſi in re communi 9. D. de noxal. actiõ. l. ſi & me & Titium 32. de reb. credit.* Priore non item *ex d. l. in lege 72. D. ad leg. falcid.* preterquàm inter ſocios. *l. Granius 71. de fideiuſſ. l. eandẽ 9. § pen. de duob. reis.* Mihi enim probabilius ſemper viſum eſt meliorem eſſe debere condicionem occupantis, *ex l. 2. l. 3. §. vbi duo. D. eod. l. ſi rem aliquam 31. §. 1. D de nouat.* nec aliter cogẽdum exactorem communicare quod accepit quàm ſi correi ſtipulandi ſocij proponantur, *d. l. in lege l. item in duobus 25. de pact. l. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* Neque enim correus ſtipulandi qui occupauit rectè comparatur ei qui ex perſona ſerui communis quid perceperit, de quo agitur in *d. l. ſi in re communi.* Cum hic iure dominij quod commune eſt, ille verò iure proprio egerit & obtinuerit, *arg. l. licet. 17. D. depoſi.* Sicut & refert multùm, An pecunia tua ad me peruenerit ſine cauſa, quæ res locum facere ſolet condictioni, *d. l. ſi & me & Titium 22. de reb. credit.* an verò pecunia eius cui tu credideras, & à quo paſſus fueris me tecum & totum ſtipulari. Ferè namque eſt vt mihi donaſſe videaris ſub ea condicione ſi prior exigerem. *arg. item ſi 7. alias, leg. ſed Iulianus §. nam ſolum D. ad S. C. Macedon.* Id enim eſt quod dici ſolet, donatum videri quod nullo iure cogente conceſſum eſt. *l. donari 19. D. de donat. l. donari de regul. iuris.* Neque contrarium eſt quod nonnulli pro Bartolo obiiciunt *ex d. l. 3. §. vbi duo de duob. reis. & ex l. qui hominem 34. §. 1. de ſolut.* Eum qui hominem duobus correis ſtipulandi debeat liberari ſi partem eiuſdem hominis vni, partem alteri ſoluerit. Nõ enim ex eo ſequitur quod illi inferunt, Ad vnumquẽque ergo ex ſtipulatoribus partem hominis peruenire debere: cùm imò verò ideò receptum id eſſe Papinianus dicat, quia vni ſolutum videtur quod pluribus correis ſtipulandi ſolutum eſt. Porrò nihil commune habet facultas ſoluendi aut ius ipſum liberationis quæ ex ſolutione acquiritur cum iure obligationis aut acquiſitionis quę ſit ex accepta ſolutione. Nam etſi ſeparatim correi ſinguli ita ſtipulati eſſent, *ſi illi nõ dederis, mihi dare ſpondes.* nemo dubitauerit quin ſi vni ſoluerit debitor ab altero quoque liberetur. Id. n. facit condicio ſtipulationis, *l. ſi Titium 9. de verb. oblig. &c.* Neque tamen ideò quiſquam dixerit quod vni ſolutum eſt alteri quoq. quæſitum eſſe. Sic etiam dicimus adiecto ſolutionis cauſa perinde ac ſtipulatori ipſi vtiliter ſolui poſſe adeóq. inuito ſtipulatore *l. ſi quis ſtipulatus. 57. §. 1. de ſolut.* Et tamẽ conſtat eum qui non niſi ſolutionis cauſa obligationi adiectus eſt nullum omnino ius habere in obligatione, multò minùs in acquiſitione quæ ſit ex cauſa illius obligationis. Ob idq. nec petere poteſt nec nouare, ſed tantùm ſolutionem quæ offeratur accipere. *l. cui rectè 10. D. de nouat.* Etſi autem non ignoro, minùs rectã eſſe cõparationẽ correi ſtipulandi & adiecti ſolutionis cauſa, quoniam vterq. correus ſtipulandi ad obligationem ponitur, nõ ad ſolutionem, & quod correo ſtipulandi ſoluitur, non alterius nomine ei ſoluitur, ſed ſuæ obligationis cauſa, adeò vt nec valeat ſolutio ſi in ipſius perſona obligatio non cõſtiterit quemadmodum elegãter Paulus tractat, *in l. ſi duo 128. de verb. oblig.* Hactenus tamẽ valere poteſt comparatio vt intelligamus, Nõ ſi quod

vni ex correis ſoluitur alteri ſolutum videtur ad acquirendam ſoluenti liberationem, ideò ſtatim cõſequẽs eſſe, vt quod is cui ſoluitur ſibi acquirit, correo quoque nõ ſocio acquirere exiſtimetur. Eadem quippe ratione inferri poſſet, quod adiecto ſoluitur ipſi acquiri quãdoquidẽ parit ea ſolutio liberationẽ. An igitur remedium nullũ ſupererit correo credendi ad quẽ negotiũ aut in totum aut pro parte pertinebat vt à correo cui totũ ſolutum eſt, indemnitatẽ conſequatur? Nullum penitus. Nam remedio ceſſionis quod inter correos debendi neceſſarium eſſe diximus ſuprà cap. 13. vtiq; locus eſſe non poteſt, vt facilè quiuis intelligit. Reſtat vt imputare ſibi debeat qui cum rem ſuã ſiue in ſolidum ſiue pro parte ageret, correum adhibuit ad ſtipulandum nec ſibi cauit diligentius. Planè cùm totum negotium ad eum ſolum ſpectat ex correis credendi qui totũ exegit, nec Bartolus ipſe negat correo nullã actionem competere vt quod alteri ſolutũ eſt ſibi cõmunicetur. Qua enim fronte id deſideraret? Cæterùm ille ſemper caſus excipiendus eſt niſi correi ſint ſocij. Tunc enim haud dubiè ſocietatis iudicio inuicem ſibi tenẽtur: nec quiſquam dubitat quin hoc caſu pro ſocio actio inter correos ſiue debendi, ſiue credẽdi locũ habeat.

Nullã prorſus actionem correo debendo qui totum ſoluit competere aduerſus correum non ſocium. Et obſeruata imperitis interpretis aut Triboniani manus in l. 1. quæ aliàs 2. C. de duob. reis.

Capvt XVII.

Qvę hucuſque toto ferè libro diſputauimus cò pertinẽt vt appareat, quod nos hoc capite cõcludimus, Nullam prorſus actionem correo debendi qui totum ſoluit competere aduerſus correum non ſocium prò ſoluti repetitione. Nam ſi neque mãdati agere poteſt, neque negotiorum geſtorum, neque de in rẽ verſo, neque condictione vlla, neque directa aut vtili creditoris actione citra ceſſionem, an non omnino cõſequens eſt, vt nullam prorſus habeat? Neque puto quiſquam ex noſtris interpretibus de eo dubitaſſet niſi tenebras omnibus offudiſſet, quod in l. 1. *quæ aliàs 2. C. de duobus reis* apertiſſimè cõtra ſcriptum eſt his verbis, *Et ideò ſi probaueris te conuentum in ſolidũ exſoluiſſe, rector prouinciæ iuuare te aduerſus eum, cum quo communiter mutuã pecuniam accepiſti, nõ cũctabitur.* Fatebor ingenuè. Locus mihi ſuſpectiſſimus eſt, neque dubito quin totus hic verſiculus ſit irreptitius, ſiue Triboniani, ſiue quod fortaſſe probabilius fuerit, ſcioli cuiuſdã interpretis eſſe velis. Nam vt ea taccam quæ in ſuperioribus ex vera rectáque iuris ratione diſſeruimus, & illud præſertim quòd sorreus qui totũ ſoluit id ipſum ſoluit quod proprio debebat nomine, tametſi correum quoque liberet. Item quòd ſoluenti correo remedium ceſſionis neceſſariũ eſſe dicitur, *in l. cùm apparebis 47. D. locat. & in l. rẽ hereditariam 56. D. de euict.* Me illud non parũ mouet quod iam video totam legem primam illius tituli quæ Accurſio & veteribus gloſſatoribus ignota fuit ſubdititiã eſſe nec niſi interpreti adſcribi poſſe, eique non minùs imperito quàm audaci, cùm rectam ſententiam nullam habeat, vt nouiſſimè docuit Iacob Cuiac. Obſeruat. 5. cap. 35. Sed illud magis vrget quòd verſicul⁹ hic de quo diſputamus nullomodo conueniat priori legis ſententiæ. Nã ex eo quòd primum lex ait creditorem prohiberi non poſſe quominus debitũ exigat à quo velit, cùm duo ſunt eiuſdem pecuniæ rei promittendi, nõ video qua ratiocinatione inferre poſſis quod ſequitur, *& ideò ſi conuentus vnus ſolidum ſoluerit ſuccurrendum ei aduerſus correũ.* Quid enim hoc cum illo commune habet? Aut quid vetet ſolidum exigere poſſe creditorem à correo debendi, nec tamen vllam ſoluenti actionem ſaluam eſſe in correum? Finge ex correis eum qui non ſoluit obligari ab initio vtiliter non potuiſſe *vt in l. duos 6. l. ex duobus 12. in princip. & §. 1. D. eod. de duob. reis.* Vel cùm ab initio vterq. correus vtiliter acceptus eſſet, alterius tamen perſonam obligatione exemptam aut per deportationem *vt in l. vlt. eod.* aut per confuſionem, *vt in l. Grantus 71. D. de fideiuſſ.* aut per ſentẽtiam iudicis *vt in l. 1. §. ſi apud duos 43. D. depoſit.* Quis dixerit alterum correum idcirco liberari? Id enim negant Iureconſulti ſupradictis locis. Atqui ſi recta eſt illatio iſta *& ideo &c.* id vtique prorſus conſequẽs eſſet, quanduquidem omnibus illis caſibus euenit vt correo qui totum ſoluit nullo remedio ſuccurri poſſit aduerſus correum qui ſolutionis tempore iam erat liberatus, ex ratione poſita *in l. & ancillarum 27. in fi. D. de pecu. quia nec liberare vllomodo ære alieno eum intelligitur. l. idem erit 14. verſ. certè vbicunque D. de inſtit. action.* Sed & obſeruandum eſt Authent. hoc ita, quæ ſtatim ſequitur, non poſſe ad poſteriorem hanc legis partem accommodari, ſed tantùm ad priorem, vt non temerè ſuſpicari liceat poſteriorem quam nos irreptitiã eſſe contendimus in Irnerij libro defuiſſe. Nam verba illa *hoc ita* demonſtrãt ſatis, voluiſſe Irnerium accommodare ſuo more Nouellã Iuſtiniani ad id quod proximè & immediatè præcedebat. Poſtremò me illud omniũ maximè mouet quod quiſquis verſiculum hunc ſuppoſuit cùm nec ſciret nec ſcire poſſet quænam actio correo aduerſus correum competere deberet, nòn auſus eſt, neque verò potuit exprimere quamnam competere putaret, ſed ſimpliciter & obſcurè ita loqui maluit, *rector prouinciæ iuuare te non cunctabitur.* An verò rector prouinciæ ex officio ſuo condemnabit correum nulla in illum propoſita actione? Minimè. Neq. enim poteſt quiſquam condemnari quin conueniatur, nec rurſus conueniri ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. videamus de negot. geſt.* An autem ex officio ſuo & ex æquitate dabit vtilem actionem? Fateor non eſſe id nouũ, eo demùm caſu quo ordinaria actio non competit, vt in ſpecie *l. nam & Seruius 21. eod. l. quædam 9. in princi.* D. *de edend.* Sed & ſcio propoſita actione cõpetenti multa venire officio iudicis quę iure actionis peti non poſſunt, *l. qui per colluſionem 49. §. 1. de action. l. cẽtũ 8. dę eo quod cert. lo.* At ſi actio nulla ſit aut ordioaria aut extraordinaria vel ſubſidiaria, nego poſſe locum eſſe officio iudicis mercenario, vt noſtri vocant, id eſt quod ſubſeruit actioni. Nobili fortaſſe locus eſſe poſſit, & ex eo interdum ſequi cõdemnatio nulla quoq. propoſita actione, vt aliquid noſtris loquamur: At nõ eo caſu quo ius reſiſtit & actionẽ naſci prohibet, *arg. l. obligationes 27. de oblig. & action.* Id verò contingit cùm quis ſuum reuera geſſit negotiũ nec ſibi alium obligare voluit. Tunc enim nec iuris nec ęquitatis ratio patitur vt ex eo actu alius obligetur, nẽ videatur actus operari vltra intentionẽ agentis, quod ex vulgari noſtrorum brocardico fieri nunquam poteſt *l. non omnis 19. D. de reb. cred. l. 1. §. eum qui D. de conſt. pecun.* Nec rurſus ignoro interdũ contingere vt ſi quis ſuo tempore non petierit actiones ſibi exhiberi, quarum exhibitionem petere poterat, id ei per iuriſdictionem præſidis prouinciæ ex interuallo quoque præſtetur, *vt in l. ſi res obligata 57. de legat. 1.* Sed iam ſuprà docui cap. 10. longe aliam rationem eſſe fideicommiſſarij de quo agitur in *d. l. ſi res obligata. & correi debẽdi*, quod pertinet ad impetrandam ex interuallo ſiue actionis iure ſiue officio iudicis actio-

oum quæ ſedi debuerunt exhibitionem. Verùm, inquies, An non iniquiſſimum ſit totum onus debiti quod ob pecuniam mutuam communiter acceptam contractum eſt ad alterum ſolum pertinere? Ita ſanè rudi & imperito cuique videatur. Nam & ob hanc cauſam Iuſtinianus Nouel. 99. *de duob. reis*, beneficiũ diuiſionis inter correos exemplo fideiuſſorum introduxit, vt conſtat ex illis verbis, *& non commune debitum proprium cuiuſpiã fieri onus.* Quæ res ſuadere forſitan poſſit vt verſiculum quem tollimus *ex l.1.C.de duob. reis.* non tam interpreti adſcribendum quis putet, quàm Triboniano, ad Iuſtiniani cõſtitutionem vt facere ſolet reſpicienti: ſed ſi ita eſt, nihil dici poteſt Triboniano imperitius. Nam quod Iuſtinianus æquitate iſta motus correis beneficium diuiſionis concedendum putauit, oſtẽdit manifeſtè ita ius eſſe, vt correo qui totũ ſoluit nulla prorſus in correũ actio dari debeat. Alioqui quid erat neceſſe beneficium diuiſionis inducere ad hoc ne, vt ait cõſtitutio, commune debitum proprium cuiuſpiam onus fieret ſi iam antè ad indemnitatem conſequendam actio aliqua aut etiam ſi voles officium iudicis competebat? Neque verò in fideiuſſoribus quoque aliam ob cauſam inductum eſſe credẽdum eſt vt habeãt exceptionẽ diuiſionis, quàm vt ei occurreretur iniquitati quæ ſingulos confideiuſſores ad totius debiti exſolutionem nulla indemnitatis ſpe relicta obligabat. Cæterùm quemadmodum non poſſis ex eo inferre confideiuſſorem qui totum ſoluerit ſiue diuiſionis beneficium vltrò omiſerit ſiue qua ratione amiſerit, indemnitatem à confideiuſſore conſequi debere, [*obſtat enim l. vt fideiuſſori 39. D. de fideiuſſ.*] Ita neque poteſt æquitas illa facere vt correus debẽdi qui totum ſoluit aliquam aduerſus correum habere debeat actionẽ. Nam ante Iuſtinianum iuris ratio prohibebat ne correi fideiuſſoribus comparari poſſent quod pertinebat ad beneficium diuiſionis, quoniã non alieno, ſicuti fideiuſſores, at proprio nomine ſinguli obligantur. Poſt Nouellam verò Iuſtiniani abſurdum ſanè fuerit hoc ipſo meliorem facere cõditionem correorũ quàm fideiuſſorum quod parem eam Iuſtinianus fecerit. Nã vel inuito Iuſtiniano ea ſemper manſit iuris veteris ratio quæ ſuaderet ſuccurrendum magis eſſe fideiuſſoribus quàm correis, quòd remedio & auxilio digniores ſint qui alieno nomine ſunt obligati, quàm qui ſuo. Illud ſanè vtriuſque commune fuit iure vetere, ac etiamnũ eſt vt nullam inuicem actionem habeant niſi quæ ceſſa ſit vtiliter & ſuo tempore, quoniã & actiones & obligationes omnes pendent ex negotio contracto, *l. 5. §. conuentionales de verb oblig. ac.* negotiũ autem inter correos & cõfideiuſſores nullum geritur, cùm non inuicem cõtrahant, ſed correi quidem debendi cum ſolo creditore, cõfideiuſſores verò etiam cum debitore ſi mandatum interuenit, alioqui quaſi contractus eſt, qui inducit actionem negotiorum geſtorum, *l. ex mandato 20. §. 1. D. mandat.* Nulla igitur inter correos & confideiuſſores ipſos dandæ inuicem actionis ratio aut æquitas ſubeſt. Niſi proponas ex ea cauſa factos correos aut confideiuſſores quæ ipſa facere poſſit vt alter alteri pręſtare indemnitatem debeat. Illud namque ſemper inſpiciẽdum eſt quænam ſit cauſa debiti, *arg. l. tutor 69. D. de fideiuſſ.* Sed ſi aliud nihil ſit quod correo in correum aut fideiuſſori in cõfideiuſſorẽ dari actionẽ ſuadeat niſi quòd correi aut cõfideiuſſores fuerunt, imputet ſibi qui ab initio cautiùs negotiatus non ſit, indemnitatémq; à correo vel cõfideiuſſore non fuit ſtipulatus, quiq; ex poſt facto cùm ſolidum ſolueret nõ petierit vt mandarentur ſibi aduerſus obligationis ſocium actiones, quod ſuo iure & poſtremi remedij loco facere poterat, *d. l. cum apparebit 47. locat. d. l. rem hereditariam 65. de euict.* Quibus iuris & æquitatis rationibus illa etiam addi poteſt, quòd qui ex correis debendi prior conuentus & ſolidum ſoluere coactus fuit, poterat non conueniri ſi alterum correum creditor elegiſſet, ab eóq. ſolidum exigere maluiſſet. Quod ſi eueniſſet, damnum vtique ſolus ille alius ſentiret, quod nunc ſentit is à quo exactum fuit. Eſt itaque quòd de ſe potiùs ſinguli conqueri debeant qui mutuum hoc exactionis periculum quod effugere poterant vltrò incurrerint. Nec eorum quiſquam audiendus eſt ſi petat id quod in contrarium euentum non erat poſtulaturus *l. penult. C. de ſolut.* Præcipua illa ratio affertur quæ actionis æquitatem ſoluenti correo indulgere videatur, quòd verum ſit eius pecunia correum liberatum eſſe. ſed iam ſæpius in hoc tractatu monuimus nõ ex eo fieri vt qui totũ ſoluit pro correo ſoluiſſe videri debeat, quia cùm eſſet ipſe in ſolidum obligat⁹, proprio nomine ſoluere debuit, perinde acſi ſolus debuiſſet neque correum habuiſſet. Quod autem correus qui æquè ſolidum debebat æquè liberetur, fit per conſequentiã quoniam vna tantùm numero fuit correorum omnium obligatio, *d. l. 2. vbi duo de duob. reis.* quam proinde ſolutione ab vno facta totam extingui neceſſe eſt, *l. ſi ex pluribus 16. de acceptilat.* Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt *in l. nihil intereſt. 12. §. vlt. de inoff. teſtam.* filium teſtatoris qui cum Titio eiuſdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata per acceptilationem Titij liberatum ab inofficioſi actione non ſubmoueri. Id enim aliam rationem non habet, quàm quòd acceptilatio facta Titio non videatur facta filio correo, tametſi liberationis, & acceptilationis commodum perinde filius conſequatur acſi ſibi ipſi facta eſſet, aut Titius totum debitum ſoluiſſet. Alioqui ſi acceptilatio Titio facta filio quoque facta videretur ſummouẽdus vtique eſſet filius à querela inofficioſi teſtamenti quaſi qui lucrum ex teſtamento ſenſiſſet. *d. l. nihil intereſt l. ſi pars 10. §. vlt. & paſſ. eod. tit. de inoff. teſtam.* Quæ cùm ita ſint non puto dubitandum quin audaciori & imperitiſſimo interpreti tribuendum ſit quod in *d. l. 1. C. de duob. reis.* ſcriptum legimus, Eum ex correis qui conuentus in ſolidum exſoluerit à rectore prouincię iuuandum eſſe aduerſus eum cum quo mutuam pecuniam communiter acceperat. Idque luce meridiana clarius ex ſuperioribus liquere arbitror.

An pactum vnius ex correis credendi aut debendi proſit noceátve alteri. Et de emendatione l. ſi vnus 27. D. de pact. & l. ſi duo 34. D. de recept. qui arbitr.

CAPVT XVIII.

PLuribus conſtitutis correis debendi aut credendi eleganter quæri ſolet an pactum factúmue vnius alteri prodeſſe debeat vel nocere. Et quod ad correos quidem debendi pertinet, conſtat ſanè eatenus prodeſſe debere quatenus intereſt paciſcentis *leg. idem in duobus 25. cum præcedentibus D. de pact.* Intereſſe verò tum maximè videri ſi ſocij proponantur. *leg. Granius 71. de fideiuſſ. l. eadẽ 9. §. pen. de duob. reis*, cum *l. ſeq.* cùm quod ab vno exigetur, ſit ille ſocietatis iudicio pro parte à ſocio repetiturus, *leg. 3. §. nunc de effectu D. de liber. legat. l. in lege 62. D. ad leg. falcid.* Ideóque correo ſocio prodeſſe pactum correi neceſſe eſt, non pro ea duntaxat parte quam à ſocio correo repetere poſſet, verùm etiam in totum nequicquam repetat: Alioqui eueniret vt quãtulumcúq.

eſſet quod exigeretur à correo qui pactus non fuiſſet, id ille pro parte à correo eſſet repetiturus *d.l.3.§. nūc de effectu.* Proinde partis cōſideratio facit vt pactū correi prodeſſe correo debeat in totum. Adhibita tamen ſemper diſtinctione illa an pactum in perſonam conceptum ſit an in rem. Nam ſi in perſonam conceptum eſt, nō magis prodeſſe debet correo quantumuis ſocio, quàm ſi ſocietas nulla interueniret. Etſi enim hoc etiam caſu paciſcentis maximè intereſt propterea quòd correus non eò minùs regreſſum aduerſus eum habiturus ſit iudicio ſocietatis. Tamen non tam vtilitas debitoris hac parte intuenda eſt quàm vtriuſque paciſcētium voluntas. Quemadmodū ſi cum debitore pactum perſonale factū ſit de nō petendo non poteſt ea res prodeſſe fideiuſſoribus, tametſi actionem habituri ſint & repetitionem aduerſus debitorem qui pactus fuit, *l. niſi hoc actum 22. cum ſeqq. D. de pact.* Semper enim & in omni cōuentionum genere ſequimur id quod actum eſt. Factum ſanè vnius ex correis debendi nocet cæteris etiam non ſociis, *l. pen. D. de duob. reis l. vlt. D. eod.* præterquàm ſi agatur de mora per dolum vel culpam alterutrius contracta, ſuam enim vnicuique culpam & multò magis dolum nocere æquum eſt, nō etiā alteri, *l. mora 32. §. ſed ſi duo. D. de vſur. l. in cōdemnatione 173. §. vnicuique de reg. iur.* nec diſtinguemus an correi ſocij ſint necne, *l. eandémque §. pen. de duob. reis.* Nā ſocietas vniuerſalis bonorum quidem omnium cōmunicationem inducit, *l. 2. D. pro ſocio.* ſed culpam quæ ſit vnius ex ſociis non idcirco communem facit *l. 1. §. ſi apud duos 43. D. depoſit. & d. l. eādem §. pen.* in illis verbis, *ſi communis culpa interſit. de duob. reis.* Quòd ſi quis miretur, quamobrem pactum vnius ex correis difficiliùs proſit correo non ſocio quàm noceat: Reſpondebo id fieri quia per liberam perſonam nihil nobis acquiri poteſt niſi quatenus intereſt paciſcentis, *l. & licet 15. D. de conſtit. pecun. l. ſi quis ſolutioni 24. §. vlt. de vſur. l. 1. in prin. quod vi aut clam. l. ſtipulatio iſta 38. alteri de verbor. oblig.* Dices nec in poteſtate alterius eſſe debere condicionem meam deteriorem facere, *l. 1. §. vlt. & l. 2. D. quod vi aut clam. l. ſoluendo 39. de negot. geſt. l. ne in poteſtate 26 de recept. qui arbitr. l. de pupillo 5. §. ſi plurium de oper. noui nunciat.* Sed hæc non ſunt ſimilia. Imputari namque poteſt correo qui nihil fecit cur hoc ipſum ſaltem fecerit quòd cum alio imprudentiore ſe obligauit: ſiquidem ſciuit aut ſcire debuit, ex iuris ratione illam obligationis cōdicionem futuram vt ſibi nocere poſſet factum correi, vt proinde quod ex facto correi damnum ſentit ex propria culpa ſentire videatur, *§. penul. Inſtit. quib. mod. re cont. obligat. §. vlt. Inſtit. de ſociet. facit l. ſi Titius 48. D. de fideiuſſ.* In reis verò ſtipulandi ſic cōparatum eſt vt ſcientia vnius alteri noceat, *l. item ſi 7. alias l. ſed Iulianus §. nō ſolùm D. ad S.C. Maced.* meliórque ſit condicio occupantis, hoc eſt eius qui prior in iudicium rē deduxerit, *l. 2. D. de duob. reis l. ſi rē aliquā 31. §. 1. de nouat.* aut ſolutionē acceperit adeóque debitum acceptum tulerit. *d. l. ſi rē §. 1. de nouat. l. & per iuſiurādū 13. §. vlt. l. ſi ex pluribus 16. de acceptilat.* [Acceptilatio ſiquidem ſolutioni comparatur, *l. in diē 5. eod. tit. l. nō ſolū 7. §. 1. de liber. legat.*] Idque adeò verū eſt vt ſi ex pluribus correis ſtipulandi vnus agere cœperit, ne quidem ſoluere aliis debitor poſſit, *l. ex duobus 16. de duob. reis*, acſi ſeparatim ſinguli ſtipulati eſſēt. *Si illi non dederis mihi dare ſpōdes. l. ſi Titius 9. de verbor. oblig.* aut acſi correus ſtipulādi ſolutionis tantū cauſa adiectus fuiſſet, *l. ſi quis ſtipulatus 57. §. 1. de ſolut.* licet in cæteris recta nō ſit correi & adiecti cōparatio vt diximus capit. 116. *ex ſi l. duo 128. de verbo. obligatiō.* De illo certè dubitatum fuit inter iuris autores, an communem obligationem nouare vnus ex correis inſcio altero poſſit. Nam Venuleius, *in dict. l. ſi rem aliquam. 31. §. 1. de nouat.* generaliter ſcribit, vnumquemque ex correis ſtipulandi perinde ſibi adquiſiſſe acſi ſolus ſtipulatus eſſet. Excepto eo, inquit, quòd etiam facto eius cum quo commune eſt ius ſtipulationis, amittere debitorem poteſt. Ex quo infert ille, ſi vnus ab aliquo ſtipuletur, nouatione quoque liberari eum ab altero poſſe, cùm id ſpecialiter agitur vt fiat nouatio. Præſertim quod eam ſtipulationem quæ nouationis cauſa fit ſolutioni ſimilem eſſe exiſtimemus. *l. 1. l. nouatione 18. eod.* Alioquin, ait, quid dicemus ſi vnus delegauerit creditori ſuo communem debitorem, iſque à debitore ſtipulatus fuerit? Aut mulier fundum iuſſerit doti promittere viro, vel nuptura ipſi eū doti promiſerit? His omnibus caſibus putat ille debitorem ab vtroque liberari. Pro qua ſententia facit etiam iuris regula quæ habet eum cui rectè ſoluitur etiam nouare poſſe, præterquam ſi quis ſolutionis cauſa adiectus proponitur, *l. cui rectè 10. eo. tit. l. reſcriptum 10. §. vlt. cùm ll. ſeqq. D. de pact.* Sed tamen aliud viſum eſt Neratio Attiliano, Proculo & Labeoni, quos vt in quæſtione dubia fieri ſolet, Paulus refert, & ſequitur, *in l. ſi vnus 27. in princip. eod. tit.* Vt pactū vnius ex argentariis etiā ſociis, itémq. ex correis ſtipulandi, aliis non noceat, nec ſi in rem pactus ſit, adeóque nec nouare alius poſſit, quamuis ei rectè ſoluatur: Quibus verbis potiſſimam Venuleii rationem deſtruit. non. n. cuicunq. ſolui poteſt ei & nouare licet. Nam & his, inquit, qui in noſtra poteſtate ſunt rectè ſoluitur quod crediderunt, nec tamen nouare obligationē poſſunt. *l. nō ideò 25. D. de nouat.* ſicut nec is qui non niſi ſolutionis cauſa adiectus eſt, *d. l. cui rectè.* Denique placet Paulo, illud tantùm ſtipulanti permittendū eſſe vt ſolus poſſit ſolidū petere, item vt ei ſoli totum debitum ſolui poſſit. Itaq. fruſtrà laborant noſtri in iſtis conciliādis quos vltrò diſſentiiſſe apertiſſimum eſt. Ridendúſq. neſcio an culpandus magis Ioānes Robertus qui lib. 1. Sētent. cap. 25. Paulo manus infert vt duobus locis reponat *donare* pro *nouare*. Nec felicior Iacob. Cuiacius qui Paulum intelligit de nouatione facta donandi animo, vel per pactum de non petendo: quòd inquit, pactum nō ſit legitimus modus tollendæ obligationis *d. l. ſi vnus §. pactus ne peteret.* Quaſi verò poſſit aut potuerit vnquam fieri nouatio per pactum, quam vtique conſtat nō niſi per ſtipulationem fieri poſſe vnquamue potuiſſe *d. §. pactus l. 1. & paſſ. de nouat. D. & C.* Aut quaſi quicquam interſit correorū ſtipulandi, vtrum nouationē correus fecerit donandi animo, an verò in rem ſuam propriam vt in iis exemplis quę Venuleius proponit. Quod autē diſtinctio hæc adhibetur in filio cui adminiſtratio peculij permiſſa eſt *l. vlt. D. de nouat.* aliam rationē habet, quia plus iuris habet filius in peculio cuius liberā nactus eſt à patre adminiſtrationē, quàm habeat correus in communi obligatione. Omnino ſiquidem filio videntur permiſſa, niſi vt donet, quoniam donare perdere eſt *l. filiuſfamilias 7. D. de donat. l. contra 28. §. ſi filius D. de pac. l. 1 §. 1. D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* vbi ſcriptū eſt nec pignori dari pro alio poſſe à filiofamilias rem peculiarem, licet adminiſtrationem peculij liberam habeat, quòd ea ſit ſpecies quædam donationis licet pro ſe aut pro parte obligare eā poſſit adeóq. alienare, *l. ſi conuenerit 18. §. vlt. cum l. ſeq. D. de pign. act.* Illud verò tam ſtipulandi aut potiùs credendi quàm debendi correis commune eſt, quòd ab vno ex iis factum compromiſſum non aliter nocet cæteris

quàm

quàm ſi ſint ſocij, *l. ſi duo 34. D. de recept. qui arbitr.* Ideo fortaſſe quòd proximè accedat ea res ad culpã, ob idq. nec procuratori cõſtituto ad rẽ petendã permiſſũ eſt de lite compromittere, ſicut nec trãſigere, n. ſi aut ſpeciale mãdatũ habeat aut generale cũ liberæ admini ſtrãdi poteſtate *l. procurator 62. D. de procur.* Cæterũ obſeruãdũ eſt quod meo iudicio apertiſſimũ videtur, in *d. l. ſi duo*, erratũ eſſe legendúmque *nec à te petitur quod ego peto*, vt recta ſit & accommodata ratio ad id quod Paulus tractat. Apparet etiã ex eo loco mẽdum aliud ſubeſſe, *in d. l. ſi vnus 27. in princ. de pact.* falſúmque eſſe quod ibi ex eodẽ Paulo traditur de argentariis ſociis. Nã proculdubio vnius ex argentariis ſociis pactum nocet cæteris *d. l. ſi duo.* itémq. prodeſt, quomodo idem Paulus prędixerat *in d. l. in duobus 25. eo. ti. de pact.* Quare nec dubito quin dictio illa *Socius* in textum irrepſerit ex gloſſa imperiti alicuius interpretis non animaduertentis, poſſe plurium argentariorum nomina ſimul ire, & conſequenter vni ex iis exactionem in ſolidum competere, licet non ſint ſocij *d. l. ſi duo.* Idque euidentiùs ex eo intelligitur, quod ibidem Paulus ſubiiciens idem in duobus reis ſtipulandi obtinet quod de argentariis dixerat, non loquitur de correis ſtipulandi ſociis, nec ea actio *ſociis*, quam nos in legis principio tollimus, ibi repetita eſt.

De correis teſtamento factis, itémque de ſententia & emendatione l. eandem 9. l. ſi id quod in ſi. de duob. reis. & veterum iuris autorum obſeruata diſſenſio.

CAP. XIX.

DVorum pluriúmue correorum debendi credendíue conſtitutio an hodie poſt Iuſtiniani Nou. 99. eodem modo fiat quo fiebat olim, iam ſatis ſupérque diſputauimus in ſuperioribus cap. 4. Illud tamen hîc repetendũ eſt non aliter fieri plures correos ſiue debendi ſiue credendi quàm ſi hoc agatur, *l. 2. l. 3. §. vbi duo, l. duos reos 6. l. his verbis 8. & paſſ. D. de duob. reis.* Agi vero toties intelligendum eſt quoties aut ex conuentionis verbis, aut ex habito tractatu aliíſue eorum argumentis conſtat creditorem plurium debitorum fidem in ſolidum ſecutum eſſe, vel debitorem pluribus creditoribus in ſolidum fidem ſuam obſtrinxiſſe, *l. eandem 9. in princ. ff. de duob. reis l. 1. §. ſi apud duos 43. D. depoſi. l. creditor 60. §. duobus mandat. l. ſi vt certo. 5. §. vlt. cum ſeqq. D. commod. l. cum apparebit 47. D. locat. l. ſi ex duobus 15. de tutel. & rat. diſtrah.* Alioqui non ex eo ſolo quòd vel vnus pluribus vel vni plures nominatim promiſerint correi conſtituti videbuntur, ſed in viriles portiones obligationis executio diuidetur, *l. reos 11. §. cùm tabulis de duob. reis.* Sed & illud prætetea requiritur ad correorũ cõſtitutionẽ, vti ne perſonarũ aut rerum quę in obligationẽ deducuntur, qualitas aut condicio repugnet, *l. ſi id quod 15. eo. ti.* vbi tria huiuſmodi repugnantiæ exempla Caius ponit ſi vſusfructus nomine qui vni relictus fuerat, plures ſtipulẽtur: ſi dos promittatur marito & alteri qui maritus non ſit, ſi denique Titius & Seius ſtipulentur decem vel rem quæ ſit Titii. His enim caſibus ideò non fiunt plures correi ſtipulandi quòd in vtriuſq. perſona ſubſiſtere non poſſit obligatio propter naturam & qualitatem rei quæ deducitur in ſtipulationem. Nam & vſusfructus & dotis ius perſonale eſt, & rem ſuam ſtipulari nemo poteſt vulgat. iurib. Quod cùm ita ſit non abs re quis miretur, cur vltima legis ſententia corrigatur finalibus iis verbis, *Sed dicendum eſt, vt ſi decem alteri ſoluantur ab altero liberetur.* Et hîc quoque videor mihi non obſcurè Triboniani manũ, & cerebrinã ęquitatem agnoſcere, cùm & parùm eleganter cõtexta ſit additio [debuerat enim ſcribere, *Sed dicendum eſt liberari*, non quomodo ſcriptum eſt, *vt liberetur*] & omnino repugnet germanæ iuris rationi: Nam ſi in illa ſpecie, cùm Titius & Seius ſtipulati ſunt decem aut fundum qui ſit Titij, non ſunt Titius & Seius duo correi ſtipulandi [non eſſe verò fatendum eſt neque Tribonianus ipſe negaret] fieri ſanè non poteſt vt ſolutio vni facta liberet ab alio debitorem præſertim ipſo iure. Satiúſque debuerat potius ſubiici tuẽdum debitorem exceptione doli ſi poſt ſolutionem vni factam ab alio vrgeatur, vt *in l. ſi ſtipulatus 15. §. 1. de fideiuſſ.* & aliis ſimilibus. Alioqui nec illud admittendum erit quod Papinianus ſcribit *in d. l. eandem* 9. §. 1. Non fieri duos reos depoſiti ſi ex duobus penes quos res depoſita ſit vni remittatur culpa, non etiam alteri. Quo enim id, obſecro pertinet, niſi vt ſciamus vno ex ipſis liberato alium nihilominus in obligatione remanere? Nã quis alius effectus eſſe poteſt illius quæſtionis, an ſint duo correi debendi, necne? At neque iuris ratio patitur vt diuidatur ſtipulatio ac in ſpecie propoſita Titius & Seius correi ſint ſtipulandi quod ad decem attinet, nõ etiam quòd ad eam rem quæ iam ſit Titij, vt propter adiectam Titij perſonam idem ſit acſi ſola decem in ſtipulatum deducta eſſent. Cur enim auferatur promiſſori electio quam ſibi ſaluam eſſe voluit ſoluendi rẽ Titij, id eſt eius ęſtimationẽ ſi id mallet? In correis teſtamẽto cõſtituẽdis idẽ iuris obtinet. Nam ſi vel à plurib' heredib. vel plurib. benè meritis perſonis legatũ aut fideicõmiſſum relictũ fuerit, cõſtat non fieri plures reos debendi credendíve niſi hoc ipſum teſtator voluerit, ſuámque voluntatem aut expreſſerit aut non obſcuris argumentis infirmauerit. Quæ ſententia eſt *d. l. eandem in princip.* vbi Papinianus ſcribit teſtamento fieri duos reos debendi ſi teſtator ita dixerit, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato.* Nã verbum illud *dato* cùm ſit ſingularis numeri, vtrumque ſingulariter, hoc eſt ſingulos in ſolidum obligat: nec admittit contrariam interpretationem de legati debito in viriles diuidendo. Cui vtique locus fieret ſi ita ſcriptum proponeretur, *Titius & Mæuius Sempronio decem danto.* Tunc enim ſinguli partes dare iuſſi viderentur. Quod minùs diligenter obſeruatum fuit ab iis qui apud Papinianum legendum putant *Titius aut Mæuius Sempronio decem dato.* Certum enim eſt correos debẽdi hoc modo fieri teſtamento nõ poſſe, quemadmodũ nec duos reos collegatarios ſi ita ſcriptum ſit, *Ille aut ille fundum habeto; l. ſi Titio aut Seio 16. l. cùm quidam 24. de legat. 2.* His enim ſpeciebus nõ ſolùm vnum legatum eſt, ſicut & cùm illud aut illud legatum eſt, *l. ſi illud aut illud. 27. eod.* [quod vtique pluribus etiam conſtitutis correis ſimiliter contingeret *l. 3. §. vbi de duob. reis*] ſed etiam ab alterutro duntaxat non ab vtroque herede, aut alterutri tantùm, non item vtrique legatario relictum videri debet. Si quidem in alternatiuis debitoribus non vterque debet ſed alteruter, & in alternatiuis creditoribus non vtrique debetur, ſed alterutri, quemadmodum & in debitis alternatiuis non vtrumque eſt in obligatione, ſed alterutrum duntaxat *l. plerumque 11. §. vlt. de iure dot.* cum ſimilibus. Id verò à cõſtituendorum correorum ratione prorſus alienum eſt, quorum ea condicio eſt vt vterque in ſolidum obligationẽ in ſe ſuſcipiat aut ſibi acquirat *d. l. 2. 3. & paſſ. de duobus reis. l. ſi duo 128. de verbo. obligat.* Ideóque in *l. ſi ex toto. 8. §. ſi ita ſcriptum de legat. 1.* ita ſcriptum eſt, *quaſi duo rei promittendi* &c. vt appareat in ea ſpecie correos propriè non eſſe. Neque leuior error eſt Caroli Molinei qui *ad l. in leg. 62. D. ad leg. falcid.*

ſcripſit difficilius fieri correos teſtamento quàm contractu, nec in dubio præſumendum teſtatorem voluiſſe correos facere. Id enim abſurdiſſimè dicitur & contra Papiniani ſententiam in *d.l.eandem*. Leges autem quibus ille nititur vt probet in dubio viriles partes deberi aut hereditarias, nec à ſingulis heredibus poſſe in ſolidum exigi [ſunt verò penè innumeræ] ad eos caſus pertinet quibus plures heredes generaliter onerati ſint, non ad eum quem Papinianus tractat, cùm vnuſquiſque in ſolidum oneratus eſt: Nimirùm cùm teſtator ita dixit, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato*. Planè eo caſu quo correi teſtamẽto facti non ſunt, elegans quæſtio eſt Pro qua parte ſingulos heredes conueniri oporteat, id eſt, an in viriles, an in hereditarias. Papinianus enim magis probat deberi viriles in *l.nonnunquam 24. D. ad Senatuſconſultum Trebell.* quod & iam ante Papinianum Neratius ſenſerat *in l. ſi heredes 124.de leg.1.* Ea fortaſſis ratione quòd cùm heredum perſonæ ſiue omnes ſiue non omnes nominatę & enumeratę ſunt, videatur heredes onerati non tam quaſi heredes [quæ res induceret diuiſionem in partes hereditarias] quàm quòd nominati ſint, proindéque virilium portionum rationem haberi voluiſſe teſtator credendus ſit. Paulus contra poſt Attilicinum Sabinum & Caſſium magis eſſe putat vt inducantur hereditariæ portiones omni caſu, propterea quòd hereditas ea ſit quæ heredes obligat, *l. ſiue à certis 17. D. de duob.reis*. At Pomponio *in l.turpia 54.§.vlt.de leg. 1.* media quædam ſententia placuit, vt ſi non omnes heredum perſonæ nominatæ ſint, viriles partes debeant qui nominati ſunt, ſin omnes, hereditarias: Itaque ridiculi ſunt noſtri qui tantopere laborãt in iſtis malè conciliandis, quos vltrò diſſentiiſſe manifeſtiſſimum eſt, Pomponij tamen ſententia vt media ita probabilior fortaſſe videri poteſt.

Omiſſam exceptionem cedendarum actionum non magis quàm exceptionem ordinis aut diuiſionis locum facere condictioni. & de differentia correorum, fideiuſſorum & mandatorum. Ac emendatio l.2.C.de fideiuſſ. tutor.l.pen.D.eod.l.vlt.C.de conſtit.pecun.

Capvt XX.

SI is cui cedendarum actionum exceptio competebat omiſſa ea per errorem iuris [vix enim eſt vt error facti in hãc ſpeciem cadere poſſit] ſimpliciter ſoluerit, putant noſtri perinde locum eſſe condictioni, ac ſi quod ſolutum eſt fuiſſet indebitum. Sic enim Molineus, *ad l.Modeſtinus 76.num.18.D.de ſolution.* poſt gloſſ. magnam à Bart. & cæteris probatam, *ad l. cùm is D.de fideiuſſ.ex l.ſed etſi me putem 22.§.1.& l. qui exceptionem 40.§.ſi pars.D.de condict.indeb. leg. heres 21.D.ad Senatuſconſultum Trebell.* quibus locis datur condictio ei qui ſeruum prædium tradidit ſine ſeruitute, aut domum ſine deductione impenſarum: itémque heredi qui non deducta falcidia totam hereditatem ex fideicommiſſo reſtituit quaſi plus debito hi omnes ſoluerint. *arg.l.ſi is cui 45.de condict.indeb.* Mihi contra videtur. Neque enim dici poteſt omiſſam exceptionem facere vt indebitum ſit quod re vera fuit debitum, cùm exceptio talis eſt quæ ius perſonæ tantùm reſpiciat non etiam ius ipſum debiti *l.quod nomine 8. cum trib.ſeqq.eo.titul.* in quo ſanè differt exceptio cedendarum actionum, de qua diſputamus, ab illa quæ competit ad impẽſas deducẽdas aut retinendam ſeruitutem, ſiquidem prædium quod tradi debuit ſeruitute retẽta, ſi ſine ſeruitute traditum ſit indebitum fuiſſe videri poteſt. Adeò vis ſeruitutis rem ipſam afficit. Quid enim aliud ſunt iura prædiorum quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia? vt ait *lex quid aliud de verb.ſign.* Quemadmodum & impenſæ in rem alienam factæ ſi tales ſint quas deduci æquum ſit, rem ipſam ita afficiunt vt ob eas retineri res quodammodo pignoris iure poſſit, licet reuera pignus nullum eo nomine contrahatur. Proinde nec mirum eſt condictioni locum eſſe ſi ſine vlla impenſarum deductione fundus traditus ſit qui ex ea cauſa poterat retineri, quandoquidem exceptione doli tutus eſſe poterat is à quo fundus ſine impenſarum deductione petebatur, *l.planè 38.D.de hered. petit.* Quæ exceptio doli perpetua eſt *l.purè 5.§.vlt.de dol.except.* qui autem exceptione perpetua tutus ſoluit, habet proculdubio indebiti condictionẽ *d.l.qui exceptionem.* Nec rurſus ſimile eſt quod noſtri obiiciunt *ex d.l.heres 21. D.ad S.C.Trebell.* Loquitur enim illa lex de eo qui cùm poſſet falcidiam retinere totam hereditatem reſtituit per errorem facti, exiſtimãs fortè ſatis ſibi pro quarta ſuperfuturum, vt oſtendunt verba illa, *nec cautis ſibi ſtipulatione propoſita.* Nam ſtipulatio, ſi plus quàm per leg. falc. de qua textus ille ſentit, tunc neceſſaria eſſe poteſt cùm in facto incertum eſt an legi falcidiæ locus futurus ſit necne, *l.1.ill.tit.* Nos verò de illo loquimur qui omiſit exceptionem cedendarum actionum, per errorem non facti, qui in hanc ſpeciem vix cadere poteſt vt prædiximus, ſed iuris. Quem cõdicere nullomodo poſſe ex eo apparet euidentiùs, quod non impedit ea omiſſio quin ex ſolutione ſequatur liberatio, *ad l. Modeſtinus 76.de ſolut.l.1.C.de contr iudic.tutel.l.cùm alter 11.C.de fideiuſſ.* Nam ſi locus eſſet condictioni, vtique impediretur liberatio, quemadmodum ex contrario ſecuta liberatio impedit condictionem. *l.ſi pœne 1.§.19.l.ſi fideiuſſ.59.de cõdict. indeb.l.vlt.D.de tribut.act.l.qui hominem 34.§. vlt.l. cùm quis 38.§.1.de ſolut.* præterquàm in ſingulari caſu, *l.Neratius 63. de condict.indeb.* quam nos ſuprà li. 2. explicauimus. Atque ita fortiſſimè retorqueri contra Molineum poteſt argumentum quo ille potiſſimùm nititur, *ad d.l. Modeſtinus, num. 18.* vt probet ei cui competebat exceptio cedendarum actionum ſi ſoluerit cedi etiam ex interuallo actionẽ poſſe. Quoniam, inquit, condictioni indebiti locus eſt ſi actio non cedatur. Imò verò actio nulla ſupereſt quæ cedi poſſit, cùm ſolutione quæſita ſit liberatio, ob idque nec competit condictio. *De exceptione* non factæ excuſſionis, an ſi omiſſa ſit faciat locum condictioni eadem quæſtio eſſe poteſt, ſed minùs dubia. Etſi enim non deſunt qui putent locum facere poſt gloſ. *ad l.ſi reus 20.de condict.indeb.& Caſtrenſ.in d.l.ſi pœne 19. §.vlt.eod.* Bartolus tamen negat in *l. Iulianus eodem titulo.* Et rectè. Neque enim exceptio illa ius ipſum debiti reſpicit, ſed perſonam eius qui conuenitur quã huius beneficij fauore dignam eſſe viſum eſt. Idémq; ſed multò apertiùs obtinet ſi de exceptione diuiſionis quæratur. Nam cùm non ipſo iure competat, ſed beneficio epiſtolæ Hadriani vt ſæpiùs monuimus, & ita ſi opponatur, conſequens eſt, vt ſi vnus ex confideiuſſoribus totum ſoluerit licet confideiuſſor fuerit ſoluendo, repetere tamen non poſſit, vt eleganter Papinianus tractat, *in l.ſi teſtamento 49.§.prin.ff.de fideiuſ.* vbi addit quod magis mirum videri queat, idem quoque admittendum eſſe in vno ex pluribus fideiuſſoris vnius heredibus totum ſoluente. etſi enim conſtat ipſo iure & ex lege duodecim tabularum diuidi obligationem inter coheredes, ea tamen diuiſio quæ ex multiplicaris heredum perſonis inducitur facere non poteſt vt indebitum videri debeat quod in perſona defuncti reuera fuit debitum *leg.2.§. ex his de verbor.obligation.* nec quæ ratio æquitatem diuiſionis

ſionis inducit inter cõfideiuſſores aliáſque ſimiles perſonas vt ei ſuccurratur qui pro alio ſoluere cogitur, poteſt etiã inducere condictionem indebiti. Fateor diuerſam ſpeciem actionis non excludere diuiſionis æquitatem. *l.pen.D.de fideiuſſ.tutor.* Sic námque eo loco legendum videtur, *ſi enim quod datur pro alio ſoluitur, cur diuerſa ſpecies actionis æquitatem diuiſionis excludit?* Quò etiam pertinet *l.vltim.C.de conſtitut. pecun.* in qua nec dubito quin legendum ſit ex *d.l.pen. æquitatis enim rationem diuerſa ſpecies actionis excludere nullomodo debet.* Sed nõ poſſis ſimiliter dicere, æquitatem diuiſionis, ſpecies actionum diuerſas admittere debere, aut vt meliùs loquar condictionem inducere, quandoquidẽ condictio indebiti prorſus diſtat ab exceptione diuiſionis, neq. cum ea quicquam commune habet. Et licet vtraque ſumma nitatur æquitate, alia tamen æquitas eſt quæ diuiſionem inducit, alia quę condictionem. Qui obiicit exceptionem diuiſionis, aut vt Papiniani verbis vtar, *in l.ſi plures 38.de admin.tutor.* qui periculi ſocietatem excipit fatetur ſe etiamnum debitorem: Qui condicit, negat ſe vnquam debuiſſe. Inde fit vt ſi fideiuſſores beneficio diuiſionis renunciauerint, quod hodie paſſim fieri aſſolet, plures ſimul in ſolidum conueniri poſſint, exemplo correorum qui Iuſtinianeæ Nouell.99.beneficium abiecerunt, itémque mandatorum de quibus in *l.creditor 60.§.duobus D.manda.* Scilicet dummodò proteſtetur creditor nolle ſe plus debito cõſequi, ſed vnica ſolutione contentum fore, *arg.l.1.§.quia autem D.quod legat.* Adeò verum eſt à ſingulis debitum eſſe quod ab omnibus in ſolidum exigi poteſt. Quin etſi ea proteſtatio omiſſa ſit, non eò minus ſequi poterit condemnatio, ſed ita tamen vt vno ſoluente cæteri quoque liberentur. Idipſum enim officio iudicis continetur, & actioni tacitè ineſt, *l.& hac diſtinctio 35.§.vlt.D.locat. l.in omnibus 43.l.Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis de ſolut.* Tametſi pluribus ſimpliciter condemnatis qui in ſolidum ſinguli conuenti fuerant non niſi pro virilibus ex iudicato conueniri quiſque poſſit *l.1.& 2.C.ſi plur.vna ſentent. condemn. fuer. l.ſi mandatu Titij 59.§.Paulus reſpondit vnum D.mandat.* Obſeruandum tamen eſt in eo diſparem eſſe condicionem correorum, confideiuſſorum & mandatorum vt hoc corollarij loco ſubiiciamus, quòd conuento in ſolidum vno ex correis debendi cæteri intereà non ſunt inquietandi, ſed quæ in illos actio creditori competit, in id tantùm ſupereſt quod à conuento ſeruari non potuerit: neque enim vnius electione alij liberantur, ſed ſolutione duntaxat, *l.1.§.ſi apud duos 47.depoſit.l.ſi quis alicui 27.§.vlt.mandat. l.ſi mandatu 13.D.de fideiuſſ.l.ſi ex toto 8.§.1.de leg.1.l.reos 23.C.de fideiuſ.* Eáque ſententia eſt *l.ſi per imprudentiam.§.fi.de euict.l.quoties 47.§.ſi creditor de pecul.* nec hac parte quicquã differt ius nouum à vetere. Sanè nemo dubitat, quin liberum ſit creditori actionem quam in plures correos habet ita diuidere vt aduerſus vnumquemque pro virili experiatur; *l.reos 11.D.de duob.reis l.inter eos 51.§ duo rei D.de fideiuſſ.* quod ſi fecerit, ſubinde pœnitere, & contra vnum ex iis in ſolidum agere poſteà non poteſt. In fideiuſſoribus equidem nouo iure idem obtinet poſtquàm Iuſtiniano placuit, *in l.vlt.Co.de fideiuſſ.* vt vno ex fideiuſſoribus electo cæteri non liberentur. Sed iure vetere aliter obſeruabatur, ſola námque vnius ex fideiuſſoribus electione cæteri liberabantur, adeóq. ipſe debitor multóq. magis debitoris ipſius electione, fideiuſſores, *l.ſi mandatu 45.§.vlt.D.mand. Paulus lib.2.Sentent. tit. 17.§.vlt.* quod nos pluribus tractauimus lib.1.cap.17. *ad l. heres 12.§. quòd ſi ſtipulator D.de fideiuſſ.* vbi ob hanc cauſam legendum eſſe diximus, *æquè dicendum eſt fideiuſſorem non manere obligatum.* Niſi quis vulgatæ lectionis tuendæ gratia magis probet vt electio bonorum debitoris non liberauerit perſonam fideiuſſoris, aut contra, ſed tantũ electio perſonæ, quod nec obſcurè innuere Papinianus videtur in *l.3.de ſeparat.* itémque quod ſcriptum eſt *in l.cùm quis 38.§.de peculio l.egiſti.§4.de ſolut.* Eodem pertinet *l.2.C.de fideiuſſ.tutor.* in cuius principio verba illa *& ſoluente*, proculdubio ſunt irreptitia, ſiue à Triboniano addita putes, ſiue ab imperito aliquo interprete reſpiciente ad Iuſtiniani conſtitutionem, *in d.l. vlt.C.de fideiuſſ.* potius quàm ad ius illud quod Alexandri, cuius ea lex eſt, temporibus obtinebat. Inanem enim faciunt & ridiculam illius loci ſententiam: Quæ certè illa eſt, ſola rei electione liberari fideiuſſorẽ. Quantò magis igitur ſolutione per eum facta? Prius ita ſi ſimpliciter acceptus ſit fideiuſſor. Nam ſi vel indemnitatis nomine fideiuſſerit, vel quod idẽ eſt, rem pupilli ſaluam fore promiſerit, vtique poterit etiam poſt cõdemnatum & exactum reum conueniri, in id nimirum quod à reo ſeruari non potuerit. Certè exceptio illa quæ ponitur in verſic. planè. non poteſt accommodari ad regulam conceptam de reo electo & ſoluente, ſed ad regulam de reo electo nec ſoluente. Et tamen dici ſolet exceptionem de regula eſſe debere. Hinc etiam illud eſt quod placebat olim, nõ eſſe permittendum creditori vt reum & fideiuſſorem ſimul in ſolidum conueniret, *l.1.eod.tit.* Nempe quoniam ita ius erat vt alterutro in ſolidum electo alter liberaretur, niſi fideiuſſor fuiſſet indemnitatis vt diximus aut iudicio ſiſti. Nam & hic lata duntaxat ſententia non etiam electione liberabatur, *l.1.vbi Accurſ. D.ſi ex noxal.cauſ.agat.* conſtat ſanè fideiuſſionem huiuſmodi non durare in executione ſententiæ, *l.græcè 8.§.& poſt litem D.de fideiuſſ.* vbi diſtinguit Vlp. an iudicati actionis nomine fideiuſſor acceptus ſit, an litis exercitationis vt hoc caſu poſt ſententiam iuuandus ſit exceptione; illo non item. Exceptione inquã, quia liberatio non contingit ipſo iure, cùm non ad eum finem feratur ſententia vt condemnati fideiuſſor liberetur. Multò minùs durabit fideiuſſio in cauſa appellationis, *arg.l.cùm apud Sempronium* vbi Bart. iudic. ſolui. Sed etſi non ſit lata ſententia, at perempta duntaxat inſtantia vt nouam inchoari neceſſe ſit, non tenebitur fideiuſſor quoniam alia inſtantia eſt Gloſ. *in l.pen.C.de fideiuſſ.* Mandatoris longè alia ratio eſt. Nã ſi eum creditor ex mandato conuenerit, ſiue nondum condemnatio ſecuta ſit, ſiue condemnatus ille prouocauerit, ipſe etiam debitor conueniri & olim poterat & hodie poteſt, *d.l.Stichum §.ſi mandatu de ſolut.d.l.creditor 60.in princip.D.mandat.* quia nec ſoluente mandatore debitor tamen ipſo iure liberatur, *l.Papinianus 28.eo.* vbi ratio illa redditur, quia quod mandator ſoluit, proprio nomine ſoluere intelligitur, ac propter mandatum ſuum, potiùs quàm debitoris liberãdi cauſa. Eſt autem generale & perpetuum, quod nos in ſuperioribus monuimus ſæpiùs vt quod quis ſuo proprio non debitoris nomine ſoluit non liberet debitorem. *l.ſi quid poſſeſſor 31.de hered.petit.l.ſi pœna.9.§.1.de condict. indeb.l.cùm quis 38.§.de pecul. in fi.l.Paulus reſpondit 101.de ſolut.*

NOBILISSIMO ET CLARISSIMO VIRO FRATRIQ. SVAVISSIMO FRANCISCO DE SALES,

ANTONIVS FABER S. D. P.

AMAVI te, mi Saleſi, & pro eo ſanè ac debui colui plurimùm; priùs etiam quàm vel tu mihi de facie notus eſſes, vel ego tibi. Inuitatus nimirum, permotúſque ſola percelebris tui nominis fama, & admiratione virtutis, quâ nihil eſt, vt ego quidem exiſtimo, ad ſociandas conſtringendáſque hominum vel diſiunctiſſimorum mentes efficacius. Poſteà verò quàm per humanitatem tuam aditus mihi ad amicitiæ tuæ ſacra, & familiaritatis penetralia liber patuit, tantam ſenſi voluntatis erga te meæ factam acceſſionem, vt mirarer, puderétque non ita me iam antè affectum fuiſſe, nullus vt acceſſioni locus relinqueretur. Sic enim quaſi ea quæ oculis cernuntur, mihi viſus ſum intueri, non ſolùm quàm me amares, ſed etiam quàm amari deberes ab iis quoque quos nulla tibi neque neceſſitudinis, neque officiorum magnitudine deuinxiſſes. Nam quis obſecro, niſi planè inſulſus, καὶ ἄμουσος, tam multa, támque præclara ingenij tui decora & ornamenta non ſuſpiciat, amet, veneretur? illud verò quam mirabile, nouúmque in iſta ætate, quæ in integrum reſtitutionis auxilium implorare adhuc poſſet, ſi quid fortè ſuperiorib. annis per inconſultã facilitatẽ peccaſſes, eã te ſapiẽtiæ, eruditionis, & eloquẽtiæ laudem aſſecutum, cõiunctis Theologiæ ac Iuriſprudentiæ grauiſſimis diſſimillimíſque ſtudiis, vt cum in vtraque ſcientia excellere te omnes videant, in vtra tamen excellas diſcernere nemo poſſit. Sed ſunt iſtæ fœcundi excultíque ingenij, potiùs quàm recti animi dotes, quas licet non niſi perpaucis datas

-quos æquus amauit Iupiter,

faciliùs tamen admirari, fortaſſis inuidere tibi etiam amici poſſent, quàm ob eas amare te cæteri, qui aliam amandi rationem non haberent. Amo ego magis tuam illam probitatem, prudentiam, temperantiam, æquanimitatem, cæteráque id genus beati, optiméque a natura & philoſophia ſubornati animi bona, quæ in aliis nonniſi rariſſimè ſingula, in te vno ſic elucent vniuerſa, vt neque maleuolorum inuidorúmve calumniis obſcurari queant, neque non amari & coli ab omnibus, præterquàm ſi qui eſſent tam male nati, vt virtutem ipſam odiſſe, ſummæ virtutis opus eſſe arbitrarentur: etſi hoc quoque ad felicitatem tuam accedit, quòd tuis laudibus omnes, vt æquum eſt, fauent. Hinc illa ſingularis erga te propenſio Sereniſſimi Ducis noſtri, qui Senatoriam dignitatem quam plerique alij ambire tam anxie ſolent, tibi nuper nihil minus cogitanti vltro iam deſtinauit, confeſtim haud dubie collaturus, ſi plus apud te prudentiſſimi Principis iudicium, totiúſque ampliſſimi ordinis noſtri expectatio, ipſa denique ratio, quàm modeſtia tua valuiſſet. Inde etiam quod aſpernatus es huc uſque verecundiore, quàm par eſſet, cunctatione, ac neſcio quo ætatis prætextu (quaſi ætatis vitium, aut delictum illud ſit, quòd ante ætatem perfecte ſapere didiceris) eximia iſta virtutis inſignia, ideò fortaſſe, quòd eiuſmodi pleraque non pauci etiam ſine virtute ſunt aſſecuti: Hoc vnum tibi ad veram gloriam ſatis eſſe ducens, quod tanti Principis, optimorum etiam & eruditiſſimorum omnium qui te norunt conſpirantia ſtudia iudiciáque merueris, quæ ſane virtus ſola & aſſequi potuit, & promereri. Ego verò qui ſemper pluris faciendum credidi, ſi virtutum ac ſcientiarum præmia quis mereretur, quàm ſi poſſideret, ſic te amo & obſeruo tanquam iis quoque plenum honoribus, à quibus temperaſti: nec quicquam eſt quod

Digitized by Google

quod te malim eſſe quàm Saleſium, vt ea te proſequar obſeruantia, quæ & ſanctiſsimo epiſcopo debetur, & grauiſsimo Senatori. Taceo, quàm multas habeam proprias, planéque meas colendi tui cauſas, quas innumeris tuis in me beneficiis publicè priuatímque teſtatas vellem ego maximè, ſi per ingenioli mei tenuitatem liceret, publico etiam aliquo teſtimonio ingenuè profiteri, & iuſta conſtantique gratiarum actione ſic complecti, vt non minùs gratum me ac memorem, quàm tibi deuinctum poſſes agnoſcere. Neque rurſum ignoro, quantum amori tuo vel ob id maximè debeam, quòd dulciſſimum fratris nomen inter nos commune ac familiare eſſe voluiſti, vt quod vnum honeſtiſsimo vtriuſque deſiderio negabatur, quoniam à natura impetrari non poterat, validioribus amicitiæ artibus extorqueremus: nec dubitare quiſquam poſſet, quin verè fraternus eſſet amor, qui & abs te in me proficiſceretur, & à me viciſsim tibi redderetur. En igitur leuidenſe tibi in eam rem munuſculum ex promptuario Coniecturarum mearum, in quibus etſi ſcio nihil eſſe quod vel tuis meritis, vel cupiditati meæ, vel denique mutuæ neceſſitudinis noſtræ dignitati reſpondeat, omnia tamen conſecutum me putabo, ſi efficere potero vt hoc quantulocumque monumento artiſſimæ coniunctionis noſtræ memoria feliciter ad poſteros perferatur: Non quòd vſque adeò mihi blandiar vt iſta ſperem, vel coniiciam aut æterna fore, aut longiores annos ferre poſſe, ſed quia nihil eſt quod tam in optatis habeam, quàm vt ſi quod nominis mei poſt cineres veſtigium extabit, neminem tibi me amiciorem fuiſſe, aut amicitiam tuam pluris vnquam feciſſe omnes intelligant. Id pro incredibili tua erga me beneuolentia æquè tibi optatiſſimum & iucundiſſimum vt eſſe cupio, ita fore ſpero & confido. Bene vale, frater ſuauiſſime, & me, vt facis, ama. Ex vrbe Camber. 12. Cal. Decemb. 1595.

ANTONII FABRI SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber duodecimus.

Diuiſio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obſeruata Triboniani adductio in l. inter eos 51. §. 1. D. de fideiuſſ.

CAPVT I.

QVæri ſolet ab interpretibus, An qui ab vno ex pluribus correis debendi aut confideiuſſoribus partem debiti extra iudicium ſolutam accepit, aut per iudicem vt ſolueretur petiit, actionem ſuam quam in ſolidum contra ſingulos paratam habebat, diuiſiſſe credendus ſit. Et vulgò magis probata eſt illa diſtinctio quam tradunt noſtri, *ad leg. ſi creditores* 18. *C. de pact.* An pro parte tantùm vnus ex pluribus iudicio conuentus fuerit, an verò ſinguli pro partibus: Hoc enim poſteriore caſu non etiam priore factam videri diuiſionem, *ex l. liberũ* 17. *l. reos* 23. *C. de fideiuſſ. vult. l. inter eos* 53. §. 1. *D. eo.* Solutione verò extra iudicium facta ſiquidem beneficio diuiſionis locus eſſe non poterat propter renunciationẽ aliámve cauſã, puta quòd ita concepta eſſet ſtipulatio, *ſolidum aut partem viriliem dare*, vt in *d. l. inter eos in princip.* diuiſam intelligi actionem, *d. l. ſi creditores*, præterquàm ſi ex teſtamento debitum proponatur, *l. ſi ex toto* 8. §. 1. *de leg.* 7. *l. ille aut ille* 25. *de leg.* 3. Sin autem diuiſionis exceptio obiici poterat, elegiſſe potiùs quàm diuiſiſſe creditorem exiſtimandum, *d. §. 1. l. inter eos.* Mihi contra probabilius ſemper viſum eſt, vt numquam actionis diuiſio præſumatur ex partis ſolutione vel petitione, nec ſi ſuo nomine ſe ſoluere correus aut confideiuſſor dixerit, niſi ſolutio vel petitio ad partem eius qui ſoluit vel conuenitur, non tantùm tacitè fortaſſis ex ſolutæ vel petitæ quantitatis cum virili comparatione, ſed expreſſim diſertiſque verbis referatur. Mouet me primum quod Pomponius ait, *in d. l. ſi ex toto* §. 1. ſi ita ſcriptũ ſit, *Lucius Titius heres meus aut Mæuius heres meus decem Seio dato*; cùm vtro velit Seium acturum, ſed ita tamen vt ſi cum vno actum ſit & ſolutum alter liberetur. Quaſi, inquit, duo rei promittendi in ſolidum obligati fuiſſent: Sed etſi ab altero partem petierit, liberum ei eſſe ab alterutro reliquum petere: idémque fore etſi alter partem ſoluiſſet. Qui locus cùm de legato loquatur, & quid in illo iuris ſit conſtituat, ex comparatione obligationis correorum promittendi, an non apertiſſimè ſubuertit noſtrorum diſtinctionem, ex qua parte ſeparant hac in re vltimas voluntates à contractibus? Mouet me prę-

ſum quod *in d. l. inter eos §.1.* Papinianus diſertè ſcribit eum ex confideiuſſoribus qui ſoluit partem pecuniæ debitæ non liberari quin poſſit de reſiduo conueniri, & quidem in ſolidum ſi cæteri confideiuſſores non ſint ſoluendo, pro parte verò ſi ſint ſoluendo. Subdítque rationem perelegantem his verbis, *eam enim quantitatē in eos qui ſoluendo ſunt diuidi conuenit quam litis tempore ſinguli debent.* Quod ſi ita eſt, vt eſt, Triboniani certè potiùs quàm Papiniani erunt ſequentia illa, quæ interpretes noſtros feſellerunt, *Sed humanius eſt & ſi aliter ſit ſoluenda litis conteſtatæ tempore per exceptionem ei qui ſoluit ſuccurri.* Nam non ſolum præcedentem ſententiam deſtruunt optima iuris ratione ſubnixam, verum etiam ei repugnant euidentiſſimè. Sunt enim hæc prorſus contraria, Eum fideiuſſorem qui partem pecuniæ ſoluerit non debere ſolutionem reſidui recuſare, aut in ſolidum aut pro parte ſecundùm ſupradictam diſtinctionem, & poſſe eum vti exceptione. Poterat quidem ita ſcribi, Actionem pro reſiduo ſupereſſe contra eum qui partem ſoluerit, ſed iuuandum eum exceptione [illud enim ad ius ſtrictum, hoc ad æquitatem ipſam referretur.] At vt recuſare ille non debeat reſidui ſolutionem, quomodo Papinianus loquitur, & vt exceptione iuuari debeat, contraria omnino & repugnantia ſunt: in quo Papinianum prudentum omnium prudentiſſimum impegiſſe quis vnquam ſibi perſuadeat? Accedit quod vſurpat verbum illud ſatis ſibi familiare *conuenit*, quo ſignificare ſolet non quod inter omnes conſtat, vt imperitè quidam exiſtimant, ſed quod ille non minùs æquitati quàm iuri congruum arbitretur. Tribonianus contrà humanitatis verbo paſſim abutitur quoties inhumanas & impias illas ſuas manus veterum prudentum ſcriptis infert. Cæterùm quamuis ea additio Tribonianea perinde legis vim habeat acſi eſſet Papinianea, non tamen inde poſſis colligere quod interpretes volunt, ſoluta parte debiti ab vno ex confideiuſſoribus inducendam idcirco debiti diuiſionem. Aliud enim eſt competere fideiuſſori qui partem ſoluit beneficium diuiſionis, quod Tribonianus voluit, aliud verò ſola partis ſolutione diuidi actionem, quod illi affirmant, nos negamus. Siquidem beneficium diuiſionis hactenus tantùm nocet creditori vt reſiduum cogatur ab aliis petere qui nihil ſoluerunt, ſed ita tamen ſi ſint ſoluendo tempore litis conteſtatæ non etiam ſi ſint egeni & inopes. At diuiſio actionis cùm fit vſque adeò nocet creditori, vt quamuis cæteri ſoluendo non ſint, nequeat tamen de reſiduo aduerſus eum agere à quo partem debiti vel petiit vel accepit *dict. leg. liberum*, in illis verbis *petitionem diuiſam redintegrari iuris ratio non patitur.* Quod tamen ita videtur intelligendum ſi litem conteſtatus ſit creditor. Nam vſque ad litis conteſtationem poſſe eum pœnitere qui actionem diuiſerit probant non malè eiuſdem contextus verba illa *antequam lis aduerſus omnes fideiuſſores conteſtaretur*, item ſequentia, *at nunc poſt litis conteſtationem.* Mouet me denique textus apertiſſimus *dicta leg. ſi creditores 18. Codic. de pact.* cuius tota ratio pendet ex iis verbis *pro ſua perſona ſoluentem*, vt illa oſtendunt *ſi probaueritis*, ne quis dubitare poſſet quin ita demum diuiſiſſe debitum creditor videretur ſi partem peteret pro parte & perſona debitoris conueniri, aut partem acciperet pro parte & perſona debitoris ſoluentis. Plus enim eſt confideiuſſorem aut correum pro ſua parte & perſona ſoluere vel conueniri, quàm ſuo nomine ſoluere, vt conſtat *ex dicta leg. inter eos §. prima.* Vbi agitur de fideiuſſore qui ſoluit ſiue ſuo ſiue rei promittendi nomine, & tamē negat Papinianus, ideò diuiſam videri actionem, quę ſanè diuiſa eſſet ſi pro ſua parte aut perſona fideiuſſor ſoluiſſet. *d. l. ſi creditores. Iunct. d. l. ſi ex tota §. primo, de lega.* Et iuris huius ratio aperta illa eſt quæ mouere interpretes debuit, quod factæ diuiſionis interpretatio non ex iure ſumitur, ſed ex coniectura voluntatis creditoris, qui ſicut cogi non poterat vt actionē diuideret ita nec diuidere voluiſſe facilè credendus eſt, ſed eo demū caſu quo voluntatē ſuā aut expreſſerit, aut non obſcuris indiciis declarauerit, quod tū cōtingit cùm partem petiit vel accepit pro parte & perſona conuenti vel ſoluentis condebitoris. Illo enim caſu diuiſionis factæ interpretationem ea ratio inducit, quòd ſi pro reſiduo vrgeretur qui iam pro parte & perſona ſua ſoluiſſet vel conuentus eſſet, iam pro alio vrgeri videretur. Idque eſt quod ait *d. lex ſi creditores, ne alter pro altera exigatur.* Nec ad hunc caſum pertinet Iuſtiniani conſtitutio in *l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi cautum eſt, vt non ſola electione aut conteſtatione ſicut anteà fideiuſſor liberetur: Aliud enim eſt litem conteſtari, vel vnum ex fideiuſſoribus eligere, aliud verò actionem diuidere. Non igitur per ſolam conteſtationem fiet diuiſio ſiue ſinguli in ſolidum, ſiue nulla ſolidi aut partium mentione facta conueniantur: qui ſenſus eſt illorum verborum, *actione diuiſa quidam poſt litem conteſtatam,* &c. apud Papinianum, *in d. leg. inter §. cum inter.* Quamuis enim dici ſoleat in iudicio quaſi contrahi *l. 3. §. idem ſcribit. De pecul.* non ſolet tamen qui petit litémque conteſtatur, ſuam conditionem ex eo facere deteriorem. *l. aliam 29. D. de nouat.* Planè ſi ante litis conteſtationem facta ſit diuiſio *vt in d. §. cùm inter.* hactenùs nocebit ſecuta conteſtatio vt redintegrari petitio non poſſit, ratione illa optima, quòd in iudiciis quaſi contrahatur. Eáque ſententia eſt, *d. l. liberum, & d. §. cùm inter.* Illud vtique non improbo quod pragmatici ſuadent, vt proteſtetur creditor qui partē petit aut accipit nolle ſe actionem diuidere, vel ob hoc ipſum ne locus dubitationi relinquatur: Proteſtationis nimirum ea poteſtate quæ priſtinum ius proteſtantis ſaluum tuetur, *l. Neſennius 34. de negot. geſt. l. 1. §. ſciendum D. de tribut. act. l. pro herede 20. D. de acquir. hered.* Id enim eſt quod dici ſolet, ea quæ dubitationis tollendæ gratia ex abūdāti adiiciuntur ius commune non lædere, *l. qua dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuam 56. D. mandat.*

An confeſſio pactúmve cedentis noceat ceſſionario ad l. 1. C. de oblig. & action. & l. cùm maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.

CAPVT II.

CEſſione citra delegationem facta certum eſt nō liberari debitorem quominus à cedente creditore conueniri poſſit *l. pupill. 96. §. ſoror de ſolut. l. ſi cum emptore 16. D. de pact. l. 3. C. de nouat.* Directis nimirum actionibus, quæ penes cedentem vel inuitum remanent, nec in ceſſionarium transferri vllomodo poſſunt. Adeò noſtris adhærent oſſibus vt interpretes loquūtur *d. l. 3. l. ſi heres 70. D. ad S.C. Trebell.* Inde fit vt ceſſus debitor cedenti ſoluere non prohibeatur ſi modò ceſſionem ignorauerit, *l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Ergo & de debito paciſci vel trāſigere cum cedente poterit vt agenti quandocumque ceſſionario pacti exceptionem queat obiicere. *l. vlt. D. de tranſact.* Sed ſi ceſſionem debitor ſcierit, priuſquàm ſolueret aut paciſceretur, multiplici diſtinctione opus eſt. Primùm enim refert valdè, An datum ſit

nomen

nomen in ſolutum ex eáq; cauſa ceſſæ actiones fuerint, An verò creditor creditori ſuo actiones quas aduerſus proprium debitorẽ habebat ſolutionis tãtùm gratia mandauerit. Priore caſu competunt ceſſionario actiones non ſolùm directæ ex perſona cedentis, ſed etiam vtiles ex propria. *l. vltim. C. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſin debit. conuen. poſſ.* ſicut & ei cui nomen venditum eſt, *dicta leg. ſi cum emptore* 16. *D. de pact. l. emptor* 5. *C. de hered. vel action. vendit. aut legatum l. ex legato* 18. *C. de legat. aut pignori datum, l. ſi conuenerit* 18. *D. de pignor. act. l. nomen* 4. *C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Cui etiam is comparatur cui pignus nominis venditum eſt. Perinde namque vtiles actiones emptori huic competunt atque ipſi creditori cui nomen pignori datum fuerat, *l. poſtquàm* 7. *l. ex nominis* 8. *C. de hered. vel action. vendit.* Idem eſt ſi debitoris nomen alicui in dotem datum ſit, *l.* 2. *C. de oblig. & act.* Aut ſi cui pro alio ſoluenti mandatæ ſint actiones in debitorem, ac poſteà mandator ſine herede deceſſerit, de quo agitur, *in l.* 1. *C. eod.* Non tã quòd emptoris loco hic habẽdus ſit [ita enim fieret vt ſuperſtite quoque mandatore aut eius herede vtiles actiones habere deberet, quod tamen lex negat iis verbis, *quaſi ita ſunt*] quàm quia æquũ non ſit poſt extinctam ſola iuris poteſtate directam actionem omni auxilio & remedio deſtitui eũ qui non aliter ſoluturus fuerat, quàm ſi mandatas habere actiones quiq; diligenter ſibi proſpexerat. *arg. l.* 3. *D. de ſeparat.* in quo turpiter ſanè lapſus eſt Cuiacius qui lib. 2. Obſer. cap. 31. legem illam accipit de actione mandati competẽte aduerſus mandatorem, Quaſi ſenſus ſit, mandatum quod in rem mandatarij factum eſt non finiri morte mandatoris *d. leg. illa* 33. *C. de donat.* tametſi, inquit, mandator ſine herede deceſſerit. Rogo enim, mortuo mãdatore ſine herede, contra quem poteſt competere vtilis illa quam lex dat, mandati actio? Eſt igitur omnino ea lex intelligenda de actione vtili contra debitorem ipſum danda pro quo ſoluerat mulier creditori, & in quem creditor ipſe actiones mandauerat mulieri non vt eſſent precij loco, quemadmodum Cuiacius exiſtimat, ſed vt lex ait, in vicẽ debiti, quòd eo caſu mulier quæ nomen emere poterat ſi voluiſſet, atque ita vtiles quoque actiones ſibi comparare, maluerat directarum actionum ceſſione contenta eſſe quas habebat creditor, ſine qua ceſſione nullam ei ſolutio actionem ex perſona creditoris dediſſet *l. nulla* 5. *C. de ſolut.* Porro cùm ex ſolo mandato directarum actionum non transferantur vtiles, fieri certè nequeat, vt ex ea ceſſione vtilis vlla actio mulieri competat, ſed directa tantum ſiue agat viuo mandatore, ſiue poſt eum mortuum relicto herede. Nam ex perſona heredis mãdatoris perinde cõpetere poteſt directa actio atque ex perſona ipſius mandatoris, cùm directæ quoque actiones ſicut cætera defuncti iura omnino in heredem transeant. At ſi mandator ſine herede deceſſerit eo demùm caſu directa actio deficit & euaneſcit, nulla nimirum ſuperſtite perſona in qua poſſit conſiſtere, *l. Seichum aut Pamphilum* 95. *ff. in princip. de ſolut. l. poſtquàm* 5. *in princip. D. vt legat. nomin. caueat.* Ob idque nimirum ex æquitate danda neceſſariò eſt vtilis, quæ & aliàs competere ſolet quoties iuris ratio deficit quæ directam dare poſſe, vrgétq; æquitas quæ aliquã dari ſuadeat. Neque enim poteſt mandatarius directam exercere ex perſona propria, ſed agere illũ neceſſe eſt ex perſona alterius, qui porrò nullus ſupereſt cùm mandator ſine herede deceſſit. Quare nec illud probo quod ad eam legem Baldus tradidit, non aliud iuris fore ſi mandator eiúſue heres aliquis in rerum quidem natura ſit, ſed abſens ita vt cedere facilè non poſſit, *ex l. penult. D. ad S. C. Trebell.* Tractamus enim caſum illum quo mandata ſit ſoluenti directa in debitorem actio, & quidem in ipſo actu ſolutionis aut incontinenti, ne alioqui poſt ſolutionem nulla ſuperſit actio quæ mandari queat, vt ſuperiore libro diſputauimus. Cùm verò id factũ eſt ſuperuacua ſit de ceſſione quæſtio, nec quicquam cauſæ eſt cur creditoris præſentiam requiras. Niſi proponas fortaſſe factam ſolutionem nullis mandatis actionibus, ſed tantùm præcedente tractatu & pacto de iis mandandis [quod ſufficit vt mandari quandocumque poſſint. *l. Modeſtinus* 76. *de ſolut.*] Subinde verò abiiſſe creditorem priuſquàm vllas mandaret & ab eo tẽpore ita abfuiſſe vt mandare nullas poſſit. Eo ſanè caſu Baldi ſententiam non illibẽter admitterem. Sed ad rem. Alia ſuperioris diſtinctionis pars eſt, ſi quas actiones creditor aduerſus debitorem habebat, eas alij ſuo creditori ſolutionis tantùm gratia mandauerit. In qua ſpecie dico nullas ceſſionario competere actiones vtiles, neque ex perſona cedentis qui ſcilicet directas tantùm habuit, cum quibus non poſſunt vtiles in eadẽ perſona concurrere, *dict. l.* 1. *C. de oblig. & act. dict. l.* 3. *C. de nouat. dict. l. vltim.* §. *quand. fiſc. vel priuat.* [directæ ſiquidem cùm ſint pleniores & principales tollunt vtiles tanquam acceſſorias & minores, *argum. l. ſi reus* 13. *D. de duob. reis l. ſi duo* 93. *D. de ſolut.*] Neque ex perſona propria, quoniam actiones tantùm mandare non etiam nomen ipſum in alium transferre cedens voluit. *dict. l. prim. iunct. l. ſecund. C. de oblig. & action.* Illud igitur supereſt vt directas ſolummodò, & quidem ex perſona cedentis exercere poſſit. Ex ſuperioribus autem infero, iis omnibus caſibus quibus diximus vtilem actionem ceſſionario ex contractu cõpetere, non eſſe permittendum debitori vt cum cedẽte paciſcatur vel tranſigat, ſi ceſſionem ſciuit, vndecũque tandem ſciuerit *dict. l. vlt. D. de tranſact.* Ne alioqui actionem alteri contra ſe competentem facto ſuo perimere illi liceat, aut alterius condicionem facere deteriorem contra receptiſſimas iuris regulas, *l. ſi ſeruum* 91. §. *nunc videamus de verbor. obligat. l. ſi partem* 19. §. 1. *quẽ. ſeruit. amit. l. facta* 63. §. *ſi heres D. ad Senatuſconſultum Trebell. leg. Titio centum* 71. §. *vlt. de condic. & demonſtr.* aliiſque vulgaribus. Vnus tantùm caſus excipiendus eſt ſi ceſſio facta ſit in ſolius commodũ cedentis. Tunc enim quodlibet cedentis factũ nocere ceſſionario æquũ eſt, quia nec quicquã ceſſionarij intereſt, vt Paulus Caſtrenſis tractat ad *dictum* §. *ſi heres.* Non idem erit ſi ceſſio facta ſit ad commodum ceſſionarij licet periculo cedentis. Aliquatenus enim ceſſionarij intereſt, tametſi ſoluendo ſit qui ceſſit, ne alieno facto ſuum amittat debitorem. Obſeruandum autem eſt, lõgè hæc diuerſa eſſe, fieri ceſſionẽ ad alicuius commodum, & fieri eius periculo. Euenit enim plerumque vt ceſſio fiat commodo cedentis & periculo tamen ceſſionarij, & contrà. Caue etiam ne te decipiat quod plerique iactitant ex Baldo, *ad rubr. C. de reuoc. iis quæ in fraud. cred.* Non poſſe cedentem, in præiudicium debitoris ceſſi facere ne poſſit eum gratis liberare. Id enim omnino falſum eſt, vt conſtat ex *dicta l.* 3. *C. de nouat. & dicta leg. ſi cum emptore* 16. *de pact.* niſi ad eum caſum reſtringatur, quo facta ſit ceſſio non ſolùm periculo cedentis, ſed etiam ad eius ſolius vtilitatem. Quod tamen nonnulli vt Baldum refellant, obiiciunt §. *vltim. l. cùm maritus* 29. *De pact. dotal.* vereor ne parùm ſubtiliter faciant.

Nam quod eo loco reſpondetur, maritum qui vxoris ſuæ fratri dotem ſtipulanti in caſum illum ſi in matrimonio ſoror decederet, ſpoponderat, non cò minùs teneri quòd ipſi marito quaſdam res mulier legauerat, non illam rationem habet quòd in illa ſpecie donatū fuiſſet fratri inter viuos, vt putat Accurſ. [Stipulatus enim fuerat frater in caſū mortis] nec rurſus, quòd non licuiſſet vxori ius fratris qui ſtipulatus fuerat lædere: ſed quia vxor marito legauerat, atque ita non fratrem à quo nihil legare potuerat, ſed heredem ſuum onerauerat. Certum enim eſt iure vetere, nec à legatario, nec à donatario mortis cauſa, nec ab ipſo debitore, nec ab alio denique quàm ab herede legari potuiſſe, ſed tantum fideicommitti, *leg. ſecun. in fin. Cod. commun. de legat. Tit. de ſingul. reb. per fideicomm. relict. in princip.* Idque eſt quod ait *dictus 9. §. vltim. cum etiam heredes defuncta tam legatariis quam libertatibus obnoxia ſint.* Ideóque ſi fideicommiſſi verbis vſa fuiſſet teſtatrix quæ fratrem ſtipulari donādi animo permiſerat, valeret vtique fideicommiſſum, quod à mortis cauſa donatario relictum eſſet, *l. Seia 11. D. de dot præleg.* Quod ſi mandante ſorore frater ſtipulatus eſſet non quod ei donatum ſoror vellet, dicendum eſſet mandati actione ſororis heredibus eum teneri & idcirco exceptione repellendum eſſe *dicta leg. Seia.* Etſi enim dici ſolet non eſſe repellendum exceptione illum qui petit quod non ei à quo petit, ſed alij reſtituturus eſt. *leg. ſi ſocer 44. §. Lucius D. ſolut. matrimon.* cum tamen frater ſit debitor mulieris ex cauſa mandati, poteſt à marito vltrò etiam conueniri ex fideicommiſſo poſt epiſtolam Diui Pij, de qua *in leg. ſi pecunia 77. de legat. prim. leg. cum quis 37. §. nuptura in fin. de legat. 3.* Illud ſane verum eſt quod notat Baldus, *ad leg. ſecund. C. de hered. action.* nec de dote mulierem teſtari poſſe quando alij applicata eſt dos vigore contractus, quem non reuocari eius intereſt cuius lucro cedere dos debeat. Enimuerò vt ad diſtinctionem noſtram reuertamur, ſi ceſſionario vtilis actio ex contractu nulla competat, ſed tantùm directa quæ mandata fuit ſolutionis cauſa, magis eſt vt tam pactum quàm confeſſio cedentis noceat ceſſionario, tametſi ceſſionem debitor ſciuerit adeóq; ab ipſo ceſſionario. Nā cùm non niſi ex cedentis perſona poſſit ceſſionarius hoc caſu experiri, conſequens eſt, vt ex qua perſona agit, eius factum præſtet, *l. ex qua perſona 149. de reg. iur.* Probatúrque hæc ſententia manifeſtè ex *d. l. 3. C. de noua.* quæ ait poſſe cedentem agere & debitū exigere quandiu is cui ſolutionis gratia mādatę ſunt actiones, nec litem conteſtatus eſt, nec debitori denunciauit, nec debiti partem accepit. Quomodo enim perueniri poteſt ad litis conteſtationem, quin ſaltem per libelli oblationem & editionem aliáque præparatoria conteſtationis, debitor ceſſionem ſciat à ceſſionario? Non igitur quælibet ceſſionis ſciētia, quamuis ab ipſo ceſſionario cauſam habeat nocet cedenti, aut debitori cum cedente cōtrahere volenti, ſed ea demùm quæ per litis conteſtationem ſuperuenit. Nempe quoniam conteſtationis effectus ille eſt, non ſolùm vt ſcientiam inducat ceſſionis, ſed etiam vt eo tempore ceſſionarius cum debitore contrahere videatur, *l. 3. §. idem ſcribit D. de pecul.* Idem erit effectus denunciationis, ſi ceſſionarius debitori denunciauerat ne creditori ſolueret. Ao etſi partem debiti acceperit. Ita vulgò noſtri ſentiunt, ídque innuere videtur textus *d. l. 3.* Sed aliud tamen probandum eſt, vt nos ad eam legem docebimus cap. 6. ne hîc ſimus longiores.

Solutionem factam cedenti etiam poſtquàm debitor ceſſionem reſciuit, dummodò non ab ipſo ceſſionario, prodeſſe indiſtinctè debitori ne à ceſſionario conueniri poſſit.

CAPVT. V.

QVæ à nobis ſuperiori capite allata probatáque eſt diſtinctio, An ex qua iuſta cauſa ceſſum ſit nomen debitoris vt ceſſionarius ex ſua quoque perſona vtiles actiones habeat, an verò ſolutionis tantùm gratia mādatæ ſint actiones, ad eam quæſtionem pertinet quam tractauimus, Ao confeſſio pactúmve cedentis noceat ceſſionario. Sed hæc alia quæſtio eſt, vtrum ſolutio facta cedenti per debitorem poſtquàm reſciuit ceſſionem, liberet debitorem faciatque ne à ceſſionario conueniri poſſit. Addo *poſtquàm reſciuit ceſſionem.* Nam ſi ignorauerit, non habet res dubitationem quin ex ſolutione bona fide facta proprio creditori, conſecutus ſit plenam, ſecurámque liberationem. Idque omnino conſequens eſt ei quod diximus proximè, Poſſe fieri vt debitor ſciuerit mandatas contra ſe à creditore ſuo actiones, adeóque id ipſum à mandatario ſciuerit, neque tamen eò minùs cum mandante paciſci poſſit aut tranſigere, ſicut & ab eo conueniri, niſi quid aliud interuenerit ex iis quæ requiruntur, *in l. 3. C. de nouat.* Multo igitur magis admittendum ſit poſſe eum creditori ſuo ſoluere atque ita conſequi liberationem, ſi mandatas ignorans actiones, aut nominis ſui ceſſionem factam eſſe, bona fide ſoluerit. At cùm reſciuit priuſquàm ſolueret, plena diſputationis eſt quæſtio, an debeat liberari: præſertim eo caſu quo ex nominis ceſſione vtilis actio quæſita ſit ceſſionario. Illa enim ratio contra debitorem vrget maximè, quod ei imputari poſſit cur ceſſionem factam ſciens alteri ſoluerit quàm ceſſionario. Item quòd neque cedentis cui ſoluitur, neque debitoris ſoluentis facto ius quæſitum ceſſionario auferri æquum ſit, vt nos capite ſuperiore diſputauimus, hac vna ratione defendentes nec pactum nec confeſſionem cedentis nocere debere ceſſionario, qui vtilem ex ceſſione habuit actionem. Verius tamen eſſe puto vt ſiue nomen venditum vel in ſolutum datum, aut aliter tranſlatum ſit, ſiue mandatæ actiones, ſolutionis cauſa liberetur debitor, qui cedēti ſoluit etiamſi ceſſionem ſciuerit dummodò non ab ipſo ceſſionario: ídque eſſe quod ſcriptum eſt, *in l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Si verba illa bene perpendas, *nondum certior à te factus.* Ratio duplex eſt, vna iuris, altera æquitatis. Iuris illa eſt, quod negari non poſſit quin etiam poſt ceſſionem remaneat creditor is qui ceſſit, ſcilicet penes quem directa ſubſiſtat actio ex qua conuenire debitorē adhuc poteſt ſi ceſſio citra delegationem facta ſit *l. pupillo 96. §. ſoror de ſolut. leg. ſi eum emptore 16. D. de pact. leg. ſi heres 70. D. ad Senatuſconſultum Trebellian.* Cur non ergo ſolutio vero creditori facta liberabit debitorem? Aut quomodo fieri poteſt vt ſolutione tollatur directa actio de quo nemo dubitat, quin vtilis quoque perimatur? Tritum enim eſt ſolutione omnem omnino tolli obligationem. *Tit. quib. mod. tollit. oblig. Inſtit. l. in numerationibus 44. & paſſ. de ſolut.* Æquitatis etiam ratio illa ſubeſt, quòd quādiu debitor ceſſionem neſciit ab ipſo ceſſionario, licet aliunde ſciuerit, ignorare probabiliter poteſt an futurum ſit vt ceſſione vti ceſſionarius quandoque velit, qui necdum vtitur. Neque verò hoc caſu poteſt obijci quod nouatione aut confeſſione aut tranſactione facta euenire diximus, fieri iniuriā ceſſionario ex facto cedētis.

Nam

Nam licet factum ipſius interueniat cùm ſolutionē accipit, tamen factum tale eſt, quod etiamſi non interueniret nihilominus acquiri poſſet debitori liberatio: cùm ipſo etiam cedente ſolutionem recuſante perinde obſignatione ac ſolutione debitor liberatur. *l. obſignatione 9. C. eod. de ſolut. l. acceptam 19. C. de vſur. l. qui mutuā 56. § fideiuſſor. D. mandat.* Neque enim poteſt lex interdicere debitori ne ſoluat ei qui directa actione manet obligatus, ob idque denunciatione aut alio hominis facto opus eſt ad eludendam hac parte legis poteſtatem *dict. l. 3. C. de nouat. l. heres 21. ad Senatuſconſultum Trebel. l. aliud eſt 106. D. de ſolut.* vt in dolo conſtituatur debitor ſi ei poſteà ſoluat quem potuit oppoſita doli exceptione ſummouere. *argum. l. ſi procurator 28. D. de procurat. l. ſi pecunia 7. de legat. 1.* Ex quo apparet quàm faciſe reſpōderi poſſit ſi quis obiiciat, Etiam cùm facta eſt denunciatio, adeóque ſecuta litis cōteſtatio, manere tamen penes cedentem directas actiones, æquè acſi nec denunciatio nec conteſtatio vlla facta eſſet. Quamquam enim ita eſt, fiunt tamen directæ illæ actiones inutiles & inefficaces propter acquiſitā debitori exceptionē doli aduerſus cedētem, qui etiam poſt certioratū à ſe debitorē de facta ceſſione nihilominus pergat debitū ab eo petere. Et ideò nec æquū eſt liberari debitorem qui cedēti mala fide ſoluit vt ceſſionario noceret, cui ſi ſoluiſſet perinde liberationem conſequi potuiſſet. Feréque eſt vt nec verò creditori ſoluiſſe dicendus ſit. Non enim verus creditor videri poteſt, qui ſi debitū petat, exceptionē ſummoueri queat. Vnde illud quoque fit vt ſi ſolutionem acceperit non minùs indebiti condictione teneatur, quàm ſi ipſo iure indebitum fuiſſet quod ſolutum eſt, *l. qui exceptionē 40. D. de condict. indeb.* cum ſimilib. Igitur melior eſt conditio debitoris cedenti ſoluentis, quàm eum cedente tranſigentis. Vel in hoc ſaltem quod tranſigenti nocet ſi ceſſionem ſciuerit, vndecumque tandem ſciuerit quoties nomen venditum aut datum in ſolutum, aut aliter tranſlatum eſt, *l. vlt. D. de tranſact.* Soluēti verò non nocet quod ceſſionem ſciuerit niſi ab ipſo ceſſionario de ea certior factus ſit *d. l. nomen C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Simile quiddā eſt, *in l. Titio centum 71. § vlt. de condic. & demonſt.* vbi imputatur mulieri dotis ſolutio facta viro, licet vir iure nō ſit ſoluēdo eū ei quoque legata dos eſſet, nō tamē imputatur factum viri ſi is vitio ſuo cauſa ceciderit, ſicut nec imputaretur meo iudicio ſi vir de dote tranſegiſſet. Diſtinctiones hîc noſtri pleraſq; adferunt, ſed omnes futiles & inanes, vt ex ſequētib' intelligetur.

An & quibus caſibus etiam poſt ceſſionem agere cedens poſſit, aut exceptione repellendus ſit. Et emendatio §. vlt. l. 27. D. de procurat.

CAPVT IIII.

VVlgaris eſt Bartoli diſtinctio ab interpretibus noſtris crebriore calculo comprobata *ad l. facta 63. § ſi heres ſcriptus D. ad S.C. Trebell.* Vtrū ceſſio facta ſit ad commodum periculóque ſolius cedentis, an verò commodo & periculo ſolius ceſſionarij. Vt priore caſu ſolui etiam poſt ceſſionem cedenti poſſit, noceátque ceſſionario factum quodlibet cedentis. Poſteriore non item. Baldus verò ad *l. 3. C. de oblig. & action.* hanc eandem quæſtionem tractans rectè notat mancam eſſe & imperfectam Bartoli diſtinctionē, propterea quòd fieri poſſit ceſſionem tātum gratia & periculo cedentis, *vt in l. cū ſi res §. Pedius, aliàs l. nō ſolùm D. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* aut *ſolius ceſſionarij vt in d. § ſi heres ſcriptus,* ſed etiam interdum gratia vtriuſque, puta, ſi conuenerit vt quod exiget creditor meus à meo debitore ſibi in ſolutum imputet, ea qua cauſa conſtat huiuſmodi ceſſiones vt plurimum fieri ſolere, *l. ſi conuenerit 20. D. de pign. act.* aut vt in dotem habeat, *l. ſi pater filiæ 44. § quæ debitorem D. de iur. dot.* Quo caſu quid ſentiendum ſit Bartolus non aperit. quamquam non obſcurè conici poteſt ſic eū exiſtimaſſe, vt quoties ceſſionarij cōmodum aut periculum verſatur nihil in eius præiudicium facere cedens poſſit. Idem verò Baldus, diſtinguendos eſſe ait tres caſus, quorum duo, inquit, ſunt indubitabiles, tertius ſolus dubitabilis. Indubitabilē illum eſſe ſi debitor cedenti ſoluerit, ignorans ceſſionem. Tunc enim omnimodo liberari, *leg. vlt. D. de tranſact.* Item illum ſi ſoluerit ſciens ceſſionem, & iura directa quæ penes cedentem manſerant ſint eliſa. Eo ſiquidem caſu non liberari *arg. d. l. vlt. à contrario ſenſu.* Tertium dubitabilem hunc eſſe, ſi cùm eliſa nō eſſent iura directa debitor ſoluerit ſcienter. ſunt enim qui hoc caſu exiſtiment liberationem non contingere, *poſt gloſ. in d. l. vlt.* Alij contra, ſecuti gloſſ. *in leg. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* quæ vult non aliter impediri liberationem, quam ſi aut litis conteſtatio aut ceſſionarij denunciatio, aut debiti ſiue in totum ſiue pro parte perceptio ſecuta ſit, *ex l. 3. C. de nouat.* Vtra autem opinio verior ſit Baldus non aperit. Adeò ſibi viſus eſt parùm hoc ſcire, qui dicitur nihil ignoraſſe. Ego verò vt Bartoli diſtinctionem probare non poſſim ex eo moueor, quòd etiam cùm facta eſt ceſſio ad commodum ſolius ceſſionarij eiúſque periculo, directæ tamen actiones non eò minùs remanent penes cedentem, *d. l. vlt. D. de tranſact. l. ſi cum emptore 16. de pact. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priuat. l. pupilli 9. § vxor de ſolut.* ob idque ea cedentis quoque perſona agere ceſſionarius poteſt, *d. l. vlt. l. poſtquàm l. emptor. C. de hered. vel act. vendit.* Quidni ergo ei ſolui poterit, niſi ab ipſo ceſſionario debitor ſciuerit factam eſſe ceſſionem, vt proximo capite diſputauimus. Nec enim repelli poteſt cedens quaſi ſine actione experiatur, *l. ſi pupilli 6. § videamus de negot. geſt.* quandoquidem, vt prædixi, directam habet, eamque talem quæ non ſolùm ſtricto iure competat, ſed ità etiam vt nulla exceptione poſſit excludi: præterquàm vno illo caſu ſi cum ceſſionario pactus ſit debitor priuſquàm cedens directā exerceret. Tunc enim ſubmouendus eſt cedens exceptione doli ſi debitorem priuare velit commodo pacti cum eo initi, cui ab ipſo cedente ius paciſcendi, adeóque debiti exigēdi datum eſt, *d. leg. ſi cum emptore.* Quia cùm ait poſſe venditorem repelli exceptione doli, ob pactum per debitorem conuentum cum emptore hereditatis, hoc ipſo probat euidenter. Nullo igitur pacto intercedēte non ex eo ſolo repelli poſſe venditorē ſi agat quòd iura ſua in emptorē tranſtulerit, quamuis emptor habeat ex propria perſona vtilem actionem. Alioqui & citra pactum doli exceptio prodeſſet aut actio denegaretur, *arg. l. ſed ſi tantum 13. D. de pact. l. ſicut. 8. § ſi procurator D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Nec dici poteſt quod quidam tentant ea ratione id fieri quòd vēditæ hereditatis periculum aliquo modo ſpectet ad venditorem, ideò, inquiunt, quòd teneatur docere ſe heredem, adeóque interdum de euictione rerum ſingularum, ſecundum Accurſ. *in l. 1. verb. in ſingulis C. de euict. & in l. 2. in princip. in verb. de euictione D. de here. vel act. vendit.* Nam imò verò ſi qua alienatio vſquam fit periculo & commodo incommodóve acquirētis, ea ſanè eſt quæ fit per hereditatis vēditionem, niſi venditoris dolus aliquis arguatur. *d. l. 1. C. de euict. d. l. 2. & paſſ. de hered. vel act. vendit. D. &c.*

In eóq; iam olim Baldus errauit, *ad d. l. 1. C. de oblig. & act.* à Caſtr. eſt meritò notatus *ad d. §. ſi heres ſcriptus d. l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* vbi paulò ante finẽ ſcribit ille, Vẽdita hereditate ceſsiſque ex ea cauſa actionibus cẽſeri factam ceſſionem in cõmodum, nõ vtriuſq; vt Baldus putabat, ſed ſolius emptoris, vt pote penes quem res ipſa vẽdita remaneat, quãuis & preciũ ad venditorem perueniat & mutua ex cõtractu obligatio naſcatur. Minùs verò ad rem facit *l. in cauſa 27. §. vlt. & l. ſeq. D. de procurat.* quibus locis mouetur Bartolus, & quotquot Bartoli diſtinctionẽ ſequũtur. Tractãt enim de actione directa ab initio quæſita procuratori tãquã procuratori, hoc eſt alienũ negotiũ gerenti: Quã vel hoc ipſo minùs efficacẽ eſſe neceſſe eſt, quòd procurator ea cedére cogitur iudicio mandati, *l. poſſeſſio 49. §. vlt. D. de acquir. poſſ.* Item quòd & citra ceſſionẽ cõpetit interdũ domino ex facto procuratoris vtilis actio, vt puta ſi fuerit præſens, *l. ſi procuratori 79. de verb. obl.* & ſi ex re domini ſtipulatus ſit procurator mandato non refragãte, *l. quod procurator 68. D. de procur.* Vtrumque enim coniunctim requirit Cuiacius ad *d. l. 79* [verè̃ne an non alio loco videbimus.] Rurſum in omnibus prætoriis ſtipulationibus, cauſa tamen cognita, *l. in omnibus 3. de prætor. ſtipulat.* de quibus nimirum tractatur in *d. §. vlt. l. 27. & l. 28. de procur.* Ac proinde nimis incauti ſunt, ne dicam ridiculi, qui ſcribũt cõpetere iis locis vtilẽ actionem domino ex ceſſione, *arg. d. l. 49. §. vlt. de acquir. poſſ.* Quaſi verò fieri poſſit vt vtilis actio cedatur à procuratore qui non niſi directã habet. Quinimò ſupradictis locis ſcriptũ eſt dandã domino vtilem actionem etiã inuito procuratore, adeóq; quod magis mirandum ſit, directam quæ ipſi procuratori competit penitus tollendam. Quanquam ſi quis dixerit Triboniani eſſe nõ Iureconſulti verba illa *directa penitus tollenda*, adeóque penitus tollenda, is meo iudicio, id quod eſt dixerit: Nam vt taceam quod aliàs à me obſeruatũ memini iſtorũ ablatiuorum abſolutorum vſum Triboniano magis quàm prudentibus noſtris familiarem eſſe, quæro quomodo fieri poſſit vt directa illa actio quæ procuratori haud dubiè fuit quæſita tollatur penitus, ſi verũ eſt quod ait, *d. l. 49. §. vlt. de acq. poſſ.* cedi eam à procuratore debere? An cedi poterit quę aut ſublata iã ſit, aut tollenda? Deinde an non illud quoq; omnino repugnat quod ſcriptũ eſt in *d. l. 28.* poſſe procuratorẽ agere inuito domino ſuo iure, ob idq; neceſſariã eſſe ad eũ repellendum doli exceptionẽ: Qua n. ratione liceat procuratori agere qui directã duntaxat actionẽ habuit, ſi directa illa penitus tollẽda eſt? aut cur neceſſaria ſit exceptio ad elidendã actionem quę iã ſit ſublata? Aliud ſiquidẽ eſt actionẽ elidi, aliud tolli. Eliditur enim illa demum, quæ cõpetit & ſubſiſtit. Deniq; nec fieri poteſt vt ſemel nata actio vnquam tollatur, niſi iis modis quib. obligationes iure tolli poſſe placuit, cũ dicatur velut infixa oſſib. vt noſtri loquũtur. *ex l. quis ergo 16. D. de pecul. l. 3. D. pro ſocio.* Sed quoniã directę illi' actionis quæ procuratori cõpetit totũ cõmodum peruenire ad dominũ neceſſe eſt, vt effectu ipſo ſolius domini actio eſſe videatur, parũ fuit Triboniano iniuriã Iureconſultis iſtiuſq; rationi facere, dũmodò nõ faceret procuratori, vt vt ſit nõ probat textus, *d. l. 28. de procur.* eum qui poſt ceſſionem agat repelli poſſe exceptione ceſſionis à ſe factæ. Ibi enim procurator repellitur etiã citra ceſſionem. Repellitur autem non ſolum ſi agat inuito domino vt malè quidam ſupplent, ſed etiam eo ignorante, omni denique caſu præterquàm ſi domino conſentiente: Nempe quòd nec in rem ſuam datus, nec ad eam rem procurator factus ſit, ſed tantum ad ſtipulandum. Quod Vlpianus probat eius quoque procuratoris exemplo qui agit iudicati. Nam & hic exceptione repellendus eſt. At longè alia ratio eſt creditoris cedentis actionem directam quam ſibi ab initio quæſitam habuit. Hic enim eandem ſibi nihilominus actionem retinet, cum ex eius quoque perſona poſſit ceſſionarius ipſe agere, eámque proponere poteſt vel inuito ceſſionario: dũmodo nondum ceſſionarius ipſe debitorem de facta ceſſione fecerit certiorem. Sufficit namque ſcientia illa ad cedentem ſummouendum, *d. l. nomen*, tametſi nec litis conteſtatio, nec denuntiatio non ſoluendi, nec denique partis debiti perceptio ſubſecuta ſit vt infrà docebimus, cùm nouam interpretationem *l. 3. C. de nouat.* quæ obſtare videtur adferemus. Non idem erit ſi ab alio quàm ab ipſo ceſſionario ſcientiam ceſſionis habuerit debitor. Nec enim idcirco prohibebitur cedenti ſoluere, paciſci tamẽ aut tranſigere, vt ſupra diximus, prohibebitur, *d. l. ſi cum emptore 16. de pact. iunct. d. l. vlt. de trãſact.* Ita fiet vt in debitoris arbitrio futurum ſit vtri velit ſoluere, cedentíne an ceſſionario, non etiam cum vtro paciſci velit aut tranſigere. Planè ſi cum cedente in agendo concurrat ceſſionarius, non eſt dubitandum quin ceſſionarius præferatur. Ex hoc nimirum eſt quod Paulus ſcribit *in l. ſi conuenerit 18. de pignor. act.* Si conuenerit vt nomen debitoris mei tibi ſit pignori, ita tuendam eſſe à Prætore conuentionem vt & te in exigenda pecunia, & debitorem aduerſus me tueatur ſi cum eo experiar, eodẽ ſcilicet tempore quo tu ab eo pecuniam exigis. Alioqui conſtat nomine pignori dato poſſe creditorẽ qui dedit & exigere ſolutionem, & multò magis accipere quandiu debitor, cuius nomen pignori datum fuit, certior factus non eſt à creditore ſui creditoris de huiuſmodi pignoris obligatione, *d. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Quò etiam pertinet quod Vlpian. ſcribit, *in d. l. 28. & l. procuratores 55. de procurat.* Procuratori in rem ſuam dato præferendum non eſſe dominum in litem mouendam, vel pecuniam accipiendam. Qui enim, inquit, ſuo nomine vtiles actiones habet ritè eas intendit, nec propria lite carere debet. *l. qua omnia 25. verſicul. plane ſi dicas eod. l. ſi ſe non obtulit 4. de re iudic. l. 1. §. in propria cauſa D. quand. appell. ſit.* Quib etſi is qui directas tantùm actiones habebat egerit & obtinuerit, tùm in executione iudicati concurrat is qui habet vtiles, hic præfertur, vt noſtri tractant *ad d. l. 3. C. de nouat.* Sic & olim concurrentibus dominis bonitario, vt veteres dicebant, & Quiritiario, potior erat bonitarij quàm Quiritiarij domini cauſa, vt Vlpian. docet in fragm. Inſtit. Obiicitur poſtremo loco pro Bartoli ſententia quod ſcriptum eſt, *in l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* repelli poſſe heredem exceptione reſtitutæ hereditatis, ſi poſt reſtitutionem à ſe ex Trebelliano factam agat contra debitorem hereditarium. Sed reſpondẽdum eſt aliam rationem eſſe venditæ hereditatis, aliam reſtitutæ, quoniam quod ad fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutionem attinet, Senatuſconſulti autoritate ſpecialiter prouiſum eſt & heredis indemnitati ne adeundæ hereditatis periculo deterritus adire recuſaret, & fideicommiſſarij vtilitati, vt cuius periculo adiretur hereditas ſolus is actiones hereditarias vtiliter exercere poſſet, *l. prim. §. primo & §. quanquam iunct. l. 4. eodem titulo.* At hereditate vendita aliterve facta ceſſione licet in commodum ſolius ceſſionarij nulla lege prouiſum eſt ne liceat cedenti etiam poſt ceſſionem agere contra debitorem, quia nec fuit neceſſe, cum

iis qui contraxerunt indemnitas ex ipſo contractu ſalua eſſe poſſit, aut ſi minùs, imputare ſibi debeant cur meliùs ſibi nõproſpexerint. Indéque illud etiã fieri videtur vt reſtitutæ hereditatis exceptio ſicut heredi nocet ſi agat, ita eidem proſit ſi à debitoribus hereditariis conueniatur, *dicto §. qui ex Trebelliano.* Exceptio autem venditæ hereditatis non proſit venditori ſi à creditoribus hereditariis vrgeatur, *l.2.C. de hered. vel action. vendit.* Non enim niſi volens emptor iis reſpondere cogitur, tametſi ex natura contractus venditorem indemnem ſeruare teneatur *l.2.C.de pact.* Concludamus igitur cõtra Bartolũ aliam cauſam eſſe fideicõmiſſarij, aliam ceſſionarij cuiuſlibet etiã cuius ſolius commodo & periculo ceſſio facta ſit, nec vlla exceptione repelli cedẽtem poſſe ſi aduerſus debitorem agat, niſi ceſſionarius aut cum debitore pactus fuerit, *d.l. ſi cum emptore*, aut debitorem de ſuo iure certiorauerit, *d.l. 4.C. quæ res pignor.* quo vno caſu tres illi continentur de quibus in *d.l.3.C.de nouat.* Idémque prorſus iuris eſt ſi ceſſio in vtriuſque tam cedentis quàm ceſſionarij gratiam facta proponatur. Sed ſi ad cõmodum periculóque ſolius cedentis facta ſit, quod contingit quoties quicquid exigitur in cedentis vertitur vtilitatẽ, *d.l.1.§.in propriis cauſis D.quãd. appell.ſit.* minor quidẽ dubitatio eſt quin cedẽti ſoluere debitor poſſit, etiamſi ceſſionem ſciuerit ab ipſo ceſſionario cuius ſcilicet nihil intereſt. Sed quæſtionis eſſe poteſt ſi malit ſoluere ceſſionario à quo certioratus eſt, cedentíq; obiicere exceptionem doli, an audiendus ſit, maximè verò ſi pactum cum ceſſionario fecerit. Verius tamen eſt nõ poſſe prohiberi cedẽtem cuius commodo & periculo ceſſio facta eſt quominùs iure ſuo vtatur, nec ſi ceſſionari᷒ quoque contradicat, cuius etiam nil interſit. Sed ſi pactũ inter debitorem & ceſſionarium interuenerit, quoniã vtriúſq; iam intereſſe incipit vt pactũ quod bona fide conſentũ eſt ſeruetur, nõ puto dubitandum quin vtilis futura ſit debitori contra cedentem doli exceptio. Eadem enim hîc militat ratio qua Vlp. mouetur in *d.l. ſi cum emptore*, illis verbis, *ex quo reſcriptum eſt à Diuo Pio vtiles actiones emptori hereditatis dandas.* Nõ affert rationem illam quòd ceſſio facta per venditionem hereditatis ſolius emptoris commodo & periculo cederet, ſed quòd ex reſcripto Diui Pij emptor vtiles actiones haberet. Atqui fieri facilè poteſt, vt actiones vtiles emptor habeat, nec tamen eius periculo facta venditio ſit, vt puta ſi cõuenerit vt nominum hereditariorum rerúmque ſingularum periculum ſpectet ad venditorem. Eiuſmodi namque conuentionem valere ſeruandámque eſſe certum eſt, neque tamen minus competituras emptori vtiles actiones. Ergo nocebit omnimodo cedenti pactum initum cum ceſſionario, ſi modò vtiles ex ſua perſona actiones ceſſionarius habuit.

Reprobantur aliæ noſtrorum diſtinctiones & interpretationes ad §. ſi heres ſcriptus l. facta 63. D. ad SC. Trebell. & ad §. quòd ſi is l.4. de dol. mal. except.

Cap. v.

Sic euerſa Bartoli diſtinctione, illa quoque nobis explodenda eſt quam Paulus Caſtrenſis tradidit ad *d.§. ſi heres ſcriptus*, An ſponte ceſſio facta ſit, an ex neceſſitate, vt ſi ſponte obtineant ea quæ ſuprà diximus: ſin ex neceſſitate nihil prorſus iuris penes cedentem remaneat. Etenim ſi ex Trebelliano reſtituatur hereditas habet quidem ceſſio cauſam neceſſariam. *d. l. 1. §. 1. & d.l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad S.C. Trebell.* Sed nihilominùs directæ actiones penes cedentem manent, eæque interdum efficaces, *leg. ſi heres 70. in princip. eod. tit.* vbi Pomponius ſcribit, ſi heres inſtitutus rogatus fuerit hereditatem Titio reſtituere, & rurſus heredi Titius poſt tempus, ſufficere heredi directas actiones, nec vlla retroceſſione opus eſſe. Non igitur abſolutè verum eſt quod Caſtrenſis affirmat, Per ceſſionem ex neceſſitate factam elidi prorſus & inutilia fieri iura omnia quæ erant penes cedentem. Idem probatur ex *d.§. qui ex Trebelliano*, vbi ſcriptum eſt eum qui ex Trebelliano hereditatem iam reſtituit, & petere poſſe & conueniri; ſed exceptione reſtitutæ hereditatis aut adiuuari aut ſubmoueri. Adde quod & cõtingere poteſt vt aduerſus heredem agentem poſt reſtitutam hereditatem, non ſit locus exceptioni, veluti ſi res vrgeat, & metuendum ſit ne fortè per abſentiam fideicommiſſarij dies actionis exeat, *l. cùm hereditas 49. eod.* Directæ ergo actiones durant etiam poſt reſtitutionem, eæque ad agendum efficaces, licet non ſemper ad exigendum. Nec eſt contrarium quod in *d. §. ſi heres ſcriptus*, Caius reſpondit, reſtituta per heredem ſcriptum hereditate ſi poſtea hereditatis controuerſiam paſſus ille moturúſq. ſit aut lite ceſſerit, durare tamen actiones in fideicommiſſarium ſemel tranſlatas. Habet enim id duplicem rationem, vnam quòd poſt hereditatis reſtitutionem fideicommiſſarius in omnibus & per omnia heredis loco habeatur; vt proinde aduerſus eum non aduerſus heredem ipſum exerceri lis debuerit, *d.l.1. & paſſ. eod. tit. §. reſtitutis. Inſtit. de fideic. heredit.* Alteram, quam nec Caſtrenſis ipſe ignorauit, quòd cùm ea reſtitutio fiat ex neceſſitate, actus voluntarij etiãſi præcederent reſtitutionẽ, puta confeſſio aut colluſio heredis, non deberent nocere fideicommiſſario, cui tamen noceant ſi ſubſequens illa tranſlatio & alienatio quæ fit per reſtitutionem eſſet voluntaria, *l. ſi ſuperatus 3. §. vlt. D. de pignor. iunct. l. Præſes 5. C. eod.* Hinc dicimus quod & ibidem Caſtrenſ. tractat ſententiam quæ antè reſtitutionem lata ſit aduerſus heredem colludentem non nocere fideicommiſſario: Nocere autem ſi colluſio nulla probetur, *arg. d.l. cùm hereditas.* Quoniam colluſio heredis actus voluntarius eſt, ſententia verò actus neceſſarius, cùm reddatur etiam in inuitum. *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obli.* Sicut & reſtitutio hereditatis fit ex neceſſitate propter voluntatem defuncti & autoritatem Senatuſconſulti: cùm tamen ſi cum actore colluſiſſet atque ita ſuccubuiſſet, is qui hereditatem ad ſe reuera pertinentem poſteà vendidiſſet, noceret haud dubiè colluſio illa emptori, quoniã & actus eſſet voluntarius & voluntaria quoque venditio quæ ſequeretur. Non igitur iuuat locus ille Caſtrenſis diſtinctionem. Quam & ex iis refellere licet quæ nos proximè de procuratore diximus. Procurator enim qui actionem ſibi alieno nomine mandatam cedere cogitur, ac proinde ex mandati neceſſitate trãsferre, *l. poſſeſſio 49. §. vlt. de acquir. poſſ.* tametſi poſtponatur domino cui etiam citra ceſſionem vtilis actio competit, *l. in cauſa 27. §. vlt. cum l. ſeq. de procurat.* directam tamen actionem retinet, adeóque ex ea agere poteſt vel inuito domino, vt ob eam cauſam doli exceptio ad eum repellẽdum neceſſaria ſit, *d. l. 28. eod.* Illud ſanè conſtat ſi facta ceſſio ſit ab eo qui nõ niſi vtiles habebat actiones nihil poſſe cedentem facere in præiudicium ceſſionarij, quippe cùm hoc caſu nihil prorſus iuris cedens in re ceſſa habeat, quod & Bartol. tractat, *in l. ex aſſe 28. D. ad S.C. Trebell. ex l.1. §. de illo D. eod. l. pen. in fin. C. eod.* Exemplo eius quod dici ſo-

let ſi emphyteuta qui vtile dũtaxat dominiũ habebat alij emphyteuſim conſtituerit, nihil omnino iuris penes eũ remanere, notatur in *l.vlt.C.de iur. emphyt.* At nec illa rurſũ diſtinctio probabilis eſt, quã tamẽ magis cõmuniter probatã eſſe probandãq; ait Molineus ad Alex.conſil.46.2. *dub.vol.*5. An aduerſus cedentem regreſſum habiturus ſit ceſſionarius necne, Vt priore caſu ipſi noceat factũ cedentis, poſteriore non item. An non enim ceſſionarij intereſt nõ ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere? *l.3.D.de compenſ.l.ſi debitor* 11.*de liber.legat.l.ſi ſtipulatus* 15.*in princip.D.de fideiuſſ.* Itaq; eo caſu quo admittas iniquũ eſſe, damnũ ſentire fideicõmiſſariũ ex facto cedẽtis, nõ ideò faciliùs pati debes vt præiudiciũ ei fiat, quòd habiturus ille ſit regreſsũ ad repetitionẽ quandoquidẽ hoc ipſo fit ei iniuria, quòd interea ſoluere cogitur. Et ex contrario quo caſu admitti poteſt in eo fieri iniuriã ceſſionario quòd ex facto cedẽtis ſoluere compellatur poſtea repetiturus, illud etiã admitti neceſſe eſt, Poſſe cedẽtis facto damnum ei inferri tametſi nullus ſuperſit regreſſus, quia licet hoc caſu eueniat vt maius damnum ſentiat ceſſionarius, eadem tamẽ iuris ratio vtroque caſu militat, quæ ex dãni quãtitate immutari nõ poteſt. Illud ſanè nõ improbo quod noſtris placet, præſertim Caſtrẽſi *ad d. §.ſi heres ſcriptus l.facta 63 ad Trebel.* Ceſſione facta ad cõmodũ ceſſionarij, ſi cedẽs egerit ex directa actione quã penes ſe retinuerit, atque ita ſolutionem fuerit cõſecutus, totũ id cogendũ illum ceſſionario reddere. Id enim planè conſequẽs eſt ei quod ponimus in ſolius ceſſionarij cõmodum factam eſſe ceſſionem. At quod in eam rem Caſtrenſis citat, *l.apud Celſum 4.§.quòd ſi u D.de dol.mal.except.* nõ probo, tractat enim illo loco Iurec. de eo qui ſciẽs emit nomen quod iã debitor ſoluerat, mandato tamẽ ipſius debitoris qui ſoluerat, & interpoſita ſtipulatione. Ait autẽ ſi emptor ex ſtipulatu agat, non idcirco remouendũ eum exceptione doli quòd ſciuerit ſolutũ nomẽ, niſi ſit paratus vẽditor reddere quod acceperit. Eſt enim ille §. iungendus præcedenti, in quo dicitur, eum qui ſciens emit ſeruũ fugitiuũ ab illo, qui ſpecialiter cauit fugitiuũ nõ eſſe, non eò minùs poſſe ex ſtipulatu agere. Agitur ergo ibi de venditione nominis facta poſt exactionem, nos diſputamus de exactione facta poſt nominis venditionem. Veriſſimum quoq; illud eſſe arbitror quod ſupradicto loco Caſtrenſis ſcribit, Ceſſione facta in cedẽtis cõmodũ eiúſq; periculo perindè nocere debere ceſſionario, quicquid cedẽs poſt ceſſionẽ fecerit atq; ſi antè feciſſet, quia nec ceſſionarij quicquã intereſſe videri põt. Neq; verò ſubiicienda eſt exceptio quæ Bartolo placuit, aliud exiſtimanti ſi cõcurrat vnũ de tribus poſitis in *l.3.C de noua.* id eſt ſi ceſſionarius litẽ conteſtatus ſit cũ debitore, aut ei denunciauerit ne ſolueret, aut debiti partem acceperit. Non enim de nominis ceſſione intelligi lex illa debet ſed de mandatis actionibus, & quidem in ceſſionarij quoque non in ſolius cedentis vtilitatem, vt proximo capite dicemus. Illa potius exceptio placere Bartolo debuit, quam nos in ſuperioribus attulimus, niſi conuentio aliqua iam inter debitorem, & ceſſionarium præceſſerat, cuius ratione dici poſſit alterutrius intereſſe ne nocere debeat quod à cedente poſt ceſſionem geſtum eſt. Nam cùm ceſſione in ſolius cedentis commodum facta vna illa ratio faciat vt valere debeat quicquid à cedente geſtum eſt quod neque ceſſionarij interſit neque debitoris, conſequens eſt vt ſi alterutrius vel minimum interſit, aliud omnino iuris conſtitui debeat.

Interpretatio noua & vera l.3.C.de nouat.

CAPVT VI.

ADuerſus ea quæ in ſuperioribus contra Bartolum cæteróſque interpretes diſputauimus, valde vrgeret *l.3.C.de nouat.* ſi eam interpretationem admitteret quæ haſtenus frequentiſſimis omnium vocibus probata eſt. ſed cùm dici non poſſit quicquam ab Imp. Alexandro reſcriptum fuiſſe quod abhorreat à vera rectáque iuris ratione qua potiſſimùm nitimur, nec de illo quoque dubitare debemus, quin alia eius loci interpretatio quærenda ſit. Mihi videntur omnes quotquot videre aut legere contigit interpretes in eo errare: quòd exiſtiment accipiendam eam legem de nominis ceſſione facta vel in ſolutum, vel in ſolius cedentis commodum eiúſque periculo: quorum tamen neutrum dici commodè poteſt. Nam quod lex ait, eũ qui creditori ſuo mandauit actiones in debitorem ſolutionis cauſa poſſe vi directarum agere vtiliter, id eſt inuito etiam debitore, tametſi obiiciat ille de ceſſione alteri facta, dummodò nec lis conteſtata ſit, nec debitum pro parte ſolutum, nec debitori denunciatum ne ſoluat, vtique falſum eſſet in eo qui nomen debitoris ſui in ſolutum dediſſet. Siquidem certiſſimi iuris eſt, ei cui vtilis actio ex nominis ceſſione competit, cuiuſmodi ille eſt cui nomen in ſolutum datum fuit, *l.vlt. C. quand.fiſc.vel priuat.debit. ſui debit. conuen.poſſ.* ſufficere ad inhibẽdam cedentis perſecutionem vt debitorem de facta ſibi ceſſione certiorem faciat. *l.nomen 4.C.quæ res pignor.oblig poſſ.* nec proinde requiri litis conteſtationem, cùm vel ipſa libelli oblatio tantundem præſtet ad hoc vt ceſſionem ſciat debitor ab ipſo ceſſionario. Quam porro præcedere neceſſe eſt moueríque cõtrouerſiam priuſquam ad litis conteſtationem perueniatur, *l.ſed etſi.l.25.§. ſi ante de hered.petit.* At in ſpecie *d.l.3.* requiritur præcisè litis conteſtatio, nec ſatis eſt motam eſſe controuerſiam, quia ſolius conteſtationis non etiam obligationis libelli effectus ille eſt, vt in iudicio quaſi contrahi videatur *l.3 §.idem ſcribit D. de pecul.* Item vt qui procurator erat fiat dominus litis, ita vt alium procuratorem ab eo tempore poſſit ſubſtituere, nec ſine cauſa reuocari poſſit, adeóque nec morte mandantis, *l.ab executore 4.§.vlt.D.de appell. l. neque tutor 11.l.procuratoribus 22.& ſeqq.C.de procurat.* Cui ſimile illud eſt, quod ait *lex, in rem ſuam 18.D.de compenſ.* eum qui in rem ſuam datus eſt procurator, ita demùm poſſe vti æquitate compenſationis ſi vice mutua conueniatur poſt litem conteſtatam. Quod tamẽ de illo accipi proculdubio debet, qui directæ tantùm actionis exercitium habuit nõ etiam vtilem ſuo nomine & ex propria perſona. Huic namque cur denegetur compenſandi ius etiam antè litem conteſtatam cùm proprio nomine paratam habeat actionem? in quo vereor ne hallucinatus ſit Caſtrenſis ad eum locum. Ergo quod ſcriptum eſt in *dict. leg. 3. ſolutionis cauſa mandaueris actiones*, non de ceſſo aut in ſolutum dato nomine intelligendum eſt, vt noſtri volunt, ſed vt verba ſonant de mandatis actionibus in eam cauſam, vt quod creditor exigeret ſibi in ſolutum imputaret: Eodem prorſus ſenſu quo in *l.ſeq.* ſcriptum eſt, *Si cùm ei mandaſſes exactionem pecuniæ.* Neq.enim hac parte quicquã referre arbitror an procuratori nudo mandatæ ſint actiones ad exigendam à debitore pecuniã creditoris nomine, an verò creditori mandatoris exactam alieno nomine pecuniã ſibi ipſi ſoluat. Vtroq.n. caſu poteſt mãdatarius directã actionẽ exercere ex perſona mandãtis, neutro vtilẽ ex

propria

propria, quia nec habet. Quis námque dicat ob id ſolùm quòd directa actio mãdata ſit competere vtilem? aut mãdari etiã vtilem poſſe ab eo qui cùm directam habeat, hoc ipſo vtilem habere non poteſt? Nam vt alio loco monuimus, non poteſt vtilis cum directa cõcurrere in vna eadémque perſona, vt pote quæ nec ſit neceſſaria, nec paris dignitatis, *l. ſi reus 13 de duob. reis. l. ſi duo 93. de ſolu.* Sed hoc ego contendo, multùm intereſſe an mandatæ ſint actiones ſolutionis gratia, an verò ceſſum ſit, aut quod idem eſt, datum nomẽ in ſolutum. Hoc enim poſteriore caſu actiones vtiles ex ceſſione competunt *d. l. vlt C. quando fiſc. vel priuat.* idque ipſo iure ita vt ſpeciali ceſſione opus non ſit, quæ nec prodeſſit ad transferendas vtiles actiones quas cedens ipſe non haberet, qui directas tantùm habet vt diximus, quam ob cauſam neceſſarium fuit reſcriptum Diui Pii ad inducẽdum vt haberet ceſſionarius ex perſona propria quod ex perſona cedentis habere nõ poterat, *l. ſi cũ emptore 17. ff. de pact.* Priore verò caſu fieri nequit, vt ex mandato directarum vtiles competant, ſed directæ tantùm: quæ cùm ſint mãdatæ, cõpetunt proculdubio vi & poteſtate ſolius mãdati, nec nouæ ceſſioni locus vllus relinquitur *l. ſi procuratorẽ 8. in fi. l. heredem 14. D mandat. l. emptors 6. l. filiusfamilias 14. l. venditor 23. de hered. vel action. vẽdit.* Quod non ſatis obſeruatum eſt à Baldo ad *l. 1 C. de oblig. & action.* vbi poſt alios diſputat, an vtilis actio trãſeat ſine ceſſione, an verò ſpecialis ceſſio neceſſaria ſit, de quo item Caſtrenſ. dubitat poſt Accurſ. *in l. ex legato C. de lega.* In eóque tã imperite tot tantóſque viros erraſſe tantò magis miror, quod video non ignoraſſe illos, Aliud eſſe mandare actionem, longè aliud, nómen cedere. ſic enim Cinus, Baldus & alij docent poſt gloſ. *ad l. 1. in verb. mandatas* C. *de oblig. & action.* Illa igitur Imperatoris Alexandri quæ & noſtra ſententia eſt, ſi creditor actiones ſuas duntaxat mãdauerit procuratori ſiue nudo, ſiue in rem ſuã conſtituto, nulla tamen nominis ceſſione facta, non eſſe prohibendum creditorem eundémque mãdatorem quominùs eaſdem actiones quas mandauit exerceat: quia cum ſint directæ non potuerunt ita transferri ex cauſa mandati vt non in mãdantis perſona perpetuò remanſerint, *l. quis ergo 16. D. de pecul. l. 3. D. pro ſocio.* neque verò id actum eſt à creditore cùm eas procuratori mandauit vt illas amitteret, ſed potius vt earum fructum & emolumentum facilius cõſequeretur, procuratore nihil niſi miniſterium exhibente, & ex ipſius mandantis perſona agente, ſiue ſolius mandantis, ſiue ipſius quoque mandatarij gratia mandatę actiones proponantur, id eſt ſiue nudus procurator ſit is cui mandatæ fuerunt, ſiue in rem ſuam conſtitutus. Sed hoc ita tamen ſi neque dum litem conteſtatus ſit procurator, neque denunciauerit debitori ne mandatori ſolueret, neque debiti partem acceperit. Nam ſi quid horum factum ſit, non eſt permittendum creditori vt debitòrem vrgeat, & ab eo debitum exigat, ne alioqui eueniat vt ea mandatoris facto hactenus deterior fiat condicio debitoris, vt vel litis, vel pecuniæ iacturam poſſit incurrere, ſi qui vnius tantùm creditoris debitor fuit duobus aduerſariis reſpondere compellatur. At ſi creditor non tantùm actiones mandauerit, verùm etiam nomen ipſum debitoris vendiderit, aut in ſolutum dederit, difficiliùs ei permittitur vt debitum exigit, quamuis necdum ceſſionarius litem conteſtatus ſit, nec debitori denunciauerit ne ſolueret, nec debiti partem vllam perceperit, quia licet ęquè directas penes ſe habeat actiones, minùs tamen ſunt efficaces ad exigendum debitum propterea quòd vtiles habet ceſſionarius ea ſua perſona, ob idque ad inhibendam cedentis perſecutionem, ſufficit vt debitor probet ſcire ſe à ceſſionario factam illi ab actore ceſſionem: quandoquidem ſi poſteaquã id reſciuit ſolueret proprio creditori quem poteſt doli exceptione ſummouere, non liberaretur, vt ſuprà diximus, *cap. 2. & 3 ex d. l. nomen 4. C qua res pignori oblig. poſſ.* Quòd ſi nondum ſciuerit ab ipſo ceſſionario, licet aliunde ſciat, quemadmodum ſi cedenti ſolueret liberaretur, ita ſi à cedente conueniatur nullam habere poteſt exceptionẽ ex perſona & iure ceſſionarij, quia ius illud certi eſt, nec excluſiuum iuris agentis, vt & Baldus fatetur, *in l. ſi pater. C. mandat.* licet aliis pleriſq. locis ſibi parum conſtans aliter atque aliter diſtinguat. Non addo hic exceptionem illam quam probant in ſuperioribus niſi debitor pactus ſit cum ceſſionario priuſquam à cedente conueniatur. Neque enim fieri poteſt vt paciſcatur cum ceſſionario quin ab eo ipſo reſciat ceſſionem. Itaque exceptio illa ſufficit, *niſi ceſſionarium debitorem de ſibi facta ceſſione certiorauerit*, vt non illi ſolùm caſus comprehendantur, de quibus in *d. l. 3.* ſed alij quoque omnes in quibus ſuccurrendum ſit & debitori & ceſſionario. Cum aliis pleriſque modis poſſit contingere vt de ceſſione debitor factus ſit certior ab ipſo ceſſionario. Alius nec leuior noſtrorum error eſt quòd putant ſoluta mandatario parte debiti perinde extinctum eſſe ius mandatoris vt nihil amplius à debitore poſſit exigere acſi mandatarius litem conteſtatus eſſet, aut debitori denunciaſſet ne mandatori quicquam ſolueret, quaſi hoc ipſum diſerte expreſſum ſit in *d. leg. 3. C. de nouat.* vbi tamen nihil aliud conſtituitur quod ad hãc rem pertinet, niſi vt ſi is cui mandata actio eſt, partẽ debiti perceperit, non liceat priſtino creditori eique mandatori debitam quantitatem petere ſcilicet integram, Relato nimirum debiti verbo ad tempus mandati, vt ea quantitas ſignificetur quæ mandati tempore debebatur. Quod ius habet ſummam æquitatem adeóque rationem, quia per ſolutionem mandatario factam parta ſit debitori liberatio, *l. vero procuratori 12. D. de ſolut.* Cæterùm quemadmodum ex ea ſolutione non niſi pro qua parte ſolutum eſt contingere liberatio potuit, ita nec ratio vlla eſt propter quã creditor qui actiones mãdauerit reſiduũ exigere nõ poſſit, ſi neq. dũ litem cõteſtatus ſit procurator, neq. debitori denunciauerit ne ſolueret, Idq. eſt quod ait *lex, non abſtulit 4. C. de nouat.* Eum cui mãdata erat actio ad exigendam pecuniam ſi partem debiti acceperit, non idcirco poſſe debitorem pro reliquo liberare aut mandatori auferre facultatem reſidui exigendi, qui tamen vtique vel inuito mandatore poſſet reliquum exigere, ſi litẽ cõteſtatus eſſet, aut ſi debitori denunciaſſet ne mandatori ſolueret *d. l. 3.* Plus igitur poteſt litis conteſtatio aut denunciatio quàm partis debiti perceptio, quoniam litis conteſtatio itémque denunciatio ſicuti totum ius debiti reſpiciunt, ita mandatori in totum nocent, Partis debiti perceptio non item, quia nec totum debitum afficit, ſed eam tantùm partem quæ ſoluta eſt. Planè ſi non mandata actio, ſed nomen ipſum ceſſum proponatur, admittam facilè ſufficere partis debiti ſolutionem ad hoc vt ſi reſiduũ petat, cedens repellatur exceptione doli, Nempe quoniam eo caſu de illo tantùm quærendum eſt, an debitor ceſſionem ſciuerit ab ipſo ceſſionario. Fieri autẽ nequeat vt neſciuerit, qui debiti partem ipſi ceſſionario perſoluit. Non enim quod plus minúſve ſoluerit, facere poteſt vt ceſſionem magis minúſve ſciuerit. Ex his apparet quàm ridiculi ſint, qui ad illos tres caſus quos Alex. Imp. enumerat in *d. l. 3.* quartum addũt quo cedens nec agere poſſit nec exigere: ſi, inquiunt,

in inſtrumento ceſſionis appoſita ſint verba illa quæ hodie ex notariorum ſtylo paſſim apponuntur, *ponende & ſubſtituende ceſſionarium in locum ſuum.* Nam præter id quod clauſula illa facere non poteſt quin directæ actiones maneant penes cedentem; qua ſola ratione mouetur Imp. in *d. l. 3.* fruſtra de ceſſo nomine diſputes in interpretatione illius legis quæ non niſi de mandata actione loquitur, vt diximus. Sanè cum delegatio interuenit, nemo dubitat quin à priſtino creditore debitor liberetur & conſequenter directæ actiones nullæ ſuperſint penes delegantem, vt diſertè ſcriptum eſt in *d. l. 3.* Reſtat vnum hoc addendum & obſeruandum, Poſſe fieri vt etiamſi vtilem actionem ceſſionarius habeat ex perſona propria poſt reſcriptũ Diui Pij, eius tamen interſit directam potiùs habere, cùm aliquando eueniat vt directa aliam maiorémque effectum habeat nec eaſdem patiatur exceptiones, *l. minor 39. §. 1. ff. de euict. Caſtrenſ. ad l. qui ſtipendia nn. 4. C. de precar.* Hoc verò cùm accidit datur actio ceſſionario aduerſus cedentem ad hoc vt directas illas mandet actiones, neque vlla exceptione repellitur, quaſi eius nihil interſit ob id quod vtiles iam habeat. Verum enim eſt ipſius intereſſe.

Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpectet an ad ceſſionarium, ad § ſoror l. pupilli 96. D. de ſolut.

Capvt VII.

Est hæc quæſtio ſuperioribus conſequens, Vtrum ceſſi nominis periculum ad cedentem ſpectet an ad ceſſionarium. In qua vulgò noſtri diſtingunt periculum præſens vt illi vocant à futuro, id eſt, an ceſſus debitor iam tùm cùm cedebatur adeò inops eſſet vt ab eo exigi debitum non poſſet, an verò poſt ceſſionem inopia ſuperuenerit. Nam cùm inopia ſuperuenit nemo dubitat quin ceſſionarij ſit periculum, *ex l. pupilli 96. §. ſoror. D. de ſolut.* quem locum ita Bart. ibidem explicat, *& ad l. Mæuia 49. D. ſolut. matrimon.* Cùm verò iàm ipſo ceſſionis tempore minùs idoneus erat debitor, ſubdiſtingunt, An nomen ſimpliciter ceſſum ſit an æſtimatum, vt puta pro legato aut debito certę quantitatis. Si ſimpliciter ceſſum ſit ſiue in ſolutum ſiue ſolutionis exigendæ gratia, magis probatur vt periculum ſit cedentis, hoc eſt, vt ſi ceſſionarius vel nihil vel minùs à debitore ceſſo exegerit: totum id cedentis damno ſit ex *l. ſi conuenerit 18. D. de pignor. act. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Si verò æſtimatum, placet periculum nõ minùs præſens quàm futurum ad ceſſionarium pertinere, ex *d. §. ſoror.* Quẽ Imola, Alexand. Caſtrenſ. & alij plerique non de futuro periculo intelligunt quomodo Bartolus, ſed de præſenti, at eo tamen caſu quo nomen æſtimatum proponatur, hoc etiam addito, Nihil hac parte intereſſe an debitorem ceſſum inopem ſciuerit ceſſionarius, an ignorauerit. Ego contra indiſtinctè verius arbitror ceſſi nominis periculum omni caſu ad ceſſionarium pertinere, dummodò cedentis nec dolus, nec culpa vlla interuenerit: ex *d. §. ſoror.* qui locus de inope debitore generaliter loquitur, non adhibita ea diſtinctione an inopia illa poſt ceſſionem ſuperuenerit necne: nec illa rurſum, An ſimpliciter ceſſũ ſit nomen, an æſtimatum. Idem probat *l. ſi nomen 4. cum l. ſequen. D. de hered. vel action. vendit.* vbi ſcriptum eſt, quod rationis loco eſſe poteſt, Eum qui nomen ceſſit ex cauſa venditionis [idem verò eſt ſi ex alia cauſa qualibet præterquàm dotis, vt ſequenti capite dicemus] ad hoc ſolùm teneri vt præſtet verum debitorem & ſine exceptione, non etiam vt præſtet locupletem. Quod & ſcriptum eſt *in l. ſi plus vel minùs 74. §. vltimo D. de euiction. lege apud Celſum quarta §. quòd ſi is. D. de dol. except.* Neque verò vlla lex aut iuris ratio eſt quæ repugnet. Nam qui obiiciunt *leg. ſi conuenerit 18. D. de pignor. act. & leg. nomen 4. C. quæ res pignor.* vt probẽt, præſens periculum nominis ſimpliciter ceſſi ad cedentem ſpectare, faciunt ſanè parum ſubtiliter, cùm nihil adferant ex quo poſſit conici textus illos loqui de inope debitore, & cõſequenter de periculo nominis. Neque rurſus contrarium eſt quod dici ſolet, non idem eſſe actionem cedere & ſoluere, *vt Accurſ. notat ad l. legatum. 25. de liber. lega.* Id enim eò pertinet, vt qui nomen cedit non idcirco ſoluere videatur, ob idque nec liberetur *dict. l. pupilli 96. §. ſoror. de ſolut.* Nempe quia rem ceſſam non facit plenè accipiẽtis: Directam ſiquidem actionem vel inuitus penes ſe retinet vt ſuperiore capite diximus, *ex l. ſi cum emptore 16. D. de pact. lege vltima D. de tranſact. lege vltima C. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui debit. conuen. poſſ.* iuris autem regula eſt ſolutione eius quod debetur ita demùm liberationem contingere ſi id quod ſoluitur fiat pleno iure accipiẽtis, *leg. Neratius 63. de condict. indebit.* Sed aliud longè eſt, non liberari cedentem, aliud verò ceſſi nominis periculo vrgeri: vt apertè Papinianus reſpondit in *dict. §. ſoror,* in cuius ſpecie negat liberatum eſſe debitorem, quoniam delegatio non interuenerat, nec eò minùs tamen periculum ceſſi nominis ad ceſſionariũ pertinere reſpondet. Sic dicimus rei venditæ periculum ſtatim atque nudo conſenſu perfecta venditio eſt ad emptorem pertinere, *§. cùm autem Inſtit. de empt. & vendi. leg. prim. C. de peric. & commod. rei vendit.* cum ſimilibus, quamuis non niſi ſecuta traditione adeóque ſoluto precio aut habita de eo fide dominum nanciſcatur *§. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l. quod vendidi 19. de contrahen. empt.* Nimirum quia in ipſius poteſtate eſt nanciſci dominium rei cùm volet, vt cõtra Cuiacium diſputauimus lib. 2. cap. 4. Sicut & in ceſſionarij poteſtate eſt, non ſolùm, vt debitum exigat vel litem conteſtetur, vel debitori denunciet ne ſoluat, ſed vt ſaltem certioret debitorem de facta ſibi ceſſione: quod vnum ſufficere probauimus in ſuperioribus ad hoc vt inutilis & inefficax fiat directa illa actio quæ penes cedentem remanſerat. Illa ſanè diſtinctio perpetuò neceſſaria eſt quã noſtri non obſeruarunt. An ceſſio nominis facta ſit, an verò mandatæ duntaxat actiones. Hoc enim caſu licet in rem ceſſionarij mandatæ proponantur, periculo tamen cedentis eſſe debent ſiue nihil omnino ſiue minus exigatur, dummodò procuratoris in rem ſuam conſtituti culpa nolla arguatur: id eſt dùm non fuerit ille negligens in exigendo debito poſtquàm litem conteſtatus eſt, aut debitori denunciauit ne ſolueret. Alioqui qua frõte obſecro poteſt is qui mandauit actionem, imputare mandatario cur mandatam non exercuerit, cùm nec ipſe egerit qui proprio iure agere poterat ſi debitorem exigere voluiſſet? Atqui, inquies, Vendito quoq. nomine aut in ſolutum dato directa actio penes cedentem remanet, neque tamen idcirco periculum ad eum pertinet. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia, illi enim qui nec inuito ceſſionario agere potuit, vtiles actiones ex perſona ſua habente, neque à debitore, quippe ceſſionem ab ceſſionario ſciente ſolutionem accipere, longe minùs imputari poteſt cur non egerit, quàm ei cuius ſolius propria actio fuit, & ex cuius tantùm perſona non etiam ex propria mandatarius agere potuiſſet. Denique ceſſionarius vtiles ſuo nomine actiones habet, tantumdémq. iuris ad rẽ exigendã, quãtùm ſi directas quoque haberet, ob idq. recuſare minùs poteſt quominùs exactionis periculum

tum in ſe ſuſcipiat: mandatarius proprias nullas habet ſed alienas exercet. Cur ergo ad eũ ſpectabit periculũ ſi nihil ſit quod illi imputetur? Probatur autem hæc ſententia non ineleganter *ex d. l. 3. C. de noua.* Nam quod in poſteriore eius parte ſcriptũ eſt periculũ non pertinere ad mãdantem, ſed ad eum in quem tranſlatæ fuerant actiones propter factã delegationem, an non oſtendit manifeſtè, in priore ſpecie ex contrario pertinere, quia non erat facta delegatio, ſed tãtùm mandatæ actiones ſolutionis gratia? Ex quo apparet euidentius, quàm verum ſit quod nos ſuperiori capite contra omnium interpretum ſententias docuimus, non fuiſſe in illa ſpecie datum nomen in ſolutum, multumq. referre, an datum ſit nomen in ſolutum aut qua alia ratione ceſſum, an verò mandatæ ſint ſolutionis gratia directæ actiones. Nam ſi de nomine in ſolutum dato ageremus pertineret periculum ad ceſſionarium nulla etiã facta delegatione *d. §. ſoror.* In cuius etiam interpretatione errat Caſtrenſis quàm maximè, qui liberationem in illa ſpecie idcirco non cõtingere exiſtimat quòd ceſſum à fratre nomen ſoror ſimpliciter accepiſſet, non in ſolutum: Quaſi ſi in ſolutum accepiſſet aliud reſpondere Papinianus debuiſſet. Nam imò verò accepta etiam in ſolutum nominis ceſſione, non ideò liberatur cedens ipſo iure quouſq. ſolutio ſecuta ſit, ſed tantùm per exceptionẽ doli & pacti, vt Papin. loquitur in *d. §. ſoror.* ſi pergat ceſſionarius, debitum ab ipſo petere. Ratione illa quam attulimus, quòd qui cedit nomen ſiue in ſolutum, ſiue ex cauſa vẽditionis aut alia qualibet, nõn faciat plenè accipientis. Directam ſi quidem penes ſe retinet actionem, quam vt amittat, ne quid plenam impediat liberationem delegationis vſus omnino neceſſarius eſt. In eo ſanè Caſtrenſi aſſentior quod ille fatetur ceſſi nominis periculum ad ceſſionarium pertinere, non ſolùm ſi in ſolutum facta ſit ceſſio, ſed etiam ſi ſimpliciter. At non in eo quod cum ceſſio ſimpliciter facta eſt non quodlibet periculum ad ceſſionarium pertinere vult, ſed futuræ duntaxat, id eſt inopiæ ſuperuenientis. Ego enim eandem præſentis quam futuri periculi rationem hac parte conſtituo, etiam cùm ſimpliciter ceſſio facta eſt. Nã ſi in ſolutum facta ſit, nec Caſtrenſis dubitat quin præſens quoq. periculum ſpectet ad ceſſionarium. Si non liberationem hoc caſu ipſo iure contingere voluit, An non prorſus conſequens eſt vt periculum quodlibet ceſſi nominis ad ceſſionariũ ſpectare multò magis crediderit? *arg. d. l. 3. in fi. D. de noua.* Quamquam illud malè, vt diximus, hoc benè, & lõgè rectius quàm qui volunt non aliter præſens periculum nominis ad ceſſionarium pertinere quàm ſi nomen ceſſum fuerit æſtimatum.

In quo diſpar ſit condicio mariti cui dotis cauſa nomen ceſſum eſt, & alterius cuiuſlibet ceſſionarij. Ad §. ſi à debitore l. promittendo 41. D. de iur. dot.

CAPVT VIII.

ETſi maritus cui mulier debitoris nomen in dotem dedit comparari ſolet emptori nominis hactenus vt velim quoque actionem ſuo nomine habeat, & exercere poſſit, *l. 2. C. de oblig. & action.* non tamen in ceteris omnibus eiuſdem eſt condicionis, maximè cum de nominis ceſſi periculo ad quem pertineat diſputatur: iniquum enim fuerit mariti periculo eſſe nomen quod in dotem datum eſt, ſi forte aut iam tum cùm cedebatur idoneum non erat, aut poſtea citra ipſius culpam ſoluẽdo eſſe deſierit, *l. Mænius 49. vbi Bart. & Caſtr. & ceteri D. ſol. matrim.* Eiuſq. diſſimilitudinis ratio illa videtur afferri poſſe, quod cùm dos datur, id agi intelligitur vt ſoluto quandoque matrimonio ſi ita caſus ferat dos reſtituatur, nec quicquam ex dote commodi præter fructus penes maritum, vt nec incommodi remaneat *l. quoties 16. de iur. dot.* vbi propter hanc cauſam eleganter Vlpianus ait, multum referre an venditio ſimplex fiat, an dotis cauſa. Hoc enim caſu ſi quid fortè vir ab vxore propter euictionem rei dotalis conſecutus ſit, debere id eum ſoluto matrimonio vxori reddere, Quoniam, inquit, non debet maritus lucrari ex damno mulieris, ſufficitque indemnem illum præſtari vt neque damnum neque lucrum ſentiat, *leg. iure ſuccurſum 6. §. vltim. leg. ſi res æſtimata 12. §. ſi mulier & leg. non ſolum 52. eod. titul.* Tametſi dici ſoleat eo animo votóque dotem dari, vt perpetuò ſit penes maritum *l. 1. eod.* Nam idem eſt ſi quis proponat facta delegatione aut expromiſſione promiſſam fuiſſe viro dotem ab eo, qui mulieris debitor erat, aut alterius pro muliere dotem dantis. Tunc enim ſiue quandam nominis æſtimationem factam dicas, ſiue delegationẽ aut expromiſſionem, eſt quod imputare ſibi vir debeat, qui ſciens & prudens debitoris nomen vltrò ſecutus ſit, *l. promittendo 41. §. ſi à debitore D. eod. tit.* vbi Paulus docet periculũ eſſe viri, ſi à debitore mulieris ſub condicione dos promittatur, & iam tum debitor cùm ſub condicione promitteret ſoluendo non fuit. Ita demum autem pertinere ad mulierem, ſi cùm initio obligationis eſſet ſoluendo, poſtea pendente cõdicione ſoluendo eſſe deſierit. Nec enim videri maritum nomen ſecutum eo tempore quo exigere nõ potuerit, ſed tale dũtaxat quale initio obligationis fuit. Quò etiam pertinet textus elegans & ſubtilis, *l. cum vir 33. eod.* Etſi verò non ait Paulus factam delegationẽ, hoc ipſum tamen ſatis exprimit cùm loquitur de mulieris debitore pro ipſa muliere dotem promittente. Quid enim aliud eſt delegare quàm vice ſua alium reum dare? *l. delegare 11. D. de nouat.* Niſi malis quod & puto verius debitorem hunc pro expromiſſore haberi potiùs quàm pro delegato, *vt & in l. debitor 36. de iur. dot.* Neque enim ponimus fuiſſe mulierẽ priùs obligatam marito dotis nomine. Expromiſſor porrò is propriè dicitur qui prò non obligato ſe obligat. *l. & eleganter 7. § ſeruus D. de dolo. l. ſi quis accepto 4. de condict. cauſ. dat. l. aliquando 13. in princip. ad S. C. Velleian. l. ſi verò 4. §. [illegible] D. ſolut. matrim. l. qui libertinum 33. §. vlt. de oper. libert.* Sed quod ad hãc rem pertinet non differt expromiſſor à delegato, vtroque enim caſu creditor cui ſit expromiſſio aut delegatio, ſequitur nomen debitoris ſiue expromiſſoris, ſiue delegati, perindeque per expromiſſionem ſit atque per delegationem vt obligatus non ſit is pro quo ſit aut expromiſſio aut delegatio, neque diſtinguendum arbitror quomodo Bart. Caſtr. & ceteri ad *d. l. Mænius* ſolent diſtinguere an maritus, cui mulieris debitor dotẽ promiſit ſciuerit eum iam ipſo promiſſionis tempore inopem fuiſſe, an ignorauerit, vt eo duntaxat caſu quo ſciuit præſentis inopiæ periculum ad eum ſpectet, non etiam ſi ignorauit, quaſi id ſibi velit Paulus in *d. §. ſi à debitore*, iis verbis *quod ſciens tale nomen ſecutus videretur.* Eſt enim illius loci longè alia ſententia, Illa nimirum, imputari ſemper poſſe ei qui prudens & ſciens ſecutus eſt nomen debitoris tale quale ab initio [illegible] fuerit. Tametſi namq. debitorem inopem eſſe ignorauerit, hoc ipſum tamen ſciens & prudens fecit vt quale nomen eſſet eius qui delegaretur aut expromitteret, tale illud ſequeretur. Nam & in ceteris omnibus perſonis id iuris admittimus noſtri, *ex l. ſi nomen 4. cum ſeq. D. de hered. vel act. vend.* Cur non ergo idem & in marito? An quia, vt illi putant, ſpeciale ius [illegible] dotis

neuter coniugum ab alio decipi debeat? *d. l. iure ſucceſſum 6. §. vlt. & d. l. ſi res æſtimata 12. §. 2. de iur. dot.* quod in cæteris licèt bonæ fidei contractibus ſecus eſt, *l. in cauſæ 16. §. idem Pomponius de minor. l. item ſi pretio. 21. §. vltim. D. locat.* Atqui non poteſt videri deceptus qui iure commũni vſus eſt, *l. inter eos 51. §. ſi cum inter D. de fideiuſſ. l. nihil conſenſui 116. §. 1. de reg. iur. l. vltim. Co. de in integr. reſtit. minor.* Porrò ius commune illud eſt vt quiſquis expromiſſorem accipit aut delegatum, tale nomen quale eſt ſecutus videatur, idque ſciens & prudens, hoc eſt vltro, cùm priùs inquirere notitiam quod facere poterat ſi voluiſſet, an ſoluendo eſſet debitor necne, *d. § ſi a debitore.* Niſi in hoc ipſo quod delegatio aut expromiſſio facta eſt dolus interuenerit, *vt in l. ſi cum dotem 22. §. ſi mulier D. ſolut. matrim.* Sequi enim debitoris nomen nihil aliud eſt quàm proprio ſuo periculo ab eo ſtipulari, *l. ſi mandatu 25. §. pen. D. manda.* Sed & facit contra Bartolum quod fatetur ille ad *d. l. Mæuia*, nominis in dotem dati periculum ad virum pertinere ſi ipſe nomen æſtimatum acceperit, non adhibito ea diſtinctione an idoneum ſcioerit necne, propterea quod vt ille ait & verum eſt, æſtimatio faciat emptionem, *l. plerunque 10. de iur. dot. l. 1. §. æſtimatio D. de æſtimat. actio.* Quid igitur & facta delegatione idem admitteretur? Nã ſi hac parte priuilegii aliquid dotis eſſet, vtique ſubſiſteret, etiam contracta per æſtimationem nominis emptione. Illa enim non ſimplex venditio eſſet ſed dotis cauſa *vt iam diximus ex dicta l. quoties 16. de iur. dot.* In eoque rectè meo iudicio Caſtrenſis reprehendit Bartolum quòd aliud iuris ipſe conſtituit in nomine æſtimato, aliud in delegato. Sed malè, in eó quod vult vtroque caſu diſtinguendum eſſe an debitoris inopiam vir ſciuerit, an ignorauerit, cùm ex contrario dicere debuerit neutro caſu diſtinctioni huic locum eſſe. Nullus ſanè iuris locus eſt qui probare illam poſſit. Ratio verò iuris prorſus repugnat, ſiquidem bonum nomen facit creditor quiſquis admittit debitorem delegatum aut expromiſſorem, *leg. inter cauſas 26. § abeſſe D. mandat.* Nec alia quoque fideiuſſoris cauſa eſt. Nam cum quis fideiuſſorem minus idoneum acceperit, comprobaſſe videtur tanquam idoneum *l. ſi ab arbitro 10. §. 1. qui ſatiſd. cogant. l. 3. D. de fideiuſſ. ob idque ſibi imputet. l. 1. §. item quæritur ff. de ſepar.* Neq. actio vlla ſupereſſe poteſt aduerſus eũ qui fideiuſſorem idoneũ dare debuit ſiue ad hoc vt det alium, quod & Barr. ipſe fatetur, ſiue ad id quod intereſt, niſi dolus interuenerit debitoris affirmantis idoneum fideiuſſorem, qui non eſt idoneus, vt benè Caſtrenſis diſputat ad *d. l. 3. in fi.* contra Bart. ibidem aliter ſentientem poſt Accurſ. *in l. ſi quis ſtipulatus 112. §. vltim. de verborum obligation.* Adeò autem verum eſt admiſſione fideiuſſoris nõ idonei liberari eum qui idoneum dare debuit, vt etſi idoneus ab initio datus ſoluendo eſſe deſierit, non idcirco tamen alium dari oporteat, vt ſupradicto loco defendit Bart. *l. ex dict. l. ſi nomen 4. de hered. vel act. vend. d. l. pupilli 96. §. ſoror de ſolut.* Niſi cùm ex officio iudicis præſtandæ ſatiſdationis neceſſitas proficiſcitur, inquit ille *ex d. l. ſi ab arbitro §. 1. l. ſi is [illegible] 3. §. [illegible] & ſeq. vt in poſſeſſ. legat. l. Prætor [illegible] de oper. noui nunciat.* Quod ſi hæc in fideiuſſore obtinent, quantò magis obtinebunt in expromiſſore, aut debitore delegato, vt imputetur creditori ſi minus idoneum nomen vltro ſecutus ſit. Itaque in [illegible] parerit [illegible] mariti [illegible] cum [illegible] nominis in dotem [illegible] periculum [illegible] ill. [illegible] neceſſaria eſt [illegible] delegat [illegible] aut expr [illegible] necne [illegible] enerit [illegible]

ad maritum & quidem tam præſentis quàm futuri temporis, ſin minus, vtrumque ad mulierem. [illegible] qui debitoris nomen ſimpliciter in dotem acc[illegible] dicendus non eſt illud ſequi aut idoneum facere, tale accipere quale eſt, ipſius ſcilicet mulieris p[illegible]lo, in cuius etiã dominio dos remanet licet ſit in bonis mariti, vt *ait l. quamuis 75. de iur. dot.* At in cæteris perſonis nihil intereſt inter ſimplicem ceſſionem nominis, & delegationẽ, ſicut nec inter ceſſionem nominis æſtimati, & non æſtimati. Omni ſiquidem caſu & præſẽs & futurum ceſſi nominis periculum pertinet ad ceſſionarium vt ſuperiore capite probauimus *ex d. l. pupilli 96. § ſoror de ſolut. & d. l. nomen 4. & ſeq. de hered. vel act. vendit.* niſi aliud conuenerit. Nõ enim dubitandum eſt quin conuentione fieri poſſit vt periculum ad cedentem ſpectet etiam cum delegatio interuenit. *l. ſi mandatu 25. §. vlt. D. mandat.*

An exceptio compenſationis, aut alia quæ obſtaret cedenti obſtet ceſſionario.

CAPVT IX.

APparet ferè ex ſuperioribus quid reſpõderi poſſit ad quæſtionem illam toties in ſcholis & foro agitatam, Vtrum exceptio quæ obſtaret cedenti obſtet ceſſionario. Nimirum diſtingui oportere, An vtilibus actionibus proprio nomine, an mandatis ex cedentis perſona ceſſionarius aut mandatarius experiatur. Priore caſu obſtabit tantùm ea exceptio quæ ſit in rem, vt puta pacti, iuriſiurandi, ſimulationis, rei iudicatæ, & ſimiles, de quibus, *in leg. apud Celſum 4. §. pen. D. de dol. mal. except. l. in hoc iudicium 14. §. ſi inter ſocios D. commun. diuid. l. idemque 16. §. vlt. D. pro ſocio. l. ſi ſuperatus 3. § per iniuriam D. de pignor. l. [illegible] de except. rei vendit. l. exceptiones quæ perſonæ 7. D. de except. l. nemo 156. §. pleraque de regul. iur. l. vlt. §. 1. ad S. C. Velleian. l. doli 19. vbi Bart. D. de [illegible]. Idem Bart. & cæteri in l. ſi quis in rem D. de procurat. & in l. eius C. de compenſat.* Quæ verò in perſonam competit exceptio qualis eſt doli mali (ex parte nimirum eius cui obiicitur licet in rem quoque ſit ex parte obiicientis, *l. 2. §. 1. l. apud Celſum 4. §. pen. de dol. except. iunct. d. l. exceptiones 7. de except.*) ita demùm obſtabit ceſſionario ſi cauſam habeat lucratiuam, nõ item ſi oneroſam, *d. l. apud Celſum §. ſi quis autem [illegible] §. auctoris leg. purè 5. § pen. in illis verbis, nec enim hic debet exceptione ſubmoueri qui ſuo nomine agit, &c.* Niſi [illegible] oneroſa illa in fraudem debitoris ceſſi captata ſit, *d. [illegible] terit. & d. l. ſi quis in rem 34 de procurat.* & quidem [illegible] lum participante ceſſionario. Hoc enim omnino requiritur, aliàs qui fraus cedentis non deberet [illegible] ceſſionario quoties habuit ceſſio cauſam one[illegible] *d. §. auctoris & § ſi cum legitima eiuſd. leg. vbi etiã Bart. & in d. l. ſi quis in rem, ex l. eleganter 7. §. pen. D. de dolo l. quid enim 14. eod. l. ſi procuratorem 8 §. 1. D. mandat.* Poſteriore autem caſu, id eſt cùm mandatis actionibus, & ex cedentis perſona ceſſionarius experitur, haud dubiè obſtat ceſſionario ea quoque exceptio quæ in perſonam cedentis obiici poſſet. Nam qui ex alterius perſona agit, eaſdem pati debet exceptiones ſicut & qui ex alterius perſona excipit eaſdem replicationes, *Bal. poſt Iacob. Butr. in l. qui ſi[illegible] de pro[illegible]at.* Niſi ratio quæ faciebat, vt [illegible] exceptio cedenti obſtaret, non habeat locum in perſona ceſſionarij: Idem [illegible] quando [illegible] *l. vlt. in princ.* [illegible] *d. C. [illegible] ad l. Mode[illegible] 6. n. [illegible] in fin. [illegible] de [illegible].* Nec diſtinguemus an ceſſionarius procurator factus ſit in rem ſuam, an in rem cedentis, niſi hactenus vt ſi in rem ſuam ea demum perſonalis exceptio ei noceat quæ [illegible] ipſo [illegible] quo [illegible] ſici

ſcitur: ſi in rem cedentis indiſtinctè noceat quælibet. Etſi enim qui directas actiones exercet tanquam procurator in rem ſuam, petere poteſt & debet ſibi dari non etiam cedenti vt poſt Accurſ. & Bart. vulgò noſtri tradunt, *ad d. l. qui ſtipendia. & d. l. ſi quis in rem ſuam.* Cogitur tamen in narratione, cedentis perſonam exprimere, ob idque factum & dolum quoque cedentis ipſi nocere æquum eſt, *argum. d. l. apud Celſum §. de auctoris. verſ. ſi autem acceſſione D. de dol. mal. excep. l. ex qua perſona 149. de reg. iur.* Eóque pertinet quod tractat *Barto. ad dictum §. ſi cùm legitima.* exceptionem banni vt ille loquitur, & excommunicationis, quæ obſtaret cedenti, non obſtare ceſſionario tametſi lucratiuam quoque cauſam habenti. Quoniã, inquit, non reſpicit actionem ſed quid aliud extrinſecum, & merè perſonale. At cùm in rem cedentis agitur, nocet quælibet exceptio perſonalis, etiamſi ex ipſo negotio de quo agitur minimè proficiſcatur, Ratione illa, quòd qui ad agẽdum inhabilis eſt, non magis per procuratorem agere poſſit quàm per ſeipſum. Loquimur enim de illo exule qui per ſe ideò agere non poteſt quòd ſit inhabilis, non de illo qui idcircò tantùm agere nequeat quòd abſit, de quo in *l. Papinianus exuli D. de minor.* Atque ita Baldus quoque & Caſtrenſ. tractant ad *dict. leg. qui ſtipendia.* De compenſationis exceptione dubitatio nonnulla eſt, an quæ obiici poterat cedenti obiici poſſit ceſſionario: Non quòd quiſquam neget quin in rem ſit non in perſonam, [nam & ob eam cauſam competit fideiuſſori ex perſona debitoris, *leg. 4. & 5. D. de compenſat.* quæ non competeret ſi perſonæ non rei cohæreret, *d. l. except.*] ſed quia, vt Caſtrẽſis diſputat, *ad l. eius C. de compenſ. poſt Bart. in l. ſi cum dos D. rer. amot.* non tam actionem ipſam afficit, quàm exactionem. Qua ratione defendit ille, non poſſe ceſſionario hanc exceptionem obiici ſi ceſſa ſit actio priuſquàm cedenti compẽſatio obiiceretur, quia nec priùs actionem elidat, quàm ſit oppoſita: Item quòd nec ſit nouum vt actio quæ inutilis erat penes cedentem, ſit tamen vtilis penes ceſſionarium, ceſſante ſcilicet ratione inutilitatis, *d. l. vlt. C. de iur. dot.* Verius tamen eſt quod magis cõmuniter noſtris placet, perinde ceſſionario ac ipſi cedenti poſſe obiici compenſationem, cùm in rem ſit non in perſonam, ideóque afficiat proculdubio actionẽ. Quomodo enim afficeret exactionem ſi non ipſam quoque actionem afficeret ex qua fit exactio? Nam & idcirco dicimus compenſationem ipſo iure minuere actiones, *§. in bonæ fidei. Inſt. de act. l. vlt. C. de compenſ.* Fateor etiam poſt Iuſtiniani cõſtitutionem in *d. l. vlt.* quæ ius & poteſtatem compenſationis valde auxit, ſupereſſe illud ex iure vetere, vt exceptionẽ hanc opponi ſit neceſſe. Exceptio námque eſt proinde opponenda ex natura exceptionum omnium, *l. 2. D. eo. l. 2. quoniam 10. C. eo. l. 2. l. exceptio 21. D. de except.* Sed non facit ea res quominùs actionem ipſã afficiat & minuat, cæteróſque effectus ſuos exerat ipſo iure, *l. ſi conſtat 4. Co. de compenſ. l. ſi ambo 10. l. poſteaquàm 21. D. eo.* Quod etſi non eſſet, non eò minùs tamen ceſſionario nocere hęc exceptio deberet, Exemplo cæterarum exceptionum, quas, cùm in rem ſunt, ceſſionario quoque obiici poſſe diximus, licet non priùs actionem elidant, quàm ſint oppoſitæ, *d. l. 2. & d. l. exceptio 21. de except.* Accedit quòd compenſatio ſolutionis vim obtinet, *d. l. ſi conſtat 4. & l. ſeq. l. vnicam 12. & paſſ. C. de compenſa. d. l. ſi ambo 10. D. ea.* Vnde illud etiã fit quod in *d. l. ſi ambo §. ſi quis igitur,* ſcriptum eſt, exceptionem hanc ſi per facti errorem omiſſa ſit, inducere condictionem indebiti. *l. qui inuicẽ 30. l. qui exceptionẽ 40. §. ſi pars de cõdict. indeb. l. quod dicitur 5. § pen. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Quamquam ſcio noſtros vulgo hac in re diſtinguere poſt gloſ. & Bart. *ad d. l. qui inuicem*, an compenſatio fiat ipſo iure, an ipſo facto: vt ſi ipſo iure, cõdictionem inducat, ſin ipſo facto, non inducat. Sed omninò malè, vt ego quidem exiſtimo, non ſolùm quod hodie diſtinctio illa ſublata ſit per ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. de compenſat.* qua factum eſt vt in omnibus actionibus compenſatio locum habeat ipſo iure, ſed etiam quia iuris regula eſt, Eum qui perpetua exceptione fauorabili tutus erat, ſi ſoluat, poſſe repetere *d. l. qui exceptionem.* atqui exceptio compenſationis eſt perpetua & fauorabilis, cùm ideò detur quòd interſit noſtra non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. D. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. D. de fideiuſſ.* Cur non igitur cõdictionem indebiti perpetuò inducet? Nec me mouet quod Bart. *ad d. l. qui inuicem* ſcribit, compenſationem nõ eſſe propriè exceptionem, ſed potiùs actionem cùm dicatur petere quiſquis compenſat. *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* adeò vt neque permittendum ſit excommunicato compenſare quamuis poſſit excipere. Sic enim Bald. *ad l. quoniam Alexandrum C. ad l. Iul. de adulter. poſt Canoniſtas in c. cùm inter Ext. de except.* Nam reſpondeo, Imò verò ſi compenſatio actio eſt, multo magis exceptionem dici debere. Non enim aliam ob cauſam dicitur actio, quàm quòd qui compenſat, excipiendo petat, ac proinde agat. Cæterùm prius eſt vt excipiat, quàm vt agere & petere videatur. Idque ex eo apparet, quod ſi tale ſit debitum cuius nulla petitio competat, puta quod naturaliter tãtùm debeatur, nihilominus compenſari poteſt *l. etiã quod natura 6. D. de compenſat.* Quin & ſi ſolutũ fuerit condicetur, vt & Bartol. ipſe fateri cogitur *ad l. qui inuicem in fi.* Cur non ergo & condici poterit quod compenſari poterat tametſi ciuiliter quoque debeatur? An non abſurdum ſit fauorabiliore iure cenſeri debitum cuius nulla fuit petitio, quàm quod peti potuit? Eadem igitur in omnibus ratio eſſe debet cõpenſationis, & aliarum exceptionum quæ in rẽ ſunt, & fauorabiles, vt & indebiti condictionem inducat, & quod ad inſtitutam diſputationem pertinet, ceſſionario æquè ac cedenti obiici poſſit. Vnus ſanè caſus eſt, quo exceptio quæ obſtatura erat cedenti, omnino & indiſtinctè obſtat etiam ceſſionario, quamuis vtilem ſuo nomine actionem exercenti, nimirùm cum ceſſionis & exactionis totum commodum reuerſurum eſt ad cedentem. Caſtrenſ. *in d. l. qui ſtipendia 9. C. de procurat. ex notat. in l. ſi. eo. & per Bart. in l. facta §. ſi heres ſcriptus. D. ad S.C. Trebell.* Nam qui agit ſuo nomine ad alienum commodum, perinde habendus eſt acſi alieno nomine ageret, *l. non ſolùm 39. §. ſed interdum D. de procurat. Idem Bart. in d. leg. ſi quis in rem 34. eod.*

An in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. Emendata l. ſi quis in rem 34. & explicata l. pater 70. de procur.

Cap. X.

Qvæ à nobis adhibita diſtinctio eſt in quæſtione illa, an exceptio quæ obſtaret cedenti obſtet etiam ceſſionario, Eandem ferè noſtri adhibent cùm quæritur, an in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. Nam ſi ceſſionarius vtili actione experiatur, & proprio nomine placet, non eſſe cogendum cedentem defendere, *leg. ſi quis in rem 34. vbi Bartol. & cæteri D. de procurat.* niſi ceſſio in fraudem facta proponatur, dolum fraudemque participante ceſſionario. Quis enim patiatur com-

munem cedentis & ceſſionarij dolum debitori ceſſo fraudi eſſe? *l. & eleganter 7. §. penultim. leg. quid enim 14. D. de dolo. l. ſi procuratorem 8. §. 1. D. mandat.* At ſi mandatis actionibus & procuratorio nomine ceſſionarius experiatur, ſubdiſtinguendum putant, Cauſámne habeat lucratiuam ceſſio an oneroſam, vt ſi lucratiuam, vtique cogitur defendere *l. apud Celſum 4. §. ſi cùm legitima D. de doſ. mal. except. l. ſeruum 33. §. vlt. D. de procurat.* Sic enim locum illum vulgò intelligunt, vt procedat in ceſſione facta ex cauſa tantùm lucratiua, Ne obſtet quod in *l. ſequen.* Caius ſcribit [quæ altera ſubdiſtinctionis pars eſt] Si quis in rem ſuam procuratorio nomine agat veluti emptor hereditatis, non debere eum defendere venditorem qui actiones mandauit. Cui interpretationi videtur conuenire *l. pater 70. eod. tit. & quod in dict. §. ſi cùm legitima*, Vlpianus apertè diſtinguit cauſam lucratiuam ab oneroſa. Sed exceptio tamen vtrique ſubdiſtinctionis parti à noſtris ſubijcitur. Priori quidem illa *dummodò ceſſionarius non ex neceſſitate factus ſit in rem ſuam procurator. d. §. vlt. l. ſeruum.* Poſteriori verò niſi in fraudem geſtum negotium proponatur *d. l. ſi quis in rem 34.* in illis verbis *ſi bona fide, non in fraudem eorum qui inuicem agere vellent geſtum ſit negotium.* Nondum tamen conſtat inter eos, quid ſibi Vlpianus velit, *in d. §. vlt. l. ſeruum.* cùm ait, *niſi fortè ex neceſſitate fuerit factus.* Fecit illis dubitationẽ quòd, vt proximè dixi, eum locum intelligunt de eo procuratore cui mandatæ ſint actiones ex cauſa lucratiua, ne alioqui Vlpianus cum Caio pugnet. At difficile eſt dare exemplũ procuratoris ex neceſſitate facti interueniente cauſa lucratiua. Quam ob cauſam ſic plerique verba illa accipiunt, acſi ſcriptum eſſet, *niſi ex cauſa oneroſa procurator factus ſit.* Atque ita ſenſiſſe videtur Accurſ. & poſt eum Bart. exemplum adferens non inelegans *ex l. 3. D. fami. erciſc.* vbi agitur de creditorum & debitorum hereditariorum diuiſione, quam ſic faciendam eſſe ait, vt Iudex ſingulis pro ſolido alia aliis attribuat. Quod cùm fecerit, non tamen illud eueniet, vt quis ex heredibus ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur: ſed vt ſiue agẽdum ſit partim ſuo partim procuratorio nomine agat: ſiue cum eo agatur partim ſuo partim procuratorio nomine conueniatur. Caſtrenſis verò ad Vlpianum putat exemplum dari poſſe in eo cui donata ſint centum, deinde ea neceſſitate ceſſum nomẽ Titij qui donatori cẽtum quoque debebat. Hoc enim caſu, inquit, licet donatarius cauſam habeat lucratiuã initio inſpecto, quia tamen in rem ſuam procurator ex neceſſitate factus eſt, non cogitur donatorem eundémque cedentem defendere. Sed hoc ego ridiculũ arbitror, & falſum, quoniam initium ſemper inſpiciendum eſt. *l. ſi procuratorem 8. in princip. D. mand. l. 3. §. ſcio. in fin. D. de minor.* Facit tamen contra Bartolum, quòd contractus omnes etiam, quos noſtri oneroſos vocant, inſpecto initio ſunt voluntatis, nulli neceſſitatis præterquam ex poſt facto. *l. ſicut 4. C. de oblig. & act.* Niſi fortè quis pro Bartolo reſpõdeat videri factũ ex neceſſitate procuratorẽ in rem ſuam, cum qui ex cauſa oneroſa contraxit: ſiue quòd vix ſit vt alienas mandatáſque actiones velit exercere qui alio modo ſibi poteſt conſulere, ſiue quòd interueniente cauſa oneroſa neceſſe ſit ceſſionarium aut agere aut in damno morari. Verùm vtraque interpretatio durior eſt quàm vt mihi poſſit ſatisfacere. Dicerémque libenter ſi auderem corruptum videri textum *dict. leg. ſi quis in rem ſuam*, longéque aliam Vlpiani & Caij ſententiam eſſe quàm vulgò exiſtimetur. Illã nimirũ, vt diſtingui oporteat, an qui in rem ſuam procurator factus eſt, proprio nomine agat, an procuratorio, ſiquidem fieri poteſt vt agat proprio etiam nomine, ſi contractus talis proponatur ex quo vtilem quoque habeat actionem vt contingit in emptore hereditatis aliiſque ſimilibus perſonis de quibus ſupra diximus ca. 5. Cùm agit procuratorio nomine, illa ſemper ratio facit vt mandantem defendere debeat, quod perinde ſit acſi ille ipſe qui mandauit, experiretur. Quid enim intereſt, an quis per ſeipſum agat an per alium? Itáque Prætorij edicti ratio eſt, quam Vlpianus quoque eleganter exprimit, cũ ait æquum Prætori viſum eſſe, Eum qui alicuius nomine vt procurator experitur, eiuſdem etiam defenſionem ſuſcipere. Imputet enim ſibi qui mandatis actionibus & alieno nomine experiri maluit, cùm ex propria perſona potius agere proprióque nomine ſi voluiſſet potuiſſet. Cui conſequens eſt, vt ſi ex neceſſitate procurator in rem ſuam factus ſit, id eſt, ſi coactus fuerit mandatas actiones impetrare & exercere, propterea quòd vtiles aliquid fortaſſe impediebat, quod aliquando euenire diximus ſupra ad fin. cap. 6. non ei debeat nocere quod alieno nomine experitur. Semper enim ſuccurrendum illi eſt quem neceſſitas cogat aliter agere quàm vellet. *l. cùm reus 14 D. de f. deiuſſ. l. 3. D. de ſeparat.* Præſertim cùm in rem ſuam procurator factus ſit, certétque de damno vitãdo: quod incurreret ſi eum cuius nomine experiri vel inuitus cogitur etiam defendere cogeretur. At ſi proprio agat nomine aliud eſt. Neque enim illi nocere debet quòd procurator quoque ſit, cùm nõ procuratorio ſed proprio nomine agat & ad ſuum commodum, ſi modò bona fide nec in fraudem eorum qui inuicem agere vellent geſtum ſit negotium, vt Caius ſcribit *in d. l. ſi quis*, in qua non dubito quin legendum ſit *procurator proprio*, pro eo quod legitur *procuratorio*, nato fortaſſis errore ex inſcitia exſcriptoris cùm ita ſcriptum eſſet *proc. proprio*, & exſcriptor ille vnicam dictionẽ eſſe putaret, eámque nullius ſenſus, pro qua ſcribi deberet *procuratorio*, & ſanè ſi receptam lectionem tueare numquam facies quin Vlpianus à Caio diſſentiat in ea re de qua certum & exploratum ius fuiſſe nec dubitandum videatur. Nihil enim eſt apud Vlpianum in §. *vlt.* legis præcẽdetis, ex quo poſſit conijci, tractare eum de procuratore in rem ſuam facto ex cauſa lucratiua quomodo noſtri intelligunt, potiùs quàm ex cauſa oneroſa, cũ verba illa *ſi quis in rem ſuam procurator interueniat*, ſint omnino generalia, & eò magis ad procuratorem ex cauſa oneroſa coarctanda, quod in rem ſuam procurator conſtitui ea ex cauſa ſoleat frequentius quàm ex lucratiua. Item quòd ſecundum noſtrorum interpretationem fatendum ſit Vlpianum eum caſum prætermiſiſſe qui præcipue tractandus erat, ſi procurator in rem ſuã ex cauſa oneroſa interuenerit. Nec dici poteſt, ideò ſupplendam Vlpiani ſententiam ex Caio in *l. ſeq.* Apparet enim tam ex præcedentibus quàm ex ſequentibus id agere Vlpianum, vt ea omnia diligenter explicet quæ pertinent ad interpretationem edicti De procuratore alieno nomine agente: Quis ergo credat fuiſſe mancum aut tam obſcurum in eo quod erat vel maximi momenti? Planè non ſolùm accommodatum fuit, ſed etiam penè neceſſarium, Vlpiani cõtextum interpolare, & ex Caio interſerere quod ſcriptũ eſt in *d. l. ſi quis*, non eſſe verum generaliter quod Vlpianus dixerat, ſi quis procurator in rem ſuam factus ſit, eum debere defenſionem illius ſuſcipere cuius nomine agit. Id enim fallere ſi non procuratorio ſed proprio nomine agat, vt puta emptor hereditatis qui poſt Diui Pij reſcriptũ vtiles ex propria perſona actiones haber,

bet, *l. ſi cũ emptore 16. de pac.* Hoc verò Vlpianus prętermiſerat, non quòd ad rem nõ faceret, ſed quoniã interpretabatur verba edicti ad eum tantùm caſum pertinẽtia, quo procurator alieno nomine experiatur. Sic enim habent, *cuius nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit, d. l. ſeruũ §. aut Prætor.* Sed me omniũ maximè illud mouet, quòd in emptore hereditatis Caius exemplum ponit. Quid enim erat neceſſe potius, quàm in ſimplici nudóque mandatario licet in rem ſuam conſtituto, ſi de illo tantùm agebat qui in rem ſuam procurator eſſet conſtitutus? Nam & is cui mandatæ ſunt actiones à debitore ſuo ad exigendam ſolutionem, ęque dicitur procurator in rem ſuã conſtitutus vt agere poſſit procuratorio nomine ex cauſa oneroſa, tametſi ceſſio nominis nulla facta ſit, vt docuimus ſupra *c. 6. ad l. 2. C. de nouat.* Et tamen in eo differt ab illo cui nomen ceſſum & in ſolutum datum eſſet, quòd ille non tantùm procuratorio ſed etiam proprio ſi mallet nomine agere poſſet. Igitur quod Cuiacius nominatim loquitur de emptore hereditatis, oſtendit ſatis tractare illum de procuratore in rem ſuã dato qui alio quàm procuratorio nomine, id eſt ſuo proprio & agere poſſit, & agat. Accedit quòd etiam in hereditatis emptore diſtinguẽdum ait Caius, an negotium geſtum ſit in fraudem eorum qui inuicem agere vellent, an non. Atqui nõ eſſet ea diſtinctio neceſſaria ſi poneres emptorem non niſi procuratorio nomine agere. Hoc ipſum enim ſufficit vt cogatur venditorem defendere, tametſi fraus nulla interuenerit, cùm agens procuratorio nomine, agat ex perſona venditoris, licet in rẽ ſuam, ideóque verbis edicti teneatur, *d. §. aut Prætor. & §. vlt.* Tum demùm igitur de fraude quærendum eſt cùm ſtricta iuris ratio emptori fauet ne venditorem defendere cogatur, id eſt eum proprio nomine agit non procuratorio: quo caſu ratio verbáq. edicti ceſſant. Denique nullus alius iuris locus eſt, quo probari poſſit eum qui procurator in rem ſuam factus eſt, licet ex cauſa oneroſa ſi agat procuratorio nomine cogendũ nõ eſſe vt autoris ſui defenſionem ſuſcipiat, ſed quotquot leges ſunt quæ de huiuſmodi procuratore loquuntur, obligant eum ad ſuſcipiendam defenſionem, non adhibita ea diſtinctione, an lucratiua cauſa interuenerit, an oneroſa. Præſertim *d. §. vltim. l. ſeruum, & l. pater 70. eod.* quæ licet tractet de mãdata actione ex cauſa legati, aut fideicommiſſi quæ lucratiua eſt, non tamen illam habet rationem ſed longè aliam quàm Scæuola ſuo more in proponenda quęſtione iis verbis perſtringit, *cùm tam tutelæ actio quàm pecunia credita ex hereditate Sempronij deſcendant.* Ex qua infert non aliter mandatã actionem ei dari debere quàm ſi defendat heredes à quibus mandata fuit. Obſerua autem non ita loqui Scęuolam vt dicat, nõ eſſe permittendum legatario aut fideicommiſſario nominis vt agat cõtra debitorem quin defendat heredes, ſed non eſſe ferendum vt agat mandata actione id eſt procuratorio nomine. Nã ſi proprio agere vellet, id eſt vtili actione propoſita, quæ hodie poſt reſcriptum Diui Pij cõpetit, *d. l. ſi cum emptore 16. de pact. iunct. l. ex legato 18. C. de leg.* poſſet vtique, nec heredes defendere cogeretur, ſi non in fraudem actionis tutelæ factum eſſet legatũ aut fideicommiſſum. Hæc enim exceptio addenda eſſet, *arg. d. l. ſi quis.* Niſi fortè quis dicat quod ego arbitror probabilius, licet à nemine adhuc obſeruatum, fuiſſe hac in re differentiam inter legatum & fideicommiſſum nominis, quod ex legato nominis vtilis actio competere poſſit legatario, non item fideicõmiſſario ex fideicõmiſſo, quia toto iure vetere fideicommiſſi natura illa fuit vt accipi deberet per manus heredis, nec quicquam iuris in eo haberet fideicommiſſarius ante traditionem, vt docuimus li. 6. cap. 1. Porrò in nominibus quæ ſunt iura & incorporalia, nihil eſt quod traditionis loco eſſe poſſit præterquàm ſi actio mãdetur quæ aduerſus debitorem competebat, quemadmodum in ſeruitutibus cõſtituendis dicimus patientiam pro traditione haberi *l. 3. §. ſi iter D. de act. emp.* Ideóque ni fallor Scęuolam *d. l. pater.* de fideicõmiſſo loquitur non de legato. At contra, lex ex legato de legato nominis nõ de fide. commiſſo. Nec quod iam olim obtinebat vt per omnia exæquata eſſent legata fideicõmiſſis ſingularibus. *l. 1. de legat.* 1. ad rem pertinet. Id enim lõgè diuerſam habet interpretationem, quam nos attulimus dict. c. 1. Neque rurſum pugnat quod Vlpianus in *d. §. ſi cum legitima* ſeparat euidenter ceſſionẽ factam ex cauſa lucratiua ab ea quæ facta ſit ex cauſa oneroſa. Separat enim in ea quæſtione illa quam nos proximo capite agitauimus, An exceptio doli aliáve ſimilis quæ obiici poſſet in cedentis perſonam, obiici poſſit ceſſionario: non autem in illa, quã nunc tractamus, an in cauſa reconuentionis cogatur mandatarius actionis in rem ſuam conſtitutus mandantem defendere. Quæ quæſtio tantùm ab illa differt quantùm reconuentio diſtat ab exceptione. Sed neque ſeparat Vlpianus eo loco cauſam lucratiuam ab oneroſa, in illum caſum de quo quęrimus, id eſt cùm ceſſionarius mandatis actionibus, & ex perſona cedentis experitur. Iam enim ſuperiori capite diximus, tùm cogi ceſſionariũ eaſdem omnino pati exceptiones quas cedens ipſe pateretur, ſiue ex lucratiua cauſa ſiue ex oneroſa ceſſio facta ſit. Eadem prorſus ratione, qua nos nunc contendimus cogi procuratorem qui mandatas licet in rem ſuam exercet actiones mãdatorẽ defendere, quòd non ſuo ſed mãdãtis agat nomine. Tũ igitur locũ habet illa diſtinctio an cauſa lucratiua interuenerit an oneroſa, cùm ceſſionarius ſuo nomine & vtilibus actionib. experitur: Quo tamen caſu fatentur noſtri omnes, nõ eſſe cogendũ procuratorẽ in rem ſuã, vt tutoris ſui defenſionẽ ſuſcipiat, nec ſi lucratiuã cauſam habeat, niſi fraus interuenerit, vt initio capitis retulimus. Omnes inquam hoc fatentur, excepto Caſtrẽſi qui ex contrario ſcripſit nihil intereſſe directámne actionem ceſſionarius exerceat an vtilem, ſed tantũ an lucratiua cauſa fuerit ceſſionis, an oneroſa: quo ineptius dici nihil potuit. Ratio. a. diuerſitatis meo iudicio illa eſt, quòd facilius ſit, vt quoquomodo cõuẽto reo excipiendi, quàm recõueniẽdi facultas detur. Eſt enim reconuentio noua actio, licet per reum proponatur: nec vlla fit actori iniuria cùm iiſdem exceptionibus repellitur, quibus repelleretur is à quo cauſam habet, licet ſuo nõ autoris ſui nomine agat. fieret verò ſi eũ quoq. defẽdere cogeretur. Quã ob cauſam factũ etiã putẽ vt nullo Prætoris edicto opus fuerit ad inducendũ, vt exceptio quæ cõtra cedentem competitura erat, ceſſionario, licet in rem ſuã & ſuo nomine agenti, poſſet obiici. At opus fuit, vt illo etiã caſu quo nec in rem ſuam nec ſuo nomine ageret, ſed alieno & procuratorio, mandatorem defendere cogeretur. Quid ergo, inquies, an nullo modo intererit cum agetur procuratorio nomine, vtrum lucratiua cauſa interuenerit an oneroſa? Imò intererit, nõ quòd ad regulã, quæ illa eſt, vt quiſquis procuratorio nomine agit, quãuis in rẽ ſuã cogatur mandatorem defendere: ſed quod ad exceptionem illam quam Vlp. ponit in *d. §. vlt. l. ſeruum, niſi fortè ex neceſſitate factus fuerit.* Nam & qui ex neceſſitate

Digitized by Google

factus eſt in rem ſuam procurator, id eſt, vt ſupra interpretati ſumus, qui non aliter ſuum conſequi potuit, quàm ſi mandatas ſuſciperet & exerceret actiones, ſi lucratiuam cauſam habuit omnimodo cogendus eſt autorem ſuum defendere: Nempe quia initio inſpecto nec videri poteſt procurator in rem ſuã factus *ex neceſſitate*, cùm neq. in eũ conferri liberalitatem, neq. collatam ipſum agnoſcere fuerit neceſſe. Eiúſque rei argumentum & exemplum apertiſſimum extat in *d.l.pater 70.de procurat.* vbi agitur de fideicommiſſario nominis, cui ad fideicommiſſum conſequendum neceſſe fuit ab heredibus creditoris mãdari actiones aduerſus debitorem, cùm vtiles ex propria perſona nullas haberet, quemadmodum diximus, nec eò minùs tamen placet Scæuolæ cogendum illum heredes creditoris, qui & tutor debitoris fuerat in tutelæ actione defendere. Ex quo magis apparet quàm ineptè noſtri faciant, qui regulam ab Vlpiano traditam verbis illis generalibus, *ſi quis in rem ſuam procurator interueniat, adhuc erit dicendum debere eum defendere.* ad eos ſolos procuratores coarctant, qui ex cauſa lucratiua non etiam ex oneroſa in rem ſuam ſint conſtituti: cùm tamen ſubiecta exceptio, *niſi fortè ex neceſſitate fuerit factus*, quę de regula eſſe deberet, nonniſi ad eos accõmudari poſſit, qui ex cauſa oneroſa mandatas ab aliis actiones ſuſceperunt. Planè tametſi de iis expreſſim Vlpianus tractaſſet dũtaxat, qui ex cauſa oneroſa alienæ actionis exercendæ mandatum ſuſcepiſſent, ineptè tamen faceres ſi ex eo inferres: Aliud ergo illum exiſtimaſſe in iis procuratoribus qui lucratiuam cauſam haberent. Nemo enim dubitat, vel tacente Vlpiano, quin longè maiori ratione cogendi ſint iſti vt eum defendant, cuius nomine experiuntur. Et hæc quidẽ dixiſſe ſufficiat de quæſtione iſta in qua nihil noſtros vidiſſe videbit quiſquis eos videre volet, deceptos nimirum corrupta lectione vnius illius loci quẽ nos emendamus, nec animaduertentes fieri nõ poſſe, quin ſi locus eo quo diximus modo non emendetur, futurum omnino ſit, vt Caius non ſolùm cum iuris ratione verbiſq; edicti pugnet, ſed etiam cum Vlpiano in *d.§.vlt.l.33.proximè præcedentis.*

Exceptio qua obſtabat deleganti an & quando obſtet ei cui facta eſt delegatio. Et emendatio §.apud Iulianum l.4. D.de dol.except.

Cap. XI.

HVcuſque diximus de nominis ceſſione: Nunc de delegatione aliquid ſubiiciendum eſt quod ab inſtituta diſputatione non ſit alienum, cõſtat autem in eo differre ceſſionem nominis à delegatione quòd delegatio debiti niſi conſentiente & ſtipulanti promittente debitore iure perfici non poteſt. Nominis autem ceſſio ſiue per vẽditionem ſiue qua alia ratione fiat, & ignorante & inuito eo aduerſus quem actiones mandantur contrahi ſolet, *lege prima, Codice de nouat.* Qua ex differentia illa etiam naſcitur, vt qui inuitus aut ignorans ceſſus eſt, ſaluas plerumque habeat exceptiones contra ceſſionariũ, quas aduerſus cedentem ipſum erat habiturus, non ſolùm ſi agat ceſſionarius ex perſona cedentis, ſed etiam ſi ex propria vtilibúſque actionibus ſibi poſt reſcriptum Diui Pij competentibus, ſecundùm eam tamen diſtinctionem, quam nos ſuprà expoſuimus capit. 9. Qui verò delegatus eſt, nulla omnino exceptione vti poteſt aduerſus eum cui facta eſt delegatio, quámuis aduerſus delegantem anteà vti potuiſſet, *l.ſi quis delegauerit 12. D.de nouat. & delegat.* vbi rationem Paulus reddit, quòd qui ſe paſſus eſt delegari cum ſciret competere ſibi exceptionem, videatur ſimilis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur. Sed etſi per ignorantiam promiſerit creditori, idem eſſe ait vt nulla exceptione iuuari debeat aduerſus creditorem, quia ille ſuum recepit, cum delegatio ſolutionis locum & inſtar obtineat, perindéque liberet delegãtem qui erat debitor, ac ſi verè ſoluiſſet, *l.3.in fin. C.eod.l.quamuis 8.§.interdum. D.ad SC Velleian.* Iuris enim regula eſt repetitionem nullam eſſe ab eo qui ſuum recepit licet alius ſoluerit quàm qui debebat, *l. repetitio 44. de cõdict.indeb.* Quid ergo ſi citra delegationem ceſſio nominis facta ſit ſciente & conſentiente debitore? Siquidem fieri poteſt vt ceſſioni conſentiat debitor, neque tamen delegatus videri debeat, quoniam delegationem non conſenſus facit, ſed ſtipulatio *d.l.niſi ſi ſari delegans non poſſit*, quòd cùm euenit ſcripturam nutúmue interueniſſe ſufficit, *l.delegare 17. D. eodem.* An eo caſu eadem erit cauſa ceſſionarij, quæ eius cui facta delegatio eſt, vt nulla exceptione repellendus ſit? Erit vtique ſi exceptionem ſibi cõpetere debitor nõ ignorauit. Eadem enim ratio hîc locum habet quã Paulus probat facta delegatione, quòd qui ſe cedi conſentiit cùm ſciret tutum ſe exceptione, remiſiſſe exceptionem videatur ſi modò ceſſionarius talis eſt qui vtilem ex ſua perſona actionem exercere poſſit. Videtur enim conſenſus ille, cũ expreſſus eſt, id operari debere vt debitori commodum priſtinæ exceptionis eripiat, quaſi quodam cõtractu inter debitorẽ ceſſum & ceſſionariũ interpoſito. Ne alioqui aut fruſtrà, aut fraudandi ceſſionarij gratia conſenſus ille debitoris expreſſus videatur, cùm ſit credibile creditoris creditorem eundémque ceſſionarium qui debitoris ceſſi conſenſum habere voluit non aliter fuiſſe contracturum, nominiſque ceſſionem agniturum, verentem fortaſſe ne qua exceptione repelli poſſet. Sanè ſola ceſſi nominis ſciẽtia expreſſo conſenſu deſtituta nõ vſque adeò debitori nocebit vt exceptionis aduerſus cedentem ſi ageret competituræ beneficium ei adimat: quia & regulare eſt vt plus operetur conſenſus quã nuda ſciẽtia, *l.ſicut 8.§.nõ videatur. D.quib.mod pig.vel hyp.ſoluit.* Præſertim in ea re quæ fieri potuiſſet inuito quoque & ignorãte eo qui ſciuiſſe proponitur. Id enim eſt quod dici ſolet eum qui ſciens tacet non videri conſentire, ſi contradicere non potuit quominùs etiam inuito ſe fieret quod fieri ſciuit, *l. Caius Seius 39. D.de pignor.act.l.Titius 8.in fin. D.de reſcin.vendit.* quamuis ſibi noceat ſi expreſſim conſentiat, *l.fideiuſſor 26.§.1.in fi. D.de pign.l.apud Celſum 4.§.quæſitum 1. D.de dolo excep.* At ſi exceptionem ſibi competẽtem ignorauit debitor, cùm ceſſioni expreſſim conſentiit, non eſt æquum vt eodem iure cenſeatur, quo ſi facta eſſet delegatio, quia cùm per eiuſmodi ceſſionem etiam conſentiente debitore ceſſo factã, non ſit liberatus cedens à ceſſionario qui ſaluam in cedentem habet priſtinam actionem, cõſequens eſt vt hîc locum nõ habeat ratio illa qua mouetur Paulus cum delegatio facta eſt, *quia ille ſuũ recepit.* Qua ratione ceſſante, facit pro debitore ceſſo qui per ignorantiam ceſſioni conſentiit, quòd eius facilitatẽ & imprudentiam circumueniri non oportcat. Adeò vt nec diſtinguendum ſit meo iudicio an probabilis ignorantia fuerit, nécne, hoc eſt an ex proprio an ex alieno facto deſcendat, cùm ſatis ſupérque ſit iuris rationem facere pro ceſſo debitore, nec in damno vllo morari creditorem. Quemadmodum ex cõtrario facta delegatione nec ſcientiam ab ignoranlia di-

tia diſtinguimus, nec ignorantiã probabilẽ ab improbabili, ſed omnimodo tuentur eũ cui delegatio facta eſt vt nulla exceptione repelli poſſit. In quo miri ſunt noſtri interpretes, diſtinguentes, vt in ceſſione, an delegatio facta ſit ex cauſa lucratiua an ex onerosa. Itẽ an delegatus ſciuerit exceptionem ſibi cõpetere an ignorauerit. Sic.n. Dynus diſtinguebat, quẽ Bar. refert & probat *ad l. doli 19. D. de nouat. ex l. 2. §. aliud iuris. D. de donat. l. Iulianus 7. 1. reſponſ. D de dol. excep.* Qui tamẽ loci nõ de vero debitore delegato tractãt de quo nos diſputamus ſed de putatiuo, vt & Bart. fatetur ad *d. l. ſi quis delegauerit.* At longè alia putatiui alia veri debitoris delegati ratio eſt. Facilius enim ſuccurritur delegato qui nullomodo debitor fuit, quàm ei qui reuera fuit licet haberet exceptionem. Item tractant de delegatione facta donandi animo, id eſt ei cui delegans donare volebat, & conſequenter qui nondum erat creditor ne quidem ex cauſa lucratiua cùm necdum vlla eſſet donatio. In quo non poteſt locum habere ratio qua Paulus mouetur, *quia ſuum recepit.* ſiquidẽ fieri nequeat vt ſuum receperit qui creditor non fuit. Nam & ſub condicione facta videtur illa donatio ſi debitor ſit qui donandi animo tãquam debitor delegatur, *arg. l. ſi ſic 75. §. 1. de leg. 1. l. legaui 25. in fin. de liber. legat.* Addebat Dynus poſſe exceptionem quæ competebat aduerſus delegantem ei quoque nocere cui facta eſt delegatio ſi eadem cauſa ſit cõcedendæ aduerſus vtrumque exceptionis, vt puta ſi mulier quæ pro alio interceſſerat iuuarique Velleiano poterat delegari ſe paſſa ſit. Nam & aduerſus creditorem ex delegatione agẽtem eadem ipſi exceptio proderit, *d. l. doli. §. diuerſum. & l. quamuis 8. §. ſi mulier. ad S.C. Velleian.* vbi ratio redditur, quoniam in ſecunda quoque promiſſione interceſſio eſt. Sed hoc ad rem non pertinet. Nam quemadmodum duplex illo caſu interceſſio eſt, ita & conſequens ſit vt alia ſit exceptio quæ competebat aduerſus delegãtem, alia quæ nunc competit aduerſus eum cui facta fuit delegatio: quamuis eadem ſit genere, quod nec Bartolus prætermiſit. Illa tantũ diſtinctio probari poteſt, An exactionis quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuerſurum ſit necne, vt ſi reuerſurum ſit vno illo caſu, nec alio præterea vllo noceat ei cui delegatio facta eſt, exceptio quæ deleganti erat nocitura. *Ex l. apud Celſum 4. §. apud Iulianum 22. & l. ſeq. §. penult. D. de dol. mal. except.* Ratione illa, quòd qui agit ſuo nomine ad alienum commodum perinde habendus ſit acſi alieno nomine ageret, *l. non ſolum 29. §. ſed interdum. de procurat.* Obſerua tamen in *d. §.* apud Iulianum mendum ſubeſſe in poſtremis illis verbis, *licet videatur dos nulla filia, vt ait, quari.* Nõ enim *nulla* legendum eſt, ſed *illa*, vt apertiſſimũ eſt, & præcedentia omnino probãt quæ ſic habent, *dos enim quam maritus ab herede ſoceri petit, intelligitur, inquit, filia acquiri cùm per hoc dotem ſit habitura.* Ex quibus verbis vt hoc etiam addamus apparet errare Bartolum, Zaſium, & cæteros quotquot Accurſium ſecuti eum locum intelligunt de marito poſt diuortium dotem exigente. Maritum enim & dotem cùm ſimpliciter dicimus conſtante matrimonio intelligimus, quippe quo ſoluto nec maritus amplius nec dos dici debeat. At neq. verũ eſſet quod *eo. §.* ſubiicitur, etiã de dolo mariti excipi poſſe. Nã cùm poſt diuortium dos petitur cur noceat mulieri dolus mariti, qui nullum ampliùs in dote ius habet? Atqui, inquies, apertè iniquum & falſum eſt ſi maritus dotem petat conſtante matrimonio nocere ipſi exceptionem doli ex perſona mulieris, vt in *§. præcedente* Vlpian. dixerat, rationem afferens *ne mulier indotata fiat*, id eſt ne iniuria fiat marito, qui dotem petit, non ducturus vxorem niſi dotem accepiſſet. Sic enim ratio illa explicanda eſt ex Paulo in *dict. l. 1. §. penultim eod.* non quomodo volunt, qui putant cogitaſſe Vlpianum de damno mulieris quod ipſa incurreret ſi indotata conſtitueretur. Cur non enim ei imputari oporteat ſi ex dolo ſuo damnum ſentiat? Verùm reſpondeo tùm verè id dici cùm de ſolius mulieris dolo contra maritum exciperetur. Quem caſum Vlpianus tractat in *d. §. præcedenti.* & Paulus in *d. §. penult.* At in *§. apud Iulianum*, quæſtio illa proponitur, ſi heres ſoceri à quo dos peteretur, exciperet de dolo mariti & mulieris cui pecunia quæreretur an obſtatura eſſet exceptio ex perſona mulieris. Tractabat igitur Iulianus eam facti ſpeciem in qua non de ſolius mulieris, ſed etiam de mariti dolo excipiebatur, quo caſu ceſſat fauor ille mariti ſuo nomine dotem exigentis, cùm is ipſe dolum commiſerit, vt nec mirũ videri debeat ſi nõ tantùm ex proprio ſed etiã ex mulieris dolo per exceptionem repellatur. Dices ſuperuacuam fore quæſtionem illam vtrum ex mulieris dolo repelli debeat ſi ex ſuo proprio repelli poſſit. Imo verò, inquam, vtilis eſt & neceſſaria, non vt magis condemnetur maritus ex dolo mulieris ſi iam ex proprio fuit condemnandus, ſed quia de admittendis aut reiiciendis exceptionibus tum quærendum eſt, cùm proponuntur, priuſquàm de facti veritate cognitum ſit & ad cõdemnationem veniatur. Proinde intereſt mariti cui exceptio doli non tantùm ex propria, ſed etiam ex vxoris perſona obiicitur, illud primum ſciri, an ea exceptio ex perſona mulieris admittẽda ſit, ne inanibus oneretur ſumptibus quos ad eiuſmodi exceptionem refellendam fieri neceſſe eſſet, in illa facti quæſtione diſcutiẽda dolúmne mulier cõmiſiſſet necne. Quod cùm ita ſit illud quoque mirari ſubit, quòd Vlpianus miretur Iulianum non explicaſſe an & de dolo mariti excipi poſſit. Nam ſi Iulianus eum caſum tractabat, vt diximus, quo excipiebat heres ſoceri de dolo mariti vxoríſque coniunctim, adeóq; non dubitabat quin propter concurrentem mariti dolum de mulieris quoque dolo admittẽda exceptio eſſet, an dubitare poterat, quin de ipſius mariti dolo multò magis excipere liceret? Illa enim dubitandi ratio quòd filiæ dos quæri videretur, facere nõ poterat vt eò minùs repelli deberet maritus agens ſuo nõ vxoris nomine, præſertim cùm vxoris quoque dolus interueniſſet: ſicuti quod maritus conſtante matrimonio dotem petens agit ſuo nomine ſuúmque gerit negorium, non facit quin doli exceptione ſit repellendus etiam ex perſona mulieris cùm ipſe quoque dolum admiſit. Itaque ea additio Vlpiani, *puto autem hoc ſentire vt etiam de dolo mariti noceat exceptio*, vera quidem eſt, ſed tamen parum ſubtilis, neceſſaria verò nullomodo. Similiſque eſt pleriſque notis Pauli ad Iabolenum & Papinianum quas reprehendendi ſtudio potiùs quàm ratione vlla vt plurimùm expreſſas eſſe apparet, & nos ſi meminimus, alio loco monuimus.

Anaſtaſii conſtitutionem in l. per diuerſas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illæ ſint.

CAPVT XII.

PEreelebrem hanc Anaſtaſij conſtitutionem quæ de improbandis actionum venditionibus facta eſt non pertinere ad indubitatas actiones, etſi non eſt ex interpretibus qui fateatur, tamen ipſa Conſtitutionis verba non obſcurè præ ſe ferunt, expoſita

Digitized by Google

enim per Anaſtaſium initio legis ratione propter quam nouum ius hac parte conſtituendum putauerit, nimirum vt multorum nō fraudibus ſed malitiis occurreret qui alienis rebus fortunisque inhiantes, ceſſionem aliis competentium actionum ambiunt, eóque modo diuerſis vexationibus perſonas litigatorum afficiunt, ſubiicit in hęc verba, *cum certum ſit pro indubitatis obligationibus eos magis quibus antè ſuppetebant iura ſua vindicare quàm ad alios ea trāſferre velle*. Quæ verba ſic omnino accipienda exiſtimo, vt ſenſus ſit, dubitandū non eſſe quin ſi quis ius obligationis & actionis ſibi competens adeo certū & indubitatum crederet vt nullam eo nomine litē vereretur, magis vtiq; debitum ipſe exigere quàm alij exigēdum mandare vellet: ſibi enim quiſq. magis quā alij fauere & ſolet & debet. Quoties igitur quis actionem ſuam vendit alteri, credendum eſt, inquit Anaſtaſius, id eū agere vt aduerſarij quem velut futurū litigatorem iam oderit, perſonam grauiori afficiat vexatione. Ergo ſi proponas obligationem & actionem quæ venditi titulo ceſſa eſt, adeo certā & indubitatam fuiſſe vt litis periculum nullum fuerit, cauſa nulla eſt cur ceſſante legis Anaſtaſiæ ratione conſtitutionem illam locum habere quis putet. Noſtri autem eodem illo verſiculo mouentur, vt prorſus contraria interpretatione nō niſi de indubitatis actionibus Anaſtaſium ſenſiſſe arbitrentur. Quaſi ſenſus ſit, eos qui indubitatas vendūt actiones id potius agere vt ſua iura per interpoſitam ſimulatè emptoris perſonam vindicent, quàm vt ea in alios trāſferant. Itaq. venditiones iſtas non alio quàm ſimulationis prætextu ab Anaſtaſio improbari exiſtimant, acſi vēditionis color in huiuſmodi cōtractibus quæreretur ab iis qui nihil minùs cogitent, quàm vt vēdant, hoc vnum potiùs animo agitantes vt per ſimulationem ſuppoſito emptore aduerſariū grauiùs inquietent, & excrucient. Quod tamen quàm ridiculè ab iis dicatur, vel ex eo maximè conſtat, quòd nō odio venditorum mouetur Anaſtaſius, ſed emptorū, quos & alienarum litium redemptores vocat, & alienis rebus fortunisque inhiantes. Item quòd in tota lege de ſimulatione argumentum ne vnum quidē. Nam verba illa quæ noſtros, ni fallor, fefellerunt, *licet inſtrumento ceſsionis, venditionis nomen inſertum ſit*, non eo ſenſu accipi debent acſi ſcriptum eſſet venditionis nomen hoc caſu ſimulatè inſertum intelligi, ſed ita potiùs vt quāuis vera ſit actionis venditio, quæ inſpecto iure omnino valere debeat, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. D. & C.* non tamen ex ea licet emptori agere niſi ad concurrentem vſq. quātitatem precij re vera ſoluti eiúſque vſurarū. Nempe quod redemptiones iſtas mala mente & alterius vexandi gratia extortas æquū ſit ita reſtringi, nō vt omnino improbentur, ſed vt eatenus tamū probētur quatenus abeſt emptori, ne ex improba negotiatione quicquam lucri conſequatur. Ita enim poſito iure vix eſt vt alienam litem redimere velit, qui nihil ex ea commodi ſperare poſſit. Quamquam abhorret manifeſtè ius hoc à natura venditionis, quæ illa eſt vt ius omne quod fuit penes venditorē transferat in emptorem, licet multò pluris ſit res vendita quàm quāti conuēto precio æſtimata eſt. Id enim eſt quod dici ſolet, In emendo & vendendo licere contrahētibus naturaliter ſe decipere, *l. in cauſa 16. §. idē Pomponius D. de minor. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vend.* Sed vt coerceatur iſtiuſmodi redemptorum audacia, puniatúrque nō fraus quæ nulla hîc ſubeſt, ſed malitia, æquiſſimum fuit ita ius cōſtitui vt à cæterarū vēditionum regulis hac parte recederetur. Ex quo etiā apparet quàm imperitè faciant qui ea conſtitutione Anaſtaſiana ſublatū putant titulum *de action. vend.* Neq. enim prohibuit Anaſtaſius vendi actiones, ſed prohibuit cum animo redimendarum alienarum litium: quod quoniā nō aliter fieri poteſt quā ſi minus iuſto precio empta ſit actio, vetuit ne ſuprà quā precij nomine ſolutum eſt poſſit emptor exercere actionem. Ceterum quin ad eā vſq. quātitatem exercere poſſit, & quidē emptoris iure, nō prohibuit. Ergo nec fecit quin eatenus valeat vēditio, emptióque quatenus precium reuera numeratum eſt. At nihil eſt quod iam abſurdum noſtrorum errorē magis detegat, quàm quod indubitatas actiones ipſi interpretantur quæ in iudicium nondum ſint deductæ, ita exiſtimantes non eſſe conſtitutioni locum ſi vendatur actio quæ in iudicium iam deducta ſit, non quòd ea venditio magis valeat, ſed quia tractatus ille de litigioſa actione vendita pertineat potiùs ad titulū de litigioſis. Sūt qui reprehendant, ſed ineptiore ratione, quòd, inquiunt, titulus ille *de litigioſ.* ad actiones nō pertineat, Omnino malè. Pertinet enim, idq. ex Cōſtantini, Gratiani & Iuſtiniani conſtitutionibus in *l. 2. 3. & 4. C. eo. tit.* Multùm verò intereſt an actio quæ venditur litigioſa ſit necne. Nam cùm litigioſa eſt nullo titulo alienari poteſt. *l. vl. C. eod.* cùm nondum eſt litigioſa alienari quocumque titulo poteſt, & conſequenter vendi, ſed ad concurrentem vſque duntaxat vt diximus conuenti precij quantitatem. An igitur in omnibus iis actionibus quæ in iudicium adductæ non ſunt ſi venditæ proponantur locus erit legi Anaſtaſianæ vt vulgo creditur? Atqui non eò minus dubia eſt actio quod nondum in iudicium deducta ſit; vt puta ſi ex ambiguo chyrographo competat, de quo in *l. 3. C. de litig.* Ergo non omnis actio quæ in iudicium deducta non ſit indubitata dici poteſt. Ac proinde ſi pertinet ea lex ad indubitatas tantùm obligationes & actiones, impunè vendetur quocumq. precio illa, quæ cōpetet ex ambiguo chyrographo. Quod tamen quàm ridiculum ſit nemo non videt. Si quo enim caſu, hoc vno certè quo venditur actio competens ex ambiguo chyrographo, imputari poteſt emptori cui emerit, quia litem potius redemiſſe quamuis nondum inſtitutam, quàm actionem cōparaſſe videatur. At rurſum prorſus improbabile eſt quod noſtri volunt, improbatas eſſe generaliter actionum omnium quæ nondū fuerint in iudicium deductæ, venditiones, Alioqui cùm neceſſe ſit omnes quæcumque vendi poſſunt vel in iudicium deductas eſſe vel non eſſe, conſequens fiet vt nullæ vnquā vendi poſſint, obſtante nimirum vel Anaſtaſiana lege vel iis cōſtitutionibus quas ſub *tit. C. de litig.* diximus collocatas. Porro nimis illud durū eſt, nec ſolùm à iuris ratione ſed etiā ab Anaſtaſij conſilio & mente alienū, vt earū quoq. actionū venditio reſtringatur quæ ſint indubitatæ, id eſt, vt ego quidem interpretādum eſſe arbitror, quæ ſunt adeò certæ & exploratæ vt de iis nulla lis timeri poſſit. In iis nāque ceſſat ratio illa Anaſtaſij, quòd non poſſit non ſuſpecta eſſe venditori obligatio & actio quam ipſe malit vendere quàm exercere: Cùm indubitatā eam intelligamus quæ ne ſuſpecta quidem eſt, & de qua litis periculum nullum vereri venditor poteſt. Exemplum eſto ſi debitor cōfeſſus ſit ſe debere, nec quicquam alleget propter quod non debeat ſoluere. Indubitata enim eſt hæc actio non tantùm ſi extra iudicium talis confeſſio facta ſit, ſed etiam & multò magis ſi in iure & apud iudicem, quia confeſſus in iure pro iudicato habetur, *l. 1. & 3. l. certum 6. § vlt. de confeſſ.* Nec exiſtimandum eſt titulum de litigioſis

ad hu-

ad huiuſmodi actionis alienationem pertinere poſteaquàm per debitoris confeſſionem lis indubitata facta eſt, quandoquidem nec lis vlla cũ confeſſo eſſe intelligitur, ſicuti nec cum condemnato. Idem erit ſi venditio fiat actionis iudicati, cũ nulla amplius poſt iudicatum quæſtio ſupereſſet. Nam & ea quoque actio adeò indubitata eſt vt ſuper ea neque tranſigi neque iuſiurandum deferri poſſit. Niſi de hoc ipſo dubitetur an iudicatum ſit aut an à ſententia appellatum ſit, vel appellari adhuc poſſit. Quibus caſibus ſicut metu futuræ litis tranſigi adhuc poteſt, *l. & poſt rem 3. l. poſt rem 11. D. de tranſact. l. ſi cauſa cognita 32. C. eo. l. eleganter 27. §. 1. D. de condic. indeb.* ita nec putem valituram ceſſionem venditionémque actionis iudicati, quia non ſit indubitata, *dict. l. eleganter §. 1.* Poſſit etiam quis nõ malè meo iudicio dicere indubitatam quoque actionem eſſe ac proinde quocunque precio vtiliter & impunè vendi poſſe præſertim nondum mota lite, eam quæ competit ex inſtrumẽto obligatorio vt pragmatici vocant garentigiatũ, quoniam ſententię & condemnationis vim eiuſmodi inſtrumentum obtinet non iure communi ſed ex autoritate ſtatuti quo vtimur: Quamuis hoc ita putem accipiendum ſi debitor qui de venditione cõqueritur, nihil alleget quod dubitatam faciat actionem. Nam ſi vt quotidie fit, aliquid ſit quod litis euentum dubium conſtituat, pertinebit hic etiam caſus ad legem Anaſtaſianam. Quanquam eius litis quæ per iniuriam aut calumniam poteſt emergere, verius eſt rationem haberi non oportere, *l. in ſumma 65. §. prim. de cond. indeb. l. eo tempore 50. D. de pecul.* Idcircò autem indubitatæ actionis venditionem valere dicimus, non ſolùm quòd hoc caſu iuſta lis nulla metui poſſit, ſed etiam quòd plerumque contingat non eſſe debitori totius debiti numerationem in expedito ad ſoluendũ creditori qui præſenti forraſſis pecunia indigeat, fortè quia vel nõ ſit idoneus debitor vel abſit, *argum. l. ſi dubitet 10. D. de fideiuſſ.* quod cùm euenit, vtique ignoſcendum eſt creditori, ſi minore etiam precio indubitatam vendat actionem: Emptori verò etiam in conſequentias, ne iniuria fiat venditori ſi ex iuſta cauſa vẽditurus emptorem inuenire prohibeatur: vel eò magis quòd non poteſt videri alienam litem redemiſſe qui eam actionem emit cuius nomine nec vlla lis ſit, nec eſſe poſſit. Atqui ſiue prima ſiue poſtrema legis Anaſtaſianæ verba inſpicias, non niſi alienarum litium redemptoribus nocere Anaſtaſius voluit. Ideóq. & eas perſonas, & eos caſus excepit quibus redemptæ litis præſumptio locum habere non debeat: nimirũ tùm etiam cùm lis aliqua eſt, eáque non dubitata. Quod addo, ne quis hunc caſum quo actio indubitata eſt prætermiſſum putet, quem & ipſis verbis legis ſatis expreſſum iam probauimus, & ſi prætermiſſus eſſet ſuppleri tamen ex iuris ratione & Anaſtaſij mente debuiſſe.

Emendatio leg. ſi à te 9. D. de except. rei iudic.

CAPVT XIII.

SI à te, inquit Vlpianus, hereditatem petam cùm nihil poſſideres, deinde vbi cœperis aliquid poſſidere rurſus hereditatem petam, quæſtionis eſt an mihi noceat exceptio rei iudicatæ: & putem, inquit, ſiue iudicatum fuit hereditatem meam eſſe, ſiue aduerſarius quia nihil poſſidebat abſolutus eſt, non nocere exceptionem. Ac quidem quod ad eum caſum pertinet quo abſolutus ſis quia nihil poſſidebas, in promptu ratio eſt cur exceptioni locus eſſe non debeat. Nimirum, quoniam licet eandem nunc hereditatem petam quam petij alio iudicio in quo ſuccubui, aliud tamen ius eſt aliaque cauſa vincendi, cùm tu non tam viceris quàm abſolutus ſis, quia nihil poſſidebas, qui vtique fuiſſes condemnatus ſi quid poſſediſſes. *l. ſi rem meam 17. eodem tit.* Idque eſt quod in *l. ſi quis 18.* idem Vlpianus ait, ſi quis ad exhibẽdum egerit, deinde abſolutus fuerit aduerſarius, quia non poſſidebat, & dominus iterùm agat nacto aduerſario poſſeſſionem non eſſe locum exceptioni, *quia* inquit, *alia res eſt. l. cùm quæritur 12. & ſeqq. l. cũ de hoc 27. eodem.* Sed illud difficilius eſt quod ad alium caſum pertinet, quem Vlpianus tractat, ſi iudicatum fuerit hereditatem meam eſſe cùm tu nihil ex hereditate poſſideres. Quænam enim dubitandi ratio excogitari poteſt, cur hereditatem rurſus à te petere non poſſim, ſi quid poſteà cœperis poſſidere? An eò minùs licere mihi debet hereditatem petere, quòd iam cognitum ſit, & pronunciatum hereditatem meam eſſe? Imò tantò magis mihi permittendũ eſt vt ius meum perſequar de quo poſt ſententiam nec dubitari amplius poſſit. Dicat aliquis potuiſſe dubitari num poſt ſententiam pro me redditam obiici mihi deberet exceptio rei iudicatæ, quia licet dici ſoleat, euidenter iniquum eſſe rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum eſt *leg. euidenter 16. eod.* ea tamen ratio replicationem inducit aduerſus exceptionem, potiùs quàm vt exceptionem impediat, vt apparet *ex §. 1. huius legis, & ex §. creditor l. ſi fundus 15. D. de pignor.* At reſpondeo Vlpianum hîc non ita loqui vt dicat exceptionem rei iudicatæ competere quidem, ſed ita tamen vt per replicationem elidi poſſit: quinimò ait nõ nocere. Quod ego ſic omnino accipiendum exiſtimo vt oppoſita non noceat, quia nec competit, vt & in *leg. ſi in iudicio 21. hoc titul.* in illis verbis, *quia enim non competit, nec oppoſita nocet.* Et ſanè fatendum eſt ſiue pronũciatum ſit hereditatem meam eſſe, ſiue abſolutus ſis cùm vtroque caſu nihil poſſideres, ſi poſteà poſſidere cœperis, & rurſus hereditatem petam planè aliam rem eſſe, quæ nunc in iudicium deducitur: ideóq. nec exceptioni locũ eſſe poſſe. *d. l. ſi quis.* Eandem enim aut diuerſam rem cauſamve facit origo petitionis potiùs quàm formula ſententiæ, *l. ſi mater 11. §. eandem eod. tit.* At initio petieram à te hereditatem cùm nihil poſſideres, nunc peto, cùm poſſides: alia ergo petitio eſt: Nam ſi quis hereditatem petit ab eo qui nihil ex hereditate poſſidet, nihil petit: Qui verò hereditatem petit ab eo qui aliquid ex hereditate poſſidet, hoc ipſum petit quod reus poſſidet. Atqui ſunt iſta prorſus diſſimilia & diſparata nihil petere, & aliquid petere. Nihil ergo hac parte intereſſe poteſt, quod ad exceptionem rei iudicatę denegandam pertinet, an pronunciatum ſit hereditatem meam eſſe, an abſolutus ſis, ſi vtroq. caſu nihil poſſidebas ſententiæ tempore, nunc verò poſſides cum hereditatem peto. Niſi quòd lõgè minor, imò nulla prorſus dubitandi ratio eſt eo caſu quo pronunciatum ſit hereditatem meam eſſe: Quã ob cauſam vetus gloſſator ſic locum hunc intelligebat, vt ponendum eſſet te cùm hereditatem meã eſſe pronunciatum eſt, res quaſdam ex hereditate poſſediſſe, vt dubitandi ratio illa afferri poſſet, quòd tu earum rerum nomine quas tum poſſidebas cõdemnatus, in alijs omnibus abſolutus videreris. Quo quid ineptius? Nam pręter id quod Vlpianus apertè contra ponit petiiſſe me abs te hereditatem cùm tu nihil poſſideres, quęnam obſecro amentia iſta eſt ſic ratiocinari, vt quoniam earum rerum nomine quas

poſſidebas condemnatus fuiſti, abſolutus videare illarum etiam nomine quas non poſſidebas? Aut cur magis tibi prodeſſe debet quòd pro quibuſdam rebus quas poſſidebas fueris cõdemnatus, quàm ſi nullomodo condemnatus eſſes, cùm nihil omnino poſſideres? Itaque non dubito quin locus ſit corruptus, & ita reſtituendus, vt addita negatione legamus: *ſine iudicatum fuit hereditatem meam non eſſe*. Nam quẽadmodum de illo tantùm Vlpianus quærit an mihi noceàt rei iudicatæ exceptio, ita faciendum eſt nõ aliũ ab eo caſum tractari quã quo aduerſus me iudicatum ſit. Poteſt autem duobus modis fieri vt cõtra me iudicetur, ſi hereditatem petam à te qui nihil ex hereditate poſſides. Aut ita vt abſoluaris, quia nihil poſſides, aut ita vt pronuncietur hereditatem meam non eſſe: vtroque caſu placet Vlpiano idem iuris cõſtitui debere, vt ſi poſteà hereditarium aliquid poſſidere cœperis, & rurſus petam hereditatem, nõ ſubmouear exceptione rei iudicatæ. Ratione illa videlicet, quam ſuprà attulimus, quòd alia res ſit, quæ nũc in iudicium deducitur. Atqui, inquies, eadem manet cauſa vincendi: non enim qui rem hereditariam poſſidet, ob id ſolùm condemnandus eſt quòd poſſidet, ſed ita demum ſi hereditas ad actorem pertineat. Alioqui in pari cauſa melior eſſe deberet conditio poſſidentis, hoc ipſo quo poſſideret *l. vl. C. de rei vind. l. vlt. D. de acq. poſſ.* proinde cum pronũciatum eſt hereditatem meam non eſſe, parùm referre videtur an quid poſteà cœperis poſſidere an nihil, cũ prius ſit vt hereditas mea ſit quàm vt hereditatem poſſim à te petere. Et hoc ſanè eſt quod Accurſium fefellit, vt dixerit obſtare mihi debere exceptionem rei iudicatæ ſi pronunciatum ſit hereditatem meam nón eſſe. Fefellit etiam cæteros, vt mendum quod nos indicamus & corrigimus, animaduertere non potuerint, ſed Caſtrenſem maximè, qui alio etiã caſu nocituram mihi ait exceptionem iſtam, ſi inquit, abſolutus fueris ſimpliciter non adiecta illa cauſa, *quia nihil poſſidebas*. At cogitare omnes debuerunt, nec his quidem caſibus nocere poſſe exceptionẽ rei iudicatæ, quia cum tu prioris iudicij tẽpore nihil omnino poſſideres, tametſi ego hereditatẽ petierim, nihil tamen in iudiciũ deductũ vidratur, nec tã ego rem aliã ab ea quã nũc peto, quã nullã omnino petiiſſe. Quid. n. poſſit peti ah eo qui nihil poſſideat nec dolo deſierit poſſidere? Itaq. ſentẽtia cõtra me lata, qua pronunciatum eſt hereditatem meam non eſſe, aut qua tu ſimpliciter abſolutus es, non magis parere poteſt exceptionem rei iudicatæ quàm ſi nõ eſſet lata, cùm eo tempore quo lata eſt, nihil inter nos eſſet de quo diſceptare poſſemus. Eum ſiquidem qui petitione hereditatis ſicut & qui vindicatione cõuenitur, poſſeſſorem eſſe neceſſe eſt ſaltem ſententiæ tempore vt ſentẽntia ſiue pro eo ſiue contra eum ritè ferri poſſit *l. ſin autem 27. D. de rei vendicat.* Niſi dolo malo & cum ſciret ſe non poſſidere liti ſe obtulerit ſiue interrogatus fuerit an poſſideret ſiue non, *leg. is qui ſe obtulit 21. eod.* (poteſt enim fieri vt liti ſe reus offerat licet ab actore non interrogetur, in quo etiam Caſtrenſis errauit.) Quo caſu etiam ſi nihil poſſideat, hereditas tamen ab eo peti poteſt, quia vt habet iuris regula dolus pro poſſeſſione eſt. *l. nec vllam 13. §. non ſolùm D. de petit. hered.* Quamquam nec ad aliud teneri tunc reus poteſt quàm vt præſtet quanti actoris intereſt deceptum non eſſe, *l. penultim. D. de dolo.* non etiam vt quid reſtituere teneatur qui nihil habeat. Cæterum non hunc caſum Vlpianus tractat, quo tu qui nihil poſſidebas liti te obtuleris dolo malo acſi poſſediſſes, ſed illum potius quo negabas teneri te petitione hereditatis quòd nihil poſſideres. In eo namque differt petitio hereditatis à rei vindicatione, quòd vindicatio in rem ipſam proponitur, non in perſonã, nec alius in iudicio vindicationis reus eſt ſi veterem iudiciorum ritum ſpectes, quàm qui reuera poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere, aut ſe vltrò liti offert vt fundum defendat tanquam poſſeſſor. At petitio hereditatis in perſonam proponitur licet in rem ſcripta ſit, ob idque longi temporis præſcriptione remouetur, *leg. hereditatis 7. Cod. de petit. heredit.* Ideóque facilius in petitione hereditatis euenit vt is conueniatur, tanquam aliquid poſſidens hereditarium, qui neque poſſidet quicquam, neque dolo deſiit poſſidere, neque dicit ſe poſſeſſorem. Poteſt etiam fieri per iudicis imperitiam, aut ita ferente litis ordine vt non tantum abſoluat iudex poſſeſſorem qui hereditatis petitione perperàm conuentus eſt cùm nihil poſſideret, ſed etiam pronunciet, hereditatem petitoris nõ eſſe. Quod cum ſit, durior quidem eſt petitoris ſententia, ſed non tamen in eo vt faciliùs repelli debeat exceptione rei iudicatæ ſi poſteà petat hereditatem, cùm idem aduerſarius hereditarium aliquid poſſidere cœperit. In illo tantum durior videri poteſt, quòd ſi is qui res hereditarias quaſdam poſſidebat, ſed non omnes quæ petebãtur, non ſolùm abſolutus ſit earum nomine quas non poſſidebat, ſed etiam obtinuerit pro iis quas poſſidebat, pronunciante iudice hereditatem actoris nõ eſſe, danda illi erit exceptio ſi rurſum ob alias res quas poſt ſententiam poſſidere cœperit conueniatur petitione hereditatis. Neque enim alia res in ſequens iudicium deducta videri poteſt ob id duntaxat, quod nunc earum rerum nomine agatur quas reus non poſſidet, anteà verò non poſſidebat. Semper ſiquidem verum eſt hereditatem peti, quæ iam fuerat petita, nec poſſe actorem quicquam iuris habere in ea hereditate, quam pronunciatum ſit ſuã non eſſe. Aliud erit proculdubio ſi ponas reum qui plurium rerum nomine conueniebatur petitione hereditatis, abſolutum fuiſſe pro iis quas tùm non poſſidebat. Nam ſi eaſdem poſteà cœperit poſſidere, tantum abeſt vt proficere illi debeat rei iudicatæ exceptio, vt potiùs perinde nunc condemnari debeat, atque iam fuit condemnatus ob res eas quas prioris ſententiæ tẽpore poſſidebat: Cùm quæ priùs abſoluendi cauſa fuit, nunc ſublata ſit, eadem contrà manente cauſa condemnandi. Planè multum intererit, an pronunciatum ſit hereditatem meam nõ eſſe, an verò tuam eſſe, aut quod hac parte idem eſt, res illas quarum nomine petitionem hereditatis inſtituerã, ad te pertinere. Hoc enim poſteriore caſu omnimodo nocebit mihi exceptio, adeóq. tametſi nouum ius peruenerit ex quo poſſim cõtendere hereditatem aut res illas iure ad me ſpectare. Nempe quia nõ meum tantùm ſed cæterorum quoque omnium ius in iudicium deductum & per ſententiam extinctum intelligitur, hoc ipſo quo pronunciatum eſt hereditatem tuam eſſe, cùm res illa iudicata pro veritate habeatur, fieri autem nequeat vt vllius alterius ſit quod tuum eſt, *l. ſi inter me 15.* vbi eſt textus elegãs, *D. hoc tit.* Nec ſimile eſt quod in *l ſi mater 11. eod*, idem Vlp. noſter ait ſuccurrendum eſſe matri quæ filij ſucceſſionem ab inteſtato vindicans aduerſus eũ qui ſe dicebat ſubſtitutũ, victáque, quia patris teſtamentũ ruptũ non erat, eandem hereditatẽ vindicat apertis pupillaribus tabulis ex quibus apparuit victorem nõ fuiſſe ſubſtitutum. Illa enim ratio, *quia vnam tantùm cauſam egit rupti teſtamenti*, ideò

tantùm

Digitized by Google

tantùm recta eſt & accõmodata, quia etſi mater victa fuerat, non tamen pronunciatum erat hereditatem ad ſubſtitutum pertinere, ſed tantùm teſtamẽtum ruptum non eſſe, quo primum colore filij ſucceſſionem mater ab inteſtato vindicabat.

Explicatio §. 1. d. l. ſi à te 9. de except. rei iudic.

CAPVT XIV.

VLpiani verba hæc ſunt: *Si quis fundum quem putabat ſe poſsidere defenderit, mox emerit, re ſecundum petitorem iudicata, an reſtituere cogatur? Et ait Neratius, ſi actori iterum petẽti obijciatur exceptio rei iudicatæ replicare eum oportere de re ſecundum ſe iudicata.* Noſtri poſt Accurſium tres adferunt interpretationes. Primam illam vt qui fuit condemnatus fundi nomine quem non poſſidebat, ſi poſt condemnationem fundum emerit perinde cogatur eum reſtituere atq; ſi condemnationis tempore poſſediſſet, nec iuuare ſe poſſit exceptione rei iudicatæ, cùm ſit condemnatus. Secundã, vt reus ille tanquã poſſeſſor conuentus cùm nõ poſſideret abſolutus, poſteà verò poſſeſſor ex cauſa emptionis factus, tandem cõdemnatus fuerit. Tertiam, vt iudex eadem ſententia & reum abſoluerit, quia non poſſidebat & actoris rem eſſe pronunciauerit. Secundam Bartolus improbat, vt falſã, nec immeritò. Apertè enim Vlpianus ponit iudicatum fuiſſe ſecundum petitorẽ. Accurſius contra, priorem illam neſcio quam ſententiam comminiſcitur pro eo redditam aduerſus petitorem: Alias probat. Mihi omnes improbabiles videntur, ſed vltima præcipuè, quia nõ video qua ratione fieri poſſit, vt per eandem ſententiam & abſoluatur reus tanquam qui non poſſideat, & nihilominus actoris rem eſſe pronũtietur. Nam cùm in iudicio vindicationis vt in cæteris omnibus reum aliquem eſſe neceſſe ſit, alius autem eſſe non poſſit, quàm qui poſſidet habeátq; reſtituendi facultatem, *l. officiũ 9. & paſſ. de rei vend.* an non fatuus ſit iudex ſi nullo exiſtente contradictore velit pro actore pronunciare rẽ eius eſſe? Et verò dubitandum non eſt, quin quod Vlpianus ponit ſecũdum petitorem iudicatum fuiſſe, ita omnino accipi debeat, vt eadem ſententia reus condemnatus ſit, non abſolutus. Prima videtur magis placuiſſe Bartolo, qui textum hunc literis aureis ſcribendum dixit ad hoc vt probetur, ſententiam latã contra non poſſidentem tanquam poſſidentem ſi de nouo cœperit poſſidere, mandandam aduerſus eum executioni. Quod tamen non puto verè dici poſſe. Sententia enim prorſus nulla eſt, ideóque nec tranſire poteſt in rem iudicatam quæ contra non poſſeſſorem tanquam poſſeſſorem lata eſt, præſertim in iudicio vindicationis, cuius effectus ille, vt res actori reſtituatur *d. l. officium*, quod fieri non poteſt ſi nec poſſeſſor ſit qui conuenitur nec pro poſſeſſore habendus. Adeò vt etiamſi accepti iudicij & conteſtationis tempore poſſideret, omnimodo tamen abſoluendus ſit ſi eo tempore quo iudicatur, amiſerit ſine dolo malo poſſeſſionem, *d. l. ſin autem 27. in prin. ff. de rei vend. l. pen. ff. de dolo.* Tritum autem illud eſt, Sententiam quæ ſit nulla & contra ius reddita nũquam tranſire in rem iudicatam nec executioni mandandam eſſe, *l. ſi cùm nulla, 58. D. de re iudic.* Error noſtrorum in omnibus iſtis interpretationibus ille eſt, quòd putãt tractari ab Vlpiano caſum illum quo reus qui petitum fundum defendit, condemnatus ſit priuſquam emeret, & ex emptionis cauſa poſſidere inciperet. Cùm tamen cõtextus ipſe verborum qui præcipuè attendi debuit, oſtendat factum eum fuiſſe emptorem & poſſeſſorem antequã condemnaretur. Sic enim Vlpianus, *Si quis fundum quem putabat ſe poſsidere defenderit, mox emerit: re ſecundum petitorem iudicata, &c.* Nam quid obſecro verba illa ſibi volunt, *defenderit, mox emerit*, niſi q; ſtatim poſt ſuſceptam defenſionem, & conſequenter fundum emerit & poſſidere cœperit is qui antè à nõ poſſidebat, tametſi poſſidere ſe putaret? Alioqui nec ſecundùm petitorem in vindicationis iudicio pronunciari potuiſſet reo non poſſidente tùm cùm ſententia ferebatur. Vnde illud etiam in eo iudicio eueniret vt re ſecũdùm petitorem iudicata ſi actor poſt acquiſitam condemnato ex cauſa emptionis poſſeſſionem, iterum peteret, nullus ex ea ſententia exceptioni rei iudicatæ, nullus etiam replicationi locus eſſe deberet, proptereà quòd ſententia, vt diximus, penitus nulla eſſet. Errant igitur toto cœlo qui putant in ea ſpecie de ſola poſſeſſione actum fuiſſe & iudicatum, non etiam de proprietate, moti tantùm ex iis verbis, *quem putabat ſe poſsidere.* Nec animaduertentes verba illa, *ſi quis fundum defenderit*, proprietatis non poſſeſſionis defenſionem ſignificare, ſicut nec fundi appellatione poſſeſſio, ſed proprietas demonſtratur. Poſſeſſionis tamen fieri mentionem neceſſe fuit, quia vt ſuperiore capite diximus, aduerſus vindicantem fundum is demùm poteſt defendere qui poſſidet, aut pro poſſeſſore habetur, nõ item qui poſſidere ſe putat nec poſſidet. Nam qui putat ſe poſſidere cum reuera non poſſideat, nõ poteſt videri dolo malo facere licet ſe liti offerat, ideóque nec pro poſſeſſore habendus eſt, vt contra cũ illa exerceatur actio, quæ non niſi contra poſſeſſorem exercenda eſt. Nec igitur condemnandus. Sanè ſuperueniens poſſeſſio ante condemnationem ſicut facit, vt contra eum ferri ſentẽtia poſſit actor e probante, aut pro eo ſi actor non probet. Ita non impedit quin excipi poſſit de re iudicata, quamuis nouus emptionis titulus acceſſerit de quo nec defenſionis tempore cogitabatur. Nempe quoniam actore probante ſuum eſſe fundum quem petit, fieri nequeat vt eius fuerit qui reo vendidit, nõ magis quã ipſius rei cùm duorum eodem tempore & in ſolidũ eſſe non poſſit. Quare nec dubitat Vlpianus quin exceptioni rei iudicatæ locus ſit, cui vtique locus nõ eſſet ſi propter poſſeſſionem quæ ex nouo emptionis titulo ſuperuenerit de iure actoris iterùm quærendum eſſet, quia & alia res, & aliud ius in iudicium deduci nunc videretur, *l. cùm quæritur 12. & ſeqq. D. hoc tit.* Itidem errant qui dubitandi rationem illam adferunt, quòd condemnatus reus empti titulum poſteà quæſiuiſſet paratúſque eſſet de ipſa proprietate litigare. Hoc enim iam refutauimus. Sed errant longè grauius cùm exceptionis formulam illam adſtruunt quæ emptori eidémque condemnato accõmodetur, *Secundũ te rectè iudicatũ eſt cùm non eſſem verus poſſeſſor, nunc empti titulo ſum ſubnixus, ideóque ſententia in vtilitatem tuã lata ad hanc meã & præſentẽ poſſeſſionẽ non extẽditur.* Quid enim commune habet ea exceptio cũ exceptione rei iudicatæ de qua nominatim Vlpianus loquitur? Replicatio illa dicenda eſſet potius aduerſus exceptionem rei iudicatæ ſi emptori res iudicata obiiceretur. At contra ponit Vlpianus emptorem ipſum à quo poſt ſententiam iterùm fundus petatur obiicere exceptionem rei iudicatæ non auctorem, quia nec exceptio actori accommodatur, ſed reo. Alia porrò exceptio nulla reo accommodari poterat, quia ſententia ſuper dominio & proprietate pro actore reddita contra eum qui ſententiæ licet non conteſtationis tempore poſſidebat, non tãtùm poſſeſſoris rei ius extinxe-

rat, ſed etiam venditoris à quo ille p[oſt] conteſtatam litē fundū emiſſet. Errant quoq; qui in illis verbis, *ſi actori iterum petenti obijciatur exceptio rei iudicatæ*, pro *iudicata* reponunt *vendita*, quaſi exceptio rei venditæ potius prodeſſe debeat emptori, qui fuit condemnatus quàm rei iudicatæ. Nam exceptio illa rei venditæ & traditæ non niſi aduerſus venditorem eiúſve heredē aut alium qui ab eo cauſam habeat competit, *l.1.& tot.tit.de except.rei vend.* non item aduerſus verum dominum rem ſuam vindicantem quæ à non domino ſit vendita. Rem enim ſuam à quocunque poſſeſſore vindicare, auferre & euincere dominus poteſt, *l.rem alienam* 28.*D.de cōt. empt.& tot.tit.de euict.* Sed & cum, vt diximus, emptio illa ante ſententiam facta fuiſſet, & emptoris condemnationi viam aperuiſſet, abſurdum ſit poſt ſententiam dari exceptionem rei venditæ illi qui nec aliam ob cauſam condemnatus fuerit, quā quòd emerit, reique emptæ poſſeſſionem nactus ſit: Ergo de exceptione rei iudicatæ Vlpianus omnimodo intelligendus eſt, quæ haud dubiè reo competit licet condemnato, cùm idipſum in iudicium deducitur de quo iam fuit pronunciatum, ne litiū modus multiplicatus ſummam atq; inexplicabilem faciat difficultatem, vt Paulus loquitur in *l. ſingulis 6.hoc tit.* néve inanibus ſumptibus vexetur, ſi iterum condemnetur qui iam condemnatus eſt. Sed tamen quia euidenter iniquiſſimum eſt proficere exceptionem rei iudicatæ illi contra quem iudicatum eſt. *l.eandē ter 16.eod.* æquiſſimum ex contrario eſt aduerſus huiuſmodi exceptionem rei iudicatæ dari replicationem actori de re ſecundum ſe iudicata. Malè etiam noſtri omnes ea verba, *actori iterum petenti*, ſic accipiunt, vt priſtinam actionem actor in iudicium deduxerit. Id enim falſum eſſe probant illa præcedētia, *an reſtituere cogatur*, oſtēdūntq. poſt redditam ſuper proprietate ſententiam nihil aliud egiſſe victorem niſi vt ſibi res ſua reſtitueretur. Quam in rem fundū peti & vindicari neceſſe eſt, non vt de litigatorum iure iterùm cognoſcatur [Sic enim res abiret in infinitum.] ſed vt eò citiùs fundus reſtituatur quē ſciat iam condemnatus ad actorem pertinere, vtq; ſi vltro poſſeſſor non reſtituat reſtituere à iudice iubeatur. Non enim qui in vindicationis iudicio cognoſcit, cùm pronunciat, ita fert ſententiam vt iubeat rem actori reſtitui, ſed illud tantùm pronūciat, rem eſſe petitoris: quo facto petitur reſtitutio, & quidē per vindicationem potiùs quàm ex iudicato ne ſibi victor præiudicet ſi in perſonam agere malit, quàm in rem. Nec negari poteſt, quin etiam poſt ſententiam priſtinum ius vindicandi duret. Quandiu enim dominus manet qui vindicare vult, tandiu ius habet vindicandi. At ſententia quæ rem ipſius eſſe pronūciauit, etſi non facit eum magis dominum ſi iam antea dominus fuit, facit tamen ne dubitari ampliùs poſſit quin re vera ſit dominus, cùm pro veritate habeatur, illo etiam caſu, quo reuera dominus anteà nō fuiſſet. Facit igitur, vt eo magis vindicandi fundi ius victor habeat. Tum verò liberum eſt condemnato, vt vel reſtitutionem offerat, vel excipiat de re iudicata. Si reſtitutionem offerat, benè eſt, nec ampliùs partes ſuas iudex interponit. Sin excipiat de re iudicata, quod facere ſummo iure poteſt, replicare victorem oportet. *At ſi non ſecundùm me res iudicata ſit.* Atque ita iudex reſtitutionem fieri iubebit. Sin reus ſciens nil ſibi profuturam exceptionem rei iudicatæ propter replicationem quæ actori cōpetēt cùm ſit ipſe condemnatus, nullam exceptionē obiiciat, nolit tamen reſtituere, rectè iubendus eſt, vt reſtituat. Quòd ſi reſtituere iuſſus iudici non pareat contendens non poſſe reſtituere, tùm ſiue poſſideat, ſiue dolo malo, aut citra dolum deſierit poſſidere, ea omnia ſeruanda ſunt quæ idem Vlpianus in hanc rem tractat *in l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* Idem ferè iuris eſt in creditore qui hypothecaria egit aduerſus poſſeſſorem, & obtinuit. Hic enim cùm vindicare fundū non poſſit tāquā dominus quià nec domin⁹ eſt, rurſum hypothecaria agere cogitur atq; ita præbere condemnato poſſeſſori facultatem obiiciendæ exceptionis rei iudicatæ, quam tamen elidi æquū eſt per replicationem cùm non ſecundum poſſeſſorem iudicatum ſit, ſed ſecūdum creditorem, *l.ſi fundus* 15.*§.creditor.ff.de pig.* Si poſt ſententiam pro creditore in hypothecaria redditam poſſet ille rem vindicare, non noceret ei exceptio rei iudicatæ, quoniā alia eſſet actio, nec proinde replicationem obiici oporteret. At qui vindicauit fundum & obtinuit, omnimodo repellitur exceptione rei iudicatæ, niſi iuuetur replicatione, quia iterum vindicare cogitur, nec aliam actionem habet quam æquè commodè poſſit exercere, quia dominus eſt. Proinde omnino neceſſaria illi eſt replicatio de re ſecundum ſe iudicata.

Emendatio §. item Iulianus l.ſi mater eod.tit. De except.rei iudic.& l.4.C.de dot. promiſſ.

Capvt XV.

NOn eſt difficile obſeruare quod tamen nemo adhuc obſeruauit, ſubeſſe mendum nō vnum, *in §.item Iulianus. l.ſi mater* 11. *de except. rei iudic.* in illo verſiculo, *nam etſi ante eandem partem petiſſem, & agerem familia erciſcunda obſtaret exceptio, Quòd res iudicata ſit inter me & te.* Vult .n. iis verbis Vlpianus rationē reddere eius quod ex Iuliano dixerat, Si cùm ego & tu Titio heredes extitiſſemus, tu partē fundi quē totū hereditariū dicebas à Sēpronio petieris, & victus fueris, mox eādē partē à Sēpronio emero, agēti tibi mecū familiæ erciſcūdæ exceptionem obſtare debere, quia res iudicata ſit inter te, & venditorem meum. Conſequens igitur erat vt in ſequentibus ita ſcriberet, *na etſi à me eādem partē petiſſes, & ageres familia erciſcunda, obſtaret exceptio, quòd res iudicata ſit inter me & te.* Neque dubitari meo iudicio oportet quin ita legēdū ſit. Quis enim Accurſij interpretationē probet vt tā citò tāmque ineptè Vlp. perſonas mutauerit? Natus error eſt ex eo quod vbi ſcribendū erat *à me* facilè imperitus librarius lapſus ſit vt ſcriberet *antè* quomodo & hodie in Pand. Florēt. legitur. Tū ex dictione illa *antè*, factū eſt æquè facilè vt legi cœperit *à te* quæ vulgarior lectio eſt. Ea verò admiſſa neceſſe fuit pro *petiſſes & ageres*, reponere *petiſſem & agerē*. Quomodo enim tu à te petiiſſes? Ita ex mendo vno eóque ſatis leui multa cōflata ſunt. Coniecturā iuuat quod etiānum in pleriſq. libris legitur *exceptio mihi obſtaret*, pro eo quod Florentiæ, *obſtaret exceptio*. Apparet enim ex eo non ſibi temperaſſe interpretem quin ad hūc locum manus admoueret. Vt taceam quod monui ſæpius, frequentiſſimum illud mendū eſſe & paſſim occurrere vt *ſ* pro *m* ſcribatur, & contra. ſenſus autē erit apertus, nocere tibi debere exceptionē rei iudicatæ mihi competentem ex perſona mei autoris aduerſus quem egeras, quia etſi tu à me petiiſſes & nunc ageres, mihi ex perſona mea prodeſſet: nihil autē refert an ex mea an ex autoris mei perſona cōpetat, cùm æquum ſit emptorem hac parte, vt in cæteris ferè omnibus vti iure venditoris. Id enim eſt quod *in §. vltim. d. l.ſi à te, eod. tit.* idem Vlpianus ex

eodem

eodem Iuliano dixerat, rei iudicatæ exceptionem à perſona autoris ad emptorem tranſire debere, quamuis retro ab emptore ad autorem reuerti non debeat. *In l. ſi voluntate 2. C. de dot. promiſ.* aut multo grauius mendum eſt, aut longe periculoſius fallimur. Nec enim puto vlla iuris aut æquitatis ratione defendi poſſe quod lex ait, & noſtri omnes ex ea lege ſentiũt, ſi voluntate dotantis plura in dotali inſtrumẽto ſibi tradita eſſe maritus ſcripſerit quàm ſuſceperit, de his quæ deſunt petendis pactum videri conſecutum. Nam quomodo pactus videri poteſt de omnibus quæ deſunt petendis qui omnia ſibi iã tradita fuiſſe ſcripſit? Fateor maritum nõ plus cogi reddere iudicio de dote quàm acceperit, quia dotem numeratio facit non ſcriptura, *l. 1. C. de dot. caut. no numer. l. 1. C. de donat. ant. nupt. l. maritus dotem 32. D. ſol. matrim.* Sed poſſe eum idcirco agere vltro vt quod ſolutum ipſe profeſſus eſt ſibi ſoluatur, id verò nego & pernego. Nec ſimile eſt quod dici ſolet, non alias contingere liberationem per apocham quàm ſi pecunia ſoluta ſit, *l. ſi acceptilatum 19. §. 1. de acceptil.* Id enim eò pertinet, vt per exceptionem vel replicationem non numeratæ pecuniæ elidi poſſit ius apochæ, ſed non vt ex apocha detur actio ad ſoluendum id quod re vera ſolutum non eſt: Alioqui inducta ad liberãdum prodeſſent ad obligandũ quod iuris ratio nõ patitur. Itaq. ſi quid mei iudicij eſt, puto deeſſe negationẽ, legẽdũq. *de his quæ deſunt nõ petendis.* Pactus namq. de nõ petẽdo tacitè & vel ex ſolis coniecturis inducitur, vt puta ſi debitori meo reddiderim cautionem, *l. 2. D. de pact. l. creditorẽ 7. C. de remiſ. pig.* Atqui pecuniæ ſolutæ profeſſio collata inſtrumẽto maiorẽ rei geſtę probationẽ cõtinet quàm ſi chyrographum acceptæ pecuniæ fuiſſet redditum, *l. pecunia 14. C. de ſolut.* Ergo ſi pecunia ſolutæ talis ſit quam aliquando reſtitui oporteat, ea ſolutionis profeſſio licet non ſufficiat ad probandam ſolutionem vt inducatur obligatio reſtituendi, proderit tamen ad hoc ſaltẽ ne id quod defuit peti vnquam poſſit, Multò magis quàm ſi maritus promiſſę dotis inſtrumentum reddidiſſet: Quæ tamen redditio ad inducendum vt diximus pactum tacitum de non petendo ſufficeret, quamuis non ad obligãdum maritum vt iudicio de dote cõuentus plus redderet quàm accepiſſet, nam quod lex ait de pacto, haud dubiè de tacito intelligi debet, cùm expreſſum nullum ſit de his quæ deſunt petendis. De nõ petendis interceſſiſſe expreſſũ videri põt & reuera interceſſit, hoc ipſo quo ſcriptũ eſt omnia tradita. Aut cũ tacitũ pactũ ex eo quod expreſſum eſt induci debeat, fatendum eſt, vtique quod expreſſum eſt plura tradita fuiſſe quàm reuera fuerit, lõgè faciliùs inducere debere vt pactum tacitum interueniſſe videatur de his quæ deſunt nõ petẽdis quàm de petẽdis. Solet enim eiuſmodi ſcripturæ duplex vſus eſſe, vnus ille vt probetur ſolutio & quæſita per ſolutionem liberatio: Alius ſuperiori conſequens vt quod ſolutum eſſe creditor profeſſus eſt petere ampliùs non poſſit. Prior nullus eſt cùm reuera non eſt numerata pecunia præſertim in cauſa dotis. Nam vt diui dotem facit numeratio non ſcriptura. & iure ita comparatum eſt vt liberatio per ſolam ſolutionem acquiratur, aut per id quod ſit vice ſolutionis, non item per ſolam ſolutionis confeſſionem quantumuis ſcriptam: ſicut & vt re obligatio contrahi non poſſit niſi quatenus res interuenerit, *leg. cum vltrà 9. C. de non numer. pecun. leg. ſi tibi 17. D. de pact.* Poſteriorem apochæ vſum nihil eſt quod poſſit impedire quia non ex iure pendet, ſed ex ſola creditoris voluntate, quæ porrò iis ipſis verbis declarata quibus declarari poſſet ſi numeratio vera interueniret, cur non æque proſit debitori hactenus ſaltem ne ab eo peti ampliùs quicquam poſſit? Tametſi ad liberationem ipſo iure acquirendam non ſufficiat, multóque minùs ad inducendam reſtituendi obligationem. Certè quamuis ita eſſe admitterem vt ex ea ſcriptura tacitum de non petendo pactum nullum induci poſſet, illud tamen nunquam poſſim admittere, contrarium pactum de petendo induci faciliùs debere. Eſſet alioquin iſta omnium accommodatiſſima ratio debitoris obligandi qui non niſi partem debiti ſolueret, vt quod deeſſet eo magis ſoluere teneretur, fateri creditorem totum ſe debitum accepiſſe. Quod tamen quàm ridiculè dicatur, quis non videat? ſed & quis vnquam audiuit agi vlla lege de tacito pacto de petendo? Aut quis eius pacti effectus eſſe poteſt, cùm ex nudo pacto nunquam agatur? At contrà pacti de non petendo vſus eſt maximus & efficaciſſimus, quia prodeſt ad excipiendam elidendámque actionem, *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.* Nec eſt quod quis fauorem dotis obtendat. Nam neque fauore dotis agi olim potuit ex nudo pacto etiam expreſſo, multò minus autem ex tacito. Primus Theodoſius fuit qui in *l. ad exactionem 6. C. eodem titu.* conſtituit, vt ad exactionẽ dotis quã ſemel præſtari placuit qualiacũque verba ſufficiãt, ſiue ſcripta fuerint ſiue non, etiam ſi ſtipulatio in pollicitatione rerum dotaliũ minimè interuenerit. Sed tamen nec poſt eã Theodoſij conſtitutionem poſſis dicere tantum eſſe fauorem dotis vt ex tacito pactu nudo exigi dos poſſit, illud verò multo minus vt tacitè videatur pactus de tota dote ſoluenda, qui partem duntaxat ſoluens apocham totius ſolutæ à marito extorſit. Denique quod Imperatores ita reſpondent *intelligis, &c.* oſtendit ſatis apertè meo iudicio aduerſus conſulentem eos reſpondere non pro conſulente. Conſulens autẽ querebatur quòd cùm partem tantùm dotis accepiſſet, totam tamen ſibi ſolutam fuiſſe profeſſus eſſet. Cõſequens igitur eſt vt Impp. reſponderint intelligere eum debere hoc ipſo pactum videri conſecutum, & quidem tale quod expreſſum potius quàm tacitum dici oporteat de iis quæ deeſſent non petendis. Neque enim plus petendi animum creditor habet, vt nec debitor plus ſoluendi, cùm vtriuſque conſenſu ſcriptura ſit, quæ totius debiti ſolutionem factam eſſe præ ſe ferat. Ideò autem lex requirit dotãtis voluntatem in ea ſcriptura conficienda interueniſſe, quia neque expreſſum neque tacitum pactum vllũ eſſe poteſt, niſi quod duorum conſenſum habeat, nec proinde fieri inter abſentes, ſed inter præſentes dũtaxat poteſt. Sed & obſeruandum eſt, quod emendationis noſtræ coniecturam omnino confirmat, tractari eo loco de profeſſione totius dotis ſolutæ ſcripta in ipſo dotali inſtrumento in quo dos dicta & promiſſa fuerat. Quid igitur egebat maritus tacito illo pacto de petenda dote cùm eo nomine paratam haberet ex contractu actionem? Pactum ſanè de petendo tametſi expreſſum fuiſſet ad aliud prodeſſe non poterat quàm ad producendam replicationem, ſi qua fortè exceptio aut pacti aut alia dotanti prodeſſe potuiſſet, *d. §. pactus ne peteret.* Atqui nihil eſt in tota ea lege ex quo poſſit coniici exceptionem aliquam dotantis competiiſſe, propter quã marito neceſſaria fuerit replicatio. Niſi ex profeſſione iſta totius dotis ſolutę pactum illud de non petendo inducas, quod nos inducendũ cõtendimus. At ſi hoc admittas iam nihil ſupererit ex quo poſſis

Digitized by Google

contrarium pactum de petendo inducere. Neque enim fieri vllomodo poteſt, vt ex vna eademque numero ſolutæ dotis profeſſione pacta iſta duo tam contraria inducantur de non petendo, & de petendo: Aut quod idem eſt, vt vnum idémque pactum proſit debitori ad excipiendum & creditori ad replicandum. Cõcludamus igitur deeſſe negationem quam nos reſtituimus, nec niſi de pacto de non petendo intelligi legem debere.

Tribonianiſmi quidam.

CAPVT XVI.

QVam ſæpe Tribonianus pro arbitrio ſuo prudentũ reſponſa corruperit immutatis, additis detractiſq; non verbis tantùm, ſed etiam ſententiis integris, apparet ex iis locis quos ſuperioribus libris indicauimus, ſed conſtabit euidentiùs ex his quos hoc capite ſubiiciemus. *In l. ſi debitori 21. ff. de iudic.* verba illa, *cum competenti cautela.* proculdubio ſunt Triboniani, cui video tam eſſe familiaria quàm maximè ſunt à iuris ratione in propoſito aliena. Nam quoties debitor fatetur ſe debere paratúmque ſe dicit ſoluere, diem duntaxat petens ad explicandã ſoluendámq; pecuniam, cur non audiatur, tametſi cautionẽ, vel vt Tribonianus barbarè loquitur, cautelã nullam offerat? Neq; enim vt lex ſubiicit magnum damnum eſt in mora modici temporis. Modicum ſiquidem tempus hîc accipiendum eſt, vt eadem lex ait, quod poſt condemnationem reis indultum eſt. Ex quo magis apparet debitorem qui ante acceptũ iudicium velit ſoluere nulla cautione onerandũ eſſe qua nec oneratur qui iam eſt cõdemnatus: quem tamen nemo dixerit melioris eſſe debere cõditionis, quam qui nondum condemnatus eſt. Fateor ſi ad dictam diem debitor non ſoluerit eogendum eum captis pignoribus, quæ poſtmodùm ſi pecunia intrà duos menſes non ſoluatur vendi poſſint, *l. debitorib. 31. ff. de re iud.* Sed vt non aliter dilationem debitori dari oporteat quàm ſi caueat dato fideiuſſore aut pignore, nuſpiã ſcriptum eſt. In actione in rem aliquãdo euenit, vt poſſeſſorẽ ſatiſdare oporteat de re quæ petitur vbi petiẽ aut vbi iudicatur reſtituenda, *vt in l. niſi malit 11. ff. de rei vind. §. etſi in rem Inſtit. de ſatiſd.* At in actionibus in perſonam euenire id nũquam poteſt. Et diſſimilitudinis ratio illa eſt, quòd in actione in rem reſtitutio ſit arbitrio iudicis, ideóq; actiones huiuſmodi dicuntur arbitrariæ, ſicut & illæ quæ cùm ſint perſonales, tamen in rem ſcriptæ ſunt, de quibus *in §. præterea, Inſtit. de action.* Arbitrium autem iudicis plerumque ex cauſa tale eſſe neceſſe eſt, vt ſatiſdari actori oporteat. Contrà verò actiones merè perſonales quę ex contractu vel quaſi contractu deſcendunt, ſicut vim ſuam ex obligatione accipiunt ita iudicis arbitrium neque requirunt neque admittunt excepta illa ſola, quæ dicitur de eo quod certo loco: quam idcirco ἰμφατικῶς arbitrariam appellamus, quoniam ſimilem aliam nullam habet, id eſt quæ ſit & merè perſonalis & arbitraria. Ideò autem arbitraria eſt, quia contra eum qui certo loco dare promiſit fieri non poteſt vt ex vi & natura obligationis alio loco agatur, vnde fieret vt deficiente obligationis poteſtate debitor qui ad locũ ſolutioni deſtinatum nunquam accederet nuſquam conueniri poſſet niſi per arbitrium iudicis creditori ſuccurreretur data illi actione ad extorquendam à debitore quocunq; loco ſolutionem, cum condemnatione eius quod creditoris intereſt ſolui deſtinato loco. In aliis igitur actionibus perſonalibus, quæ cùm nunquam ſint arbitrariæ nunquã arbitrio iudicis reguntur, ſiue bonæ fidei ſint ſiue ſtricti iuris, fieri non poteſt vt arbitrio vel officio iudicis ſatiſdandi onus debitori iniungatur, præterquàm in ſpecie *l. in omnib. 41. ff. de iud.* id eſt, cùm antè quàm præſtandæ pecuniæ dies venerit aliquid incidit eiuſmodi, propter quod verendum ſit, vt ad diem exigi pecunia non poſſit: quod certè non contingit in eo qui ſe fatetur debitorem, dicitque paratum ſoluere. Ergo verba illa *d. l. ſi debitori cum competenti cautela*, Triboniani ſunt non Vlpiani. ſicut & illa *prius idonea cautela à debitore*, pro indemnitate præſtanda, *in l. quamuis 6 ff. de pign. act.* quemadmodum alio loco monuimus. *Et in l. ſi plures 14. in prin. D. depoſ. cautela idonea reddenda:* vbi tamen obſerua mendũ aliud ſubeſſe in illis verbis, *ſi maior pars adierit*, legendúmq; *aderit.* Nam priora illa. *ſi plures heredes extiterint*, oſtendunt ab omnibus heredibus aditam fuiſſe hereditatem, quia nec teſtamentarij nec legitimi heredes, nec alij deniq. quàm ſui, priùs exiſtunt heredes quàm adierint. Sequentia verò *reſtituẽdam rem præſentibus* demonſtrant eũ caſum tractari quo pars tantùm heredum adſit petátq; depoſitum. *In l. 1. §. ſi pecunia in ſacculo 36. eo. tit.* quis non fateatur ab illis verbis, *veniat repetens*, vſq; ad fin. §. omnia eſſe Triboniani. Plena ſcilicet diſtinctionibus & ablatiuis abſolutis, témq; græciſmis, ne dicã ſolœciſmis. Illa namq; poſtrema verba, *& omni actione depoſitarium liberari*, quam rogo conſtructionem poſſunt admittere, cùm nihil ſit in præcedentibus quod regere debeat infinitiuum? Nã ſi referre velis ad verbum, *debebit* [quod tamen nec commodè facere poſſis] debuerat ergo ita ſubiici, *res in æde depoſ. & omni actione depoſitarius liberari.* Sed cum Imperatorẽ ageret Tribonianus, ſic ille ſcripſit ac ſi adiectũ aut ſupplẽdum eſſet verbum, *iubemus*, vel *præcipimus* taléve aliquid. Quod ſi legis ſententiam iuriſq. rationem reſpicias digna ſanè eſt Triboniano magis quã Vlpiano tota illa diſtinctio. Cùm enim plures heredes ſunt eius qui pecuniam depoſuerat in ſacculo ſignato, indiſtinctè dici poteſt quod Caius ſcribit *in d. l. ſi plures*, reſtituendam eſſe præſentibus & petentibus ſi maior eorum pars adcrit, quoniam hoc caſu indiuidua ſit depoſiti obligatio, ꝑpterea quòd reſignare ſacculum depoſitarius nec poſſit nec debeat, niſi præſentibus omnibus quorum intereſt. At ſi ſacculus ſignatus non eſſet, diuidi commodè poſſet depoſiti obligatio, & ſicuti non niſi partem ſuã hereditatiã petere quiſque ex heredibus poſſet, ita eam duntaxat partem ſingulis reſtituere depoſitarius deberet, neq, cautionis remedium neceſſarium eſt cùm indemnitati depoſitarij ſatis conſultum ſit ex eo, quòd maiori parti heredum ſacculum ſignatum reſtituerit, indemnitati verò coheredum, quòd habituri ſint familiæ erciſcundæ iudicium aduerſus coheredes qui totum depoſitum repetierunt. *In l. ſi defunctus 15. ff. de procurat.* nihil video quod non ſit Triboniani. Quis enim Iureconſultorum ſic vnquã locutus eſt, *iudicatum ſolui ſtipulatione pro ſuo procuratore data*, pro eo quod Tribonianus docere voluit, *facta promiſſione de iudicato ſoluendo?* Illa item quæ ſequuntur, *ſatis inciuile eſt*, an non Triboniani manũ produnt apertiſſimè? ſolet enim ille frequenter ita loqui, *ſatis inciuile, ſatis abſurdum, ſatis inhumanum.* Deinde quænam obſecro iuris conſtitutio illa eſt, vt defuncto ante litem conteſtatam domino qui pro procuratore pręſente aut ſciente iudicatum ſolui ſatiſdederat, cogendus ſit procurator iudicium accipere? An non verum eſt procuratorem non niſi poſt litẽ conteſtatã fieri dominũ litis? *l. ab executore*

4.§.

4. §. vlt. D. de appell. l. nulla 23. C. de procur. Rurſum, morte mandatoris ante litem conteſtatam re integra nondúmque effecto domino procuratore finiri mandatum? *l. ſi præcedente 58. in prin. D. manda.* Cur ergo cogatur is qui ampliùs procurator nõ eſt procuratorio nomine iudicium accipere? An quia conſenſerat viuo domino, vt pro ſe iudicatum ſolui à domino ſatiſdaretur. ? Atqui ponimus ſatiſdediſſe dominum pro eo tanquam pro procuratore. Euaneſcere igitur vim ſatiſdationis, & neceſſitatem accipiendi iudicij neceſſe eſt finito mandato morte mãdatoris. Neque enim ſatiſdatio iudicatum ſolui pro ſciente & patiente procuratore interpoſita perpetuum facere poteſt mandatum, vt ne mandatoris quidem morte re integra finiatur, quicquid noſtri ſentiant, qui in eo ſuaues ſunt, quod aiunt textum hunc eſſe ſingularem ad probandum ſatiſdationis eam eſſe vim & poteſtatem, vt impediat ne mandatum quaſi re integra morte finiatur: licet cogantur fateri non eandem illius ſatiſdationis vim eſſe quæ eſſet conteſtationis. Non nego procuratorem ſicut & alium defenſorem quemlibet cùm ſatiſdedit domini loco habendum eſſe, *l. mutus 43. §. vltim. l. Titius 76. de procurat.* Sed nego eam ſatiſdationem facere ne morte mandatoris finitum mandatum videatur, ſicut nec impedit quominus reuocare quandocumque poſſit. Nego etiam eodem iure cenſeri debere procuratorem cuius nomine dominus ſatiſdederit tametſi ſciuerit ille & paſſus ſit. Hic enim domini loco habendus non eſt cùm non ipſe ſed dominus ſatiſdederit. Proinde non poteſt ea ſatiſdatio impedire quominùs mandatoris morte mandatum finiatur. ſed illud quàm ridiculum & iniquum eſt quod Tribonianus conſtituit, ſi pro abſente & ignorante procuratore dominus iudicatum ſolui ſatiſdederit, tum ante litem conteſtatam defunctus ſit, committi ob rem nõ defenſam ſtipulationis clauſulam: Cur enim committatur ſi rem defendere neque procurator cogitur, quia ſtipulationi non conſentiit, neq; dominus quia defunctus eſt? Neque enim vir bonus arbitrabitur indefenſam eſſe rem de qua Prætor iudicium accipere non cogat, *l. non cogendum 45. § 1. de procurat. l. vir bonus 18. iudic. ſolui.* cogere autem Prætor neq. procuratorem poteſt finito iam mandato, neq; dominum vita functum. Nam & ſi mandatum finitũ eſſet reuocatione & prohibitione procuratori facta ne defenderet, non committeretur ſtipulatio, quia vt committatur non ſufficit cum ea perſona accepta eſſe iudicium, quæ ſtipulatione cõprehenſa eſt, ſed oportet eandem perſonæ cauſam eſſe quæ ſtipulationis tempore fuit vt Caius ſcribit *in l. ſi ante 7. ff. eod.* Atqui negari non poteſt quin & procuratoris cauſa mutata ſit finito mandato, & domini poſt ſtipulationem, & ante litem conteſtatam defuncti. Quam ob cauſam de illo etiam dubitatum legimus. Si reus poſtquam iudicatum ſolui promiſit demẽs factus ſit, an ſtipulatio committatur ob rem non defenſam, & quamuis placuerit magis eſſe vt committatur ſi nemo eum defendat, *l. 3. §. ſi reus eo. t.* alia tamen hac parte dementis, alia defuncti ratio eſt, quia dementem per alium defendi nihil prohibet ſicut & eum qui in magiſtratu eſt nec in ius inuitus vocari poteſt, de quo *in l. ſi reus 12. eo.* mortuus verò ſicuti iam nullus eſt, ita defendi ampliùs nec poteſt nec debet: Parúmque refert, an lis mortua ſit, an defunctus is qui litem nondum fuerat conteſtatus cùm non magis nulla ſit lis quæ mortua eſt aut finita, quam quæ nunquam fuit conteſtata, ſiquidem conteſtatio ſola eſt quæ litem conſtituit, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante de petit. hered. l. vnic. C. de lit. conteſt.* at cùm lis ante mortua aut finita nulla ampliùs res ſit, conſta. ſtipulationem iudicatũ ſolui committi non poſſe *l. ... eod. 11.* Ergo nec committetur mortuo ante conteſtationem eo, qui ſi viueret litem conteſtari cogeretur. Idque eſt ni fallor quod Vlpianus ait in *l. cum quærebatur 13. eod.* ſtipulationem iudicatum ſolui non priùs videri commiſſam quàm lis fuerit conteſtata. Et quidem ex ipſa ſtipulatione iudicatũ ſolui, vt nimirũ ſeipſam committat, eáq. conteſtatio faciat ne mora purgari ampliùs poſſit, *vt & in l. nuda 5. C. de contr. & commit ſtipul. In ead. leg. ſi defunctus §. 1. de procurat.* potuit quidem Vlpianus ſcribere, eum qui in communi diuidundo iudicio procurator datus eſt ad agendum, ad defendendum quoque datum videri, nempe quoniam iudicium communi diuidundo duplex eſt in quo ſcilicet vterque actor eſt, & reus, *l. iudicium communi diuidundo 10. D. fin. regund. l. actiones 37. § mixtæ de oblig. & action.* Sed quod ſequitur, *duplici cautela interponenda* ſine dubio eſt Triboniani, adeóque ineptum. Etſi enim iudicium communi diuidundo duplex eſſe dicitur, non ideò tamẽ fit, vt qui vnius ex ſociis procurator eſt duplici cautionis & ſatiſdationis onere grauari debeat. Nam qua parte procurator eſt actoris, ſi de mandato non dubitetur, non cogitur ſatiſdare datã rem dominum habiturum, *d. l. vnic. C. de ſatiſd. l. 1. C. de procurat.* Iudicatum verò ſolui multò minùs. Ea namq; cautio à reo præſtari ſolet cuius eſt rem defendere, nõ ab actore: vt ex eo intelligi poteſt quòd iudicatum ſolui ſtipulatio tres clauſulas in vnũ collatas habere dicitur, de re iudicata, de re defendẽda, & de dolo malo, *l. 6. D. iudic. ſolui.* Sanè qua parte procurator hic defendere actorem cogitur, licet nõ niſi ad agendum datus eſſet, certum eſt cogi eum ſatiſdare iudicatum ſolui ſtipulatione, quod non contingeret ſi ad defendẽdum procurator datus fuiſſet. Tunc enim ſtipulatio illa etſi æquè eſſet neceſſaria, ab ipſo tamen domino non à procuratore interponi deberet, vt Modeſtinus tractat in *l. ſi ad defendẽdum 10. eod. tit.* Sed vna hæc ſatiſdatio eſt nõ duplex. In quo errant noſtri, vulgò exiſtimantes duplicem ſatiſdationem hîc neceſſariam eſſe, vnam per quam procurator caueat de defendendo in cauſa reconuentionis tanquam actoris procurator. Alteram per quam de iudicato ſoluendo, tanquã rei procurator. Probabilius dici poterat duplicem cautelam, vt Triboniani verbo vtar, hîc interponendam, nõ ex parte vnius eiuſdémq. procuratoris, ſed vnam ex parte procuratoris, alteram ex parte aduerſarij, vtramque autem de iudicato ſoluendo, vtramque ex parte rei, quia & vterque litigator reus eſt. Quamquam Triboniani verba præ ſe ferunt duplicem illam cautelam ab vno eodémque interponendam, cùm ipſiua interponendę rationem hanc afferre videatur, quòd qui procurator fuerat cõſtitutus ad agẽdum, idem etiam conſtiturus eſſet ad defendendum. In *eod. tit. de procur.* mihi valdè ſuſpectum eſt quod ſcriptũ lego in *l. ſi reus 73. ſed hoc conſtat vt ante litẽ conteſtatã Præſes iubeat in æde ſacra pecuniã deponi: hoc enim fit & in pupillarib. pecuniis: quod ſi lis cõteſtata eſt hoc omne iudicis officio dirimendum eſt.* neq; dubito quin Triboniani verba ſint non Pauli, qui in præcedentibus ſatis apertè declarauerat quid de propoſita quæſtione ſentiret. Nimirum ſi reus paratus ſit ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere procuratore agente, iniquũ eſſe cogi eum iudicium accipere: nec ad rẽ pertinere, quod ſuſpectus videri poſſit qui præſẽte domino pecuniã nõ obtulerit. Quid. n. inquit, ſi tũc

Digitized by Google

facultatem pecuniæ non habuit? Quis dicat cogi eũ debere iudicium accipere? Quid verò ſi famoſa ſit actio? Quis æquum putet periclitari famam eius qui ſine iudice paratus eſt id dare, quo non ampliùs aduerſarius eius per iudicem ab eo ſit conſecuturus? *ex l. iudicatum ſolui ſtipulatione* 16. *D. iudic. ſolui.* Tribonianus verò quaſi indeciſam quæſtionem Paulus reliquiſſet diſtinctionem illam de ſuo adiecit an lite conteſtata nécne pecuniam debitor offerat. Quæ diſtinctio à Pauli verbis prorſus aliena eſt. Caſũ enim illum tractabat quo ante conteſtationẽ oblata eſſet pecunia. Nempe quia poſt litem conteſtatam & accepto iam iudicio dubitationi loc⁹ nullus relinquitur, quin omnimodo cõdemnari debeat qui fatetur ſe debere. Ceſſat enim hic ratio illa æquitatis, quæ non patiebatur iudicio diſtringi aut ad inficiationẽ compelli eum qui paratus ſit ſoluere, *d. l. 16. iud. ſolui l. ſi debitori* 21. *de iudic.* Adeò vt neque officio iudicis locus eſſe poſſit, cùm poſt litem conteſtatam confeſſus debitor habeatur pro condemnato, nec aliæ iudicis partes eſſe poſſint, niſi, vt debitorem condemnet, *l. 1. 3. 6. & pen. & paſſ. ff. de confeſſ.* Nam quod dici ſolet iudicia omnia eſſe abſolutoria, nõ eò pertinet, vt abſolui debeat reus qui ſe fatetur debere paratúmq; dicit ſoluere quomodo intellexiſſe Caſtrẽſis videtur, ſed accipiendum eſt de reo qui ſatisfecit §. *vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. act.* Satisfecit porrò qui iam ſoluit, aut quid aliud fecit, quod ſolutionis inſtar habeat nõ cui tantùm faſſus eſt ſe debitorem obtulitque pecuniam, *l. ſi rem 9. §. omnis de pign. act.* Illud quoq; auſim dicere, cùm fortè Paulus ita ſcripſiſſet, *ſi reus paratus ſit ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere procuratore agente, iniquum eſt. &c.* Tribonianum, vt diſtinctioni ſuæ viam ſtrueret de ſuo intexuiſſe verba illa, *quid fieri oportet? nam.* De illo minùs dubito, quin eo loco, *propter quod ſuſpectus videri poteſt*, legendum ſit, *proptereà quòd*, vt iis verbis dubitandi ratio ſignificetur, propter quam videbatur non eſſe permittendum debitori qui præſenti creditori pecuniam offerre noluit vt eã offerat procuratori, quaſi videri poſſit in fraudẽ creditoris & per colluſionem cum procuratore habitam dilata oblatio in id vſq. tempus quo procurator ipſe ageret. Eáque res Triboniano anſam præbuit Pauli reprehendendi aut ſupplendi, neceſſitate debitori irrogata deponendæ in æde ſacra pecuniæ, ne ſi debitor & creditoris procurator inuicem colludant damnum vllum creditori infligatur. Quo remedio videamus ne creditori noceatur potiùs (cui tamẽ procuratoris fides fuit explorata) quàm debitori, qui eiuſmodi depoſitione & obſignatione pecuniæ in æde ſacta perinde liberatur acſi procuratori ſoluiſſet, cùm tamen ſi ſuſpecta eſſet eius oblatio tanquam alieno tempore & per colluſionem facta, dicendum potiùs eſſet audiri eum non debere, ſed iudicio diſtringendum, aut ad inficiationem compellendum, proptereà quòd imputare ſibi deberet qui non ſuo tempore, nec bona fide pecuniam obtuliſſet. Sed & ratio illa Triboniani, *hoc enim fit & in pupillarib. pecuniis* prorſus ridicula eſt. Tunc enim admittimus obſignationem in pupillaribus pecuniis loco ſolutionis, cum nemo eſt cui ſolutio fieri poſſit: idq. non in pupillaribus tantum debitis, ſed in cæteris quoq; omnibus obtinet, ſiue nõ ſit cui ſolui poſſit, ſiue ſolutionem recuſet qui accipere poſſet ſi vellet, *l. acceptam C. de vſur. l. obſignatione 9. C. de ſolut.* At nos cũ Paulo eam ſpeciem tractamus in qua adſit procurator qui ſolutionẽ accipere & vult & poteſt. Alioqui ſi ob id ſolum quòd præſenti creditori debitor pecuniã non obtulit, non licet procuratori poſt eã moram conſtituto ſolutionem accipere propter ſolam ſuſpicionem colluſionis. Quid obſecro creditori profuerit procuratorem ad exigendam ſolutionẽ conſtituiſſe? Aut quomodo poteſt videri debitor oblationem præſente creditore diſtuliſſe, vt cum procuratore colluderet ſi eo tempore nondum procurator erat conſtitutus. Præſertim cum fieri facilè poſſit, vt nec tum pecuniam habuerit in numerato, quemadmodum eleganter Paulus diſputat, ſic aperte docens non eſſe eam ſuſpicionis cauſam ſufficientem ad impediendum ne audiri debeat debitor ſolutionem offerens agente quandocunque procuratore. Tantum abeſt, vt dubitet an ſolutionem accipere hic procurator poſſit. Quam tamen ſi accipere poteſt, quid cauſæ eſt cur in æde ſacra pecuniam deponi oporteat? Quod cum ita ſit quis non rideat nudis dentibus interpretes noſtros diſputantes hic poſt Accurſium de iudicis ordinarij, & delegati poteſtate? Aut quis illud probet, quod comminiſcuntur tractare Paulum de procuratore ad lites dato cui nec ſolui poſſit, *l. hoc iure 86. de ſolut.* Nam imò verò tractat de procuratore ſimpliciter, & conſequenter de eo cui negotiorum omnium adminiſtratio mandata eſt, cui nemo negauerit ſolui poſſe, *l. verò 12. eodem.* Nunquam enim iuris autores procuratorem abſolutè vocant eum, qui ad litem duntaxat datus ſit, ſed vel procuratorem litis vel ad lites, vel ad agendum, vel ad rem de qua agitur petẽdã, vt ex *tit. De procur.* intelligi poteſt. Et verò quænam dubitandi ratio eſſet, num audiri deberet reus offerens ſolutionem procuratore agente & domino abſente ſi talis procurator eſſet, qui ſolutionem accipere non poſſet? Aut quid hoc caſu referret, an imputari aliquid poſſet debitori nécne? Rurſus quis diuinare poſſit tractare Paulum de eo creditore qui conſtituto procuratore aufugerit, vt eius copiam ad ſoluendum habere debitor nõ poſſet? Ponit quidem procuratorem agere eo tempore quo dominus non adſit, ſed tamen non ponit tam procul abeſſe dominum, vt ei ſolui non poſſit, neceſſéque ſit ad obſignationis auxilium confugere, quia neque id ad rem pertinebat cum de eo procuratore tractaret, qui vt diximus perinde ac dominus ſolutionem accipere poterat, quare nec aliam dubitandi cauſam Paulus adfert propter quam videretur non audiendus debitor, niſi quòd ſuſpect⁹ videri poſſet hoc ſolo quòd præſenti creditori pecuniam non obtuliſſet. De quo tamen quæri nihil attinebat, ſi ſoluendi facultatem ea ratio impediebat, quod neque procurator ſolutionem accipere poſſet defectu mandati, neque dominus quia tunc abeſſet. Idem namque contingeret etiamſi dominus ſolutionem nũquam petiiſſet. Sed & illud obſeruandum eſt, in quo etiam noſtri errant poſt Tribonianum, non de illo Paulum tractare qui ſic paratum ſe dicat ſoluere, vt pecuniam in ſácculo adferat, quod Caſtrenſis neceſſariò requirit, ſed de illo tantùm qui ante litem conteſtatam paratum ſe dicit ſoluere. Et ait audiri eum debere nec cogi iudicium accipere: Quod perinde eſt ac ſi diceret neque cogendum eum, vt litem conteſtetur, neque vt ſtatim ſoluat. Hîc enim illud repetendum eſt quod nos initio capitis monuimus, *ex l. ſi debitori* 21. *ff. de iud.* Debitori qui fatetur ſe debere, paratúmque dicit ſoluere dandum diem ad ſoluendam pecuniam, quod & ſcriptum eſt *in d. l. debitoribus* 31. *de re iud.* Quod cùm ita ſit fruſtrà ineptéq. Tribonianus ſuam illam ſententiã quaſi remedij loco ſubiecit de obſignãdo in æde ſacra debito.

Cùm

Digitized by Google

Cum non de eo Paulus quæreret, an aut quomodo ſolui debitum ſtatim poſſet, ſed de illo tantum, an audiri deberet reus qui fateretur ſe debere paŗatimque diceret ſoluere, & conſequenter an dari ei dilatio ad ſoluēdum deberet: intra quam diem nihil vetabat redire dominum, & adeſſe vt ipſi præſenti ſolui poſſet, tametſi poneres procuratorem non niſi ad lites datum eſſe, eique proinde ſolui non potuiſſe.

Alij Tribonianiſmi.

CAPVT XVII.

IN *l. vltim. D. iudic. ſolui.* proponitur ex Scæuola, ſi vnus ex fideiuſſoribus ſtipulationis iudicatū ſolui cōuentus ſit ob rem non defenſam, deinde poſteà res defendatur, alterum fideiuſſorem ob rem iudicatam cōueniri poſſe, & ſimiliter ſi reus promittendi duobus heredibus relictis deceſſerit, alter rem defendat, alter nō defendat, eū qui nō defendat ob rē nō defenſā cōueniri poſſe, illū qui defendat, ob rem iudicatā, *quoniam*, inquit Scæuola, *in vnum eiuſdémq. perſona non poſſe committi has duas clauſulas creditur*. Id eſt, quoniam quod dicitur ſtipulationem hāc ſemel tantùm committi quaſi quæ vnam tantùm clauſulā ob rem non defenſam & ob rem iudicatam in ſe habeat, vt Vlpianus loquitur, in *l. cùm quærebatur 13. eo. tit.* tum demum verum eſt cùm de ſtipulatione in vnius eiuſdémque perſona committenda tractatur: non item cùm in pluriū perſonis. Nihil enim vetat ſæpius cōmitti, dū ne ſæpius in eadē perſona. Quod ſi ita eſt quis credat Scæuolam ſcripſiſſe quòd ſequitur in d. l. vlt. *& nos dicimus ſemper præualere rei iudicatæ clauſulā eámque ſolā cōmitti.* An non id omnino pugnat cum præcedentibus totámque Scæuolæ ſententiam & corrigit & deſtruit? Deinde quis vnquam ex prudentibus ſic locutus eſt *& nos dicimus.* Aut quo contextu poſſis hæc verba ſuperioribus cōiungere? Imò verò nec poteſt verum eſſe quod Tribonianus cæteríque compoſitores dicunt, ſemper præualere rei iudicatæ clauſulam eámque committi. Nam in propoſita ſpecie ponimus priùs actum eſſe ex ſtipulatione contra vnum ex fideiuſſoribus aut ex promiſſoris heredibus ob rem non defenſam, deinde ab alio ex fideiuſſoribus aut rei ſucceſſoribus rem defendi cœptam, mox pro actore iudicatum: quia nec poſt cōmiſſam clauſulam ob rem iudicatam committi ampliùs alia poteſt ob rem non defenſam. Siquidē omnino prius eſt vt res defendatur vel nō defendatur quā vt iudicetur. Quæro ergo ſi vno ex fideiuſſoribus aut promiſſoris heredibus rem non defendente nō committatur ſtipulationis clauſula ob rem non defenſam? Quidni verò? cùm verum ſit rem defenſam non eſſe. At cùm alius fideiuſſor defendere cœperit & iudicatum erit pro actore, quæro an quia rurſus committitur ſtipulatio ob rem iudicatā [nam & id fatetur Tribonianus] fiet vt eò minùs commiſſa videri poſſit prior clauſula quæ reuera iam commiſſa eſt? Atqui dici ſolet factū pro infecto haberi non poſſe, nec vnquam in iure noſtro auditum illud eſt vt ſtipulatio ſemel commiſſa adeóque ex qua actum eſt vtiliter ſecuta etiam condemnatione pro non commiſſa habeatur, ob id ſolùm vt ex alia clauſula committi poſſit. Præſertim cùm nec actoris quicquam interſit vtrum ex hac an ex illa clauſula committatur cùm vtroque caſu conſecuturus ſit tātundem, ſcilicet quantum iudex pronuntiauerit. Habet enim hæc ſtipulatio expeditam quantitatem vt Vlpianus ait in *leg. 9 hoc tit.* Non igitur fieri poteſt vt ſemper præualeat rei iudicatæ clauſula eáque ſola committatur, ne quidem in vnius eiuſdémque perſona. Nam ſi is qui prius fuit negligens & contumax in defendendo, ex eaque cauſa ex ſtipulatu conuentus & cōdemnatus ob rem non defenſam, poſteà defenderit, fueritque pro actore pronunciatum, eadem ratio quæ in pluribus fideiuſſoribus aut promiſſoris heredibus à nobis vſurpata eſt, hoc etiam caſu locum habet, vt ob rem non defenſam committatur ſtipulatio, ſiue poſteà iudicetur ſiue non, dummodo ex ea ſtipulatione lis conteſtata ſit *dict. leg. cùm quærebatur*, commiſſa autem non ex eo reſoluatur quòd poſteà reus cōdemnetur. Numquam enim ſtipulatio cōmiſſa reſoluitur, maximè ſecuta conteſtatione, abſurdúmque eſſet ad reſoluendam ſtipulationem iam commiſſam prodeſſe reo quòd ſit condemnatus, *arg. l. 3. D. de vſur. l. euidenter 16. D. de except. rei iudic.* Itaque tantum abeſt vt verum eſſe poſſit quod Tribonianus voluit ſolam committi clauſulam rei iudicatæ, & præualere, vt ex cōtrario committi nō poſſit poſteaquam ſemel commiſſa eſt ſtipulatio ob rem nō defenſam in vnius eiuſdémque perſona, vt hac ipſa lege ſcribit Scæuola & Vlp. *in d. l. cum quæreb.atur. In l. domū emis 57. D. de cōtr. emp.* ab illis verbis, *& Neratius ait hāc quæſtionē mult intereſſe*, vſque ad finem legis nihil eſt quod non prodat manum Triboniani abutentis nomine & autoritate Neratij vt ſuas nobis pro bonis venditet diſtinctiones. Abhorret enim illa diſtinctio non ſolùm à iuris ratione ſed etiam à Pauli diſputatione. Nam Paulus eum caſum tractat, quo domum emerim quam ego & venditor combuſtam ignorabamus. Et ait ex Neruæ Sabini & Caſſij ſententia nihil veniſſe quamuis area maneat, pecuniámque ſolutam poſſe condici. Nempe quia non aream emere volui, ſed domum, quæ porro nulla eſt poſt combuſtionem. Tribonianus autem, acſi Paulus diſtinctioni locum reliquiſſet, diſtinguit an domum combuſtam venditor ſciuerit an ignorauerit, & an maior pars domus exuſta ſit an minor. Quod ego miror nō fuiſſe animaduerſum à tot tantiſque interpretibus, præſertim à recētioribus qui tam acriter & ad conuicia vſque de illius loci lectione & ſententia quaſi pro aris & focis dimicarunt: ſanè ſi ponas venditorem ſciuiſſe domū cōbuſtā, atq. ita fuiſſe in dolo, multò magis fatēdū ſit nullā eſſe emptionē, cū vēditoris dolus hoc ſuadeat, licèt fortè interſit emptoris valere cōtractū vt quod ſua intereſt conſequatur. Non. n. quemadmodū dolus pro poſſeſſione eſſe dicitur, ita & pro re vendita eſſe poteſt ſi res illa vēditionis tēpore nulla fuit. Rē enim eſſe oportet quæ veneat vt vēditio aliqua eſſe intelligatur, *l. 1. D. de hered. vel act. vend.* Idq. Tribonianus ipſe fatetur ſi ante vēditionē tota domus exuſta fuit. Aliud tamen exiſtimās ſi quātacūq. pars ædificij remāſerit. Omninò ineptè. Nā ſi propter dolū venditoris hoc admittamus, cur diſtinguimus an nulla prorſus an aliqua ædificij pars remanſerit? Sin venditionem vtilē illud facit quod nō tota domus exuſta ſit, cur nō æquè dicimus eā valere quātacunq. ædificij pars remāſerit, illo etiam caſu quo venditoris dolus nullus interuenerit? Et tamen prima illa Triboniani diſtinctio eſt, an maior minórve domus portio exuſta ſit, æquè autem inepta. Cur enim parte dūtaxat exuſta cogatur emptor venditionē adimplere, vt abſurdè Tribonianus loquitur, [ſiquidē vēditoris eſt implere venditionem non emptoris *l. ſi quis alienam 46. D. de act. emp.*] cùm qui totam domum emit non perinde fuerit partem empturus? *l. ſi quis aliam 46. D. de ſolut.* An non ſufficit ignorantiam venditoris hactenus ei prodeſſe vt ad id quod

Digitized by Google

emptoris intereſt non reuocatur? vtique enim tenetur cùm ſciuit, & quidem actione de dolo cùm in dolo fuerit: Quominus neceſſe eſt vt eam ob cauſã dicamus venditionem valere ad venditorem in id quod emptoris intereſt, condemnandum. In eo planè etiam à Triboniano diſſentio quod ſi emptor ſolus ſciuit domum exuſtam, nec dubitandum puto quin multo minus valeat emptio, quam ille vult ſtare. Semper enim verum eſt non eſſe in rerum natura rem venditam, ſiue domus tota ſiue pro parte exuſta ſit, quia non pars domus ſed tota empta eſt. Neque tamen vllam idcirco emptori actionem dari volo ad repetendum pretium, ſi iam ſoluerit quia ſeipſum decepit, videturque donandi animum habuiſſe qui ſciens indebitum ſoluit, ex qua cauſa conſtat ceſſare condictionem. Sed ſi nõ ſoluerit non puto cogendũ eum ad precij commenti ſolutionem. Qua enim actione cogatur ſoluere, aut qua fronte venditoris nullam rem tradentis? Si facto venditoris exuſta eſſet domus, dici poſſet haberi etiam pro tradita. ſed ob hoc ſolùm quod emptor exuſtam ſciuit adeò eum puniri vt ſine actione cogatur pretium vltro ſoluere venditori qui nihil præſtet, non puto quemquam ex iuris autoribus fuiſſe reſponſurum. vtique enim dici non poteſt ſolum donandi animum ſufficere ad obligandum emptorem ſi neque traditio neque ſtipulatio ad implendã donationẽ interuenerit. Quamquã nec ſufficeret ſtipulatio in venditione, vt ſit, adpoſita, quia pendet ex negotio cõtracto habétq. naturam venditionis hactenus vt ex ea agens venditor non alio caſu audiendus ſit quàm quo audiretur agens ex vendito, ac proinde ſi prior contractũ ex parte ſua impleuiſſet, *l.3.§.1.l.ex empto xi.in princip.l. Iulianus 13. §. offerri de actio.emp.l.4.D.de vſur.l.ſtipulationẽ 5.de verb.oblig.* In hoc vno mihi cõuenit cũ Triboniano, quod ſi domum combuſtam eſſe tam emptor quàm venditor ſciuit, apparet nihil actũ eſſe neque vllam viciſſim inter emptorem & vẽditorem actionem cõpetere, ſed vtrimq. vt ille ait dolum compenſandum eſſe. Non valde diſſimile eſt quod *in l. ſi ſeruum 91. in princ. de verb. obl.* Tribonianus poſtquàm noua ſua diſtinctione Paulum fœdauit vſque ad verſic. item ſi homo, vt nemo non videt, cùm nec conſtrui cõmode textus poſſit illo loco *conſiderantibus vtrum &c.* ſubiicit ingenioſè ni fallor magis quàm verè *quam diſtinctionem & Iulianus ſequitur.* vt Iuliani eſſe eam putemus nõ Triboniani. Sed & apparet Paulum tota ea legẽ non niſi de homine promiſſo per promiſſorem occiſo tractare voluiſſe, non item de fundo ſacro vel religioſo facto. De quo tamen Tribonian. etiam neſcio quid interſerit cum ſuis illis verbis, *ſi quidem, ſin autem:* quæ quoties in Pandectis lego, toties mihi videor conſtitutionem aliquam Iuſtiniani aut alterius ex poſterioribus Imperatoribus legere. ſolent enim Iureconſulti dicere, *& quidem ſi, ſin verò,* aut potius *ſi verò:* vix vnquam *ſin autem. In leg. ſed ſi mors 13. §. 1. de donat. inter virum & vxorem.* iampridem obſeruauit vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, manũ ſuam adhibuiſſe Tribonianum & quædam vt ipſe loquitur attexuiſſe ex lege Conſtantini quæ extat *in l. res vxoris 24. C. de donat. inter virum & vxorem.* Ego autem totum locum dico eſſe Triboniani ab illis verbis *an donatio valeat videamus* vſque ad §. *cùm quis.* In illa enim quæſtione quæ ex Vlpiano proponitur, An ſi vxori mortis cauſa maritus donauerit, & deportationem paſſus ſit, donatio valeat, dubitandũ non fuit Vlp. temporibus quin nõ valeret, quia in alium caſum videlicet mortis facta eſſet. Quemadmodum nec donatio facta in caſum diuortij confirmatur ſecuta morte quia in alium caſum facta eſt vt in eiuſdem legis princi. Vlp. ait. Nec ad rem pertinet ratio illa qua mouetur Tribonianus, quod aliàs in caſum deportationis facta donatio valeat perinde ac in caſum (ſic enim apud Tribonianũ legendũ eſt nõ *in cauſam*) diuortij. Non enim ea res facere poteſt vt donatio in caſum mortis facta valere debeat in caſum diuortij cùm alius caſus ſit, vt diximus. Et ob id nimirũ neceſſaria fuit lex Conſtantini vt mulieri ſuccurreretur ne donationis in ſe à viro mortis cauſa collatæ commodum amitteret. Ad quam Conſtantini legem quam & Iuſtinianus probaſſe ſe dicit Nouell. 22. proculdubio reſpexit Tribonianus, vt apparet non ſolũ ex ſtylo ipſáq. iuris ratione quæ repugnat, ſed etiam ex contextu ipſo verborum. Nam cum Vlp. dixiſſet donationem factã in caſum diuortij non confirmari ſecuta morte, ſubiicit, *Proinde etſi mortis cauſa vxori donauerit & deportationem paſſus eſt.* Conſequens igitur erat vt ſcriberet, *donatio non valebit.* Illa namque dictio, *proinde,* ſignificat identitatem iuris & rationis acſi ſcriptum eſſet, *& conſequenter.* Et verò donationem factam in caſum mortis non confirmari ſecuta deportatione ex eo apparet, quòd etiam à deportato reuocari poteſt, quandiu viuit, adeóque quod magis mirum eſt licet in ciuitatem nũquam reſtitutus ſit, vt & Tribonianus fatetur. Itaque non tam à Conſtantino hac parte inductum eſt vt confirmetur donatio, quàm vti ne omnino per deportationẽ intercidat, & vt ſolo ſilentio confirmata intelligatur ſi in eadem voluntate maritus decedat, licet mortem deportatio præceſſerit, perinde denique acſi nulla deportatio interueniſſet. Quod haud dubiè ſecus obſeruabatur iure vetere, propter quæſitũ ius fiſco per deportationem, vt poſtrema illa Cõſtantinianæ legis verba probant, *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterũ communionem habituro.* Deniq. iure vetere caſus quidam erant, quibus deportatio comparabatur morti, *l. 1. §. filium de bonor. poſſ. contr. tabul. l. ſi necẽ 4. §. ſi deportatus de bon. libert. l. verũ 63. § penul. D. pro ſocio. l. ex facto 17. §. ex facto ad S. C. Treb.* Alij erant quibus non comparabatur, *l. cũ pater 77. §. hereditatẽ de legat. 2. l. intercidit 59. de condic. & demõſt. l. ex ea parte 121. § in inſula de verb. obl.* In hoc autem caſu de quo tractamus deportatio nec pro morte habetur, quia tunc omnimodo per deportationẽ ſicut per mortem cõfirmaretur donatio mortis cauſa facta, neq. reuocari ampliùs poſſet quod falſũ eſt, nec pro caſu alio à morte, alioqui donatio infirmaretur quaſi in alium caſum facta. Quid ergo? Suſtulit Cõſtantinus impedimentũ deportationis, voluitq. nullam prorſus deportationis rationem haberi, acſi nec contigiſſet. Hoc verò quis putet Vlpianum pro ſua autoritate reſpondere potuiſſe? vtiq. non magis quã illud facere vt ex deportatione bona mariti fiſco nõ vindicarẽtur, quæ ſi vindicarentur equidẽ intercidere donationem neceſſe eſſet, quippe quæ ante donatoris mortem perfecta videri non potuerit, *l. non videtur 32. de mort. cauſ. donat. In l. ſi alius 7. §. belliſſimè D. quod vi aut clam.* cũ Vlpianus ex Iuliano ſcripſiſſet ei qui ex interdicto, *quod vi aut clam* conueniatur, prodeſſe debere exceptionem, *quod nõ tu vi aut clam feciſti.* Tribonianus neſcio qua ratione motus de ſuo ſubiecit, *quod nõ aliter procedere debet niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa. Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.* ſolet nãq. Tribonianus omnia referre ad officium iudicis etiam vbi Iudicis officio locus nullus eſt, vt ſuperiore capite docuim.

ad l.

ad l. ſi reus 71. de procurat. ſed non potuit ineptiùs facere quàm in hoc Vlpiani loco de quo agimus Nam vt ex omnium interdictorũ verbis apparet, Prætor ipſe interdicebat, non in eam rem iudices dabat, quòd cauſæ omnes de poſſeſſione eſſent quaſi momentaneæ, fauorabiles citóque expediendæ: quam ob cauſam comparantur interdicta extraordinariis actionibus, aut potius interdictis extraordinariæ actiones quæ pro iis competunt, *l. 3. C. de interd. §. vlt. Inſtit. eod.* Extraordinariæ enim actiones illæ erant quæ apud Prætorem ipſum extra ordinem exercebantur cùm ordinarium eſſet vt Prætor non cognoſceret, ſed lite conteſtata iudices daret. *In l. vltim. D. de curat. furioſ.* verba illa, *niſi ex magna vtilitate furioſi hoc cognitione iudicis faciat*, apertum eſt, Triboniani eſſe inepteq́. ſubiecta ſuperioribus, in quibus de illo tantum tractatur an poſſit curator furioſi res pro ſua autoritate alienare. Quis enim dubitet quin poſſit ſi ita faciat iubente iudice? Sed & quomodo fieri poteſt vt magna furioſi vtilitas exigat donationem rerum ipſius à curatore fieri? Nam neque mora veráve donatio eſt quæ aliam cauſam habet quã donãtis liberalitatẽ, neque ſanè video qua ratione poſſit quis donando fieri locupletior. *In l. 1. in fin. de pen. lega.* non dubito quin etiam Triboniani ſint verba illa, *puto tamen ſic voluntatem ſequendã teſtatoris vt tota ſumma ilico poſtquam ceſſauerat heres dare penum vxori præſtetur, heredis indeuotione coercenda.* Quis enim vnquam ex Iureconſultis, *indeuotionẽ*, dixit pro mora aut contumacia? *In l. ſi is qui ducenta 13. §. vltim. de reb. dub.* tractat Iulianus ſpeciem illam non inelegantem, ſi paterfamilias in teſtamento ita ſcripſerit, *ſi quis mihi filius aut filia gignetur heres eſto, ſi mihi filius aut filia heres non erit Seius heres eſto.* Et ait non ſatis voluntatem ſuam declaraſſe videri teſtatorem, an non aliter extraneum heredem eſſe vellet, quàm ſi neque filius neque filia heres eſſet. Hoc enim modo, inquit, concipi condicionem oportuit, *ſi mihi neque filius neque filia heres erit.* Poteſt autem, ait ille, interdum ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria, id eſt eo modo quo à teſtatore dictatam ponimus, ſi quis cùm filium & filiam habeat vtrumque heredem inſtituere velit, ſed ſiue alter heres futurus ſit, extraneum heredem miſcere, ſiue neuter extraneũ heredem ſubſtituere. Quibus verbis an non apertè Iulianus ſentit, ex ea ſuperiore ſcriptura omnimodo admittendum extraneum aut in totum, aut in partem? Quidni enim eum ſenſum habeat ſcriptura ad quem exprimendum ſit neceſſaria? Ea tamen quaſi nihildum Iulianus decidiſſet, Tribonianus de ſuo adiecit, *Sed procliuior eſt teſtatoris ſententia ſic interpretanda vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit.* Feſellerunt Tribonianum verba illa Iuliani *non ſatis voluntatem ſuam declarauit*, quæ ille ſic accepit vt coniecturę locus relinqueretur. At non ita ſimpliciter Iulianus ſcribit non ſatis apparere in propoſito quid teſtator ſenſerit, ſed ex cõtrario ait non ſatis eum declaraſſe an nõ aliter extraneum heredem eſſe vellet quàm ſi neque filius neque filia nati eſſent. Cui conſequens eſt vt hoc ipſo dicendum ſit ex verborum poteſtate à quibus in dubio recedendum non eſt, vocari extraneum cum fatendum ſit non aliis verbis teſtatorem eum vocaturum fuiſſe ſi vocare voluiſſet. Id enim eſt quod ſequitur in verſic. *poteſt autem interdum ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria.* Mouit etiam fortaſſe Tribonianum coniectura illa pietatis de qua in *l. cùm acutiſſimi C. de fideic.* quòd nemo credẽdus ſit alienas ſucceſſiones vt eo loco Iuſtinianus loquitur, propriis anteponere voluiſſe. Sed id procedit in dubio, non cùm ſatis apertè expreſſa eſt voluntas teſtatoris. Peſſimèque Tribonianus etiam in ſpecie *d. l. cùm acutiſſimi*, ea ratione abutitur vt docuimus libr. 7. cap. 14. *ad l. cum anni 102. de condic. & demonſtr. in l. facta 63. §. ſi heres antè D. ad Senatuſconſultum Trebell.* cùm Caius ex Iuliano ſcripſiſſet ſi heres antè reſtitutam hereditatem ſeruum hereditarium ab aliquo heredem inſtitutum iuſſerit adire, non debere hanc hereditatem reſtitui quoniam de ea rogatus non eſſet, ſubiecit Tribonianus de ſuo ſubtiliter, ſi diis placet, *& hoc eſt fatendum. Requirendum tamen & illud eſt num cum incremento heres reſtituere rogatus ſit hereditatem. Si enim hoc fuerit ſubſecutum etiam eã hereditatem reſtituere cogitur, niſi euidentiſſimis probationibus fuerit ab herede adprobatum contemplatione ſui ſeruum eſſe heredem inſtitutum.* Prorſus ridiculè. Quis enim dubitat hereditatem relictam ſeruo hereditario licèt ex cauſa fideicommiſſi reſtituendo, dummodò nondum ſit reſtitutus cõtemplatione heredis grauati relictam eſſe? An nõ potiùs onerandus eſt probatione fideicommiſſarius ſi negare velit? Neque enim quicquam iuris habet in hereditate reſtituenda, nec proinde in ſeruo hereditario antè reſtitutionem, *d. l. facta in princip.* Et diſtinctio illa cuius contemplatione ſeruus heres ſit inſtitutus, locum habere tantùm poteſt in ſeruo fructuario, aliiſq; ſimilibus in quibus euenit vt vno eodémq; tẽpore plures ius habeãt, *l. ſi ſerui 21. cũ ſeq. D. de vſufruct.* quod in ſeruo fideicommiſſario non cõtingit. Nam ante reſtitutionem totus eſt heredis grauati ſolius, poſt reſtitutionem totus fideicommiſſarij ſolius, nunquam vtriuſque, ſed & cùm iuſſus eſt heres fiduciarius hereditatẽ cũ incremẽto reſtituere, quid poteſt ea adiectio facere quod pertinet ad hãc hereditatẽ? Eſtne illa incrementũ hereditatis de quo teſtator ſẽſerit? Aut quomodo potuit debuitve is qui ſeruum hereditarium inſtituit, an heres dominúſq; ſerui illius iuſſus eſſet hereditatẽ ſimpliciter reſtituere, an cum incremento, qui nec vllo fortaſſe fideicõmiſſu obſtricto eũ ſciebat? Cur propter alieni teſtamenti verba huius voluntati fiat iniuria cuius intẽtio tota in heredis grauati commodum directa ſit? Debuerat potiùs Tribonianus diſtinguere an heres ſuſpectam dixiſſet & coactus reſtituiſſet, an verò ſpõte adiiſſet. Nam cùm coactus adiit, certum eſt nullum prorſus commodum retinere illum debere non ſolùm ex hereditate, ſed ne quidem occaſione illius hereditatis, *l. ita tamẽ 27. §. qui ſuſpectam. & §. ſi præceptis l. ſi patroni 55. §. quid ergo D. hoc tit. ad SC. Trebell. in l. filio 7. D. vt leg. nom. caueat.* dico Triboniani eſſe poſtremã illã clauſulã, *ſed melius eſt per mediocritatem cauſam dirimere vt cautionis tãtùm cum hypotheca ſuarũ rerũ cõmittantur.* Neque enim dubito quin ad propoſitã quæſtionem Paulus in præcedentibus reſponderit, quæ de illo erat, An ſi filio ſeruóve legatum eſſet à patre dominóve, & pẽdente condicione filius emancipatus aut ſeruus manumiſſus eſſet, audiri deberent ſi ſibi à patre dominóve ſatiſdari poſtularẽt. Dubitandi cauſa illa fuit quod patris dominive beneficiũ non videretur ipſis onεroſum eſſe debere. Sed decidẽdi ratio illa fortior eſt, quod imputare ſibi debeãt qui dederunt eis poſtulandæ aduerſus ſe ſatiſdationis facultatem. Nam in legatis cõdicionalibus perpetuum & generale eſt vt ſiue de perſonarũ ſiue de rerum qualitate & condicione quærendum ſit, euenientis condicionis tempus ſpectari, & ex eo ſtatu qui tunc ſit, rem deci-

Digitized by Google

di oporteat, *l. ſi vxorem 5. C. de condic. inſert.* cum ſimilibus in quo differunt ſtipulationes à legatis, *l. ſi filiusfamilias 73. de ver. obli. l. quæ legata 18. de diverſ. reg. iur.* Quod cùm ita ſit, nihil neceſſe erat per mediocritatem, vt Tribonianus loquitur, cauſam diſtinguere, quæ iam ſatis & longè melius per ipſam iuris rationem diremta erat, deinde cùm edicti perpetui forma illa ſit, vt legatorum conditionalium nomine ſatiſdari oporteat cuiuſcunque dignitatis, & facultatum quarumcunque heres ſit. *l. 1. in princ. & §. 1. eod. tit.* quis putet voluiſſe Paulum aut verò potuiſſe temperamentum iſtud inducere contra iuris rationem, formámque edicti, nulla præſertim cogente neceſſitate? Imperatoris fuit aut eius qui Imperatorem ageret nō iureconſulti id audere, nec ſimile eſt aliud illud temperamentum quod proditum eſt, *in §. 1. l. poſtquàm 5. eod.* ab illis verbis, *ſed ſi nec ipſi cauere poſſint*, vſq. ad *§. ſi dies.* Nā quo caſu cautio nulla interponi poteſt propter inopiā eius qui cauere ex edicto deberet, vtique fuit neceſſe ab edicto recedere aut potiùs edictū ſupplere & remedium excogitare quo & heredis & legatarij indemnitati cōſuleretur, *l. 1. §. ſi frater D. de collat. bonor.* At ſatiſdationis onus remittere patri vel domino qui ex forma edicti ſatiſdare debeat, poſſitque ſi velit, neque fuit neceſſe, neq. Paulus pro ſua autoritate facere potuit. Et verò ſi ratio illa valeret quæ pro patre dominóque facere videbatur, quòd ipſorum beneficium iis oneroſum eſſe non debeat, facere etiam deberet vt nec pignoribus cauere illos æquum eſſet. Nam & onus eſt pignoribus, aut etiam hypotheca rerum ſuarum omnium cauere. *d. l. 1. §. iubet autem de collat. bonor.* Lapſus Triboniani ille fuit quòd putauit non fuiſſe deciſam à Paulo quæſtionem, quòd ſententiam ſuam nō niſi per interrogationem quaſi dubitans modeſtiæ cauſa vt facere iureconſulti ſolent, aperuiſſet. Quāquam veriſimile quoque eſt ſubiectum fuiſſe à Paulo *quod magis eſt*, taléve aliquid, ſed ſublatum à Triboniano, vt ſub Pauli nomine ſuam nobis inſinuaret opinionem. *In l. 4. §. ſi quis condemnatus. D. de re iudic.* vereor etiam ne Triboniani ſit tota illa diſtinctio. Nam Vlpiani temporibus cuius ea lex eſt, videtur in arbitrio iudicantis fuiſſe quemadmodum & hodie eſt vt cōdemnato tantùm temporis ad ſoluendum daretur, quantùm pro cuiuſq. facultatibus ſufficere videretur, ſicuti monuimus, *cap. 1. lib. 7. ex l. 2. l. debitoribus 31. & l. ſi debitori 21. de iudic.* Neq. enim hac parte quicquā intererat an debitor ante ſententiam paratum ſe diceret ſoluere, an eſſet condemnādus, *vt conſtat ex d. l. debitoribus*, in illis verbis, *His qui fatebuntur ſe debere, aut ex re iudicata neceſſe habebūt reddere.* Proinde tempus legitimum iudicato faciendo datum nō aliter locum habere poterat, quā ſi aliud aut breuius aut lōgius iudex nō præſtituiſſet: quamuis credibile ſit nō fuiſſe ſolitos iudices ab eo tempore quod lex definiuerat præſtituendo facilè ac ſine cauſa receſſiſſe. Vnde illud etiam eſt quod idem Vlp. ait, in *l. certum 6. §. vlt. de confeſſ.* confeſſos vtiq. poſt confeſſionū tempora quaſi ex cauſa iudicati habere. Et ſanè abſurdū ſit quærere ſi quis intra certos dies ſoluere per ſententiam iuſſus eſt vnde ei tempus actionis iudicati cōputari oporteat? Nam ſi ſententia valet, ei omnino ſatisfaciendum eſt, & cōſequenter intra idipſum tempus quo iudex ſtatuit ſoluendum, ſiquidem pars ſententiæ & cōdemnationis illa eſt quæ tempus ſoluendi definit, cùm quo citiùs tardiúsve ſoluitur, eò plus minúſve ſolui videatur. Sed quid verbis opus eſt? Extāt in hāc rem ipſiſſima Vlpiani verba, *in d. l. 1. D. de re iudic.* quam tamen æquè Tribonianus corrupit, additis ni fallor iis verbis parùm elegantibus, *ſed perrarè intra ſtatutum tempus ſententiæ exequentur veluti ſi alimenta conſtituantur, vel minori vigintiquinque annis ſubueniatur.* Occurrunt enim iudicantibus mille aliæ cauſæ ex quibus nunc hoc nunc illud tempus, nunc lōgius nunc breuius iudicatu faciendo ſtatuendum eſt.

Emendatio §. qui ſeruum. l. huiuſmodi 84. de legat. 1.

CAPVT XVIII.

CVm quis ſeruum ſibi legatum ignorans ab herede emit, & quæritur de iure legatarij actionúmque illi competentis, diſtinguendi ſunt tres caſus. Primus eſt ſi cognito legato ex teſtamento egerit, & ſeruum acceperit nondum ſoluto precio. Secundus, ſi precio iam ſoluto agere ex teſtamento inſtituerit. Tertius ſi iudicio ex empto actum fuerit. Primo caſu cùm ex teſtamento ſeruum conſecutus ſit, nihil aliud petere poteſt, niſi vt actione ex vendito liberetur, nec pretium præſtet quod alioqui venditori præſtare cogeretur. Id verò conſequitur actione ex teſtamento nec ei neceſſaria eſt ex empto actio, quia iudicium hoc quo ex teſtamento agitur bonæ fidei eſt, *l. 3. in princip. l. vſura 34. de vſur.* & ideò continet in ſe doli exceptionem, *l. ſed etſi 21. D. ſolut. matrim.* Dolo autem malo facit venditor qui petit precium eius rei quā actoris ex cauſa lucratiua facere tenetur. Secundo caſu datur quidem ei actio ex teſtamēto ad hominem conſequendum: ſed quoniā ea actio manca eſt ad ſoluti pretij repetitionem neceſſaria eſt ex empto actio perinde acſi ſeruus euictus fuiſſet, quod vtiq. ſiniſtrà diceretur ſi actioni ex teſtamento ad recuperandum pretium locus eſſe poſſet. Tertio caſu hoc eſt ſi precio iam ſoluto emptor idémq. legatarius aut fideicommiſſarius ex empto agere maluerit cùm ex teſtamento agere poſſet: ex empto, inquam, ad precij reſtitutionem reiq; vēditæ traditionem, non aliter abſolui heredem oportebit quàm ſi & preciū emptori reſtituerit, & hominem ipſius fecerit. Maior ſiquidem hoc caſu vis eſt actionis ex empto, non ſolùm quàm ſit actionis ex teſtamento, ſed etiam quàm eſſe ſoleat actionis ex empto. Nam cùm actio ex teſtamento ad id tantùm competat, vt res relicta detur, non etiam ad pretij reſtitutionem, ideóque pro precio recuperādo neceſſaria ſit ex empto actio, hæc tamen ad vtrumq. cōſequendum ſufficiens eſt, quia ſui natura cōpetit ad rem habendā, ad precium autem conſequendum quaſi re euicta ex quo incipit res non emptionis ſed teſtamenti iure deberi exiſtente relicti condicione. Cur non enim perinde hoc caſu detur ex empto actio ad preciū recuperandum, atque daretur ſi ad habendum hominē ex teſtamento actum eſſet? In eo autem actio empti ſeipſam ſuperat, quod cùm non ſoleat competere ad hoc vt venditor emptoris rem faciat, ſed tantùm vt vacuam eius poſſeſſionem tradat, *l. 1. 3. & 11. de action. empt.* hîc tamen competit ad hoc vt venditor emptoris rem faciat, id ſcilicet poſtulante bona fide propter coniunctum ius teſtamenti, quódque alienum non ſit à natura venditionis vt venditor obligetur non tantùm ad tradendum ſed etiam ad cauendum. Quid enim ſi in vendēdo id actum eſſet? Quid verò intereſt an in vendendo id actum ſit an ex iure ſuperueniente idipſum æquitas iuriſque ratio ſuggerat? Actionis autem ex teſtamento poteſtas ideò minor eſt vt ad precij repetitionem competere nequeat, quòd licet ſit bonæ fidei, tamen extendi non poteſt vltra id quod teſtamento relictum eſt:

iámque

Digitized by Google

iámque vires ſuas conſumpſiſſe intelligenda eſt, hoc ipſo quod fecit vt per legatum aut fideicommiſſum relictus ſeruus emptoris fieret. Atque hæc, meo iudicio, Iuliani ſententia eſt, *in §. qui ſeruum. l. huiuſmodi 84. de leg.* 1. qui tamen locus, ſi ita eſt, valde corruptꝰ & mẽdoſꝰ eſt, in eo primũ quod vulgata lectio ſic habet, *quod ſi iudicio ex empto factũ fuerit*. Legẽdũ n. eſt quomodo in emendatiorib. nõnullis cod. *actũ* pro *factũ*. Alioqui vulgata lectio nullius ſenſus eſt. Nam ſi ſic intelligas vt iudicio ex empto recuperatum ſit preciũ, quod ſanè præcedentia omnino ſuadere videntur, non congruent ſequentia illa, *non aliter abſolui debebit quàm ſi precium reſtituerit*, quibus verbis oſtendit Iulianus eum ſe caſum tractare, quo precium nondum reſtitutum ſit. Ponit ergo iudicio ex empto actum fuiſſe ad differentiam caſus præcedentis in quo poſuerat legatarium ex teſtamento egiſſe. Id enim docere vult, vtramque quidem actionem legatario aut fideicommiſſario, eidémque emptori competere, ex teſtamento ſcilicet & ex empto cum iam ſoluit precium, necdum rem ſibi relictam conſecutus eſt, ſed tamen multum referre vtra prius actione egerit. Sed aliud multò grauius & periculoſius mendum eſt in eo quod apud Iulianum ſequitur, *ſi tunc compererit actor legatum ſibi hominem eſſe & agat ex teſtamento*. Illa namque verba præ ſe ferunt prius egiſſe emptorem ex empto ad preciũ recuperandum, quàm hominem ſibi legatum comperiſſet. Quod ſi ita eſt, quæro quo iure aut qua fronte ex empto agere potuerit? Quandoquidem hanc empti actionem illud tantum inducit quòd exiſtente legati condicione res ad emptorem pertinere incipiat ex cauſa legati non emptionis, *l. 4. D. ad leg. falcid. l. cui res 29. de action. empt.* Proinde totum illum verſiculum delendum arbitror & inepto interpreti potius quàm Iuliano tribuendum. Mouet me illud maximè, quòd iuris ratio proculdubio nõ patitur vt ex teſtamento petatur precium, quod ipſis teſtamenti verbis nullomodo relictum eſt. Ponimus enim relictum fuiſſe hominem non hominis æſtimationem, etſi non ignoro interdum contingere eo quoque caſu quo precium relictum non ſit vt ex cauſa præſtari poſſit, *vt in leg. ſi fundum per fideicommiſſum 92. de legatis primo. leg. vltim. § vltim. de legatis ſecundo. leg. quidam 25. §. ſi quis filium. D. ad Senatuſconſultum Trebellian.* Sed vt ex teſtamento peti poſſit, fieri numquam poteſt. Interpretem fefellit, quòd non putabat fieri poſſe vt ſola empti actio ſufficeret ad hoc vt & precium reſtitueretur, & legatus homo emptoris fieret, quaſi in hanc rem perinde neceſſaria eſſet actio ex teſtamento, atque præcedente caſu agenti ex teſtamento ad hominem conſequendum neceſſaria eſt ex empto actio ad precium recuperandum. Verum quàm ſint hæc diſſimilia ſatis apertè vt nobis videmur explicuimus. Quod nos nondum bene perceperamus cum ſcribebamus de ſententia & emendatione *dict. l. cui res 29. de action. empt. lib. 5. cap. 14.* Cui capiti hoc coniungi volumus, ne iuris ſtudioſi ſe à nobis illo loco deceptos conquerantur. Quamquam minus turpe videri debeat, in Iuliani ſententia percipienda nos tum erraſſe cum Accurſij, Bartoli, aliorúmque omnium interpretum veſtigia ſequeremur, ex quib. nemo vnquã fuit qui mẽdũ hoc obſeruauerit.

Defenditur recepta lectio l. 3. & emendatur l. 4. D. de regul. Caton.

CAPVT XIX.

PEſſimè ab antiquis omnibus interpretibus accepta eſt ſentẽtia regulæ Catonianæ, ſed multò peius à recentioribus, præſertim à Goueano, Balduino, & Cuiacio, quibus viſum eſt pertinuiſſe regulã illam ad hereditates, contra quã apertiſſime ſcriptũ ſit, *in leg. 3. ill. tit. de regul. Caton.* vbi propter hanc cauſam legendum putat Cuiacius, *libertates* non *hereditates*: Minùs ſib. vt credibile eſt ſatiſfaciens in ea interpretatione quam Balduinus & Goueanus attulerant, vt eo loco Papinianus de iis tantùm hereditatibus loquatur, quarum dies nõ niſi ab adita hereditate cedat, quales ſunt quæ ex Trebelliano reſtituuntur, *l. 1. D. ad Senatuſconſultum Trebell.* aut quæ ſeruis legatis relinquuntur, *l. vni. §. libertatibus C. de caduc. tollend.* Ego non dubito quin generaliter & perpetuò verũ ſit quod indiſtinctè Papinianus ait Catonianam regulam ad hereditates non pertinere, non illa ſolùm ratione qua mouetur Bartolus, & quam exagitat Cuiacius quod de legatis tantummodò locuta ſit, vt conſtat ex leg. prim. eodẽ titul. ſed etiam quia nec de legatis quicquam cauit, adeóque nec cauere potuit, niſi eo caſu quo teſtamentum valeret. Alioqui fruſtrà de legato cauiſſet vt inutile fieret, aut vt numquam poſſet conualeſcere ſi teſtamentum ab initio non valuiſſet: id nimirum cuincente ipſa iuris cõmunis poteſtate. Certum enim eſt iam inde à primis antiqui iuris Romani tẽporibus, & ante regulam Catonianam ita ius fuiſſe vt ſi teſtamentum non valeret nihil quoque valeret eorum omnium quæ teſtamento continerentur, *leg. prim. §. ſed ſi filiusfamilias de lega. 3.* At regula Catoniana ius nouum induxit, fecitque vt non valeret legatum quod alioqui fuerat valiturum: ſic enim definit: *Quod ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator inutile foret id legatum quandocumque deceſſerit non valere.* Supple, quod neceſſariò ſupplendum eſt, Quamuis alioqui inſpecto mortis ſubſecutæ tempore valere debuiſſet. Nec ſimile eſt quod dicimus inſtitutionem quæ ab initio non valuit ex poſtfacto non conualeſcere, *leg. penultim. de diuerſ. regul. iur. antiqui* aut vt habet alia iuris regula, quod initio vitioſum eſt tractu temporis conualeſcere non poſſe, *leg. quod initio 29. eodem.* Sunt enim illæ regulæ iuris antiqui non Catonis, ideóque & ad conditionales quoque inſtitutiones pertinent, in quibus non ſecus ac in puris ſpectatur præcipuè tempus teſtamenti cùm quæritur an valeant: ita vt ſi tùm non valeant, non eò magis valere poſſint quod euenientis conditionis tempore impedimentum illud ſublatum ſit. Id enim eſt quod dici ſolet in extraneis heredibus tria tempora inſpici, facti teſtamenti, mortis ſi pura inſtitutio fuit, aut euenientis conditionis ſi conditionalis, & aditæ hereditatis, *l. ſi alienum 49. §. in extraneis l. liber homo 59. §. ſi heres de hered. inſtit. §. in extraneis de her. qualit. & differ. Inſtit.* quibus locis quod de extraneis heredibus tractatur ad differentiam ſuorum non eò pertinet vt in ſuis heredibus faciendi teſtamenti tempus inſpici non oporteat, vt imperitè quidã putant, ſed vt in iis nulla tertij temporis ratio habeatur quod eſt aditæ hereditatis, quoniam in ſuis aditio nulla eſt, nec diſtincta ſunt tempora delatæ & acquiſitæ hereditatis, vt pluribus docuimus li. 9. Atquin illi ipſi qui contendũt regulã Catonianam pertinere ad hereditates fatentur tamen nõ pertinere ad conditionales inſtitutiones, *ex l. 4. eo. ti. de reg. Caton.* Fateâtor ergo neceſſe eſt, aliam eſſe regulã iuris antiqui, aliam verò eam quę Catoniana appellatur. Deinde inſtitutionẽ inutilem non ex eo æſtimamus, quod non valeret ſi teſtator eo tempore moreretur, ſed ex illo tantùm quòd teſtamentum inutiliter factum ſit, ſiue pro-

pter omiſſas ſolennitates, ſiue propter perſonam aut teſtatoris aut heredis quæ non habeat teſtamenti factionem. Quod cum euenit, verendum non eſt ne inſtitutio quæ ab initio fuit inutilis poſteà conualeſcat, quia teſtamentum quod ex inſtitutione æſtimatur, ſi ab initio fuit inutile, ex poſtfacto conualeſcere nunquam poteſt: licet in teſtamentis quæ aliquãdo valuerunt, ſed ex caſu ſuperueniente irrita facta ſunt, contrà nõnunquam receptum ſit, *l. ſi quis filio 6. §. penult. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* At in legato ſecus eſt. Quoties enim valet teſtamentum, valent quoque omnia in ipſo contenta, ſi iuris veteris rationem inſpicias, tametſi teſtatore moriẽte teſtamenti tempore nõ fuiſſent valitura, quia in legatis quæ proprias vires nullas habent, ſed eas tantum quas ex inſtitutione mutuãtur fruſtrà inſpicias tempus teſtamenti, cùm teſtamentum valet: mortíſque dũtaxat inſpiciandum eſt, quippe ab eo demũ tempore dies legatorum cedit. Ideóque nimirũ neceſſaria fuit regula Catoniana ne valerent, & vt in iis nõ mortis ſolùm vt anteà, ſed teſtamenti quoque tempus inſpiceretur. Tantum abeſt ne verum ſit, quod quidam volunt, per eam inductũ eſſe vt legatorum dies cederet à die mortis. Id enim iam antè legem Iuliam & Papiam iure antiquo obtinebat, cuius corrigendi gratia nouas leges ferri neceſſe fuit ne cederet antè apertas tabulas: vt daret ea res materiam locupletando fiſci ærario bellis ciuilibus exhauſto legati caducitate inducta ſi nondum apertis tabulis legatarius decederet. Quamquam ceſſante cauſa quæ legis Iuliæ & Papiæ iniquitatem induxerat ab hoc quoque iure ſtatim receſſum eſt, abrogata quod ad hanc rem attinet lege noua vt ad ius antiquum rediretur, *vt conſtat ex tit. D. & C. quand. dies legat. ced.* aliíſque innumeris iuris noſtri locis, quibus proditũ eſt à die mortis teſtatoris cedere diem legatorũ purè relictorum, & verò nõ eſſe abrogatam legem Iuliã reſtitutúmque ius vetus per regulã Catonianam ex eo apparet, quod regula Catoniana quæ à Catone nomen ſum pſit lege Iulia antiquior fuit, deniq. Catoniana regula pertinet ad legata quæ alioqui valerent non ad ea quæ ab initio fuerunt inutilia. Nam quod iam inutile eſt, magis inutile fieri non poteſt. Ergo tametſi poneres eandem hac parte rationem eſſe inſtitutionis & legatorum, non poſſet tamen ea regula pertinere ad inſtitutiones quæ ab initio inutiles eſſent. Proinde quod habet iuris antiqui regula, Inſtitutionẽ quæ ab initio nõ valuit ex poſtfacto non conualeſcere, tantò magis probat fieri non poſſe vt regula Catoniana pertineat ad inſtitutiones: nam neque inſtitutio vlla fingi poteſt quæ ab initio ſit ita vtilis vt inutilis futura fuerit ſi tunc teſtator moreretur, quandoquidem vt diximus, præcipuè ſpectandum eſt tempus teſtamenti quoties de inſtitutionis iure & validitate diſputatur. Et vt dicam apertiùs, Regula Catoniana vult in legatis non tam mortis tempus ſpectari quàm conditi teſtamenti. At in inſtitutionibus perpetuò obtinuit vt teſtamenti tempus inſpici deberet: ergo in inſtitutionibus & hereditatibus neque neceſſaria fuit regula Catoniana, neque locum habere potuit. Nam inſtitutionem, quę caput eſt teſtamenti nihil poteſt confirmare ſi ea non valeat, nihilque eſt ex quo poſſit ipſa vires accipere præterquàm ex ſeipſa. Ideóque ſpectandum neceſſariò eſt an ab initio vtilis fuerit, néc ne. Legatorum verò validitas pendet ex inſtitutione, & idcirco vtili facta inſtitutione nihil cauſæ eſt cur de legatis quæratur an valeant niſi eo demũ tempore quo deberi incipiũt, id eſt quo dies eorum cedit, ſcilicet mortis ſi pura ſint legata, vel condicionis exiſtentis ſi condicionalia. Vnde illud quoque fit, vt regula Catoniana non pertineat ad legata condicionalia, *l. cætera 41. §. 1. de legat. 1.* neque rurſum ad ea quorum dies non niſi ab adita cedit hereditate, *d. l. 3. de regul. Caton.* Nempe quoniam fruſtra fingas mori teſtatorem tempore teſtamenti vt inutile facias legatum de cuius viribus nondum quærẽdum eſſet etiamſi iam tùm teſtator decederet. Alioqui debuerat regula ſic concipi, *ſi teſtamenti facti tẽpore teſtator deceſſiſſet aut adita eius hereditas eſſet:* quod tamen abſurdiſſimum vtique fuiſſet. Neque.n. fieri poteſt vt adeatur hereditas eo tempore quo fit teſtamentum cùm prius ſit teſtamentum factum eſſe quàm vt ex eo hereditas deferatur: itémque vt per teſtatoris mortem deferatur ſucceſſio quàm vt delata acquiratur, niſi cùm de neceſſariis heredibus agitur, in quibus non ſunt diſtincta tempora delatæ & quæſitæ hereditatis cùm ipſo iure heredes exiſtãt vt diximus, & ob id euenit etiam vt hoc caſu, id eſt cùm neceſſarius aliquis heres eſt, locum habeat regula Catoniana in iis quoque legatis quorum dies ab adita tantùm hereditate cedit, vt putà ſi quis ſeruo ſub condicione libertatem dederit, legatum autem purè *l. Iulianus 86. in fin. de condic. & demonſtr.* & elegantiùs in *l. ſi optio ſerui 13. D. de opt. legat.* ex quibus apparet regulæ Catonianæ rationem nõ ex voluntate teſtatoris petendam eſſe vt noſtri exiſtimant, ſed ex ſola illa iuris ratione quòd legatorum dies regulariter cedat eo demùm inſtanti quo teſtator moritur: Alioqui ad ea quoque legata pertineret quę cedunt ab adita duntaxat hereditate, quod tamẽ falſum eſt. Nec eſt quod quis cũ Cuiacio nobis obiiciat legem *ſi primo 8. de liber. & poſthu.* Nam quod lex ait, *ſecundum ſententiam qua vtimur*, non pertinet ad regulam Catonianam, vt nos ad eum locum docuimus cap. vlt. lib. 9. licet non ignorem regulam Catonianam ſententiam quoque dici in *d. l. Iulian.* Vnum illud valdè obſtat ſuperioribus quod in *l. 4. de regul. Caton.* Vlpiano placet regulam Catonianã ad condicionales inſtitutiones non pertinere. Ita enim videtur Vlpianus innuere non obſcurè, nec dubitandum eſſe quin ad puras pertineat. Alioqui cur de conditionalibus loqueretur? De quibus vtique dubitari minùs poterat cùm nec ad legata (de quib. regula nominatim locuta eſt) pertineat ſi ſint condicionalia *d. l. cætera §. 1.* Atque ita Cuiacius rectiſſimè argumentatur, & longè rectiùs quàm qui obiectionem hanc ſic diluunt vt Vlpianus ſenſerit Catonianam regulam non pertinere ad legata pura in eo teſtamento relicta quo condicionalis inſtitutio cõtineatur. Sic enim veteres omnes poſt Accurſium & Bartolum, quos ex recentioribus ſecutus eſt Ioannes Robertus in ſuis illis aduerſus Cuiaciũ diſputationibus, prorſus ridiculè, cũ fateri cogantur quod & veriſſimum eſt, nõ eò minùs purũ eſſe legatũ cuiuſque diem à mortè teſtatoris cedere, quod relictum ſit ab herede ſub condicione inſtituto, *l. aliquando 107. de condit. & demonſt. l. heredis 7. §. penul. l. ſi dies 21. §. 1. D. quand. dies lega. ced.* vbi hoc ipſum apertè ſcriptum eſt non tantùm de legatis purè relictis, ſed de iis etiam quæ ſub ea condicione relicta ſint ſub qua inſtitutus heres fuit, addita eleganti ratione illa quòd per heredum condicionem legata incerta nõ fiant, nec multùm interſit an ita legatũ ſit ſub hac potiùs condicione, *ſi heres erit dato*, de qua nemo dubitat quin condicionale legatum non faciat quominus in legatarij heredem tranſmittatur, quaſi purum. Qua ratione cùm ab eo mihi fideicommiſſum da-

tum

tum eſt cui ſub condicione legatum eſt, fideicõmiſſum purè datum eſt, quemadmodũ ſi ab herede inſtituto ſub condicione purè mihi legetur *l. cum ſino 16. §. cum . b eo. D. eod. tit.* Sic legendum arbitror, ne alioqui locus mancus ſit & imperfectus, vt facilè perſpicere quiuis poteſt. Addita linea integra quam imperitus exſcriptor incautè prætermiſerat, cũ forte ſcriptum eſſet, *Cùm ab eo mihi fideicommiſſum datũ eſt cui ſub codicione legatũ eſt, fideicomiſſum purè datũ eſt, quemadmodum ſi ab herede inſtituto &c.* Similes enim errores obſeruauimus, *in l. in hoc iudicium 14. D. commun. diuid. & in l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo. de ſolut. lib. 2. & 8.* Niſi malis legere quomodo ſupplẽdi loci gratia vulgo ſcriptũ eſt, *tale & quemadmodum.* Sed ita emẽdatum eſſe locũ ab aliquo interprete potiùs quàm à Iureconſulto ſcriptũ, ex eo colligi poteſt, quod in eiuſdem §. princip. addit ille dictionẽ *purè.* Sic. n. vulgò legitur, *cùm ab eo purè mihi:* quod nil erat neceſſe. Sufficit namque ſub cõdicione fide cõmiſſum datũ nõ eſſe, vt appareat purè datũ. Negari certè nõ poteſt quin Florentina lectio vitioſa ſit. Cæterùm diſtinctio illa Bartoli ad *d. l. 4.* An cõdicio inſerta ſit toti inſtitutioni an parti duntaxat, & an legatum præceſſerit inſtitutionẽ, an ſubſ. cutũ ſit, prorſus aliena eſt à propoſito tractatu, neque confirmatur *ex l. ania 77. de condic. & demonſtr.* quæ regula Catoniana nec loquitur nec intelligi commode poteſt: vt nõ ſine cauſa videatur mihi Cuiacius aduerſus Accurſij & Bartoli ſectatores hac in re ſolorariorum operam imploraſſe. Quid enim abſurdius, quàm condicionalium inſtitutionũ nomine intelligere legata pura ab herede ſub condicione inſtituto præſtanda? Quid ergo? Dicã quod ſentio, & habeo pro explorato. Puto delendam dictionem illam *condicionales.* vt pote quæ in textum haud dubiè irrepſerit ex gloſſa imperiti interpretis idipſum fortaſſe exiſtimantis quod recentiores noſtri Regulam Catonianã ad puras inſtitutiones delatáſque ex iis hereditates pertinere. Nulla liquidẽ differentiæ ratio hac parte reddi poteſt inter puras inſtitutiones, & condicionales: cùm aperte falſa ſit illa quam reddit Cuiacius, quod in condicionalibus ſolùm exiſtentia condicionis tempus ſpectetur, ex *d. l. liber homo 59. §. ſi heres. D. de hered. inſti.* Nã imò verò ex illo loco, *& ex l. ſi alienũ 4). §. an extraneis. eod. tit.* iam probauimus, non minùs in condicionalibus quàm in puris ſpectandum tempus teſtamẽti, eámque ſolam inter has inſtitutiones differentiam eſſe quod in puris præter tempus teſtamenti ſpectamus etiam tempus mortis: in condicionalibus verò præter tempus teſtamenti, non mortis inſtans, ſed eueniẽtia cõdicionis: In vtriſq. præterea tẽpus aditæ hereditatis ſi de extraneis heredibus agatur non de neceſſariis. Sublata verò dictione illa quã tollimus idem ſenſus erit Vlpiani ſcribentis non pertinere Catonianam regulam ad inſtitutiones, qui Papiniani negãtis pertinere ad hereditates. Error omnium iſtorum ille eſt quòd non ſeparant regulam Catonianam à regulis iuris antiqui. Fateor Catonianam regulam pertinere ad ius antiquum nõ ad leges nouas, *l. vlt. eod. tit.* ſed nego eſſe idcirco regulam iuris antiqui cùm à Catone inducta ſit. Nam quòd dicimus pertinere illam ad ius antiquum, hunc ſenſum habet vt eam ferri neceſſe fuerit ad efficienda inutilia legata quæ alioqui ex iure antiquo valuiſſent, quo cedebat dies legati à morte teſtatoris nõ itẽ ad efficiẽda inutilia ea quæ nõniſi ex apertis tabulis cedũt per leges nouas Iuliã & Papiã. Bartolus vero cæteríque antiquiores etſi bene viderũt Catonianã regulã ad ſola legata nõ itẽ ad hereditates pertinuiſſe alias tamen neſcio quas conſtitutiones commenti ſunt, Catonianæ, inquiunt, regulæ in effectu ſimiles, ad quas referri oporteat, quod ſcriptum eſt in *d. l. pen. de R. I.* Inſtitutionem quæ ab initio fuit inutilis ex poſtfacto conualeſcere non poſſe, quem errorem Robertus quoque non multò ſubtilior ſecutus eſt. Cùm tamen non ex aliqua conſtitutione noua, ſed ex mera ipſa iuris veteris ratione deſumpta ſit regula *d. l. pen.* vt & cæteræ regulæ iuris antiqui, non enim ad iuris regulam pertinere poſſunt, quæ antè nouas conſtitutiones non obtinuerunt. Sed & veterum omnium perpetuus error ille fuit quòd exiſtimarunt Catonianæ regulę locum eſſe ex quacunque cauſa legatum ab initio fuerit inutile, vt putà quòd factionem teſtamenti teſtator aut heres ſcriptus teſtamenti faciendi tempore non habuiſſet. Quo ineptius ſanè nihil dici poteſt. Nam cùm teſtamentum ab initio non valet ſiue propter teſtatoris aut heredis perſonam incapacem, ſiue propter omiſſas iuris ſolennitates, non poſſis regulæ Catonianę vſum aliquem inducere, quia nec facere poſſis, vt legatum valeat, nec proinde quicquam cauſæ fuit quamobrẽ hoc caſu Cato conſtitueret, vt inutile efficeretur. Catonis enim ſententia proculdubio illa fuit, quam Iuſtinianus expreſſit apertius, *in §. an ſeruo Inſtit. de leg.* vt quod inutile foret legatum ſi ſtatim poſt factum teſtamentũ teſtator deceſſiſſet, nõ ideò magis valere debeat, quia teſtator diutiùs vixerit. At quis obſecro ante Catonem vnquam dixerat, teſtamentum quod ab initio nullum fuiſſet ob id magis valere poſſe quòd teſtator vixiſſet diutiùs?

Refutatur alius noſtrorum error in tractatu de reg. Caton. & indicatur inſigne Triboniani facinus in §. quando autem l. 3. D. de iur. fiſc.

CAPVT XX.

MAlè etiam noſtri vulgò Catonianã regulam negant pertinere ad legata quę ab initio & ipſo teſtamẽti tempore fuerint inutilia propter ſolam legatarij incapacitatem, *ex l. 3. §. quando autem. D. de iur. fiſc.* vbi ſcriptum eſt valere relictum nec fiſco locum fieri, ſi qui fuit incapax tempore teſtamenti reperiatur capax tempore mortis vt nõ tam conſilium quàm exitus ſpectetur. Debuerant enim animaduertere tractari eo loco de fideicommiſſo tacito in fraudem legis relicto incapaci, non autem de legato, regulam porro Catonianam de legatis tantùm locutam eſſe non item de fideicõmiſſis quæ nec Catonis temporibus vllum adhuc iuris vinculũ habebant ante Auguſtum. Quamquam autem confirmato fideicommiſſorum iure eadem illorũ ratio eſſe cœpit quæ legatorum *l. 1. de legat. 1.* maior tamẽ ſemper manſit fauor fideicommiſſorum, propterea quòd ex fide heredis pendeãt quam præſtare ipſum æquũ ſit, pręſertim ſi velit, maximè vero fiſci odio & legum aduerſus incapaces latarum. Ex quo etiam receptum eſſe alibi diximus, vt contra iuris rationẽ inſtitui poſſit incapax in id tempus quo erit capax, *l. in tempus 62. de hered. inſtit.* quæ ait beneuolentiæ hoc eſſe vt iuris oõ eſſe intelligamus. At illud quoque obſeruandum eſt, taciti fideicommiſſi aliã hîc rationem eſſe, quàm expreſſi. Tacitum enim fideicommiſſum cum ex mera grauati fide pendeat nec exigi poſſit per eum qui aliàs probationes nullas habeat, aut qui ſi haberet, fiſco potius quàm ſibi lucrum victoriæ quæreret, non admittit quęſtionem illam de qua agimus an ex regula Catoniana ſit inutile. Cur non enim valeat, ſi malit heres aut alius quiſquis tacitè rogatus eſt fidẽ à ſe datam exſoluere

Digitized by Google

quàm iure ſuo vti, & fideicommiſſi tanquam inutilia ſolutionem recuſare? Inter fiſcum duntaxat & eũ qui tacitam fidem accommodauit quæſtio eſſe poteſt ſi fiſcus fideicommiſſum auferre velit quaſi in fraudem legis relictum: rogatus autem malit relictũ ad fideicommiſſarium peruenire quàm ad fiſcum. At cùm fideicommiſſum expreſſum eſt, poteſt inter fideicommiſſarium ipſum & rogatum naſci cõtrouerſia, in qua nec dubito quin ſuccumbere debeat fideicommiſſarius qui teſtamenti tempore incapax fuit licet mortis tempore capax reperiatur, ex poteſtate ſcilicet regulæ Catonianæ quæ proculdubio licet de legatis tantùm locuta ſit, in fideicommiſſis quoque ex identitatis ratione locum habere debet, niſi paratus ſit heres vltrò ſoluere: quo caſu nullus, vt diximus quæſtioni de fideicõmiſſo relinquitur, ſicut nec ſi legatum eſſet inutiliter, nec eò minus tamen heres defuncti voluntatem agnoſcens legatario ſoluiſſet. Mihi tamen iterùm atq; iterùm intuenti probabiliſſimũ videtur, vt totus ille §. Triboniani ſit potiùs quàm Calliſtrati. Ad illam enim quæſtionem, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem accommodaſſe iam antè Calliſtratus reſponderat initio eiuſdem legis, verſ. *quæri autem ſolere quando intelligatur quis in fraudem legis fidem ſuam accommodare*, ſed longè alio ſenſu quàm Tribon. *in dict. §. quando autem.* vbi ob hanc cauſam ne hanc ipſam quæſtionẽ quæ à Calliſtrato deciſa fuerat proponere videretur, quòd iiſdem illis verbis vſus fuiſſet, *quando autem fraus interpoſita videatur agendum eſt.* ſubiecit, *id eſt, vtrum exitus ſpectari debeat an conſilium.* Quaſi prior quæſtio ad modum comminiſcẽdæ fraudis pertineat, poſterior verò ad tempus quod ſpectandum ſit cùm de fraude quæritur. Verũ non video quomodo poſteriori huic quæſtioni locus eſſe vnquam poſſit, qualis propoſita eſt *in d. §. quando autem*, illo loco, *fortè ſi tunc cùm tacitè fideicommittebatur non capiebat is cui reſtitui iubebatur, mortis verò tempore capere poterat, vel contra.* Nam cum is cui fideicommiſſum relictum eſt, capax fuit teſtamenti tempore, licet moriente teſtatore incapax reperiatur, fraudis tamen conſilium nullum eſſe poteſt, ideóque nec dubitamus quin etſi fideicommiſſum deficiat apud eum, tamen qui reſtituere rogatus eſt remanere debeat, vt disertè Caius ſcribit, *in l. in fraudem* 10. §. *De his quæ vt indig.* vbi rationem reddit, *quia nulla fraus eius interueniſſe videtur, niſi*, inquit, *ſi in futurum caſum fidem accõmodauerit, id eſt vt licet capere legibus prohiberi cœperit, reſtituat.* Rogo igitur, qua ratione nullo fraudis cõſilio interueniente locus eſſe poſſit quæſtioni an conſiliũ ſpectari debeat an exitus. Et tamen quæſtio illa eſt quæ proponitur *in d. §. quando autem.* iis verbis, *vel contra.* Sed & quod reſpondetur, exitum ſpectandum eſſe, ad neutram quæſtionis partem accommodari poteſt. Siquidem eo caſu quo fideicõmiſſarius teſtamenti tempore fuerit incapax, aut potius vt §. verbis vtar, tunc cùm tacitè fideicommittebatur [quoniam & ab inteſtato fideicommiſſa relinqui poſſe cõſtat] ſi poſteà & mortis tempore capax ſit & ad fideicommiſſum admittatur, hoc ipſo eueniet vt fraus exitum habeat. Fraudem enim ab initio factam eſſe negari non poteſt cũ eo tempore tacita fides accommodata ſit quo hic capere nõ poterat, & quo teſtator fideicommiſſum tacitum reliquit, non relicturus haud dubiè ſi nõ fidem ſuam tacitã heres aut alius quiſquis rogatus eſt, accommodaſſet. Ea verò fraus quando obſecro exitum & effectum habere poteſt, niſi vno demùm illo caſu quo is qui relicti tempore capere non poterat, moriente ſubinde eo qui fideicõmiſſum reliquit capere poſſit & capiat? Nam ſi mortis quoq; tempore incapax ſit qui anteà fuit, fraus non habet exitum cùm neq; fideicommiſſario datur perſecutio, neq. ei qui rogat' eſt retentio, ſed relictum fiſco vindicetur. Niſi fortè quis dicat deſinere fraudem eſſe cùm is qui ab initio fuit incapax reperitur mortis tẽpore capax. Sed non ita eſt, quia licet teſtator multò magis relictur' fuerit capaci quod incapaci reliquit, certum tamen eſt non fuiſſe eum voluntatem ſuam declaraturum ſi eo tempore fraudis conſiliũ non iniiſſet. Proinde vindicari ſemper expedit quod in fraudem legis factũ eſt, nec æquum eſt ei ſuccurri, qui ſi fraus legibus facta non eſſet, voluntatem teſtatoris hodie non haberet. Rurſus in contrario caſu quo tunc cùm tacitè fideicommittebatur fideicommiſſarius fuit capax, mortis verò tempore incapax, ſi dicas ſpectandum exitum non initiũ, conſequens fiet vt fiſco locus ſit, nec relictum penes eum qui rogatus eſt remaneat, ſiquidem quæſtio quę proponitur in *d. §. quando autem.* non eò pertinet, vt ſciamus an ad fideicommiſſum admitti debeat, qui mortis tempore incapax reperitur (quis enim illũ admitteret?) ſed an eiuſmodi relictũ fiſco quęri debeat, an penes eum qui rogatus eſt remanere. Atqui remanere vult Caius *in d. §. l. in fraudẽ ff. de his quæ vt indig.* quia vt diximus nulla prorſus fraudis ſuſpicio ſit in eo quod datum eſt capaci, licet poſtmodum fiat incapax niſi caſus incapacitatis præuiſus tacito fideicommiſſo cauſam dederit. Et verò extra hunc caſũ quomodo fieri poſſit vt teſtator de tacito fideicommiſſo relinquẽdo cogitet? Tacita ſiquidem fideicommiſſa tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cùm quis neq. teſtamento neq; codicillis rogatur, ſed domeſtica cautione vel chirographo ſe obligat ad præſtandum fideicõmiſſum ei qui capere non poteſt *l. in tacitis* 103. *de leg.* 1. Cùm ergo is cui relinquit eo tẽpore capax eſt, nulla taciti fideicõmiſſi neceſſitas aut vtilitas eſſe poteſt. Deniq; leges omnes hîc Accurſius congerit tanquã ad eandem ſententiam pertinentes, quibus probatur quoties quid in fraudem factùm dicitur fraudis exitum potiùs quàm conſilium ſpectandum eſſe, eos caſus tractans in quibus fraudis conſilium interuenerit: nec aliter fieri poteſt, vt locus ſit quæſtioni. Ridicula itaque eſt dubitatio quam quaſi ex Calliſtrato Tribonianus proponit an fraudis conſilium ſpectari debeat, an exitus, cùm fraus nulla facta eſt fideicommiſſo ei relicto qui teſtamenti alteriuſ e voluntatis tempore capax fuit. Fraus enim non fit ſine conſilio fraudandi, & cùm de fraudis exitu tractamus, in neceſſarium antecedens ponimus fraudẽ factam eſſe. Maneat igitur certiſſimum, non poſſe ex illo loco probari noſtrorum ſententiam exiſtimantium regulam Catonianam non pertinere ad ea relicta, quæ propter ſolam legatarij aut fideicommiſſarij incapacitatem inutilia futura eſſent, ſi tũ cùm relinquerentur teſtator deceſſiſſet. Quòd verò in eandem rem afferunt quod Vlpianus ſcribit *in l. ſi deportati* 1. *de leg.* 3. fideicommiſſum quod deportati ſeruo adſcriptum eſt ad fiſcũ nõ pertinere, ſi deportatus aut eum viuo teſtatore alienauerit, aut fuerit reſtitutus, multò minùs mouere debet. Nã in ea ſpecie ſi teſtator ipſe teſtamenti tẽpore deceſſiſſet, non eò minùs valuiſſet fideicõmiſſum, ſed ad fiſcũ, tanquã ad ſerui, cui fideicõmiſſum relictum erat, dominum perueniſſet, vt idem Vlpianus ait. Proinde non pertinet illa ſpecies ad Catonianam regulam, quæ de iis nominatim legatis locuta eſt, quorũ dies inutiliter

Digitized by Google

tiliter ceſſiſſet ſi teſtamenti tempore teſtator deceſſiſſet. Ac longè alia quæſtio eſt, an teſtamenti aut mortis tempus inſpiciẽdum ſit, vt ſciatur cui quæri legatum debeat. Alia verò vtrius temporis habenda ratio ſit cùm quæritur, an legatum vtile ſit, aut vt breuius dicam, Aliud eſt quærere vtrum legatum debeatur, aliud verò, cui debeatur. Quò etiam referri debet, quod in *l. ſi cognatis 19. D. de reb. dub.* ex eodem Vlpiano proponitur, ſi cognatis legatum ſit, & teſtamenti tempore cognatus nõ fuit, qui moriente teſtatore cognatus reperitur per adrogationem, hũc quoque legatum conſequi debere. Nam ſi teſtator, qui cognatis legauit teſtamenti tempore deceſſiſſet, non eò minus legatum valuiſſet, tametſi hic qui tum cognatus non erat cum cognatis ad legatum admiſſus non fuiſſet. Quod nec Bartolus ipſe licet aliorum errorem ſecutus, ignorauit. Denique cùm quæritur, an legatum, vt fideicommiſſum debeatur, regula Catoniana vult inſpici tempus teſtamenti non mortis. Cùm quæritur cui debeatur, regulariter conſtitutum eſt, vt ſi verba minimè repugnent, inſpici debeat tempus quo dies relicti cedit, quod ipſum plerumque mortis tempus eſt, *l. penult. D. de legat. præſt.*

CLARISSIMO VIRO MANFREDO GOVEANO ANTONII FILIO SERENISS. SABAVDIAE DVCIS AB INTIMIS CONSILIIS, & in Pedemontana Curia Senatori,

ANTONIVS FABER S. D. P.

Statueram, clariſſime Goueane, abſolutis duodecim Coniecturarum mearum libris, nouam de iure noſtro ſcribendi rationem inſtituere, non quòd vetus diſpliceret, quam à te tuíque ſimilibus pleriſque viris, id eſt magnis & præſtantibus Iureconſultis probatam eſſe videbam, quæq; mihi omnium optima & accommodatiſſima ſemper viſa fuit, ſed vt iis etiam ſatisfacerem qui à me neſcio quid maius, &, vt loquuntur, Senatoria grauitate dignius expectabant. Audio enim quàm multos iampridem aut apertè maleuolos aut ſubobſcurè inuidos ita de ſcriptis noſtris exiſtimare, quaſi ea tãtùm ſectemur, quæ ad ſcholaſticas diſceptationes pertinent, prætermittamus verò cætera, quorum præcipuus in foro vſus eſt & in quibus tota ferè iuris dicendi exercitatio verſatur. Quod ſi à nobis ea mente fieri putant quaſi praxim negligamus, quam inde iam à duodeuiginti annis tractare cœpimus, facere vix ſanè poſſunt quin iudicium in nobis requirere videantur. Sin illa etiam quæ vel ſciolis quibuſque obuia ſunt à nobis ignorari exiſtimant, næ videntur parum digni quos curare debeam, qui de Senatore ac Præſide vltro tam malè ſentiunt. Sed tamẽ cùm aſſidua forenſium publicarúmque occupationum moleſtia, nullum mihi, aut certè non niſi perexiguum ad Coniecturas ſcribendas otium relinqueret, occurrerent verò quotidie permulta, quæ & nullo ferè negotio ſcriptis mandari poterant, &, ſi mandarentur, profutura maximè videbantur, vt quo ſaltem iure vtamur iij intelligerent, qui nec ſciunt, nec ſcire volunt quo ſit vtendum, facilè neque inuitus conſilium cœperam mutandi inſtituti, & eam potiùs rationem ineundi, quæ ſi nec genio nec ingenio meo æquè probari poſſet, aliis tamen ſicut vtilior, ita & plauſibilior fortaſſe videretur. Hinc mihi prima occaſio cogitandi de Codice Sabaudicò delineando, in quo continebũtur Definitiones, ne pragmaticorum more dicam Deciſiones, quæ per nouennium penè integrum ex clarioribus ampliſſimi Senatus noſtri conſultis colligi potuerunt. Neque ſanè pœnitet in eam rem non dies ſolum & menſes, ſed annos etiam, ſi continuos non vtiles intelligas, impendiſſe: adeo videtur mihi quicquid operis id erit, publicè profuturum eſſe. Quanquam ne quid diſſimulem, multo durius mihi eſt, ac moleſtius in referendis aliorum ſententiis ingenioſum agere, quàm in proponendis meis. Non enim ea mihi cura fuit, vt in

Codicem illum opiniones meas conferrem, aut de obſcurioribus iuris quæſtionibus ſubtilius diſputarem, ſed vt quid in iis caſibus qui ex facto inciderant, ſoléntque ſæpius incidere, Senatus noſter ſentiret, dilucide & vt decebat, breuiter exponerem. Quæ vero in vtramque partem diſputanda fuerunt, ea nos contulimus partim in libros forenſium diſputationum, partim eas in Decades quas hoc primùm anno adgreſſi ſumus De errorib. pragmaticorum, quarum numerus ad viceſimam vſque iam perductus, ſi longiorem vitam, & ocia maiora Deus dabit, non niſi abſoluta chiliade concludetur. Magnum mehercule opus, & quod magno validóque non ſolùm ingenio, ſed etiam animo egeat, vt ad vmbilicos perduci, & pro rei dignitate tractari poſſit. Tuam, vir clariſſime, induſtriam, tuíque ingenij præſtantiam ſi loqui poſſet iuriſprudentia, in hos conatus imploraret. Tu enim is es, qui in ſcholis primum à celeberrimo præceptore noſtro Ioanne Antonio Manutio iuris noſtri principiis feliciſſimè imbutus, & ad ea eruditus, deinde tractandis forenſibus longa exercitatione verſatus, poſtremò ad præcelſas iſtas penéque ſupremas in vtroque ſupremi Principis auditorio dignitates honorificentiſſimè euectus, uſque iam tot annos tam præclarè functus, praxim, theoriámque ſic coniunxiſti, vt exemplo docueris alteram alteri ſuppetias ferre, non mutuis inter ſe odiis, vt plerique iactitant, contendere eas oportere, nec ἀδύνατον eſſe vt in vtraque excellere quis poſſit, ſi modò velit. Ecquis enim ſiue Papinianum agere vis, ſiue Bartolum, (valde, ni fallor, diſſimiles, longoq́ omni ex parte interuallo diſſitos iuris noſtri magiſtros) te vno præſtantior, nominíſque per totam Italiam, fama nobilior? O dignum, quidni enim exclamem? tanto patre filium! Patre inquam illo, cui ego Cuiacij & Manutij fidem ſecutus, ex omnibus quotquot ſunt, aut vnquam fuere Iuſtinianei iuris interpretibus palmam facilè defero, ſi quantum ſibi placuit ille in illuſtranda ſcriptis ſuis iuriſprudentia, tantum tibi tu in tuis placeres! Quàm multas, ſi meminiſti, quàm elegantes, & à vulgari politiorum quoque interpretum ſenſu remotas ex te audij de ſubtilioribus iuris apicibus, cùm publicas tùm priuatas per colloquium inter nos diſceptationes! Quanta in te dicendi vis, & perſuadendi facultas! Quàm mira ad benè diſertéque ſcribendum facilitas! Quàm ſumma denique omnia quæ facere poterant, vt vnus tu patre tuo maior videri debuiſſes, ſi qualis quantúſque es te prodere, ſcriptíſque tuis publicè teſtatum facere voluiſſes! Itaque cogitantem me diutiùs, & hæſitantem num ex hoc Coniecturarum mearum penuario offerre tibi aliquid & inſcribere deberem, illa propemodum ratio deterrebat, quòd cùm nihil à me proficiſci poſſe intelligerem tuo dignum acumine, conſultius fore videbatur, nec mihi tantùm, ſed tibi etiam honorificentius, ſi officio meo hac parte deeſſem, quam ſi à me ratio non haberetur dignitatis tuæ, à qua pro arctiſſimo mutuæ & vetuſtiſſimæ neceſſitudinis noſtræ vinculo, mea ſi qua eſt, vix poſſit eſſe ſeiuncta. Sed vicit tamen tandémque magnitudo ſtudij erga te mei, quæ nèc longiores moras pati potuit, nec iſtas erubeſcendi cauſas expaueſcere, vel ob hoc ipſum ne ex ingrati animi conſcientia ſibi erubeſcendum eſſe ſentiret. Addidit verò ſtimulos non paruos acceſſio illa noui beneficij quo me nuper deuinxiſti, cùm iis de rebus quas in aula Principis noſtri tractandas habui, ſic me abſente tacẽteq́ egiſti, vt facilè intellexerim neq. fidem, neq́ gratiam, neq́ diligentiam tuam in tranſigendo conficiendóque negotio mihi defuiſſe. Quod reliquum eſt, quia præſto quod poſſum, tu pro ſingulari tua humanitate indulge, quod poſtulo, niſi fortaſſe honeſtius mihi fuerit habere tam pro impetrato, vt me amare pergas, & quantulumcunque, hoc eſt, quod ab ingeniolo noſtro proficiſcitur, tanquam à gratiſſimo tibíque deuinctiſſimo animo profectum amantiſſimè complectare. Bene vale mi Goueane, & ſi quid votis poſſum, quàm diutiſſimè felix viue. Dat. Camber. 4. Cal.

April. 1597.

ANTO-

ANTONII FABRI I·C· SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS. Liber decimus tertius.

Retractata quæſtio, An dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis, & an in huiuſmodi dote filiafamilias aut emancipata habuerit olim, habeatve hodie heredem.

CAPVT I.

SOLENT noſtri diſtinguere filiamfamilias ab emancipata, & profectitiā dotem ab aduentitia. Etſi enim admittunt, quod & verum eſt, ſiue in poteſtate ſiue emācipata ſit filia, profectitiam dotem eſſe quæcunq; à patre profecta eſt, quia profectitiam facit nomen patris non ius poteſtatis, *l. profectitia. 1. §. pen. D. de iure dot.* Sic tamen vulgo exiſtimant, mortua in matrimonio filiafamilias dotem à patre profectam ad patrem reuerti etiam ſuperſtitibus liberis, *l. dos à patre. 4. C ſolut. matrim. l. ſi ab hoſtibus 10. ff eod. l. 2. ff. ad SC Maced. l. ſi pater 12. l. inter 26. §. cum inter. de pact. dotal. l. ſi ſocius pro filia. 81. ff. pro ſocio l. pater 71. de euict. l. & ideo 7. in fin. & l. ſe, ff. de in rem verſ. l. fin. ff. rat. rem hab. l. etſi dotis 5. l. 6 C. de iur dot. l. 2. C. de bon. quæ liber. l. quod in vxorem 23. C de negot. geſt.* quibus locis idipſum traditur indiſtinctè nulla liberorum facta mentione. Mortua vero emancipata heredes habere eam in dote proprios liberos & iure Pandectarum, vt defendit Bart. *in l. 2. §. quod ſi in patris ſol. matrim.* poſt Cinum in *l. ania. 6 C. de iur. dot.* In dote verò aduentitia non emancipatam duntaxat, ſed filiam quoq; familias heredem iam olim habere potuiſſe. Idem Bart. in *l. poſt dotem 40. nu. 26.* & poſt eũ ibidem cæteri. *ff. ſolut. matr.* ac multò magis hodie habere poſt Iuſtiniani *Nouellam Conſtitutionem* 118. *de hered. ab inteſt. venient. l. vlt. & ad SC. Tertyll. l. vlt. C. commun. de ſucceſſ.* Quanquam autem in quæſtione illa De repetitione dotis profectitiæ mortuâ in matrimonio filiafamilias ſuperſtitibus liberis, celeberrima eſt Martini opinio, & ipſo vſu ac de cõſuetudine, vt noſtri loquũtur, recepta, vt non ad patrẽ dos reuertatur, ſed in filiæ liberos tranſmittatur *ex lib. vl. §. 1. ff. vt leg. nomin. caueat. d. l. poſt dotem* 40. *ſolut. matr. l. illam 27. C de collat.* Ea potiſſimũm ratione quod in ſucceſſione potior ſit, ſemperq; fuerit deſcendentium cauſa quàm aſcendentium. § 1. *Nou. de hered. ab inteſt. venient.* Contraria tamen Bulgari ſententia veteribus ferè omnibus ac recentioribus etiam pleriſq; verior viſa eſt. Ego verò illud primũ non probo, quod vno ore omnes clamant, profectitiam dotem, emancipatæ filiæ datam mortua ea in matrimonio ſine liberis, ad patrem nõ reuerti. Nam imò reuerti ſcriptum eſt aperriſſimè *in d. l. pater. 71. de euict. l. ſi filia 5 ff. de diuort. l. filia mea emancipata.* 59. *ff. ſol. matr.* ad quam aliud non poteſt reſpondere Bartolus, quam ibi interpoſitam fuiſſe ſtipulationẽ de dote patri reddẽda, Quod planè commentitium eſt. Et elegãter *in l. ſi ab hoſtib. 10. ff. eo.* cùm filiafamilias quæ dotem profectitiam habebat, capta eſſet ab hoſtibus conſtante matrimonio, ibique deceſſiſſet, quærentibus An dos ad patrem reuerteretur, reſpõdit Pomponius, Perinde habendum eſſe, ac ſi deceſſiſſet, ideóque dotem ad patrem reuerti, Quemadmodum, inquit, & ſi nupta deceſſiſſet, quamuis extra poteſtatem patris, ad illum reuerſa dos fuiſſet. Dubitandi ergo ratio apud Pomponium non illa erat, quòd per captiuitatem ſublata videretur patria poteſtas [nam etſi in ciuitate per emancipationem ſoluta fuiſſet, nil ea res patri nocuiſſet] ſed quia ſoluto per captiuitatem matrimonio *l. 1. de diuort. l. in bello 12. § ſed captus. D. de capt. & poſtlim.* videretur amiſſum patri ius reuerſionis, quod ſcilicet ille non habet, cùm emancipata eſt filia niſi vno caſu, inquit *d. l. pater 71. de euict.* id eſt vt ibidem I. C. interpretatur, [licet vnum illum caſum multi ex aliis legibus parùm acutè conquirant] ſi in matrimonio mortua ſit filia. Nam ſi aut diuortio aut mariti morte ſolutum ſit matrimonium, dos ad ſolam filiam emancipatam pertinet, nec ei & patri communis eſt de dote actio, quæ communis eſſet ſi filiam pater haberet in poteſtate. *dict. l. 2. §. quòd ſi in patris. l. ſi cùm dotem 22. §. eo autem tempore l. Titia. 34. D ſolut. matrim. l. qui hominem. 34. §. ſi gener. ff. de ſolut.* In eóque aliam filiæfamilias, aliam emancipatæ rationem eſſe planè fatendum eſt. At cùm morte mulieris matrimonium ſoluitur, indiſtinctè verum eſt dotem profectitiam ad patrem reuerti, ſi non in contrarium ſtipulatio interceſſerit. Idque eſt quod Pomponium mouit *in d. l. ſi ab hoſtibus*, cùm humanius ſit morti quam diuortio comparari captiuitatem etiam priùs quàm apud hoſtes filia moriatur. *l. ſi quis ſic ſtipuletur 56. eodem tit. ſolut. matrimon.* Ergo in ea ſpecie dos ad patrem reuertitur, non propter ſtipulationem, quæ nulla fuit, nec per ſucceſſionem, quia Digeſtorum iure non poterat pater ab inteſtato heres eſſe filiæ emancipatæ vulg. iuris, nec per conſolidationem, vt noſtri loquuntur, quoniam nullo caſu poteſt dos profectitia dici communis patri & filiæ emancipatæ, cùm tota pertineat ad filiam quandiu viuit, ea

verò defuncta, tota ad patrem vt diximus: Nec iure etiam peculij, vt in caſtrenſi peculio contingit mortuo filio milite inteſtato. *l. 1. & 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Non enim poteſt emancipata filia peculium habere à patre. *l. 1. & tot. tit. Quand. actio de pecul. eſt annal.* Sed quòd dos à patre ipſo profecta ſit, Ne & amiſſæ filiæ & prætereà pecuniæ damnum ſentiat, vt ait lex iure ſuccurſum 6. *D. de iur. dot.* Nec ſanè differentiæ ratio vlla adſerri poſſit inter filiamfamilias & emancipatam. Cùm vtraque ſit & filia & dotis capax etiam viuo patre *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciſc.* de qua ſcripſimus cap. 12. lib. 7. Nec qui ex filiafamilias naſcuntur liberi magis ſunt in aui materni poteſtate quàm ſi ex emancipata nati eſſent. *§. vlt. Inſtitut. de patr. poteſt.* Hoc igitur, ſi ita eſt, vt emancipata in matrimonio mortua dos à patre data ad patrem reuertatur, intelligimus parum acute facere Bartolum & poſt eum cæteros, qui, vt diluant obiectionem quæ fit pro Martino *ex l. vltim. D. vt legat. nomin. caueat.* vbi ſuperſtite vel vno tantùm filio remanet dos penes maritum, nec ad patrem reuertitur, licet is ab emancipata filia ſcriptus eſſet, Nihil habent aliud quod reſpondeant quàm tractari eo loco de filia emancipata. Sed longè minus ferendum ſit, quod eodem modo reſpondent *ad l. illam 29. C. de collat.* Cùm tamen nec legis verba loquantur de emancipata magis quàm de filiafamilias, nec Imperatoris ſententia minùs hanc quàm illam comprehendat. Quæ me res mouebat aliquando, vt Martini opinionem veriorem arbitrarer, non in eo quod putabat dotem profectitiam acquiri liberis tanquam heredibus matris [hoc enim mihi ſemper abſurdum viſum eſt] ſed in eo, quod negabat dotem ad patrem reuerti, placebátque media ferè ſententia, vt penes maritum dos remaneret propter liberos ſuperſtites cuiuſcunque eſſent numeri. Propter præmortuos verò ita, vt in ſingulos quintæ duntaxat retinerentur. ſicque intelligendum, quod Vlpianus ſcribit *titul. De dotib.* mortua in matrimonio filia dotem profectitiam ad patrem reuerti, ſeruatis tamen penes maritum in ſingulos liberos quintis. Quam in ſententiam illud quoque me trahebat, quod videbam Papinianum *in l. poſt eodem 40. D. ſolut. matrimon.* apertè ſcribere, Patrem qui non ſolùm dotem filiæ dederat, ſed etiam ſtipulatus fuerat ſi voluntate filiæ diuortium fieret dotem dari [ſic enim malo textum intelligere, quàm viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij emendationem admittere qui lib. 4. Obſeruat. cap. 21. ex libris Græcis, legendum putat *ſine filiæ voluntate*] impleta ſtipulationis conditione non priùs tamen ex ſtipulatu agere poſſe, quàm & filia deceſſerit, & præterea ſine liberis. Nam ſi liberi ſuperſtites ſtipulationis vim remorantur, multo magis rei vxoriæ actionem impedient, quæ ſcilicet danti dotem longè minus fauorabilis eſſe ſoleat, quàm ſtipulatio, *argument. l. vnic. §. accedit. Cod. de rei vxor. action. dict. l. auia. 6. C. de iur. dot.* Viua quidem filia fateor in illa ſpecie non potuiſſe patrem agere ex illa ſtipulatione, quam interpoſuerit ſine filiæ voluntate poſt dotem datam, & contractas nuptias, quemadmodum lex ait, hoc eſt, vt rectè Accurſius interpretatur, ex interuallo, cùm dotis actionem ſibi & filiæ iam communem non potuerit filiæ auferre, ſibíque ſolidam acquirere, niſi aut ab initio in ipſa dotis datione ſtipulatus ſit, aut poſteà ex ipſius filiæ voluntate. *l. quoties 29. eodem titul. l. cum dos. 7. D. de pact. dotal.* Sed mortua filia, cur illud Papinianus requireret, vt deceſſiſſet illa ſine liberis, cùm nulla in ſtipulationis conditione facta eſſet mentio liberorum, ſi ita iure erat, vt nulla interueniente ſtipulatione dos ad patrem liberis quoque ſuperſtitibus reuerteretur? Sic ergo videtur Papinianus ſenſiſſe, Poſitos tacitè liberos in conditione ex coniectura illa pietatis, quæ alias plerumque facit, vt quod filius à patre reſtituere iubetur non aliter reſtituere debeat, quàm ſi abſque liberis moriatur, *vt in l. cum auus 102. de cond. dict. & demonſtra. l. cum acutiſſimi 30. C. de fideicommiſſ. l. generaliter 6. §. cum autem. C. de inſtit. & ſubſtit.* Atque ita nobis aliquando videbatur, vt pluribus ſcripſimus lib. 1. cap. 16. noſtrámque hanc opinionem quamplurimis doctiſſimis viris non planè improbatam fuiſſe ſcimus. Sed me nunc in contrarium illud mouet, quod video, Quibus caſibus dos penes maritum remanet, etiam propter liberos, non ideò tamen acquiri eam liberis ſiue viuo ſiue mortuo marito, ſed eius lucro ita cedere, vt & inter viuos, & in vltima voluntate poſſit de ea diſponere, fauore etiam extranei neglectis liberis, ſi non pacto conueniſſet, vt ipſorum liberorum nomine retineretur, *vt in dict. l. inter 26. §. 1. D. de pact. dotal.* vbi quod dicitur reſtitutionem à patre factam mulieri poſt diuortium, eius dotis quam filiæ communis nomine poterat retinere ipſi filiæ non nocere, Nec ſi in ſolidum ſit illa heres patris, & pro parte etiam matris, innuere videtur non potuiſſe patrem de dote quam ex pacto propter filiam lucratus eſſet, in præiudicium eius diſponere, Niſi dicas id fieri, Vel quia pactum in gratiam filiæ non mariti interpoſitum eſſet, vel potiùs quòd eam dotem vir vxori reſtituiſſet per errorem, vt lex ait, non donandi animo. Sanè locum illum malè explicat Caſtrenſ. *ad l. ſi cum dotem. numer. 8. in fin. D. ſolut. matrimon.* Facit lex Bæbius 30. de pact. dotal. in illis verbis, *totam eius eſſe dotem ſi filium filiamve habuiſſet.* vt conſequenter nihil ad liberos ex dote matris inuito patre perueniat, Niſi quòd quò pater locupletior eſt eò ampliorem legitimam ſint conſecuturi. Sic enim iure vetere conſtitutum fuiſſe, ex illo apparet, quod Theodoſij primùm conſtitutione in *l. generaliter Senatuſc. de ſecund. nupt.* factum eſt, vt quicquid ex morte mulieris ad virum peruenit, totum id liberis communibus ſeruare teneatur: Neque hoc tamen omni caſu, ſed illo duntaxat, quo vir ad ſecundas conuolet nuptias. Itaque ſi à ſecundis nuptiis abſtineret, liberum illi erat communes liberos maternæ dotis commodo defraudare, quomodo obtinuit toto iure Codicis, & ad Nouellam vſque Iuſtiniani 98. cui titulus eſt, Neque virum, quod ex dote. vbi primùm cautum eſt, vt quod vir ex dote lucratur filiis communibus omnimodo reſeruetur *Auth. vxore Cod. de ſecund. nupt.* quod ipſum tamen idem Iuſtinianus ſic poſteà temperauit Nouell. 127. vt fratr. filij cap. 3. Vt ſi pater à ſecundis nuptiis abſtineat virilem habeat cum liberis portionem proprietatis de qua pro arbitrio teſtari poſſit. *Auth. ſi tamen abſtineat. C. eod. titul. de ſecundis nuptiis.* Ex quo apparet non potuiſſe ſuperſtites liberos facere iure vetere, vt dotis profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur. Quandoquidem ita poſito iure futurum erat, vt non filiæ liberis quorum fauore probabilis illa videri potuiſſet ſententia, ſed ipſi marito dos acquireretur. Non quidem ex cauſſa hereditatis & ſucceſſionis, quomodo intelligere videntur ij qui obiiciunt, non poſſe virum vxori aut vxorem viro niſi poſt agnatos & cognatos omnes ſuccedere.

l. vnic.

l. vnic. C. vnde vir & vxor. Sed quia iam inde ab initio per dotis conſtitutionem factus eſſet maritus dominus dotis *l. doce ancillam. 6. C. de rei vxor. act. l. ſi prædium 23. l. in rebus 30. C. de iure dot. §. 1. Inſtit. quibus alien. licet vel non.* Itaque eo animo & nutu illius qui dotem daret ſiue pater ille eſſet ſiue extraneus vt dotis dominium ſemper penes maritum remaneret *l. 1. D. de iur. dot.* Vt proinde ſoluto quandocumque matrimonio, non de illo quęrendum amplius ſit, An viro dos acquiratur, quæ cùm ſemel iam acquiſita ſit, ei amplius acquiri nō poteſt. *l. non vt ex pluribus 259. de reg. iur. §. ſic itaq; 14. Inſt. de actio.* Sed an penes eū dos remanere debeat, quæ ſi nō remanet proculdubio reſtituēda eſt. Inde verò fiebat vt aduētitia dos niſi eſſet receptitia, hoc eſt ab extraneo ſic data vt ſoluto quadocunq; matrimonio morte mulieris, ſibi reſtitueretur, apud maritū olim remaneret: Nec aduenticia ſed etiam profectitia ſi mortua filia pater non eſſet cui redderetur, quemadmodum Vlpianus diſertè ſcribit in Tit. De dotib. Quod cùm ita ſit, illud ſanè conſequens eſt vt ratio illa quę patri da. repetitionem dotis profectitiæ defunc a filia, nempe vt triſtitiæ ſuæ ſolatium hoc habeat, ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiat *d. l. iure ſuccurſum*, Nòn minus locum ſibi vindicet ſi ſuperſtitibus liberis defuncta ſit filia, quàm ſi nullis. Quod tamen non peruide eſſet ſi dos ad defunctæ liberos aut hereditario aut alio ſucceſſionis iure peruenire poſſet. Non enim poſſes dicere amiſſam auo pecuniam quæ ad eius nèpotes deueniſſet, quibus ille etiam in hunc caſum prædefunctæ filiæ, legitimam relinquere teneatur. Cùm ergo diſputamus, An dos profectitia mortuæ filiæ ad patrem reuertatur necne, non in illa quæſtione verſamur, An aſcendentium melior cauſſa eſſe debeat in ſucceſſione quā deſcendentium: ſed in illa potiùs, Patríſne an mariti meliorem conditionem eſſe oporteat. In quo etſi pro marito dici poteſt dotis cauſſam eſſe perpetuam *d. l. 1. de iur. dot.* ibique dotem eſſe debere vbi ſunt onera matrimonij *l. ſi is qui 56. §. ibi dos eod.* ſuperſtitibus autem ex matrimonio liberis, quos alere pater ipſe debeat non auus maternus, partem hanc eſſe, nec minimam onerum matrimonij *l. non quemadmodum 8. de agnoſc. & alend. liber. l. ſi conuenerit 4. D. de pact. dotal. l. vbi adhuc. 29. C. de iur. dot.* vt videatur defuncta etiam vxore, adhuc tamen pendere matrimonium marito ſuperſtite. §. 1. *Nouell. 98. neque verùm quod ex dot leg. vltim. C. de bon. mater.* Longè tamen fauorabilior eſt cauſſa patris in ea ſaltem dote quæ ab eo profecta ſit, cùm nec niſi filiæ nomine ab initio dotem genero dederit, nec eo animo vt penes maritum ſemper remaneret, niſi quandiu conſtaret matrimonium. Votum quidem illud eſt boni patris vt ſibi ſuperſtitem habeat filiam, & in bene concordanti matrimonio ſeneſcentem, Et conſequenter vt ſe viuo apud maritum ſemper dos remaneat, Qui ſenſus eſt dictæ *l. 1. de iur. dot.* Sed ſi turbato mortalitatis ordine præmoriatur filia, aut diuortium fiat, non ideò pater ſibi eripit repetendæ dotis facultatem, maritóque imputari poteſt, cur ea lege vxorem duxerit, nec ſibi meliùs cauerit, vt ſaltem ſuperſtitibus liberis retinere dotem poſſet. Id enim pacto fieri potuiſſe certum eſt non in eum quidem caſum quo ipſius mariti morte matrimonium ſolueretur, ne ita maneret mulier indotata. *l. 2. D. de pact. dotal. l. 3. C. de pact. conuent.* ſed ita ſi aut diuortio *l. 1. D. de dot. præleg.* aut morte mulieris *l. ſi inter 24. l. inter 26. in princip. & §. cùm inter l. ſi pater 12. in princ. D. de pact. dotal. l. ſi dotali 48. D. ſolut. matr.* quibus omnibus locis fruſtrà proponeretur interpoſitum pactum, vt propter liberos ſuperſtites dos penes maritum remaneret, ſi ex iure communi & citra pactum idem obtinuiſſet. Quamquam etſi pactum nullum interueniſſet, in eo conſulebatur patri à quo alendi eſſent liberi, vt in ſingulos quintam dotis partem retineret, idque in infinitum *vt Vlp. ſcripſit Tit. De dotib.* hoc eſt in eum vſque numerum qui totam dotem abſorberet, ita vt ſi quinque pluréſve liberi ſupereſſent totam dotem maritus retineret, nihil prorſus patri reſtitueret. Ad differentiam ſextarum quæ ſoluto per diuortium matrimonio retinebantur aduerſus mulierem, & quidem in ſingulos liberos: ſed non in infinitum, vt quintæ, verum vſque ad dimidiam tantùm dotis partem, Ne alioqui ſex liberis ſuperſtitibus mulier prorſus indotata remaneret. Sic enim exiſtimo, quintas illas de quarum retentione Vlpianus loquitur non propter liberos præmortuos vt aliquando putabam, [niſi pactum interceſſiſſet *vt in d. l. inter 26. in princip. de pact. dotal.*] ſed propter ſuperſtites retineri potuiſſe. Cur enim propter præmortuos retinerentur, Et quorum amiſſione non minorem mater quàm pater dolorem ſenſerit, & propter quos nulla matrimonio ſoluto ferenda ſint patri onera? vt taceam nec minùs luctuoſam eſſe auo mortem nepotis ex filia, præſertim ſubſecuta ipſius quoque filiæ morte. Denique cur admittamus viua quodammodo filia dotem diminui licet diminutionis damnum ad patrem non ad ipſam peruenturum ſit? Abſurdum ſanè id fuerit. Propter quam cauſſam plerumque ſtipulabatur pater, Mortua in matrimonio filia etiam ſuperſtitibus liberis dotem ſibi reddi, vel deducta parte tertia *vt in l. pater filia 25. de pact. dotal.* vel ſimpliciter *vt in l. cùm quærebatur 240. de verbor. ſignif.* vbi quod Paulus ait, id actū huiuſmodi pacto vt nullo caſu remaneret dos apud maritū, ego ſic intelligo vt nec ſuperſtitibus liberis remaneret, ſiue diuortio ſiue morte ſolutum eſſet matrimonium, Nec vllam aut quintarum aut ſextarum deductionē dotis reſtitutio pateretur. Quod in libris noſtris clariùs expreſſum eſſet ſi non quintas & ſextas iſtas Iuſtinianus ſuſtuliſſet, quomodo ſanè ſuſtulit *in l. vnic. C. de rei vxor. act.* Non in §. ſileat, qui non niſi de ſextarum retentione loqui videtur ſoluto per diuortiū matrimonio, [Quamuis generalis ſit illa ratio, quòd ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum educationem ſatis hortetur,] ſed in §. accedit, Vbi ait tacitam ſe ex ſtipulatu actionem non mulieri tantùm concedere, ſed etiam parenti. Interpoſita enim per patrem ſtipulatione *ſoluto matrimonio dotem reddi*, nullo caſu dotem aut ex dote quicquam maritus retinebat. *dict. l. cùm quærebatur.* Quemadmodum ex contrario ſic inito pacto vt mortua filia dos penes maritum remaneret, non tantùm ſuperſtitibus liberis mariti lucro dos cedebat, in eámque rem vtile pactum erat, ſed etiam ſi liberi nulli interueniſſent *d. l. ſi pater 12. in princip. de pact. dot.* Sic & extraneo qui dotem dederat ſtipulante ſibi reddi ſoluto matrimonio reſtituenda erat dos etiam ſuperſtitibus liberis, quod & hodie obtinet *l. vlt. C. de iur. dot.* Id enim faciebat vis & natura ſtipulationis nulla liberorum mentione facta: Nec in ſtipulatione patris magis quàm extranei ſubintelligebatur condicio illa ſi ſine liberis filia decederet, Cùm veriſimile eſſet ſibi potius quam nepotibus cauere acquirere voluiſſe auum maternum, qui nec nolens iis ſtipulari poterat *l. Caius 45. De ſolut. matrim.* Præſertim cum iis quoque concipta ſtipulatione, non nepo-

tũ ſed ipſius mariti lucro dos cederet *d.l. ſi dotali & dict. l. ſi pater.* Vnde ſumi poteſt reſponſio ad coniecturam illam pietatis de qua *in d. l. cùm auus & d. l. cùm acutiſſimi.* Toties enim filius de reſtituendo grauatus ſub ea conditione oneratus videtur ſi ſine liberis deceſſerit, quoties alioqui peruentura res eſſet ad alium, quem auus in ea re dilexiſſet minùs quàm nepotem. At nec nepotes ipſos, multò minus verò generum plus ſeipſo auus diligit. Nihil ergo eſt quod facere poſſit vt mortua filia dos ad patrem non reuertatur, licet ſuperſint ex matrimonio liberi, ſi ſtipulatio interuenerit pro marito.

Ad l. vlt. D. vt legat. nomin. caueat. & l. illam 19. C. de collat.

CAPVT II.

RESpondendum ſupereſt ad ea quæ pro Martini ſententia in contrarium adſerebamus, & meliùs ſi fieri poterit quàm ab interpretibus hactenus reſponſum ſit. Nam quod pertinet *ad l. vlt. §. 1. D. vt legat. nomin. caueat. & ad l. illam 19. C. de collat.* Iam diximus non poſſe reſponderi quod vulgo dicitur, loqui eas de filia emancipata, cum hac parte nihil interſit an filiafamilias ſit an emancipata. Vtroque ſiquidem caſu dos à patre profecta ad patrem mortua filia reuertitur, Et quòd in *l. à patre 4. C. ſolut. matr.* adiicitur dictio *filiafamilias* quam plerique doctiſſimi viri ſubreptitiam tollẽdámque eſſe arbitrantur, non ad emancipatę differentiam factum eſt, ſed quod in facti ſpecie filiafamilias proponeretur ea quæ defuncta fuerat in matrimonio. Rectiùs igitur dici poteſt in illa l. vlt. non hoc Scæuolam dicere, Vnius filij nomine debere totam dotem penes maritũ remanere, quod apertè Vlpianus ſupradicto loco negat *Tit. de Dotib.* (vnam enim duntaxat quintam eo iure maritus retinere potuiſſet) Sed cùm ex facto proponeretur dotem penes maritum remanſiſſe, hoc ipſum obiter Scæuolam notaſſe quòd ea res aliquomodo facere videretur, vt tanto magis penes maritum remanerẽ deberent ea quæ viua mulier apud illum depoſuerat non exacta depoſitionis cautione, de quorum tantùm non etiam de dotis reſtitutione Scæuola conſulebatur. Itaque ad factum non ad ius verba illa referenda ſunt. Ex facto enim proponi potuit dotẽ penes maritum remãſiſſe, cùm de ea re pactum fortaſſe initum eſſet. Quod & Ioãnes antiquus gloſſator animaduertit. Sanè quod ad eum locum de ſuo addit Accurſius, potuiſſe fieri vt emancipata quæ teſtamentum feciſſet dotem iuſſiſſet remanere penes maritum, planè falſum eſt. Non enim poterat eo iure etiam materfamilias teſtari de dote viuo marito, tanquam de re ad ſe nil pertinente, nec in ea heredem habere ab Inteſtato, niſi aut nondum maritus dotem exegiſſet (quo caſu non poterat eſſe dotis dominus cùm ex nuda dotis promiſſione citra traditionem non poſſit quæri marito dominium *vt in l. nuptæ 30. §. 1. D. ſolut. matrim.*) Aut priùs ſtipulata eſſet dotem ſibi reddi, Vt probat elegans textus *in l. ſi mulier dotem 25. C. de iur. dot. l. Lucius 78. §. filiã in fi. D. ad S.C. Trebell.* Ne alioqui de bonis mariti, in quibus & dos eſt, potiùs quàm de ſuis teſtata videretur *l. quamuis 75. de iur. dot.* quomodo nec poſſet filiusfamilias etiam miles teſtari de dote quaſi de caſtrenſi peculio, tametſi poſſit de vxoris hereditate teſtari *l. dotem 16. D. de caſtrenſ. pecul.* vbi elegantem rationem Papinianus reddit, quod hereditas aduentitio iure quæritur, Dos autem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis, qui ſunt in aui familia confertur. Vt intelligamus connexum ius vxoris adeóque aui facere ne de ea dote poſſit filiusfamilias teſtari. Eóque magis quòd ante Iuſtinianam conſtitutionem in *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* ita iure erat, vt nec mortuo marito dominium dotis ipſo iure ad maritum reuerteretur, ſed reſtitutione opus eſſet *l. 3 vbi Bart. ſubtiliter per ill. text. eod.* Hodie verò eo iure vtimur, vt dominium quidem reuertatur *ex d. l. in rebus*, ſed non poſſeſſio, quàm ſanè ab heredibus mariti repetere mulierem neceſſe eſt, & ab iis in mulierem transferri, *l. dotis actione 9. C. ſolut. matrim.* Ad legem illam 29. *C. de collat.* reſpondeo conſtitutionem eſſe Iuſtiniani. Cuius temporibus iá obtinebat ex lege Theodoſij *in leg. generaliter. 5. Cod. de ſecund. nupt.* vt dotem quam lucratus eſſet maritus, cogeretur communibus liberis reſeruare ſi ad ſecundas veniret nuptias, atque ita poterat dos matris etiam viuo auo materno ad nepotes peruenire ex perſona patris. Aut etiam immediatè ex perſona matris, ſi mater non tantùm ſui iuris fuiſſet ſed etiam marito ſuperuixiſſet. Soluto enim per mortem viri aut per diuortium matrimonio, filia emancipata propriam ſibi habebat dotem profectitiam vt ſuprà probauimus *ex l. 2. §. quod ſi in patris l. ſi cùm dotem 22. §. eo tempore l. Titia 34. D. ſolut. matr.* Niſi diuortium in fraudem patris factum eſſet aut à filia *vt in l. ſi filia. 5. D. de diuor.* aut à genero *vt in l. filia mea 59. ſolut. matrim.* Vnde euenit vt ſi poſteaquam ſolutum eſt matrimonium decedat illa ſuperſtitibus liberis, dos eius cum cæteris bonis hereditario iure tranſmittatur in liberos, Cùm nec patris nec mariti connexum ius vllum amplius ſit, quo impediatur mulier heredem in dote habere. Obſeruandum igitur eſt Iuſtinianum *in d. l. illam*, non de eo tractare, An aut quibus caſibus mortuâ filiâ in matrimonio dos ad patrem reuertatur aut non, Sed quibus demum caſibus liberis acquiritur, conſtituere, vt conferatur cæteris auo ſuccedentibus, quia ſcilicet de ſubſtantia aui profecta ſit. Cæterùm vt nepotibus acquiratur, alterutrum neceſſe eſt, Nimirum vt vel maritus dotem ex pacto exiſtentium liberorum lucratus ſit, deinde ad ſecundas venerit nuptias, Vel morte viri ſolutum ſit matrimonium, & in eo tempore filia fuerit emancipata, Quo caſu vt diximus etiam viuo patre & in dote profectitia heredem habere poteſt ſiue conſtante matrimonio, aut poſt eius diſſolutionem antè exactionem dotis emancipata fuerit *d. §. quòd ſi in patris, & §. eo tempore.* Siue iam emancipatæ dos data ſit, vt Bart. probat *ad d. §. quòd ſi in patris ag. leg. ſi per te 9. & leg. accepiam 19. C de vſur.* Quamquam inter hos caſus differentia illa eſt, quòd cùm mortuo marito aut diuortio facto emancipata moritur relictis liberis, ſunt illi heredes matris, Priore verò caſu dos ad eos pertinet, licet nec patris qui ſecundas nuptias contraxit, nec matris heredes eſſe velint *dict. leg. generaliter, & in Authen. hæres Cod. de ſecund. nupt.* Vt non malè quis eos vocet anomalos ſucceſſores poſt Baldum *in l. 2. Cod. de heredit. action.* Sanè ſi filiafamilias ſit, quæ poſt maritum defuncta eſt ſuperſtitibus liberis, & patre, placet ferè omnibus, & iis quoque qui Martini opinionem in contrario caſu amplectuntur, vt potior ſit aui cauſſa quàm nepotum, Ratione illa, quòd certum ſit dotis actionẽ, quæ viua filia cõmunis fuerat patri & filię cõſolidari penitus in perſona patris, Vt nec ſi in cæteris bonis filiæ heredem habere poſſet, vllum

tamen

tamen in dote haberet. Ita Bartolus *in l.1.nu.2. D. de dot.præleg. & in l.poſt dotem vbi etiam Caſtrenſ.D. ſolut.matrim.* Nec ferè eſt qui diſſentiat. Quod ipſum tamen ſic vulgo noſtri intelligunt ſi dotem pater filiæ ſimpliciter dederit, non etiam ſi donauerit: Donatam interpretantes dotem, quam pater ipſe filiæ reddi ſit ſtipulatus, aut filiam ſibi ipſi ſtipulari permiſerit, aut in qua nihil ille iuris retinere voluerit. Sic enim Bartolus *in d.l. poſt dotem numer. 27.* ibidemque Caſtrenſ. *numer.3.* Ex *l.ſi cùm dotem 22.in princip. eodem.* vbi Vlpianus ait, ſi cùm dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in vnum caſum pepigit, ſiue mortis ſiue diuortij, dicendum eſſe in alium caſum in quem non pepigit eſſe mulieri actionem. Item *ex l. inter 26. §. cum inter de pact. dotal.* cuius illa ſententia eſſe creditur, vt ſi pactum ſit ſiue expreſſim ſiue tacitè interpoſitum inter ſocerum & generum vt mortua in matrimonio filia ſuperſtitibus liberis, dos penes virum remaneret, acquiratur dos mulieri,& per eam quotieſcumque prædeiuncta erit, liberis eius tanquam heredibus. Idem Bart. *in d. l. ſi cùm dotem nume. 9. & 10. vbi etiam Caſtrenſ. numer. 8. in fi. & 9. Bald. in d.l.2. C. de hered. act. & in l.quod ſcitis 3. C. de bon.qua liber.* Huius verò receptiſſimæ noſtrorum ſententiæ ratio illa adferri ſolet, quod iure ſpeciali & fauore dotium valeat inter patrem & filiamfamilias ex cauſa dotis donatio, propter *l. Pōponius Philadelphus 35 D.famil.erc.* contra receptas iuris regulas *l.2. C. de inoff. donat. l. donationes quas parētes 25. C.de donat.int.vir. & vxor. l.ſi donatione 13. C.de collat.* Ego verò non poſſum iſta intelligere, aut concoquere, qui video Papinianum *in d. l. Pomponius,* apertè ſcribere donationem collatam in filiamfamilias pro dote non valere. Sic enim locum illum intelligēdum eſſe iam docuimus lib.7. cap.12. Quod autem obiicitur *ex d. l.ſi cùm dotem in princip. & ex d. §. cùm inter*, quàm parum faciat ad rem, nunc oſtendemus.

Ad l.ſi cùm dotem 22.in princip. D. ſolut.matrim. & ad §. cùm inter l.inter 26. D. de pact.dotalib.

CAPVT XIII.

IN *l.ſi cùm dotem 22 in princip. D ſolut.matrim.* illud obſeruari nolo, non ſic Vlpianum ſcribere vt dicat Pacto per patrem aut extraneum dotautem facto de dote in alterutrum caſum aut mortis aut diuortij reſtituenda, in eum caſum qui non ſit pacto comprehenſus propriam eſſe mulieris actionem, quomodo noſtri vulgo & malè intelligunt, ſed illud tantùm ait *eſſe mulieri actionem*, quod planè nihil aliud eſt quàm poſſe hoc caſu mulierem agere de dote acſi nulla eſſet interpoſita ſtipulatio, cùm poſſet dubitari an à caſu expreſſo ad omiſſum extenſio fieri deberet, Exemplo eius quod ſcriptum eſt *in l.ſi extraneus 6.D. de condit. cauſ. dat.* cum qui ſtipulatus eſt dotem ſibi reddi finito quoquomodo matrimonio, in eum quoque caſum ſibi proſpexiſſe intelligi quo nuptiæ non ſequerentur. Id verò Vlpianus negat, non fauore vllo dotium, ſed potius ex natura, & iure ſtipulationis; quæ cùm nihil aliud ſit quàm verborum obligatio, tota ex verbis æſtimanda eſt *l. quicquid adſtringendæ 98. de verbor.oblig.* Nec in quæſtione dictæ *l. ſi extraneus*, aliud reſponſum fuiſſe putandum eſt. Ibi enim non ſecutis nuptiis dos non petitur ex illa ſtipulatione *ſoluto quandocumque matrimonio dotem reddi*, ſed condicitur quaſi cauſâ non ſecutâ cùm non niſi ob futurum matrimonium data eſſet. Quod autem Vlpianus ait eum, qui in caſum finiti matrimonij dotem ſtipulatus eſt in hunc quoque ſibi proſpexiſſe videri, non ſic accipiendum eſt quaſi hic caſus in illo planè diuerſo aut potiùs contrario comprehendatur, ſed eò pertinet vt intelligamus non eſſe veriſimile vt qui dotem ſibi reſtitui pepigit ſolutis quomodocumque nuptiis eam donaſſe mulieri videatur ſi nuptiæ ſecutæ non eſſent. Idque ex ipſa ſtipulantis voluntate & rei æquitate procedit. Non ex eo quod Bartolus tradit *in d.l.ſi cùm dotem*, minùs fauorabilem eſſe dotis, & mulieris cauſſam nullo ſecuto matrimonio, quàm cùm ſecutum eſt *arg.l.ſi ego 9.D. de iur.dot.* Nec video quid illud ſit, quod ibidem Bartolus tradit poſt Accurſium, Patrem ſtipulando eligentem caſum vnum cenſeri renunciaſſe alteri *ex l. maritus 21. C. de procurat.* cùm ille fateatur, quod & verum eſt, prouiſionem hominis non tollere ordinariam prouiſionem legis, ſed extraordinariam duntaxat *l.& habet 5. §. cum quis D. de precar. l. fin. C. de pact. conuent. leg. 2. vbi notatur. C. de iur. emphyt.* Et quod in ſpecie dictæ legis maritus aliud eſt, fit propter tacitam prohibitionem vxoris, quæ hoc ipſo quod mandat marito, vt de re aliqua agat, in cæteris omnibus ne agat prohibere cenſetur; alioqui ſuperuacuum & inutile eſſe mandatum. At in propoſito non erit inutilis ſtipulatio patris in vnum caſum facta, etiamſi non includat donationem fauorē mulieris in alterum. Proderit enim vt eo caſu qui ſtipulatione nominatim comprehenſus eſt ſolus pater agat, qui citra ſtipulationem nonniſi adiuncta filia agere potuiſſet. Alio caſu non proderit, manebitque res in diſpoſitione iuris communis, *vt in dict. l. ſi extraneus.* Facit *l.ſi verò 64 §. de viro Digeſt. ſolut. matrim.* Planè in extraneo verum eſt ſtipulantem eum dotem in vnum caſum agere non poſſe in alium, Scilicet quod inducatur donatio, at nō ex ſtipulatione vt vult Bartolus, ſed ex ipſa donatione dotis, quia cum extraneus dotem dare non teneatur ſi det ex liberalitate, donat vtique niſi in eum caſum in quem nominatim reddi ſtipuletur. Adeò vt Digeſtorum iure ſi nulla ſtipulatio interueniſſet, mariti non mulieris lucro cederet dos aduentitia defūcta ea in matrimonio vt ſuprà ex Vlpiano diximus. Captioſum igitur eſt argumentum Bartoli, cùm ille contendit ea Vlpiani verba *eſſe mulieri actionem* quemadmodum ad vtrumque nimirum patris & extranei ſtipulationem referuntur, ſic vna eademque interpretatione donanda eſſe. Nam quod ille ait, quando vna determinatio duo determinat, ſic debere eam intelligi vt vtrumque vniformiter determinet, quod vulgare noſtrorum brocardicum eſt *ex l. iam hoc iure 4. & leg. Lucius 45. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* toties fallit, quoties diuerſa vtriuſque determinandi ratio eſt vt in propoſito contingit. Pater enim dotem dat filiæ non animo donandi ſed ex officio *leg. capite 19. de rit. nupt. iunct. leg. donari videtur 82. de regul. iur.* at nec donare quidem filiæfamilias poteſt etiamſi vel maximè velit vt in ſuperioris capitis fine dicebamus. Extraneus verò, qui ex liberalitate dotem dat, & vult donare & poteſt, imò verò donat hoc ipſo, niſi quatenus ſibi ille per pactum proſpicit, aut per ſtipulationem. Alioqui poſſis eodem ratiocinationis genere probare ex illis verbis Vlpiani *in vnum caſum pepigit*, quæ tam ad patrem quàm ad extraneum referuntur, poſſe patrem nudo pacto ſibi propriam facere dotis actionem, quoniam & extraneus

poteſt *l. cùm dos 7. l. ob res 20. §. ſi extraneus D. de pact. dotal.* Et tamen id in parte falſum eſt, qui propriam ex officio dotem dat *l. vlt. C. de dot. promiß.* non ita facilè poteſt profectitiæ dotis actionem ſibi cum filia ipſo iure competentem nouare niſi ſtipulationem adhibeat *l. auia 6. C. de iur. dot.* Denique vt Bartolo aliquid largiar, non nego in ſpecie *dicta l. ſi cùm dotem*, ſiue pater ſiue extraneus in vnum caſum pepigerit, æquè mulieri actionem eſſe, quod Vlpianus ait, ſed nego æquè mulieris actionem eſſe, aut, quod idem eſt, eodem iure mulierem agere. Si enim extraneus in vnum caſum ſtipulatus ſit, aget illa in alterum caſum ſola. Sin pater, agere eam oportebit, adiuncta perſona patris acſi nulla eſſet interpoſita ſtipulatio *d. l. 2. §. quòd ſi in patris D. ſolut. matrim.* Quòd verò pro eadem Bartoli ſententia rurſum obiicitur Papinianus *in l. inter 26. §. cùm inter D. de pact. dotal.* magis miror, cùm ex illo loco omnium apertiſſimè conuincatur, potiùs quàm probetur. Sic enim Papinianus ſcribit, *Cùm inter patrem & generum conuenit vt in matrimonio ſine liberis defunctâ filiâ dos patri reſtituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet vt liberis ſuperſtitibus filiâ defunctâ dos retineatur.* Quorum verborum ſenſus alius eſſe non poteſt, quàm vt ſuperſtitibus liberis dos penes maritum remaneat: quam conuentionem frequentem fuiſſe apparet *ex l. ſi pater 12. & l. pater cùm filia 25. D. eod. l. ſi dotali 48. D. ſolut. matrim.* quo caſu eueniente dotem ex pacto maritus lucrabatur, adeò vt nec liberis communibus eam ſeruare cogeretur. Nec quicquam intererat Digeſtorum iure tametſi contrà putet Bartolus an ſimpliciter dotem maritus lucraretur, an verò penes eum dos remaneret propter liberos. Nam præter id quod non ſic Papinianus loquitur vt dotem à marito propter liberos retineri dicat, ſed retineri ſimpliciter, Non poteſt in propoſito vlla liberorum haberi ratio niſi tanquam in condicione poſitorum, acſi conuentum eſſet vt penes maritum dos remaneret, ſi nauis ex Aſia veniret *d. l. pater 23. de pact. dotal.* Nepotibus enim ex filia ſtipulari, iiſque dotis actionem acquirere non magis quàm extraneis auus maternus potuiſſet *l. Caius 45. ſolu. matr.* Vt valde ridiculi fuerint qui putarunt in illa Papiniani ſpecie applicari dotem ex pacto liberis filiæ ſuperſtitibus, quam contrà ſcribit diſertè Papinianus à viro retineri. Quos etiam rectè Baldus *in dict. l. 3. Cod. de bon. quæ liber.* ex eo refellit, quod vulgò iactari ſolet, liberos in condicione poſitos non cenſeri vocatos, Ne ex teſtamento quidem in quo nuda teſtantis voluntas ſufficeret, *ex l. Lucius Titius 85. de hered. inſtitut. l. ſi ſub condicione 8. D. ſi quis omiß. cauſ. teſtament.* Multò minùs igitur in diſpoſitione inter viuos, præſertim in ſtipulatione, quæ vt iam diximus nihil niſi verborum obligatio eſt. Hoc verò ſi ita ſit, planè non intelligo cur ipſi filiæ potius, quàm eius liberis donare patrem & ſtipulari voluiſſe interpretemur, Cùm neque ipſa ſtipulationis condicio exiſtere poſſit niſi mortuâ filiâ. Inde enim fit vt hoc caſu ſtipulatus videretur filiæ reddi dotem poſt mortem ipſius filiæ: Quomodo ſanè non niſi inutiliter ſtipulari poterat, quia nec ſibi poſt mortem ſuam dari filia ipſa ſtipulari potuiſſet. *§. poſt mortem 12. Inſtitut. de inutilib. ſtipulat. l. quodcumque 45. §. ſi quis ita ſtipulatus de verbor. obligat.* Poteſt quidem fieri ſtipulatio ſub ea condicione quæ poſt ſtipulatoris mortem eueniat, ſed ita tamen vt non in id tempus vis & poteſtas obligationis conferatur, *dict. leg. pater cùm filia.* Præterea quid tam contrarium eſt ei quod Papinianus ſcribit defuncta in matrimonio ſuperſtitibus liberis filia dotem à viro retineri, quàm quod vult Bartolus, & poſt eum cæteri, dotẽ eo caſu filiæ acquiri quaſi donatam à patre? Etſi cùm conſtante matrimonio coniuncta ſunt iura mariti & mulieris quod ad totam dotem pertinet, vt ſit quidem illa mulieris, ſed in bonis mariti, *dict. leg. quamuis 75. de iur. dot. l. in rebus 30. Cod. eod.* Soluto tamen matrimonio ita diſſoluuntur, vt nihil poſſit maritus retinere, niſi quod mulier aut alius cui reſtitutio facienda eſt, non poſſit petere. Denique reſtitutioni oppoſita eſt ex diametro retentio: Cùmque nuptiis manentibus ſit maritus dominus dotis, ſi quando dicimus dotem penes eum remanere, nihil aliud ſignificare poſſumus, quàm dotis dominium quod priùs quæſitum fuit ei auferendum non eſſe, ita vt pleno iure & irreuocabiliter vt loquuntur fiat dominus, qui anteà in eo erat vt ſoluto quandocumque matrimonio dominium illud reſtituere deberet. Et verò ſi apud Papinianum dos remanet penes virum propter liberos & in eorum commodum vt Bartolus putat, quomodo fieri poteſt vt ex huiuſmodi retentione dos mulieri acquiratur? Dicere igitur debuit Bartolus remanere dotem penes maritum propter vxorem & in vxoris commodum, Quod tamen ideò dicere non potuit, quia ius iſtud retentionis non cœpit viro competere ex eo inſtanti, quo filia moreretur, quod inſtans vitæ computatur non morti, *l. 3. de condict. triticar. l. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam. leg. vltim. D. de condict. inſtit.* ſed quo mortua eſſet filia, ac proinde poſt ipſius filiæ mortem, quo tempore nihil poteſt filiæ acquiri, præſertim per maritum, qui non magis poterat vxori ſtipulari quàm ipſe pater filiæ *l. multum intereſt 6. Cod. ſi quis alteri vel ſibi. leg. dominus 39. de verbor. obligat. leg. 2. C. de contr. & committ. ſtipular.* Sed etſi admitteremus permiſſum eſſe patri dotẽ ſtipulari filiæ ex cauſſa donationis, ita vt filiæ propria eſſet actio, quod nos negauimus, inutiliter tamen ſtipularetur poſt mortem filiæ, quoniam filia ipſa eiua voce in caſum inutilem ſtipulata videretur *d. §. poſt mortem.* Poſtremo hæc Bartoli & cæterorum communis ſententia pro vero habet filiamfamilias in dote ſibi à patre donata potuiſſe Digeſtorum iure habere heredem. Quod tamen ego falſiſſimum puto. Non illa ſolùm ratione quòd donatio non valuerit, de quo ampliùs non dubito, ſed quia etiamſi valuiſſet, ius tamen poteſtatis feciſſet ne in ea viuo patre heredem habere potuiſſet. Imò nec alium ſucceſſorem quantumuis anormalum vt Baldus loquitur *in d. l. 2. C. de hered. actionib.* Neceſſe enim erat vt defuncta licet ſuperſtitibus liberis filia dos etiam donata ad patrem reuerteretur, aut tanquam profectitia, aut ſaltem peculij iure.

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere.

CAPVT IV.

AN enim plus iuris in huiuſmodi dote habebat filiafamilias, viuo patre, quàm emancipata, cui pater dotem ſimpliciter dediſſet? Minimè verò. Nam & emancipata erat proculdubio donationis capax *l. 2. Cod. de inoff. donat. leg. ſiue emãcipatis 17. C. de donat.* & ipſa dotis datio in emancipatam collata donatio dicitur *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* tametſi quod ad maritũ pertinet dici ſoleat habere eum dotẽ ex cauſſa oneroſa nõ ex lucratiua. *l. ex promiſſione 19. de oblig. &*

actiom

actiõn. l. fin. C. de iur. dot. Denique ſi dos etiam quæ filiæfamilias à patre data eſt, proprium ipſius filiæ patrimoniũ dicitur *l. 3. §. ſed verum. D. de minor. tantum 16. de relig. & ſumpt. funer. l. pater 71. de euict. l. pater filiam 14. D. ad leg. Falc. l. filiũ 4. de colla. bonor. l. 2. §. vlt. & l. vlt. de dot. coll.* qui fieri poteſt vt emancipatæ filiæ vtilior ſit dotis donatio, quàm ſimplex datio? Nam & dote ſimpliciter ei conſtituta fatentur omnes, & verum eſt, ſolius filiæ actionem eſſe, matrimonio ſoluto, Non ſolùm ſi ab initio emancipatæ dos data fuerit, ſed & ſi poſt datam dotem emancipata ſit *d. l. 2. §. 1. l. ſi cùm dotẽ 22. §. 10 tempore. l. Titia 34. l. filiæ meæ 59. D. ſolut. matr.* & tamen non facit ea res quominus defunctâ in matrimonio illâ dos illa ad patrem reuertatur, adeò vt nec de illa teſtari emancipata poſſit ſi in matrimonio moriatur, vt omnium optime probat *dict. l. filiæ meæ. & l. ſi filia §. Digeſt. de diuort.* Cur enim neceſſe eſſet filiam aut generum diuortij conſilium capere ad fraudandum dote patrem ſi de dote teſtari poterat emancipata? Nempe ius profectitiæ dotis illud erat vt à patre profecta ad patrem neceſſariò in amiſſa filiæ ſolutum reuerti deberet. Idémque de donatione propter nuptias in filiumfamilias collata iuris erat, quam donationem veram fuiſſe nemo inficiari poſſit, niſi qui nomen ipſum neget. Nec eò minùs tamen ad patrem reuertebatur ſi reuerſionis caſus contingeret ſoluto filij morte matrimonio vt apertè conſtitutum eſt *in l. 1. C. de bon. quæ liber.* Hoc cur ita? Nimirum facilius erat filio vt ſibi proprium aliquid haberet ex ea cauſa quam lex adprobaret, qualis eſt ſemperque fuit cauſſa matrimonij ad replendam liberis hominibus ciuitatem, quàm vt ſibi in ea re heredem habere poſſet. Sed &, quod magis mirum eſt, ſi caſtrenſe peculium filiusfamilias habebat, de quo haud dubiè ex Imperatorum conſtitutionibus teſtari poterat, quòd in eo patrisfamilias vice fungeretur *l. 2. ad S. C. Maced.* nec tamen de eo teſtatus fuiſſet, non poterat habere in peculio heredem ab inteſtato filium, at ne ipſum quidem patrem, Inò peculij non hereditatis iure totum id quantumcunque erat ad patrem deuoluebatur *l. 1. & 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Non igitur ſi ius Digeſtorum ſpectes recta eſt ratiocinatio, ſi quis dicat quicquid proprium habuit filius aut filiafamilias in eo heredem habere potuiſſe. Nam nec proprium quicquam habere potuit quod à patre profectum eſſet, ne volente quidem patre *d. l. ſi ſine emancipatus*, niſi ex cauſſa donationis propter nuptias aut dotis *d. l. Pomponius 35 famil. erciſc.* Et quo caſu habere potuit non tamen data ei eſt poteſtas de dote teſtandi aut ab inteſtato heredem habendi, quòd nec pater facere poteſt, cùm ſuccedendi ius vt alio loco ſcripſimus iuris publici ſit non priuati *l. 3. D. qui teſt. facer. poſſ. l. vlt. D. de ſuis & legit.* Sed etſi ea res in patentis arbitrio poſita eſſet, dici tamen adhuc poſſet patrem quæ filiæfamilias donandi animo dotem dederit, hoc eſt eius nomine genero tradiderit [ſic enim Papinianum in d. l. Pomponius explicauimus] non ideo videri renunciaſſe iuri quandoque competituro dotis repetendæ cùm filia in matrimonio morietur *dict. l. 2. Cod. de bon. quæ liber.* Id enim ius repetendæ dotis non ex iure poteſtatis proficiſcitur, ſed ex ratione miſerationis *l. iure ſuccurſum C. de iur. dot.* cuius nullam haberi ab ipſa filia rationem impium certè ſit & inhumanum. Quid ergo ſi filiæfamilias aduentitia dos ab extraneo obuenerit? Certum eſt acquiri filiæfamilias dotem conſtante matrimonio, & inuito etiam patre, cùm & dotis acquirendæ capax ſit durantibus nuptiis dict. leg. Pomponius, & in cæteris quæ ab extraneo proficiſcũtur poſſit illa viuo patre ſibi ex quacumque cauſſa acquirere, ſi modò nolit pater ſibi ipſi per eam acquiri *l. is qui heres 13. §. vltim. de acquirend. hered. l. cogi 16. §. ſi pater filio n. ad S. C. Trebell. l. 1. C. qui admitti ad bonor. poſſeſſ.* Facilius ſiquidem eſt patri alienæ rei dominium per filium non acquirere, quàm eius quæ iam ſua ſit amittere, & in filium aut filiamfamilias transferre, ſed an ideò petunt ſoluto morte viri vel per diuortium matrimonio propriam ſibi dotem illa retineat? Minimè Nam vt Vlpianus ſcribit Tit. De dotib. diuortio facto habet pater actionem rei vxoriæ adiuncta filiæ perſona ſiue dos profectitia ſit ſiue aduentitia, Nempe quòd vt ſæpiùs repetij, non ſit filiafamilias dotis capax niſi conſtante matrimonio d. l. Pomponius, Vt proinde quo inſtanti matrimonium ſolutum eſt, deficiente filiæ capacitate, ſuccedat ius patriæ poteſtatis. Quanquam non ex eo fit vt nihil tunc referat an à patre an ab extraneo dos profecta ſit. Nã in dote profectitia ius reuerti quod ille ab ipſo patre habet, impedit ius patriæ poteſtatis, In aduentitia ſecus. Inde illud etiam manat, quòd ſi patri ab inteſtato filiis ſuccedere velit cum fratribus aduentitiam nõ minùs quàm profectitiam dotem conferre cogatur *l. filiæ dotem 4. C. de collat. l. 1. §. ſi ſub conditione D. de dot. collat.* quia filiæfamilias data dote, quæſitum fuit ius patri, vt ſoluto quandocumque ſe viuo matrimonio dum ne per mortem filiæ, ea ſibi vel propria, vel ſaltem cum filia communis dos eſſet ſecundum eas diſtinctiones quas ſequenti capite afferemus.

Malè à recentioribus emendatum in §. 1. l. 2. D. ſolut. matrim. & ad l. Caius 45. eodem.

CAPVT V.

SEd quoniam in hoc etiam iuris veteris ignoratione errarunt noſtri, exiſtimantes dotis aduentitiæ actionem propriam eſſe filiæfamilias non minùs ſoluto quàm conſtante matrimonio, vt vulgo tradunt ad *d. l. 2. §. quod ſi in patris l. poſt dotem 40. l. Caius 45. D. ſolu. matrim.* operæpretium erit vt ad rationes & leges quibus in eam ſententiam mouentur reſpondeamus. Ratio autem alia non adfertur, quàm quod ſi filiafamilias capax eſt dotis profectitiæ viuo etiam patre multò magis capax ſit aduentitiæ. Sed iam ſatis ſuperque à nobis reſponſum eſt in ſuperioribus, ſc. filiamfamilias capacem eſſe vtriuſque conſtante matrimonio, ſoluto neutrius, Obſtante nimirum iure poteſtatis ſi legibus agatur, faciunt pro communi ſententia verba illa Vlpiani in *d. §. quòd ſi in patris & dos ab eo profecta ſit.* Sic enim accipiuntur, vt cùm Vlpianus dicat ſi in patris poteſtate ſit filia & dos à patre profecta ſit, patris & filiæ dotem eſſe, ex contrario dicere videatur ſolius filiæ dotem eſſe quæ à patre profecta non ſit. Et hæc obiectio tanti momenti viſa eſt viris doctiſſimis Antonio Goueano & Iacobo Cuiacio vt auſi ſint dicere locum eſſe corruptum, & ea verba quæ retulimus non tam Vlpiano tribuenda, quàm Triboniano, reſpicienti ad ius nouum quo facti ſunt filij, filiæque familias aduentitiorum omnium capaces *l. cum oportet 6. & l. cùm non ſolùm 8. C. de bon. quæ liber.* Mihi verò probabilius videtur ita ſcripſiſſe Vlpianum, quia non ſit hac parte eadem prorſus ratio dotis profectitiæ & aduentitiæ. Profectitia ſoluto ſiue per diuortium ſiue viri morte matrimonio com-

Google

munis eſt patris & filiæ, niſi eam ſibi reddi pater in alterum aut in vtrumque caſum ſtipulatus ſit *d. l. ſi cùm dotem 22. in princip. & l. quoties 29. D. eod.* Aduentitia verò non aliter quàm ſi matrimonium diuortio ſolutum ſit, nec extraneus ſibi reddi fuerit ſtipulatus. Soluto enim morte viri matrimonio dotis actio ſolius erat patris vt paulò poſt probabimus. Mortuâ verò filiâ dos profectitia tota eſt patris, Aduentitia tota mariti vt idem Vlpianus ſcribit *Tit. de Dotib.* Profectitiam pentarò ſtipulabatur pater ſibi reddi & difficilius, ita vt ſtipulatio interponenda eſſet, nec pactum ſufficeret. Credo, quia ſatis ei cautum eſſet rei vxoriæ actione, quæ illi communis futura erat cum filia. Aduentitiam verò vix erat vt daret extraneus, quin ſibi ſaltem per pactum conſuleret, ne alioqui penes patrem aut maritum dos remaneret. Pactum autem ſufficere videbatur *l. auia 6. C. de iur. dot.* quòd iniquum videretur periclitari eum ex ſua liberalitate, & ob non interpoſitam ſtipulationem repetendæ dotis ius omnino amittere. Denique alius tractatus eſt de dote profectitia, alius de aduentitia, aliæ atque aliæ vtriuſque leges & condiciones. Quod etſi non ita eſſet, non rectè tamen ſumi poſſet argumentum à contrario ſenſu de dote profectitia ad aduentitiam in eo, in quo eadem vtriuſque contrarij ratio ſit. Adducitur etiam pro communi ſententia reſponſum Pauli *in l. Caius 45. ſolut. matrim.* vbi cùm proponeretur datam nepti dotem ab auo materno interpoſita ſtipulatione ſi diuortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dotem ipſi nepti aut auo materno reſtitui, ſecuto poſtea ſine culpa mulieris diuortio, dat Paulus nepti dotis repetitionem ex ſtipulatu viuo etiam patre, in cuius erat poteſtate, nulla patri facta dotis aut actionis portione. Sic enim locus ille ab omnibus ferè intelligitur, excepto Iacobo Cuiacio qui ad Vlpiani Titulum De dotib. ſcripſit in ea quoque ſpecie communem eſſe patri & filiæ dotis actionem: De patre tamen ideò nihil Paulum reſpondiſſe, quòd filiæ cautum fuiſſet, non patri. Quia tamen locus ille non ſolùm difficilis & obſcurus, ſed etiam non parum ſuſpectus mihi ſemper viſus fuit, de illius quoque ſententia nunc aliquid nobis dicendum eſt. Illud primum Paulus reſpondet, In perſona neptis inutiliter conceptam videri ſtipulationem, quoniam auus maternus ei ſtipulatus proponeretur. Conſtat enim non eſſe neptem in aui materni poteſtate: Ei autem quem quia in poteſtate non habeat, nec ſtipulari poſſe. Ex quo Paulus infert heredi ſtipulatoris quandocunque mulier diuerterit competere actionem. Non igitur competit patri neptis quia ſtipulatio non valuit. Ipſi autem nepti multo minùs, & quia non valuit ſtipulatio, & quia tametſi valuiſſet, patri tamen per filiam actio ex ſtipulatu quæſita fuiſſet. Sed neque ſtricto iure videbatur auo aut eius heredibus competere, quaſi ille non tam obligationis quàm ſolutionis cauſâ in ſtipulatione adiectus videretur. Stipulatus enim fuerat *nepti aut ſibi l. obligationum ferè 44. §. acceſſio D. de obligat. & action. l. ſi ſtipulatus fuero 11. l. ſi ita ſtipulatus 59. de ſolut.* Sed cùm in perſona neptis inutiliter concepta ſit ſtipulatio vt dictum eſt, Conſequens videtur, vt quod ad obligationis & actionis vim pertinet, perinde habeatur acſi ſibi tantùm ſtipulatus eſſet auus. Quo caſu impleta quandocunque, licet poſt aui mortem ſtipulationis condicione, actio heredibus eius haud dubiè competeret. *l. pater cùm filia 13. D. de pact. dotalib.* Differentia tamen iudicio meo illa erit fortaſſe, quod ſi ſibi tantùm auus ſtipulatus eſſet, directa actio daretur illius heredibus, quia nullo iuris rigore impediretur. Cùm verò nepti aut ſibi ſtipulatus fuit, vt in propoſita ſpecie, vix eſt vt directa poſſit competere, ſed vtilis potiùs, cùm ſtipulationis verba repugnent, quæ ſolutionis magis quàm obligationis cauſâ perſonam aui adiectam præ ſe ferunt, vt ex æquitate & interpretatione potiùs quàm ex ſummo iure actio ipſa competat. An igitur prorſus inutilis erit neptis adiectio in cuius perſona concepta fuerat ſtipulatio? Minimè. Sed quæ ad obligationem inutiliter adiecta fuit, cenſebitur adiecta ſolutionis cauſâ, vt petinde ſolui ei dos poſſit, acſi auus ſibi aut illi dotem reddi ſtipulatus fuiſſet, nobis ex æquitate ſtipulationem ſic interpretantibus. Solui illius patri non poterit, vt malè Cuiacius exiſtimat, quia non fit illa ſolutio ex vi obligationis quę adiecto ſolutionis cauſâ nulla acquiritur, *l. Stichum aut Pamphilum 98. §. quæſitum & §. vſumfructum de ſolut.* ſed ex facultate collata in arbitrium, & electionem promiſſoris. Solutione tamen nepti facta, non nego quod Cuiacius defendit acquiſitam iri dotem patri iure patriæ poteſtatis, quę ſane ante id tempus vires ſuas exercere non poteſt, nec conſtāte matrimonio, quia eo tēpore dotis capax eſt filia, nec poſt diuortium, quoniā ante ſolutionem nihil neptis in ea dote iuris habere potuit. Impediente ſcilicet ſtipulatione vim & poteſtatem actionis rei vxoriæ, quæ alioqui ſtatim poſt diuortium & patri & filiæ competiiſſet. Atque ita Paulum & ſcripſiſſe & ſenſiſſe non dubito, ſed interpolatum locum à Triboniano, in eo primùm quòd ſui heredibus dat actionem directam, quam iuris ratio denegabat vt diximus. Itemque in eo quod ipſi nepti dat vtilem quæ proculdubio ei competere non poteſt. Nam ex ſtipulatione extranei nec directa nec vtilis actio quæri poteſt, alioqui non eſſet inutilis ſtipulatio quomodo inutilem eſſe paſſim ſcriptum eſt, etiamſi fauore dotis facta ſit *l. ſi genero 26. C. de iure dot.* aut ſubſit ratio adfectionis perſonarum *vt in l. inter 26. §. penult. de pact. dotal. leg. debitor 59. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* De quo plura ſcripſimus lib. 1. cap. 4. Sed quis non Triboniani manum & elegantiam agnoſcat in toto illo vltimo legis verſiculo *ſed permittendum eſt nepti ex hac auia conuentione ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem.* Quis enim Iureconſultorū ſic vſpiam loquitur? Quod verò ſequitur *fauore enim nuptiarum, & maximè propter adfectionem perſonarum ad hoc decurrendum eſt*, non minùs ſanè ineptum eſt. Cur enim fauor nuptiarum attendatur ſoluto matrimonio, & eo tempore quo filia ſit incapax dotis? An vt ſi nubat iterum, eandem dotem habeat? Ne hoc quidem dici poteſt. Pater enim Digeſtorum iure poterat quæſitam ſibi dotem filiæ, ſiue poteſtatis ſiue pactionis iure quæſita eſſet pro arbitrio alienare *leg. rem quam pater 22. à contrario ſenſu C. de iur. dot. ante Iuſtiniani Nouellam 97. de æqual. dot. cap. 5.* quæ cùm ius nouum faciat in eo quod hodie tenetur pater filiæ dotem ſeruare ita vt nec diminuere poſſit, niſi fortuita aliqua clades ſuperuenerit, oſtendit ſatis aliter fuiſſe iure vetere comparatum. Quod & non malè probatur *ex leg. vnica. §. & hoc ex rei vxoria C. de rei vxor. action.* vbi refert Iuſtinianus nihil olim iuris habuiſſe filiam ſoluto matrimonio in dote quam ſibi reddi pater ſtipulatus fuiſſet: In ea verò quæ rei vxoriæ actione repetebatur ita obſeruatum, vt non aliter ad filiam

quaſi

quaſi proprium ipſius patrimonium reuerteretur, quàm ſi lite nondum finita licet mota adeóque quod plus eſt conteſtata pater deceſſiſſet. *Finita* enim eo loco, non *mota* legendum eſt. Finita igitur lite maritóque condemnato aut illius heredibus, dos per rei vxoriæ actionem exacta tota erat patris, eóque mortuo non ad filiam, ſed ad ipſius patris heredes tranſmittebatur. Idque vt diximus iure poteſtatis, quæ non minùs locum habebat in dote aduentitia, quàm in profectitia, cùm vtraque per rei vxoriæ actionem à patre adiuncta filiæ perſona repeteretur, Teſte Vlpiano in dict. Titul. De dotib. vbi quod ait, *Diuortio facto* nihil hac parte intereſſe an profectitia dos eſſet, an aduentitia, cogit me ſuſpicari plus iuris olim habuiſſe patrē in dotū aduētitia ſi morte viri quàm ſi diuortio ſolutū matrimoniū fuiſſet. Mortuóq. viro dotis aduentitiæ repetitionē ſoli⁹ patris fuiſſe. Ratione illa diuerſitatis, quod cùm extraneus dotem dat filiæfamilias nec ſtipulatur ſibi reddi, donare eum videatur patri, in cuius filia eſt poteſtate, niſi quandiu erit filia ipſa dotis capax id eſt conſtante matrimonio §. 1. *Inſtitut. per quas perſon. nob. acquir. leg. filiofam. litas* 41. *de condic. & demonſtr.* Proinde morte mariti ſoluto matrimonio, quemadmodum incipit filia dotis incapax eſſe primo inſtanti poſtquam ſolutum eſt, ita dotis actionem acquirit patri, adeò vt ne momento quidem temporis habere illam cum patre communem potetit. Cùm autem diuortium fit, etſi non minus incapax dotis eſt filia, quàm ſi vir eſſet mortuus, quando vtroque caſu ſolutum eſt matrimonium, ferè eſt tamē vt facto præſertim culpâ viri diuortio, videatur adhuc illa eſſe in matrimonio, cùm per eā nun ſteterit, rurſúſque redintegrari poſſit aliquando matrimonium, quo caſu futurum eſſet vt dos quoque tacitè redintegraretur etiamſi medio tempore alij mulier nupſiſſet *l. dotem* 30. *l. Diuus* 40. *l. poſt diuortium* 64. *de iur. dot.* Neque verò æquum eſt tam citò tamque facilè nocere ei factum mariti, cuius factum ſanè nocuiſſet. Quòd ſi quis quærat, Cur non ergo in dote profectitia ſeruetur eadem diſtinctio, Aut cur non dos aduentitia patri acquiratur ſi viua adhuc filia eius fit incapax quo inſtanti moritur [ea namque mortua diximus ex Vlpiano dotem aduentitiam penes maritum remanſiſſe.] Reſpondeo minus hac parte iuris habere patrem in dote profectitia quàm in aduentitia, propterea quòd profectitiæ dominus factus ſit maritus ab ipſo patre, qui dotem ipſe tradiderit. Itaque ſi pater ſolus ageret mortuo marito viua filia, patrem vinceret heres mariti, iure dominij: ſicut & maritus ipſe ſi diuortio ſolutum eſſet matrimonium: Siquidem dominium illud quod penes maritū fuit conſtante matrimonio non ſtatim & ipſo iure reuertitur ad mulierem cuius nunquam fuit antea, Nec conſequenter patri per filiam acquiri poteſt, Vnde euenit vt filiæ perſonam adiungi neceſſe ſit, quippe contra quam nihil habeat mariti heres aut maritus ipſe quod poſſit obiicere. Eáque ratio niſi me fallo cauſſam dediſſe videtur actioni & tit. *C. de inoffic. dotib.* cùm neque inofficioſi teſtamenti, neque inofficioſæ donationis querela in eam rem aptari poſſet vt inofficioſa dos à patre in filiam collata & ipſi marito acquiſita, ad legitimum modum etiam conſtante matrimonio reuocaretur, quia licet reſpectu filiæ dos à patre data legitimæ loco videri poſſit, aut donationis iure cenſeri quatenus excedit eam quantitatem quam pro congrua dote à patre dare oportuit, tamen quod ad maritum pertinet qui ea matrimonij cauſſa planè oneroſa dotem habet, neque legitimæ neque donationis inſtar obtinere dos poteſt, quantumuis inofficioſa ſit. Atqui, inquies, Si mortua eſſet in matrimonio filia pater ſolus ageret pro dote profectitia repetenda, maritúmque ſuperaret. Fateor, Sed non ratione iuris, at potius miſerationis. Ne alioqui pater & amiſſæ filiæ & dotis damnum ſentiret *leg. iure ſuccurſum* 6. *D. de iur. dot.* quæ cum ait meritò ſuccurſum fuiſſe patri, innuit non obſcurè ſuccurrendum ei fuiſſe, & niſi ſuccurſum ei fuiſſet, ſuperatum iri illum à marito. At cùm ſolutum eſt matrimonium ſiue morte viri ſiue diuortio, quia viuit adhuc filia, ceſſat ratio illa miſerationis. Extingueretur ergo ius patris ſi non ageret adiuncta filiæ perſona. Quod in dote aduentitia ſecus eſt, cuius dominium marito acquiritur ab alio quàm à patre, Vt proinde pater dotem etiam ſine filia ab heredibus mariti repetens tanquam per filiam ſibi acquiſitam, non poſſit non vincere. Moriente autem filia etſi eo ipſo inſtanti quo moritur fit illa incapax dotis licet aduentitiæ, quia matrimonium ſoluitur: Dicimus tamen acquiri dotem marito non patri, quoniam ſolutione matrimonij non ideò dotis dominium, vt ſæpiùs inculcauimus, auffertur marito, ſed tantùm eo ſoluto naſcitur actio ſiue ex ſtipulatu, ſiue rei vxoriæ vt dominium illud reſtituatur. Vnde euenit vt eo inſtanti quo filia moritur, dotíſque habendæ fit incapax, nihilominùs remaneat maritus dominus dotis, & quidem ſolus; Quia non quæ ratio, ſcilicet matrimonij, inducit dotis communionem inter virum & vxorem conſtante matrimonio, *l. quamuis* 75. *D. de iur. dot. l. in rebus* 30. *C. eod.* facere eadem poteſt vt eo inſtanti quo matrimonium ſoluitur, communis fiat dos inter generum & ſocerum. Sola igitur patri ſupereſſe poteſt dotis actio. Atqui non naſcitur ea actio illo ipſo inſtanti quo matrimonium ſoluitur, ſed quo iam ſolutum eſt, hoc eſt non moriente, ſed mortua filia, aut viro mortuo, aut facto diuortio. Inde ergo fit, vt per filiamfamilias dos aduentitia patri acquiri non poſſit. Nec quandiu viuit illa in matrimonio; quia toto illo tempore dotis capax eſt; nec quo inſtanti matrimonium ſoluitur, non ſolùm quod inſtās illud computetur matrimonio (nā quemadmodum viuus homo non mortuus moritur, ita nec matrimonium ſoluitur quod iam ſolutum eſt; ſed quod adhuc conſtat) verùm etiam propter ſubſiſtens ius dominij marito in dote competens, necdum eo inſtanti extinctum. Multo minus verò acquiretur patri dotis actio, cùm matrimonium ipſius filiæ morte ſolutum eſt, quia per filiamfamilias iam mortuam nihil patri acquiri poteſt. Quo igitur caſu? Acquiretur dotis actio patri integra ſi morte viri ſolutum ſit matrimonium. Patri autē & filiæ ſi per diuortium. Ipſa autem dos cùm exacta fuerit & ſoluta etiam ſoli filiæ, tamen acquiretur ſoli patri: nec minùs in ſpecie dictæ legis Caius 45. ſolut. matr. licet ibi dos patri ſolui non poſſit. Sunt hæc ſanè ſubtiliſſima & à nemine, quod ſciam hucuſque tradita, ſed tamen ſi quid iudicij mei eſt veriſſima, & ex ipſiſſima iuris ratione deprompta. Cæterùm, vt quæ pertinent ad interpretationem dictæ legis Caius, expediamus; Dico ineptam quoque eſſe rationem illam Triboniani *ne commodo dotis mulier defraudetur.* Quantumuis enim valeret ſtipulatio concepta in perſona neptis vt ex ea non vtilis tantùm ſed directa quoque daretur actio; non ideò tamen fieret quin auo etiam materno ſolui dos poſſet qui ſaltem ſolutionis cauſſa adiectus cenſeretur. Eo autem caſu perinde maneret neptis indotata, acſi nec dire-

ctam nec vtilē ex ſtipulatu actionem haberet aduerſus virum, Nulla.n.illi competeret aduerſus auum, qui dotem à ſe profectam ex ſtipulatione recepiſſet. Igitur non facit illa vtilis actio quin ſit in poteſtate viri vt ſi velit dotis commodo mulierem fraudet. Quod ſi fraudare nolit, nec illud quidem neceſſe eſt, vt mulieri contra tritas iuris regulas ex alterius ſtipulatione vtilem actionem demus, quia & nulla actione data iam Paulus dixerat, marito liberum eſſe vt dotem mulieri ſoluat, Tribonianū ergo feſellit & iuris veteris ignoratio, & noui memoria, quo cōſtitutum eſt vt aduentitiorum omnium capaces ſint filij filięque familias *d. l. cum oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Obſeruare nanque debuerat non idcirco factum eſſe vt pro ea cui dos datur poſſit extraneus ſtipulari. Manet ſiquidem etiam hodie intacta vetus illa iuris regula quæ non patitur alterum alteri ſtipulari *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verbor. obligat. nec in dote quidem l. 1. D. de pact. dotal.*

Filiamfamilias de dote etiam aduentitia
ſine conſenſu & autoritate patris
agere nullo mo-
do poſſe.

Capvt VI.

QVemadmodum autem communis noſtrorum error ille eſt, quòd putant rei vxoriæ actionem quæ pro dote aduentitia competit propriam eſſe filiæfamilias, cùm nullo caſu propria ſit ſoluto quomodocunque matrimonio, Sicut & contrario errore decipiuntur Antonius Goueanus & Iacobus Cuiacius, qui ſemper eam communem eſſe volunt ſiue morte viri ſiue diuortio ſolutum ſit matrimonium, quorum prius vtique falſum eſt vt diximus. Ita falli ferè omnes arbitror, & longè grauiùs in eo, quod exiſtimant poſſe filiamfamilias agere de dote aduentitia abſque conſenſu & autoritate patris. Sic enim tradit Bartolus quem cæteri vulgo ſequuntur *in l. 2. §. quòd ſi in patris & in l. poſt dotem 40. nu. 25. D. ſolut. matrim.* poſt Accurſium in Aut. quod locum *C. de collat. & in l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nam etſi vſque adeò propria eſſet filiæfamilias actio dotis aduentitiæ ſoluto matrimonio, vt nullum ex ea commodum ad patrem peruenire poſſet, conſenſus tamen patris eſſet neceſſarius & ſaltem iudicis imperio eliciendus, vt agere filiæ liceret. Ex ratione illa quam Iuſtinianus adfert in d. l. vlt. §. 1. verſ. neceſſitate *ne ſine patris autoritate iudicium conſiſtere videatur.* Scio receptiſſimam eſſe Bartoli aliorúmque traditionem, vt conſenſum illum patris adhiberi neceſſe non ſit niſi in ſignum, vt loquuntur, repudiationis quoties id de quo agitur, tale eſt quod patri acquiri poſſet ſi vellet, Vnde inferunt poſſe filiamfam. & ignorante & inuito patre agere de iis omnib. quorum pater nec vſumfructū nec adminiſtrationem habeat. Sed longe alia mihi videtur fuiſſe Iuſtiniani ſententia, Non ſolum quod ſupradicta ratio ad neceſſitatem validandi iudicii, potiùs quam ad conſeruationem iurium paternorum referatur, ſed etiam quia eo loco tractat Iuſtinianus apertiſſimè de actionib. eius hereditatis quæ à patre repudiata fuerit, & ex qua nullum ille commodum amplius ſperare potuerit, Nec eo minùs tamen requirit conſenſum id eſt autoritatem patris, ne iudicium abſque eiuſmodi autoritate, quæ prorſus neceſſaria eſt videatur conſiſtere. Nempe quoniam filiuſfamilias perſona nō eſt integra, vt per ſe in iudicio ſtare poſſit, licèt tam ex contractibus quàm ex delictis in eum detur actio *leg. tam ex contractibus 57. Digeſt. de iudic. l. nox. alis 33. cū ſeqq. de noxal. actionibus. §. fin. Inſtitut. eod. l. filiuſfamilias 39. de obligat. & action.* Nuſquam autem reperias ei permiſſum eſſe vt per ſe agat, niſi vel cùm in mora periculum eſt vt expectari patris autoritas non poſſit *vt in l. ſi longius 18. §. 1. de iudic.* aut cùm alia iuſta cauſa eſt, quod euenit certis caſibus à iuris pontificij gloſſatore enumeratis *in cap. fin. Extra de iudic.* Nec dicendum eſt in eo ius nouum facere Iuſtinianum, quia vt & Bartolus ipſe diſputat *in d. l. vlt.* longè plus iuris acquiſitum eſt filiisfamilias ex Iuſtiniani conſtitutionibus quàm anteà habuiſſent. Imò verò cùm nec iis quoque caſibus quibus olim communis erat dotis actio patris & filiæ poſſet agere filia etiam conſentiēte patre, ſed ipſi patri omnimodo agendum eſſet, ex voluntate tamen filiæ (quo ſolo reſpectu actio dicebatur communis *d. §. 1. l. 2 ſolut. matrim.*) hodie permiſſum eſt ex Iuſtiniani Nouella *De æqualit. dot. §. illud vnde ſumpta eſt Auth quod locum. C. de collat.* vt poſſit pater permittere filiæ vt agat, quod & iam in cæteris aduentitiis fuerat conſtitutum *d. l. vltim. C. de bon. quæ liber.* Et ſanè patris autoritatem adhiberi quotieſcunque filiuſfamilias aut agit aut conuenitur, non ſolùm publicè intereſt ad conſeruandum ius patriæ poteſtatis, ſed etiam ipſius filij, cui ſi inconſulto patre ageret aut conueniretur, deeſſe poſſet patris cōſilium ex quo tamen non niſi commodi plurimum poſſit ei accidere. Nec placet argumētum, quod Bartolus deducit *ex §. fin autem in ſecunda dict. l. vlt.* vbi ſi filiuſfamilias minor ſit annis vigintiquinque, nec res eius adminiſtrare pater velit, iubet Iuſtinianus hereditati dari curatorem qui actiones exerceat, neque patris conſenſum prætereà requirit. Cur enim requireret eo caſu quo non ipſe filiuſfamilias agat, ſed curator, Curator verò non minoris nomine ſed hereditatis in qua nihil prorſus iuris pater habeat. Hereditati enim curatorem dari vult Iuſtinianus nō minori, qui ſcilicet cùm in patris poteſtate ſit, curatorem habere, nullo caſu poteſt. Sanè in caſtrenſibus poteſt filius agere etiam inuito patre *leg. miles 4. §. 1. de caſtr. pecul.* quia in illis habetur pro patrefamilias *l. 2. D. ad S. C. Maced.* itémque in beneficialibus *d. cap. fin. de iud.* Comparari enim caſtrenſibus commode poſſunt beneficialia, quorum ſcilicet ratione videatur filiuſfamilias Deo militare, Non etiam alia aduentitia quorum tametſi nec vſumfructum nec adminiſtrationem pater habeat, non ideò tamen dici poteſt omnino extinctum quod ad illa bona pertinet ius patriæ poteſtatis, Vt vel ex eo apparet, quòd nec patre conſentiente de iis teſtari filiuſfamilias poteſt. Sic enim Accurſius & eum ſecuti vno fermè ore cæteri veriſſimè *in d. l. vlt. §. filij autem familias in verbo duntaxat. C. de bon. quæ liber. & in Nouell.* Vt liceat matri & auiæ *§. 1. in verb. diſponere.* Nam quod eo loco Iuſtinianus generaliter conſtituit vt de eiuſmodi bonis poſſit filiuſfamilias quomodocunque velit diſponere, iuſta ciuilique interpretatione ad eas diſpoſitiones referendum eſt, quarum alioqui capaces ſunt filiifamilias non ad eas quarum ſunt penitus incapaces. Perinde enim eſt acſi Iuſtinianus conſtituiſſet, vt de iis bonis quorum patri interdictus eſt vſuſfructus liceat filiofamilias diſponere pro arbitrio etiam citra conſenſum patris. Quibus tamen verbis non poſſet videri data filiofamilias licentia earum diſpoſitionum, quas alioqui etiam volente patre condere non potuiſſet. Cuiuſmodi eſt teſtamenti factio quæ quoniam publici non priuati iuris eſt (competit enim ex lege ſola

quæ

quæ & ad ius publicum ſpectat & de ſolis patribusfamilias locuta eſt] à patre non magis quàm ab alio priuato quolibet indulgeri filiofamilias poteſt, vt alio loco fuſius ſcripſimus.

Ad auth. quod locum C. de collat.

CAPVT VII.

SEd neque Bartoli opinionem iuuat textus Authenticæ Quod locum *Codic. de collat.* quæ ſic ab Irnerio concepta eſt quaſi filiæ tribus caſibus imputari poſſit. Si dotem à viro ad inopiam vergente non exegerit, quorum primus ille ſit, ſi ſui iuris illa fuit & legitimæ ætatis, id eſt maior annis vigintiquinque: Minori enim ſubueniendum eſſet. Secundus, ſi mater aut ex aſcendentibus alia perſona quæ non habeat filiam in poteſtate dotem illi dederit quam in collationem venire oporteat. Tertius, ſi profectitiam dotem habenti & exigere volenti pater conſenſerit. Hunc enim Nouellæ conſtitutionis ſenſum vulgo creditum eſſe apparet ex interpretum commentariis, nec reperio aut ex veteribus aut ex recentioribus quis diſſentiat. Ego verò contrà puto, Ex contextu ipſo Nouellæ Iuſtiniani 97. *de æqual. dot. §. illud,* vnde Irnerius deſumpſit authenticam, manifeſtiſſimè probari filiamfamilias non poſſe dotem exigere à matre datam niſi patris conſenſus interueniat. Principio enim paragraphi tractat coniunctim illos caſus. Si vel pater vel mater dotē dederit. Tū poſteaquàm dixit eſſe rem expeditam ſi filia ſui iuris fuerit, & perfectæ ætatis, Imputari ſcilicet ei poſſe ſi constante matrimonio dotem non exegerit, ſubiicit *ſin autem ſub poteſtate eſt, & ſine voluntate patris hoc agere non poterat*, id eſt *dotem petere*, quæ verba clarum eſt non minùs ad aduentitiam, quàm ad profectitiam dotem referri. Nam quod ſequitur in verſiculo, *Sed ſiquidem pater in talibus caſibus obtulerit dotem, & de ſubſtantia eius futura eſt collatio, hoc valere.* non ad neceſſitatem requiſiti antea conſenſus patris pertinet, vt putat Accurſius ſed ad id quod proximiùs dictum fuerat, Recuſante patre conſenſum præſtare, & ob id filia dotem ob inopiam viri perdente liberari eam nuda collatione actionis, nec eo minùs competentem portionem illi deberi *ex bonis paternis.* Toties enim id verum eſt quoties de ipſius patris, non de matris aut alterius extranei hereditate agitur. In cæteris autem cauſſis nihil referre an pater an mater aut alia perſona ex aſcendentibus dotem dederit, disertè conſtituit Iuſtinianus in fine paragraphi. Idque ab interpretibus noſtris animaduerſum non fuiſſe ſanè miror: ſed illud magis quod omnes putant, Iuſtinianum ibidem diſtinguere an parua dos ſit an magna, Diſputantes vtrum magna dicenda ſit quæ eſt centum librarum auri, vt putat Cuiacius *ex Nouell. 22. De nupt.* an quæ ſit amplior aut minor, De quo & Alciatus tractat libro quarto παρέργων, Quaſi poſſit filia magnam dotem etiam inuito patre exigere, paruam non poſſit. Quo nihil dici poteſt à Iuſtiniani mente alienius. Id enim voluiſſe videtur vt poſſit filia vel inuito patre dotem exigere à viro inope conſtante matrimonio, quotieſcumque dos maior eſt portione competitura & quæ ſperatur ex hereditate in qua locum habitura ſit collatio, Ne alioqui mulier periclitetur, & ex ipſa nudæ etiam actionis collatione damnum ſentiat. Siue igitur magna, ſiue parua dos erit, ſiue profectitia, ſiue aduentitia, requirendus quidem eſt pater, vt vel agat ipſe vel conſentiat filiæ agere volenti: ſed ſi conſentire nolit, non ideò prohibebitur filia dotem exigere abſque cōſenſu patris, ſi modò maior ſit dos, quā quę ex collatione ſperatur hereditatis portio, inſpectis ſcilicet facultatibus eius temporis, cùm ex futuro nihil tum decerni poſſit. Quòd ſi cui minùs arridebit noſtra hæc interpretatio, cum fateri neceſſe eſt, relictum eſſe à Iuſtiniano indeciſum caſum illum, qui potiſſimùm & deciſione & remedio indigebat, ſi minor futura eſſet pars filiæ in hereditate in qua collationi locus aliquando foret, quàm eſſet dotis æſtimatio. Neque enim mulieri ſatis conſultum videri poſſet ex eo ſolo quòd quandocunque mortua perſona quæ dotem dediſſet, liberaretur mulier conferendo inanem dotis actionem, nec eo minùs hereditariam portionem conſequeretur. Etenim quid ſi dos maior eſſet portione illa hereditaria? An non iniquum foret ſentire filiam præſens damnum & irreparabile ex ſpe futuræ collationis? Id ſiquidem oſtendunt verba illa *& futuræ læſionis ex inopia viri adimere metum.* Nam quæ obſecro metui poteſt læſio quantacumque ſit dos ſi dotis quantitati hereditaria portio reſpondeat? Et ex contrario fac exiguam dotem quantum voles. An non iuſtus eſt metus futuræ læſionis ſi minor adhuc ſperetur ex eius qui dotem dedit hereditate portio? Aut quis in eo collationis fructus erit? Quid rurſum proderit filiæ vt nihil niſi nudam & inanem dotis actionem conferre teneatur? Atqui hoc ipſum Iuſtinianus apertiſſimè ſcribit, Nolle ſe eo caſu quo pater diſſentiat, damnum filiam pati aut ex collatione damnificari. Neceſſariò igitur diſtinguendū fuit, An plus minúſue ex dote quàm ex dotis collatione commodi ſperare mulier poſſit.

Ad l. Babius 30. D. de pact. dotal.

CAPVT. VIII.

COnſtat igitur ex ſuperioribus, vt eò reuertamur vnde digreſſi ſum⁹, in dote profectitia ſiue data ſimpliciter ſiue etiam donata, nec filiamfamilias nec emancipatam quæ in matrimonio moreretur, heredem ex teſtamento aut ab inteſtato habere potuiſſe, ſed ad patrem reuerti debuiſſe dotem, liberis quoque ex matrimonio ſuperſtitibus: Ac proinde parum acutè noſtros facere qui putant in ſpecie illa de qua iam ſuprà diximus, & quam Papinianus tractat *in d. leg. inter 26. §. cum inter De pact. dotal.* acquiri ex patris ſtipulatione dotem filiæ, & per eam liberis tanquam heredibus, cùm ex contrario disertè Papinianus ſcribat remanere eam penes maritum. Sanè ex illo loco optimè colligas pro Bulgaro contra Martinum, Non potuiſſe liberos facere quominùs mortua in matrimonio filia dos à patre profecta ad patrem reuerteretur, niſi pactum interueniſſet, Alioqui fuiſſet ſanè ſuperuacuum, careretque Papiniani reſponſum omni prorſus dubitatione, quod ferendum non eſt. Dices fortaſſe, ſed an non ſuperuacuum eſt pactum illud quod expreſsè initum proponebatur, vt ſine liberis defuncta in matrimonio filia dos patri reſtitueretur? Si enim reſtituenda erat etiam ſuperſtitibus liberis, an non multo magis ſi nulli ſupereſſent? Ita ſanè eſt. Ideóque nimirum Papinianus, cùm pactum illud videret omnino ſuperuacuum in eum caſum qui nominatim expreſſus fuerat, ſubtiliter ex eo colligit huiuſmodi pacto id actum intelligi debere, id eſt nihil aliud inter contrahentes actum videri potuiſſe, ſiquidem aliquid illi agere voluerunt, niſi vt mortua in matrimonio ſuperſtitibus liberis filia dotem maritus retineret, Cùm dici ſoleat diſpoſitionem reſtrictam ad vnum caſum excludere caſum contrarium *ex leg. vltim. D. de coll. dot.* Itaq. non va-

Digitized by Google

let conſecutio ſi quis pro Martino dicat ſuperuacuum fuiſſe pactum expreſſum, Ergo & tacitum, quod in expreſſo cõtinetur. Nam imò verò vt expreſſum ſuperuacuum non ſit, quomodo eſſet in caſu expreſſo, Neceſſe eſt vt in caſum contrarium includat tacitè pactum etiam contrarium quod ſit vtile. Verùm illud quis mirari magis poſſit, Cur non potiùs expreſſim conueniſſet vt ſuperſtitibus liberis dotem maritus retineret, Niſi dicamus, quod & verum eſt, Non potuiſſe patrem niſi abſurdè & contra iuris regulas ſtipulari marito genero. Huiuſmodi autem conuentiones ita vt plurimùm fieri ſolitas, vt pater ipſe aut eo iubente filia ſtipularetur à marito, non maritus à patre aut ab vxore. Eius enim erat legem dicere, qui dotem dabat, non eius qui accipiebat. Mariti autem illud tantùm erat, vt caueret, ne duriore quàm expediret lege dotem acciperet. Simile eſt quod in principio dictæ legis inter, Pactum proponitur vt ſi filia moriens ſuperſtitem anniculum reliquiſſet, dos ad virum pertineret, vt intelligamus nullo interpoſito pacto futurum non fuiſſe vt totam dotem vnius filij ſuperſtitis nomine maritus retineret. Quemadmodum nec ſi pacto conueniſſet vt mortua in matrimonio ſine liberis filia dos pro parte penes maritum remaneret, pro parte autem vxoris fratri reſtitueretur, id actum dici poſſet vt ſuperſtitibus liberis tota dos à marito retineretur, qui caſus eſt legis Bæbius Marcellus 30. *Digeſt. de pact. dotal.* ſecundum Baldi interpretationem. Sufficit enim vt pactum poſſit eſſe vtile in eum caſum in quem conceptum eſt. In caſum verò omiſſum non proderit, ſed aut patri dos reſtituetur, ſi dos ab ipſo patre ſoluta ſit [quod in ſpecie dictæ legis Bæbius eſſe non potuit propter illam conuentionem interpoſitam, Ne à viuo patre dos exigeretur *vt in l. cùm pater 11. & l. anno praeced. eo. tit.*] aut ipſi mulieri patre mortuo, aut mulieris heredibus, ſi alios heredes habeat illa quàm liberos, & diuortium factum ſit. Soluto enim per mulieris mortem matrimonio ſi pater non eſſet, dos profectitia penes maritum remanebat, vt refert Vlpianus Titul. *De dotib.* niſi mulier ſibi reddi ſtipulata eſſet, neque de ea dote teſtari mulier poterat, licet ſui iuris effecta. Quanquam non valde aberrauerit meo iudicio, qui dixerit in quæſtione dictæ legis Bæbius reſpondendum fuiſſe pro marito ſi aut filia in matrimonio deceſſiſſet, quæ ſtipulationis condicio erat, aut ſtipulatio ipſa in diuortij caſum fieri potuiſſet [fieri enim non poterat in caſum diuortij ſimul & non exiſtentium liberorum, quia pactis dotalibus non poterat fieri deterior condicio dotis viua filia niſi liberis interuenientibus *l. 2. D. de pact. dot.*] Nam proculdubio fatendum eſt, ita pacto interpoſito vt nullis quoque exiſtentibus liberis partem dotis maritus lucraretur, id multo magis actum fuiſſe vt ſuperſtitibus liberis lucraretur, nec pro parte ſed totam, cùm & totam lucretur ille qui promiſerat reſtituturum ſe dotem patri, ſi filia ſine liberis moreretur *d. §. cùm inter.* An non enim melioris condicionis eſſe debeat maritus illo caſu quàm iſto? Itaque non probat Iureconſultus quod apud Prætorem Marcelli filius, idémque heres & patris & ſororis pro dimidia, exceptione ſe vulgari pacti tuebatur, quaſi ex perſona mulieris, cui totam dotẽ pater reliquerat, cuiuſque ſolius ſi viueret intereſſet defendere dotem. Sed ea tantùm ratione repellendũ ait maritum, quod facto diuortio malè ageret ille ex ea ſtipulatione cuius condicio illa fuiſſet ſi filia in matrimonio moreretur. Non enim valet argumentum à caſu mortis filiæ ad caſum diuortij, licet vtroque ſoluatur matrimonium, quia difficilius fauetur marito etiam liberis interuenientibus, cùm diuortium factum eſt. Ne ſcilicet mulier maneat indotata: niſi pactum in eam rem expreſſum interceſſerit *d. lege 2. D. de pac. dot. l. 1. D. de dot. praleg.* Caſus igitur non exiſtentium liberorum trahitur facilè ad caſum exiſtentium, quoties fauore mariti adhibitus eſt, quia fauorabilior eſt maritus qui liberos habeat, quàm qui nullos. At caſus mortis non æquè trahitur ad caſum diuortij, quia iſto minùs ille fauorabilis eſt vt ſalua mulieri dos maneat. Et hæc mihi germana videtur eſſe ſententia perobſcuræ illius legis, tametſi non ignorem longè aliter viſum eſſe interpretibus nõ modò antiquioribus, ſed etiam recentioribus, Antonio Contio, & Iacobo Cuiacio clariſſimis inter ceteros Iureconſultis.

Explicata l. poſt dotem 40. D. ſolut. matr. & in quo derogatum ſit iuri veteri cum quæritur an in dote ſiue profectitia ſiue aduentitia heredem habere filiafamilias aut emancipata poſſit.

Cap. ix.

Dicendum nobis ſupereſt de ſententia legis Poſt dotem 40. *ſolut. matrim.* quoniam is præcipue locus pro Martini ſentẽtia facere videtur in eo quod etiam impleta illa ſtipulationis condicione *Diuortio facto dotem reddi* non aliter tamen datur patri dotis profectitiæ repetitio, quàm ſi filia ſine liberis deceſſerit. Ne autem ſim longior in noſtrorum interpretationibus refellendis, quas varias & ad octo vſque cõmenti ſunt, dicam breuiter quod mihi probabiliſſimum videtur. Iam ſupra retuli ſic comparatum fuiſſe ius vetus, vt voluntate & culpâ mulieris facto diuortio, poſſet maritus conuentus rei vxoriæ actione in ſingulos liberos qui eo tempore ſuperſtites fuiſſent, ſextas retinere ad dimidiam vſque partẽ dotis. Quod abrogauit Iuſtinianus *in l. vnic. Cod. de rei vxor. act.* Tranſlata nimirum vi & poteſtate actionis rei vxoriæ in actionem ex ſtipulatu, Cuius natura illa erat vt nullam retentionem pateretur, faceretque: quod hodie ſemper fieri Iuſtinianus voluit in §. illo proculdubio obſeruando, ne vnquam mariti lucro dos cederet, niſi cùm pactum ea de re factum eſſet. Nouabat enim & perimebat ſtipulatio actionem rei vxoriæ vt conſtat *ex l. ante 6. C. de iur. dot.* Scilicet ita demum ſi ſtipulatio valeret. Inutilis enim ſtipulatio numquã nouat. *l. 1. in fin. l. quoties 14. in fin. D. de nouat.* Finge igitur poſt dotem datam, & contractas nuptias vt in *d. l. poſt dotem*, ac proinde ex interuallo quemadmodum ibi Accurſius certè interpretatur, ſtipulatum fuiſſe patrem ſibi dotem reddi, ſi filiæ voluntate diuortium factum eſſet. Non valet ſtipulatio, quia quoties pater dotem dat & ſtipulatur, non aliter in ſuam perſonam transfert de dote actionem, quam ſi ex continenti ſtipuletur. Nec enim poteſt filiæ condicionem in dote deteriorem facere ſi non ipſa conſentiat. *lege quoties 29. ſolut. matr.* Ergo ſi viua filia pater per diuortium velit ex ſtipulatu agere, dubitandum non eſt quin exceptione omnimodo ſummouendus ſit, hoc eſt ſiue ex matrimonio liberi aliqui ſuperſint ſiue nulli. Non enim liberaretur maritus qui patri ſolueret, ſed à filia quandocumque ſui iuris effecta conueniri rurſus poſſet *l. a. §. quòd ſi in patris eod. tit.* At quid ſi filia poſt diuortium deceſſerit? Diſtinguemus an liberos ſibi ſuperſtites habuerit, an non. Si habuerit, mariti intereſt vt rei vxoriæ actione potiùs quàm ex ſtipulatu conueniatur, nempe vt propter liberos retine-

re

re ſextas poſſit. Itaque & hoc caſu impedire patrem poterit, ne agat ex ſtipulatione quæ perperam & inutiliter interpoſita fuerit. Sed ſi eo tempore quo pater agit nulli ſuperſint liberi [tempus enim illud ſpectandum eſt non diuortij, cùm & retentiones non niſi in iudicio fierent, & imputari marito poſſit, qui fortè diuortij tempore plures liberos habuerat, cur non citiùs dotem reſtituerit vt tanto plus retineret] non erit impediendus pater quominùs ex ſtipulatu agat, cùm neque iam filiæ quicquam interſit quæ defuncta eſt, neque mariti cui non ſit ad aliquid ex dote retinendum commodior futura rei vxoriæ actio. Poterat quidem dubitari ex eo quòd ab initio non valuiſſet ſtipulatio. Sed conualeſcere eam mirum non eſt poſtquàm & filiæ & mariti intereſſe deſiit, totúmque ius repetendæ dotis in patris perſona conquieſcit. Sanè non ideo Papinianum requirere vt filia ſine liberis deceſſerit, quod dos profectitia penes maritum propter liberos remanere debeat, vt Martinus putabat, ex eo apparet quod diximus. Si ea patris ſtipulatio valuiſſet, futurum fuiſſe vt aduerſus agentem illum ex ſtipulatu, nullas maritus ſextas retinere potuiſſet. Nam nec hodie ob aliam cauſſam retentionibus iſtis locus amplius nullus eſt ex Iuſtiniani conſtitutione, niſi quòd ſemper tacita de reſtituenda dote ſtipulatio fingitur interceſſiſſe. Cuius vis illa eſt vt nec dotem totam, nec dotis partem vnquam lucretur maritus niſi pactum interuenerit *d. l. vnic. §. illo procul dubio obſeruando C. de rei vxor. act.* Vnde illud etiam fit vt hodie poſſit materfamilias de dote teſtari etiam conſtante matrimonio, quia & olim eo demum caſu poterat quo ſtipulata fuiſſet ſibi dotem reddi *l. ſi mulier 25. Codic. de iur. dot.* Item vt ab inteſtato heredem habere poſſit in dote aduentitia, cùm tamen eiuſmodi dos olim ad maritum pertineret, niſi aut extraneus ipſe qui dotem dabat, aut eo permittente mulier ſibi dotem reſtitui pacta fuiſſet. In filiafamilias quæ viuo patre moritur nihil eſt de vetere iure immutatum, ſi profectitia dos eſt. Nam ad patrem reuertitur ſicut olim reuertebatur, cùm & patri ipſi ſicut filiæ Iuſtinianus priuilegium dederit, tacitæ ſtipulationis *§. accedit in fin. Codic. de rei vxor. act.* & in profectitiis nihil ſit innouatum per legem *Cùm oportet Cod. de bon. quæ liber.* præſertim in dote & donatione propter nuptias, de quibus textus eſt & clarus & elegans *in l. 2. Codic. eodem.* Quam ſi quis correctam dixerit per *l. quod ſcitis 3. eodem.* is proculdubio errauerit. Non enim niſi de aduentitiis poſterior lex loquitur, In quibus apertum eſt non eſſe locum rationi poſitæ *in d. leg. ſecun.* ne minùs liberales futuri ſint parentes erga liberos ſi ita ius conſtituatur, vt quod ab iis profectum eſt, ad eos non reuertatur. Quòd ſi aduentitia dos fuit, illud quidem ex iure vetere ſupereſt, vt de ea teſtari filiafamilias non poſſit, ſicut nec olim poterat, quemadmodum ex communi noſtrorum ſententia ſcripſimus ſuprà *capit. 6. in fin.* Sed ab inteſtato heredes habere poterit aut liberos, ſi qui ſuperſint, aut parentes, aut alios: Non quidem *ex d. l. quod ſcitis;* quæ non niſi de iis loquitur quæ per filiosfamilias præmorientes anteà acquirebatur patri iure peculii, In quorum numero non erat dos aduentitia, quæ vt diximus ad maritum pertinebat. Sed ex Iuſtiniani *Nouell. 118. De hered. ab inteſt. venient.* *§. 1.* vbi conſtituitur vt in bonis omnibus quæ filiisfamilias aliunde quàm à patre acquiruntur, licet eorum vſusfructus ad patrem pertineat, poſſint illi heredem habere ab inteſtato, ita tamen vt prima cauſſa ſit deſcendentium, ſecunda aſcendentium.

In quo ſanè ius nouum Iuſtinianus fecit non in cæteris tantùm aduentitiis, ſed quod ad dotem quoque aduentitiam ſpectat. Neque enim verum eſt quod ſcripſit Bartolus *in d. l. poſt dotem.* habuiſſe olim filiamfamilias in dote aduentitia heredem ab inteſtato: Cùm nec haberet filiusfamilias in caſtrenſi peculio, tametſi de eo teſtari poſſet *l. 1. & 2. D. de caſtr. pecul.* Nec ad rem facit lex Auus 79. *de iure dot.* quam pro communi ſententia Bartolus adducit quaſi eo loco pater, ad quem negat Labeo reuerti dotem ab auo datam quaſi profectitiam, nihilominus eam habeat iure hereditario. Nō enim dicit lex habere eum dotem filiæ præmortuæ. Sed negat tantùm ad eum reuerti, quòd non ab ipſo ſed auo profecta eſſet. Ergo cùm nec ad ipſū auum reuerti poſſit qui mortuus quoque proponebatur (alioqui de patris qui & filiusfamilias eſſet, iure fruſtra quæreretur) reſtat vt penes maritum remaneat ſecundum ea quæ ex Vlpiano ſuprà diximus, idque nō hereditatis iure, ſed dominij, ex cauſſa dotis iam inde à quo tempore matrimonium contractum eſt, acquiſiti. At ſi nec maritus ipſe viueret, ad patrē certè perueniret non tamen hereditatis ſed peculij iure *arg. d. l. 3. C. de bon. quæ liber.* Nec eſſet cur diſputaretur an dos ab eo profecta videretur, néc ne. Qua in re diſſentit ſine dubio à Labeone Celſus *in l. dotem 6. De collat. bonor.* & tam apertè ac ex diametro, vt qui eos cōciliare velit, hunc neceſſe ſit ab vtroque diſſidere.

Defunctis ex præmortua muliere liberis, vtrum profectitia dos ad auum maternum an ad patrem reuertatur.

Cap. x.

Ex iis porro quæ hucuſque diximus apparet ocioſam eſſe quæſtionem illam quam Bald. tractat *in d. l. quod ſcitis 3. C. de bon. quæ libe.* An ſi mortua in matrimonio filia ſuperſtitibus liberis profectitia dos penes virum remanſerit propter liberos, defunctis poſtea liberis reuertatur dos ad auum, qui dedit, an ad patrem tanquam proximiorem in gradu ſuccedendi. Nam ſi verum eſt quod probauimus in ſuperioribus Profectitiam dotem etiam ſuperſtitibus liberis ad patrem reuerti, nullus planè quæſtioni locus ſupereſſe poteſt. Sed quoniam eo iure vtimur ex Martini ſententia, vt liberorum potior ſit cauſſa quàm patris; magis probo in ea quæſtione ſententiam Bartoli, qui pro auo materno, quàm Baldi qui pro patre reſpondit. Cur non enim hoc ſaltem caſu defunctis liberis reuertatur dos ad auum à quo profecta eſt, quæ liberis quoque ſuperſtitibus iam moriente filia reuerti iure debuerat? An quia liberi illi non in aui materni, ſed in patris poteſtate ſint? At iam diximus non iure poteſtatis fieri vt dos à patre profecta ad eum reuertatur, ſed potiùs ratione miſerationis, ne pater & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiat *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.* Quis verò negauerit miſeratione digniorem eſſe auum qui & filiam & ſuſceptos ex filia nepotes amiſerit, quàm patrem qui filiam tantùm? An verò quòd ita ius ſit vt in filij inteſtati ſucceſſione proximioris parentis potior cauſſa ſit, ſiue pater ille ſit ſiue mater, in iis etiam quæ ex aliena linea ad filium peruenerunt? ſed longè alia cauſſa eſt ſucceſſionis inteſtati, alia dotis quæ ad patrem aut auum reuerti poteſt iure profectitiæ, tametſi alius heres ſit, cū ſit extra cauſſam hereditatis, tanquam ius ſeparatum *leg. Neratius 20. leg. veluti 23. lege ſic pro rata 27. cum ſeq. l. contra quoque 30. §. ſed ſi emancip. D. de relig. &*

ſumptib.funer.l.vltim.D.vt legat.nomin.cauoat.l.liert dos 27.C.de iur.dot. Habet enim dos ſuas leges & condiciones ab hereditariæ ſucceſſionis legibus & condicionibus ſeparatas. Nec pro Baldo facit lex cùm vxori 4.C.*quando dies legat.ced.* quæ loquitur de legato vxori facto cùm liberos habuerit, & poſtquam legati dies ceſſit ſemel ſuſceptis liberis, negat obeſſe mulieri quod poſteà liberi deceſſerint, Cui non diſſimile quidpiam ſcriptum eſt *in leg.filiusfamilias* 114.§. *cùm quis rogatus de legat.*1. Id enim rationem illam habet quòd exiſtente legati conditione, aut ex contrario ſemel defecta condicione iniuncti fideicommiſſi propter liberos ſuperſtites, plenum ius quæſitū ſit legatario, quod illi ex caſu poſtea ſuperueniente auferri non debet. At nepotibus ex filia ſuperſtitibus negandum eſt acquiri matris dotem pleno iure, tametſi opinio Martini obtineret, ſed eo tantùm iure quo penes matrem fuerat, ne plus illi iuris in dote matris habeant, quàm mater ipſa habuiſſet: Ac proinde reuocabiliter in eum caſum quo ipſi viuo auo abſque liberis morerentur. Eſt.n.ius aui in ea dote anterius iure patris, cùm illud ex ipſa dotis datione, hoc non niſi ex die mortis liberorum, & ex ipſa mortis occaſione proficiſcatur. Denique in dubio ſemper fauorabilior eſt is à quo profecta ſunt bona de quibus contenditur *arg.l ſi qua mulier 4.§.vltim.Co.ad S.C. Tertyll.§.quod nobis Inſtitut.per quas perſon. nob.acquir.* Imò & quod à filio ad patrem reuerſum eſt quaſi ab ipſo filio profectum, rurſus ad eum poſt mortem patris aliquando reuertitur.*l.vl.C.commun.vtriuſque iudic.* Et dos quam pater ex ſocietate ſumpſit vt daret filiæ non ad patrem tantùm reuertitur mortua in matrimonio filia, ſed etiam ad ſocietatem *l.ſi ſocius* 81.*ff. pro ſocio.* Baldi tamen ſententia magis communiter ab interpretibus probata eſt, Adeò illi in toto hoc De dotibus tractatu excutierunt. Planè ſi inter auos paternum & maternum diſputetur, vix eſt qui neget meliorem eſſe debere cōditionem aui materni quòd cæteris paribus cùm ſit æquè proximus in gradu ſuccedendi, hoc habet amplius quòd ab eo dos profecta eſt. Illud poſtremò adnotatione digniſſimū eſt, quod à Paulo Caſtrenſi reſponſum ſcio, ſi vt hodie fit, filia quę dotem à patre accepit futuræ ſucceſſioni adeóque legitimę iurato renunciauerit propter dotem, deinde viuo patre & ſuperſtitibus liberis deceſſerit, dotem eo caſu non ad patrem reuerti vt olim nec penes maritū propter liberos remanere ſiue ex iure vt Martini opinio ferebat, ſiue ex cōſuetudine illa quam noſtri obtinuiſſe dicūt, ſed ad liberos tanquā heredes tranſmitti, Poſtquā placuit Pōtificib. ſacroſanctis renunciationes huiuſmodi iureiurādo cōfirmari *c.quamuis de pact.in* 6. & eam vim habere, vt viuo etiam patre filia portionem hereditariam quam alioqui ſperare ipſo mortuo potuiſſet occupaſſe videatur. *arg. l. cum quo* 56.§.*vlt.D.ad l.Falc.* Et hęc ſententia ęquiſſima ſanè eſt vt ſicuti filia per renunciationem ab hereditatis paternæ ſpe omnino excluditur. Ita pater reuerſuræ dotis duriorem ſpem & malè ominoſam prorſus à ſe abdicet fauore nepotum ex filia, quos præſertim ſciat imputaturos ſibi in legitimam quicquid ab eo mater in dotem habuerit. Sed an id perpetuò verum ſit vt dos matris in legitimam nepotum imputetur, quoniam perelegans & frequentis vſus quæſtio eſt, accuratiùs tractemus.

An dos data filiæ imputanda ſit præmortua filia in legitimam nepotis.

CAPVT XI.

MAgnam huic diſputationi lucem adferent ea, quæ docuimus in præcedentibus. Nā qui quærunt An dos data filiæ ſubinde præmortuæ imputanda ſit in legitimam nepotis, in eo verſari quæſtionem putant, An in dote nepos heres matris ſit, necne. Si enim heres non ſit matris omnes conſentiunt in legitimam ſibi imputare illum debere dotem, quam ab auo, non à matre accipiat. Si verò heres ſit, placet pleriſque non eſſe cogendum imputare in eam portionem quam habere debeat ex corpore bonorum aui, id quod aliunde habeat, hoc eſt à matre non ab auo. Ita Caſtrenſis, Alexander, Decius, & cæteri *ad l.illam* 19.*Codic.de collat.* poſt Bartolum *in leg poſt dotem* 40. *num.*14.*ſolut.matrim.& in leg.an quartam* 91. *num.*12. *D.ad leg. Falcid.* De illo igitur duntaxat inter noſtros conuertitur An filiæ præmortuæ dotem nepos à matre habeat, an ab auo. Si iure & legibus res ageretur, iam ſuprà diximus dubitari nō poſſe quin mortua in matrimonio filia etiam ſuperſtitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur ſi nihil aliud conuenerit *l.dos à patre* 4.*Cod.ſolut.matrim.leg.inter* 16.§. *cùm inter D. de pact.dotal.* Sed quoniam contraria Martini opinio preualuit, ipſóque vſu recepta eſt, vt in ea dote potior ſit cauſſa mariti propter ſuperſtites liberos, quàm patris, Dubitatio illa naſcitur. An ex conſuetudine fiant nepotes heredes matris in dote quod Baldus credidit ad *d.l.illam*, An potiùs ea ſit vis conſuetudinis, vt dotem quæ à filia ad patrem ipſo iure reuertitur, auocet ab auo vt applicet nepotibus, quomodo Bartolus exiſtimauit. Illud tamen ante omnia obſeruandum eſt, cùm ita Bartolus ſcripſit, ſenſiſſe eum de dote ſimpliciter data filiæ, non etiam de donata. Cùm enim omnibus placeat valere donationem non obſtante iure poteſtatis, idque fauore dotis & matrimonij ex Papiniani reſponſo illo malè intellecto *in l.Pomponius Philadelphus* 35. *D.famil.erciſc.* Vix eſt ex interpretibus qui non exiſtimet poſſe filiamfamilias heredes habere liberos in dote donata, idque iam olim Digeſtorum iure obtinuiſſe ex *dict.l. poſt dotem vbi Bart.& cæteri poſt Dy.num.* Donatam verò dotem interpretantur quam ipſi filiæ reddi ſtipulatus ſit pater, aut filia ſibi patre conſentiente. Quibus caſibus receptior noſtrorum ſententia eſt dotem filię imputandam non eſſe in legitimam nepotis, Quaſi eam habeat ille iure aduentitio & ex corpore bonorum matris potiùs quàm aui. Ita Caſtrenſ. *in d. l.illam & in leg.quoniam Nouella. Cod. de inoffic.teſtam.* poſt Baldum ibidē ne cæteros recenſeam. Huiuſque ſententiæ ratio illa eſt quod certum ſit nō imputari in legitimam ea quæ iure aduentitio obuenerunt, & aliunde quàm ex illius ſubſtantia de cuius hereditate boniſue agatur *d.l.quoniam Nouell.*29. *in f. & l.ſcimus §.repletionem.C.de inoff.teſtam.* Nullus ergo tantæ inter Bartolum & Baldum contentioni locus relinquitur, niſi in dote quam pater filiæ dederit duntaxat non etiam donauerit. In quo non poſſum facere, quin cum Paulo Caſtrenſi mirer cæcitatem Baldi, qui reprehendendi Bartoli ſtudio defendere voluerit nepotes heredes eſſe matris in dote, cùm hoc ipſum fateatur Bartolus in dote donata. In ea verò quæ donata non ſit, nec Baldus ipſe neget *in l.*3. *C.de bon.quæ liber. non poſſe filiam heredes vllos habere.* Baldi itaque ſententia eſt, Non eſſe cogendum nepotem imputare dotem prædefunctæ matris in legitimam ſibi debitam ex bonis aui. Illa potiſſimùm ratione, quòd habeat eam non ab auo, ſed à matre, & tanquam heres matris. *ex leg.Bebius* 30. *D. de pact. dotal.* vbi ſanè proponitur habuiſſe filiam heredes

in

in dote, nec liberos tantùm ab inteſtato, ſed fratrem quoque ex teſtamento, tametſi Caſtrenſis omnino male contrà putet *in l. ſi cùm dotem 22. nu. 9. in fi. D. ſolut. matr.* Verùm animaduertere vterque debuerat habere in ea ſpecie filiam heredes, non iure aliquo ſingulari dotis aut ex vi interpoſitæ per patrem ſtipulationis, ſed quia pater ipſe deceſſerat, atque ita ſui iuris effecta filia fuerat vt neque teſtari impediretur, neque poſſet dos ad præmortuum patrem recurrere. Niſi fortè Baldus credidit, profectitiæ dotis ius tale eſſe vt mortua in matrimonio filia non ſolùm ad patrem ſi tum ſuperſit reuerti dos debeat, ſed etiam præmortuo illo ad eius heredem. Quod tamen apertiſſimè Vlpianus negat in *Tit. de dotib.* vbi refert ſic olim obtinuiſſe vt ſi pater non eſſet, dos profectitia penes maritum remaneret, dominij nimirum iure, cùm per ipſam dotis dationem iam dominus factus fuiſſet. Nec ſanè ratio illa miſerationis quæ fecit vt patri in ſolatium amiſſæ filiæ ſuccurri debuerit aduerſus maritum *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.* Similiter in herede vſurpari poteſt. Planè interueniente ſtipulatione nemo dubitat quin actio ex ſtipulatu quæ patri ſi viueret competitura fuit ſicut cæteræ omnes in heredem tranſmittatur. *d. l. Babius l. 1. & tot. tit. C. de hered. act. l. ſi pactum 9. D. de probat. l. annus 10. D. de pact. dotal.* Hoc verò ſi Baldus probare non poteſt quod aſſerit habere nepotes dotem matris iure hereditario, nihil ſupereſt quod pro eius ſententia contra Bartolum vrgere poſſit. Sic enim ille argumentatur, Viuo adhuc auo iam fuiſſe quæſitum ius nepoti in dote matris vt inferat Non poſſe igitur mortem aui facere vt ad nepotem dos magis pertineat *l. non vt ex pluribus 159. de reg. iur. §. ſic itaque Inſtit. de action.* multominus mutare nepoti cauſſam poſſidendi, quomodo mutaret ſi quod à matre nepos habuit cogeretur in legitimam ex aui bonis debitam imputare *arg. l. 3. §. qui fideicommiſſ. im. D. de hered. inſtit.* At negandum eſt ius vllum nepoti competere in dote viuo auo, ſaltem iure hereditario, cùm non potuerit filiaſamilias iure vetere, nec etiam hodie poſſit in profectitiis habere heredem vt à nobis probatum eſt in ſuperioribus *ex l. 2. & l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ liber. §. quod nobis Inſti. per quas perſon. nob. acquir.* Aut ſi quod ius in dote nepoti competit, fateodum eſt habere eum quicquid illud eſt ab auo non à matre. Videamus tamen ne pro Baldo dici poſſit probabiliùs Eam eſſe vim & poteſtatem conſuetudinis vt heredem facere poſſit, Cùm legis potiſſimùm autoritati ea res tribuatur *§. quos autem Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Quid enim aliud eſt conſuetudo, quàm lex non ſcripta? *l. de quibus 32. & ſeq. l. ſed & ea 35. & ſeq. de legib.* Sed ego pro Bartolo reſpondeo Poſſe quidem conſuetudine heredem fieri eum qui aliàs heres eſſe non poſſet, ſi ita ferat conſuetudo. Cæterùm conſuetudinē illam quæ Martini opinionem adprobauit non illud induxiſſe vt heredum nomen acquireretur nepotibus, ſed ad effectum magis quàm ad nomen reſpexiſſe, & hactenus tantùm obtinuiſſe vt dotem quæ ad auum ipſo iure reuerſa eſſet ab eo auocaret, ac nepotibus applicaret, non hereditario quidem iure, ſed ex illa æquitate quòd in huiuſmodi dote quæ ſemel à bonis patris abſceſſiſſet potior & fauorabilior videretur cauſſa mariti propter liberos ſuperſtites, quàm patris. Ac ſanè ſi fieri poteſt quod putat Bartolus, vt dos ad nepotes alio iure perueniat quàm hereditario, non video cur conſuetudinem ita interpretari debeamus vt heredes faciat nepotes in dote matris. Ita enim fieret vt & rationem & legem vinceret conſuetudo, quod tamen fieri poſſe negat lex 2. C. *quæ ſit long. conſuet.* Quid rurſum ſi filia præter dotem haberet aliquid aliud profectitio à patre? Quis admitteret habere eam in profectitiis pro parte heredem, pro parte non habere? Id enim eſſet prorſus conſequens, cùm ea conſuetudo de cuius poteſtate tractamus ad dotis dontaxat cauſſam pertineat, non etiam ad cætera bona quæ à patre habere filia poteſt. Sic namque Martino placuit dotem à patre profectam penes maritum propter liberos ſuperſtites remanere debere. Quodnam verò mariti ius eſſe poteſt in rebus vxoris niſi cùm de dote agitur? Sed tamen nec illud benè poſſum videre quo iure dos acquiri poſſit nepotibus niſi tanquam heredibus matris, ſi non confugias ad id quod proximè dixi, acquiri ex æquitate potiùs quàm ex iure. Quod & ſenſiſſe videtur *Alex. ad d. l. poſt dotem nu. 28. D. ſolut. matr.* vbi conſulit vt nepotes ne quæſtioni de imputatione locus ſuperſit proteſtentur matre mortua nolle heredes eſſe matris ſed malle dotem habere ab auo ex conſuetudine Martiniana. Quaſi habere illi poſſint matris dotem ab auo & viuo & inuito, licet nec aui heredes poſtea ſint, nec matris. Quod mihi ſanè attentiùs intuenti non modò mirum, ſed etiam prorſus improbabile ſemper viſum eſt. Conſuetudo enim non plus facere poteſt quàm lex ſcripta *d. l. ſed & ea & d. l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* Lex autem quantumuis ſcripta nunquam facit vt poſſit res vlla acquiri niſi aliquo iure aut titulo præcedente, nec ſi traditio à vero domino facta ſit. *l. nunquam nuda 30. de acquir. rer. domin.* Ergo nec conſuetudo faciet, vt dos nepotibus abſque titulo & iure acquiratur. Porro titulus alius eſſe non poteſt quàm hereditatis, Dotis enim, cuius capax fuerat filia nullus ſupereſſe poteſt matrimonio ſoluto, præſertim quod ad nepotes attinet, cùm dos eſſe non poſſit vbi non eſt matrimonium *l. dotis appellatio 3. D. de iur. dot.* Prætereà nō intelligo qua ratione vera eſſe poſſit ſubtilitas illa in qua ſibi tantopere placet Bartolus, vt conſuetudo illa Martini quam appellant, non impediat quin dos à patre profecta ad patrem reuertatur licèt ſuperſtitibus liberis, ſed reuerſam auocet ab auo vt det illam nepotibus. Siquidem verum illud eſt quod ſuprà ſæpiùs ac ſæpiùs monuimus dotem à patre profectam ad patrem reuerti, non ex iuris ratione, quæ in contrarium pro marito faciebat vt dotis dominium quod ſemel quæſiuiſſet perpetuò retineret *l. 1. eod. tit.* ſed ratione ſola miſerationis ne pater & mortuæ filiæ & amiſſæ pecuniæ damnum ſentiret, in eámque rem cùm ius patris deficeret, neceſſe fuit ei ſuccurrere vt ſcriptum eſt *in leg. iure ſuccurſum 6. eod.* vbi quod lex ait *iure* non ad iuris rationem referri debet, ſed ita accipi vt merito ſuccurſum ſit patri. Quorſum verò ſuccurramus patri contra maritum atque adeò contra ipſiſſimam iuris rationem ſuperſtitibus ex præmortua filia liberis. Si ea conſuetudinis poteſtas eſt vti ne momento quidem temporis dos filiæ ſtet in perſona aui, ſed protinus ab eo auocetur & nepotibus acquiratur? Quænam enim obſecro ita poſito iure miſerationis ratio haberetur? aut quis huius miſerationis effectus relinqueretur? An non potiùs inducere debuerat conſuetudo vt dos non ab auo ſed à patre, penes quem illa remanſiſſet auocaretur propter liberos? Cur enim auo ſuccurramus vt dotem à genero repetat, quàm ipſe tamen ſibi habere, & vel

Digitized by Google

momento vno temporis retinere non poſſit? At nec rurſus verum eſſe vllo modo poteſt quod Baldus voluit, Vi conſuetudinis factum eſſe vt in dote nepos ſit heres matris. Omnes ſiqoidem fatentur erroneam illam Martini opinionem quæ conſuetudini originem dedit, eo duntaxat caſu receptam eſſe qun præmortua ſit filia non ſolùm relictis liberis, ſed etiam ſuperſtite marito. Nam marito prædefuncto deinde moliere etiam cum liberis, frequentiſſima noſtrorum ſententia eſt dotem à patre profectam ad patrem ſuperſtitem reuerti ex Bartolo *in l.1.nu.2.de dot.præleg. & in l.poſt dotem*, vbi etiam Caſtrenſ.& cæteri *D.ſolut.matr.* Ratione illa vt puto, Non quòd marito prędefuncto minùs fauorabiles ſint nepotes, quos conſtat imò eſſe eo fauorabiliores quo ſunt miſeriores, amiſſo etiam patre, ſed quia vt prædixi Martinus ſcripſerat dotem remanere non penes liberos ex præmortua filia ſuperſtiies, ſed penes maritum propter liberos, qoomodo & ſcriptum eſt *in l.inter 26.§.cùm inter de pact.dot.l.ſi dotali 48. D.ſolut.matr.l.vlt. vt legat.nomin.caueat.* Atqui præmortua filia marito ſuperſtite ſi ita ius eſſet ex conſuetudine vt dos ad patrem non reuerteretur, ſed tranſmitteretur ad liberos, conſequens fieret acquiri eam non liberis ſed per liberos patri in cuius eſſent poteſtate: quod omnium apertiſſimè probat dicta lex Bæbius *de pact. dot.* in poſtremis illis verbis *Marullus per filiam heres vxoris*. Etſi.n. Hadriani Imperatoris conſtitutione factum eſt vt matris heredes ſint liberi etiam qui in patris poteſtate ſunt *l.ſacrariſſ. 9.D.ad S.C.Tert.* ſicut & mater heres eſt liberorum ex S. C. Tertylliano tametſi ſit illa filiafamilias *l.filij mater.6. eod.* Id tamen ita intelligendum eſt vt hereditas Pandectarum iure non liberis ipſis aut matribus, ſed per liberos aut matres parentibus in quorum erãt poteſtate acquireretur. Neq.n. ante cõſtitutionem Theodoſianam *in l.vnic.C.de his qui ant.apert.tabul.* poterat filius heres eſſe matris aut mater filij citra aditionẽ, cùm nec mater ſua heres eſſet filio, nec filius ſuus heres matri *l.2.C.ad S.C.Orfic.l.ſi ante 6. C. de iur.delib.Paul. li.4.ſent.tit.10.§.vlt.* Adire porro non poterant niſi iubente patre in quorum eſſent poteſtate vt Iuſtinianus ipſe interpretatur *in §.1.Inſtit.de S.C.Tertyll.* Ergo nec ſibi acquirere ſed patri *l.placet 79.D.de acqui.her.l.1.D.ſi à parent.quis manum.* quod nec Accurſius ignorauit *ad d.§.1.in verb. iuſſu.* Idque conſtat apertius ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus quæ ſunt ſub titulo *C.de bon.matern.* quibus abrogatum eſt hac parte ius vetus quod ad bona materna pertinet, ademptúmque parentibus dominium ſolo illis relicto vſufructu. Quæ cùm ita ſint, apparet non potuiſſe conſuetudinem facere vt in dote matris heres eſſet filiusfamilias, quippe qui acquiſitionis omnino incapax erat quoties patiebatur pater ſibi per eum acquiri. Etſi autem hodie ius illud poteſtatis non impedit quominùs ſit filius heres matris in dote ſicut in cæteris bonis maternis ex *d. l.1. & 2. C.de bon. matern.* niſi cùm dos iure profectitiæ ad patrem reuerti debet vt in præcedentibus diximus, Non ideò tamen verior hodie eſt Baldi opinio quia illud ex iure vetere ſupereſt vt miſerationis ratione æquè fauorabilis ſit hodie cauſſa aui aduerſus nepotes, atque erat olim aduerſus generum. Nec Iuſtiniani conſtitutionibus inductum eſt vt in dote profectitia faciliùs heredẽ habere filiafamilias poſſit, quàm olim emancipatã habuiſſet, quæ cùm in cæteris bonis heredem habere poſſet, in dote tamen non poterat ſi ſuperſtite patre in matrimonio moreretur. *l.ſi filia 5. D. de diuort. l.pater filia 71. de euict. lege filia mea 59. D.ſoluto matrimonio. lege contra quoque 30. §. ſed ſi emancipata. D. de religioſ. & ſumptib. funer.* Et vt dicam apertiùs, fecit quidem Iuſtinianus capaces acquiſitionis filiosfamilias, inuitis etiam parentibus, in iis nimirum quorum acquiſitio anteà per ius patriæ poteſtatis impediebatur, Idque in ipſorum parentum præiudicium: ſed in cæteris quæ nec ipſis parentibus per liberos olim acquiri poterant, cuiuſmodi fuiſſe dotem profectitiã ſæpius diximus, nihil ſanè innouauit. Ergo nec verum eſt quod Bartolus voluit conſuetudinem illam Martini auocare ab auo dotem matris vt applicet nepotibus, nec quod Baldus heredes ex ea fieri nepotes. Quid igitur? Dicendũ omnino eſt, quod ſuprà pluribus probauimus, ita ius eſſe vt profectitia dos ad patrem omnimodo & cùm effecto reuertatur. Ex quo infertur neceſſariò, Imputari ergo eam debere in legitimam quam habere velit nepos ex bonis aui, nec conſuetudinem illam quæ ex Martini errore inualuit contrarium ius inducere poſſe, ſiue ſui iuris fuerit filia ſiue emancipata: Quamuis in emancipata vno ferè ore interpretes contrà ſentiant. Alterum Baldi argumentum eſt quòd quæ non conferuntur ea nec in legitimam imputantur *l. illud 20. Codic.de collation.* vbi regula traditur, Conferri omnia quæ imputantur, licet non ſic vice verſa verum ſit imputari omnia quæ conferuntur. Atqui matris dos in ea ſpecie quam tractamus, cùm nepoti minus legitima relictum eſt ab auo, alio herede in ſolidum inſtituto non confertur, quia heredi vniuerſali & ex aſſe ſcripto non fit collatio. Ergo, inquit ille, nec in legitimam nepotis imputabitur. Sed reſpondendum eſt captioſam eſſe ratiocinationem. Etenim ſupradictæ regulæ ſenſus ille eſt, Ea quæ non conferuntur quoties collationis caſus contingit, nec in legitimam imputari debere ſi de imputatione quærendum ſit. Ponendi enim ſunt vt vulgo dici ſolet, termini habiles. Alioqui vix eſt vt eodem caſu concurrat de imputatione & de collatione quæſtio. De imputatione enim potiſſimùm quæritur, cùm teſtamentum factum eſt & de inofficioſo agitur, ſi ius vetus ſpectes, aut ad legitimæ ſupplementum, conditione ex *l.omnimodo 30. C. de inoffi. teſtam.* De collatione verò, quo tempore promulgata eſt *d.l. illud.* & ante Iuſtiniani Nouellam conſtitutionem 18. *De triens. & ſemiſſ.cap. 6. §. illud quoque*, non poterat diſputari niſi cùm ab inteſtato ſuccedebatur. *l. 1. & paſſ. C. de collat.* Quamuis igitur in propoſita ſpecie dos matris non conferatur à nepote, quia collationem petere non poſſit is qui iam ex aſſe heres eſt, ſufficie tamen quòd conferenda ſit ſi ab inteſtato velit nepos ſuccedere, ſiue cum aliis nepotibus, ſiue cùm auonculis aut materteris, quemadmodum diſertè conſtitutum eſt *in dict. leg. illam 19. Cod. de collat.* Ita demum enim potuiſſet Baldus dicere, dotem hanc non imputari in legitimam ſi nunquam nullóque caſu conferretur. Sanè quod in contrarium argumentatur Bartolus, dotem hanc imputari debere quia conferatur, æquè leue eſt. Nam vt apertè Iuſtinianus ſcribit *in dict.l. illud* non omnia imputantur quæ conferuntur. Cuiuſmodi erat dos antè legem *Quoniam Nouella 29. C. de inoffic. teſtamen.* Non enim imputabatur, vt probat illa lex quæ idcirco nouum ius hac parte conſtituit, & tamen conferebatur nec erat præcipua *l. filia dotem. 4. C. de collat. l.1. & per titu. D. de dot. collat.* niſi teſtamentum factum eſſet *l.Pomponius 35. D. famil. erciſc. l.Theopompus 14.*

D.de

D. de dot. præleg. Sic & aduentitia conferebantur ante *l. vlt. C. de collat.* nec tamen imputabantur *l. cum quæritur 6. & l. parentibus 8. C. de inoff. teſta.* Planè poſteaquàm placuit vt dos & donatio ante nuptias imputetur *d. l. quoniam Nouella*, Itemque vt aduentitia non conferantur *d. l. vlt.* dici facilè non poteſt quid hodie conferatur quod non etiam imputetur, Ceſſatque tantò magis ratio illa diſſimilitudinis quam Baldus contra Bartolum ex iure veteri deducit. Sunt qui pro Bartolo rationem aliam afferant quod legitima ſit debita portio ex eo, quod quis ab inteſtato habiturus eſſet *d. l. cum quæritur & l. parentibus.* Ab inteſtato autem nepos ſuccederet auo computata dote matris *d. l. illam 19. C. de collat.* Ergo, inquiunt, facto etiam teſtamento ſi ille minus legitima habuerit ex bonis aui, dotem maternam imputabit. Sed neque ratio hæc mihi probatur. Ita enim ſequeretur imputanda eſſe omnia quæ conferuntur ab inteſtato, idque iam vetere Digeſtorum iure obtinuiſſe: quod apertis verbis Iuſtinianus negat *in d. l. illud.* Quod rurſum Bartolus mouetur *ex d. l. omnimodo. §. imputari in verb. occaſione. C. de inoff. teſtam.* quaſi imputãda ſint in legitimam omnia quæ occaſione defuncti ad eum peruenerunt qui legitimam petit, in quorum numero videtur eſſe dos matris ab auo profecta, cum occaſione aui per filiam ad nepotem peruenerit, ad rem ſanè non pertinet. Rectè enim Baldus reſpondet tractare Iuſtinianum eo loco de occaſione rei ad rem, non de occaſione perſonæ ad perſonam, cuius longè diſſimilis ratio eſt: Cùm non tam de illo curandum ſit, quid, quàm ex cuius ſubſtantia profectum ſit id, de cuius imputatione diſputatur. Nititur etiam Bartolus *dicta l. quoniam Nouella*, vbi conſtituitur vt tam dos quàm donatio ante nuptias ſicut olim conferebantur, ita in legitimam imputentur facto teſtamento, ſi modò ea dos aut donatio ante nuptias profecta ſit ex ſubſtantia eius de cuius hereditate agitur. Sed reſpondet Baldus nec malè, imputari quidem in legitimam, at illi ipſi cui data eſt, non alij qui ab ipſo habeat iure aduentitio potiùs quàm à teſtatore. Aduentitia enim vt diximus, ſicuti non conferuntur poſt *l. vt liberis 17. & l. vltim. Cod. de collat.* ita nec imputantur *dict. l. ſcimus §. repletionem Cod. de inoff. teſtam.*

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam cenſeri debere non aduentitiam.

Cap. XII.

PRopoſitæ igitur quæſtionis cardo in eo vertitur, vtſciamus an dos iſta ſit nepoti profectitia an aduentitia reſpectu aui. Si aduentitia eſt fatentur omnes non debere imputari *d. §. repletionem.* Si profectitia, debere *d. l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. teſtam.* Et profectitiam quidem eſſe probat Bartolus hoc ipſo argumento, quod eam nepos conferat, cùm auo ſuccedit ab inteſtato *d. l. illam 19. C. de collat.* Aduentitia enim vt ſæpiùs repetij, non conferuntur *l. vlt. eod.* Nec habet Baldus quid ad hoc reſpondeat, niſi quod proficiſcitur quidem dos illa ab auo originaliter vt ipſe loquitur, atque adeò ordinatiuè quod pertinet ad onus collationis, ſed non deriuatiuè quod ad Imputationem, cùm mater ſit cauſſa proximior, quæ attendi, inquit, ſemper debet *l. ſed etſi ſic 6. §. vlt. de leg. 3.* Pro quo illud etiã facit, quod dici ſolet particulam *ex* poſitam in fine d. l. quoniã Nouella ibi *ſi ex ſubſtantia eius profecta ſit* denotare cauſſam proximam & immediatam *l. eo tempore 50. in fin. De pecul. l. non dubium C. de legi.* Sed ſi verum amamus non ſatisfacit hæc Baldi reſponſio. Cur enim minùs attendatur cauſſa proxima in collatione quàm in imputatione cùm aduẽtitia nullomodo conferantur? Aut an poteſt aliquid profectitium ſimul eſſe & aduentitium, aut medium inter vtrumque? Ego ſanè non animaduerto. Sed neque verum illud eſt cùm de imputatione quæritur inſpiciendã omnino cauſſam proximam & immediatam. Sufficit enim vt quod imputãdum eſt profectũ ſit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit, vt apertè Vlpianus ſcribit *in l. 3. §. pen. de bon. libert.* vbi ait, Si patrono implendæ conditionis cauſsâ datum aliquid ſit, imputari id debere in legitimam portionem ſi modò de bonis liberti ſit profectum. Si enim cauſſam remotam Baldus intellexit eam quæ non ex iudicio defuncti, ſed aliunde proficiſcatur, iuxtà textum quem allegat *in d. l. 6. §. vlt. de legat. 3.* Certum eſt id quod implendæ conditionis cauſsâ capitur, licet conditio teſtamento adſcripta ſit, non capi iure teſtamenti, neque ex iudicio teſtatoris *l. ſi quis 8. D. ſi quis. omiſſ. cauſſ. teſtamen. l. id autem 76. l. in quartam 91. in fin. D. ad leg. Falcid.* neque ex bonis mortui vt idem Vlpianus diſertè ſcribit *in l. quod conditionis 36. de mort. cauſſ. donat.* Et tamen imputatur ſi de bonis eius profectum ſit *dict. §. penult.* Ergo de bonis profectum quid eſſe ſuffiett vt imputetur, licèt per mediam alterius perſonam non ab ipſo immediatè teſtatore accipiatur. Nec me mouet, quòd perſonæ mutatione bonorum quoque conditio mutetur *l. per curat. 90. §. 1. de acquir. hered. l. vltim. C. de inoff. teſtamen. l. 2. § illud poteſt quæri. D. de her. vel act. vendit. l. ſed ſi plures 10. §. filio impuberi de vulg. & pupil. ſubſti.* Id enim tum demum verè dicitur cùm ei perſonæ in quam ſit mutatio acquiruntur ex noua cauſſa & pleno iure bona quæ priùs erant alterius aut perſonæ aut conditionis vt in dictis locis, quod hic ſanè non contingit. Numquã enim dos adeò fuit matris, vt non aliquid in ea iuris haberet pater non ſolũ iure poteſtatis ſi filiafamilias eſſet quæ dotẽ habebat, ſed etiam propter incertum futuræ reuerſionis. Quo vel ſolo reſpectu dici poteſt, non eſſe dotem omnino ſeparatam à bonis patris, à quo ſemel profecta eſt, cùm & eo nomine detur illi actio etiam conſtante matrimonio ſi fundus dotalis euincatur licet proponas filiam emancipatam *d. l. pater filiæ 71. D. de euict.* & patre iubente cogi poſſit filia dotalem cautionem renouare, nouámque doti legem dicere, *l. vlt. §. filia fideicommiſit* vbi eſt textus ſingularis de legat. 2. quorum neutrum fieri poſſet ſi dos filiæ data nullo ampliùs patris iure teneretur. Verum ergo eſt, quod Bartolus dotem hanc ait eſſe profectitiam, nec filiæ tantùm cui immediatè data eſt, ſed etiam nepoti cùm de aui bonis profecta ſit, nec vnquam pleno iure fuerit matris. Non enim niſi patre mortuo poteſt filia dotem habere iure proprio, idque ita ſi eam nõdum pater à marito repetierit *l. pater filiam 14. D. ad leg. Falci.* Sed quod Bartolus profectitiam eſſe probat ex eo quòd conferatur, non caret dubitatione. Poſſet enim quis pro Baldo reſpondere, conſtitutionem Iuſtiniani in d. l. illam, eſſe anteriorem ea quæ poſita eſt *in d. l. vlt. C. de collat.* ac proinde factam eo tempore quo aduentitia quoque conferebantur, Siquidem antè *d. l. vlt.* ita ius erat, vt aduentitia quoque conferrentur *d. l. filiæ dotem 4. C. eod. l. 1. §. ſi ſub conditione 7. D. de dot. coll.* Quod ſi ita eſt, nõ poſſis cum Bartolo inferre dotem filiæ datam eſſe nepoti profectitiam ex eo ſolo quòd à nepote conferatur. At obſeruandum eſt iam

ante Iuſtinianum, hoc ipſum quod ille conſtituit in omnibus aduentitiis d.l.vlt.conſtitutum fuiſſe in dote & donatione ante nuptias à Leone *in l.vt liberis 17.C.eo*. Nimirum vt ea demũ dos & donatio ante nuptias conferretur quæ profecta eſſet ex ſubſtantia eius de cuius hereditate ageretur. Itaque ſi dos filiæ data cenſenda eſſet nepoti aduentitia, non poterat Iuſtinianus in d.l.illam conſtituere vt eam nepos conferre cogeretur, niſi abrogata priùs, quod ad hanc rem attinet, Leonis conſtitutione in d.l.vt liberis. Aut ſaltem fatendum eſſet hodie poſt l vlt. quæ aduentitiorum collationem prohibet, abrogatam hac parte dictam l.illam, quorum vtrumque falſum eſt nec ab vllo adhuc, quod ſciam, interprete traditum. Maneat igitur firma propoſitio, dotem hanc nepoti non ſecus ac filiæ profectitiam eſſe, nec fieri poſſe vt eam viuo auo nepos habeat à matre iure hereditario. Sed etſi haberet tanquam heres matris, non ideò minùs tamen in legitimam imputare deberet, vt ego quidem ſẽtio. Ratione illa quæ perpetuò vrget quod ab ipſo auo dos profecta ſit *dict.l.quoniam Nouella in fin. C.de inoff. teſtam. iunct.d.l.3.§.pen.de bon.libert.* Nam ſi penes ipſam filiá dos erat eo iure vt quandocumque mortuo patre imputare ſibi illam deberet in legitimam, cùr non eodem iure tranſmittetur in nepotem de legitima in bonis aui contendentem? Si enim præmortuâ filiâ, nepotis ex ea ſuperſtitis legitima ſubſtituitur in locum illius quam petere mater potuiſſet ſi ſuperuixiſſet [vtrique enim deberi ſanè non poteſt, ſed aut filiæ tantùm, aut nepoti ſoli, quemadmodum nec vterque ſimul ab inteſtato poſſet ſuccedere, ſed aut ſola filia ſi ſupereſſet aut nepos ſolus ea præmortuâ, aut vterque in vna tantùm portione *l. cùm emancipatus 13.§.1.2. & 3. D. de bon.poſſ.contr.tab.l.1.§.pen.de coniung. cum emancip. liber.eius.*] Cur non æquum ſit nepotis legitimam ſubire hoc ipſum onus imputationis quod ſubiiſſet legitima filiæ, in cuius locum illa ſubrogatur? Aut quomodo fieri poſſit vt dos data filiæ tranſmittatur in nepotem, niſi cum eo ipſo onere, quo viua adhuc matre iam effecta fuerat, vel meliore condicione eſſe debeat nepos cui data dos non eſt, quàm filia ipſa cui & data fuerat & debita. Qua de cauſſa Iuſtinianus *in d.l.quoniam Nouella*, ſic loquitur vt generaliter & indiſtinctè dicat dotem & donationem ante nuptias ſiue filio aut filiæ ſiue nepoti aut nepti data ſit imputari debere in legitimam, nõ addito eo à quo imputari debeat, vt intelligamus imputari debere quoties de legitima quæritur, nec à filio tantùm aut filia cui data ſit, ſed etiam à nepote aut à nepte ſicut & confertur. Eandem enim conſtituit rationem imputationis & collationis, *vt & in l.vnic.§.videamus C.de rei vxor.action.*

Quid ſi filia quæ dotem accepit ſucceßioni paterna aut legitimæ cum iureiurando renunciauerit, & de alys noſtrorum in propoſita quæſtione diſtinctionibus.

CAPVT XIII.

SEd finge filiam cui pater dotem dedit accepta dote, vt fieri hodie ſolet, renũciaſſe paternæ hereditati, adeóque futuræ legitimæ interpoſito iureiurando *vt in cap.quamuis de pact.in 6.* Placet omnibus valere renunciationem & excludi filiam, non illa tantùm ratione quòd iurauerit, quamquam ſemper iuſiurandum neceſſarium eſt, ſed etiam quia hereditariam portionem quam mortuo patre ſperare poterat iam eo viuo accepiſſe & occupaſſe videatur. Vnde illud etiam fit vt ſi viuo patre mortua ſit filia relictis liberis, omnes conſentiant eſſe liberos heredes matris in illa dote, nec tantùm ex Martini conſuetudine, ſed ex ipſa etiam iuris ratione: Quod nec ego improbo poſteaquàm placuit huiuſmodi renunciationes iureiurando confirmari vt diximus ad finem cap. 10. Atqui eo caſu fatentur omnes imputandam eſſe dotem in legitimam nepotis ratione illa ne bis idem conſequatur: quomodo Caſtrenſis diſputat *in l. pactum dotali C. de collat.* atque ita Senatus noſter ſæpius pronunciauit. Hoc verò cur ita? Niſi quod de bonis aui dos illa profecta ſit, nec tam de illo quæri debeat An filiæ quæ dotem habuit heres nepos ſit necne, quàm illud obſeruari ne pro filia & nepote ex ipſa ſuſcepto duplex legitima in vna eadémque hereditate detrahatur: quod perinde eſſet acſi admitteremus vtrumque ſeparatim & in ſolidum ſingulos auo eidémque patri ſuccedere: quod tamen certum eſt fieri nullomodo poſſe *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.* cùm neque poſſint in viriles concurrere propter gradus diſparitatem, ſublato præſertim hodie ex Iuſtiniani *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* edicto illo Prætoris *De coniung. cum emancip. liber.eius.* Quòd ſi nec in ſolidum nec in viriles filia & ex ea nepos ſimul poſſunt ſuccedere, prorſus conſequens eſt vt nec legitimam ſimul petere ambo poſſint, quando, vt ſæpius dictum eſt in ſuperioribus, nihil aliud eſt legitima, quàm portio legibus ſtatuta bonorum ab inteſtato contingentium *d.l.cùm quæritur 6.C. de inoff.teſtam.* Indéque nimirum illud etiam infero quod plerique negant, Si nepos non ſit heres matris, cui pater dotem pro legitima dederat, ſed ex proprio iure & capite veniat ad hereditatem aui, quod illi non obſtante materna renunciatione licet, non ideo minùs imputandum eſſe in eius legitimam quod mater habuit, quia quamuis hoc caſu non bis idem conſequeretur nepos, bis tamen pro vna legitima hereditas aui grauaretur, eadémque proinde ſubeſſet iniquitas non quidem ex parte nepotis, ſed propter nepotem ex parte hereditatis, quæ non niſi vnius legitimæ munere ſungi debet. Quam ob cauſſam receptior noſtrorum ſententia eſt, Eo caſu quo filia legitimam portionem à viuo patre acceperit, non eſſe admittendum nepotem ad aui ſucceſſionem tanquam excluſum per ſucceſſionem potiùs, quàm per renunciationem filiæ, niſi ita demùm ſi paratus ſit conferre quod mater habuit. Cui planè conſequens eſt, vt nepos qui non eſt heres matris, quia dotem maternam conferre non poteſt, quam non habet, deterioris condicionis ſit, quod mirum eſt, quàm ſi heres eſſet renuntiantis. Quod ne accidat aliud ei remediũ non supereſt quàm vt quod ille in commune conferre non poteſt ſibi imputet in legitimam portionem, vt tanto minus conſequatur. Nam & hæc collationis ſpecies quædam eſt *l.1.§.quamuis & ſeq.D.de collat.* Nimirum ne filiæ renunciatio quæ illi nocere non poteſt, auo noceat, qui citra renunciationem aut ſpem futuræ imputationis dotem filiæ non dediſſet, nec verò dare cogi potuiſſet. Cur enim cum auo peius agatur mortuâ filiâ, quàm ſi ipſa viueret? Omni ergo caſu dos filiæ data in legitimam nepotis imputanda eſt, quãuis multo magis ſi heres ille ſit matris quæ renunciauit vt omnes fatentur. Quod ſi ita eſt cur negant imputari debere ſi dotem habeat nepos tanquam heres matris quæ non renunciauerit? Nam quæ obſecro inter vtrumque caſum differentia eſt, niſi quòd cùm renunciatio facta eſt, expreſſa conuentione fit vt in eius cui dos data eſt, legitimam imputetur. Nulla verò

facta

Digitized by Google

facta renũciatione, hoc ipſum fit nõ vi pacti, ſed ex iuris interpretatione per Iuſtiniani conſtitutionem *in d.l. quoniam Nouella*. Quare nec probare poſſum diſtinctionem illam Baldi licet à pleriſque probatã quam is ipſe fatetur ex æquitate magis quàm ex iuris ratione ſubſiſtere *in d.l. illam 19. C. de collat*. Vt ſi nepos ſit heres matris, & de aui ſucceſſione cõtẽdat cũ auũculis aut materteris, imputet ſibi in legitimã dotẽ matris, quaſi hoc caſu repræſentet ille matrem, nec plus iuris habere ex illius perſona poſſit, quàm haberet illa ſi viueret *arg. l. ſi viua matre C. de bo. mater*. Si verò cõcurrat cũ aliis nepotibus in eodẽ gradu conſtitutis, non imputet, quia tum ex proprio iure, & capite ſuccedat. Nam imò verò vtroque caſu ſuccedit nepos ex proprio iure, nec ſi ſuccedat cum auunculis aut materteris repræſentat perſonam matris, ſed gradum, quemadmodum latiùs dicemus in Diſputationibus noſtris forenſibus. Proinde non debet eo caſu deterioris condicionis eſſe nepos, quàm ſi cũ aliis nepotibus ad aui ſucceſſionem vocaretur. Nec rurſum ſi ſuccedat cum ſolis nepotibus plus iuris habere debet, quàm haberet mater ſi viueret, ne alioquin ei qui in gradu remotior minuſque fauorabilis eſt magis faueamus. Prodeſt tamen hæc diſtinctio vt ſupradictam Baldi pro nepote ſententiam iniquiſſimam eſſe intelligamus. Nã ſi fatetur ille iniquũ eſſe vt nepos ſuccedẽs cum auũculis & materteris præcipuã habeat matris dotẽ, licèt ſit etiam heres matris, tametſi eo quoque caſu veniat ille ad aui hereditatem ex proprio capite, nil obſtante matris renunciatione [alioqui nullomodo admitti poſſet.] Cur non & iniquum ſit quamuis cum aliis ſuccedat nepotibus? Sed neque illud probabile puto quod Fulgoſius ſcripſit *in d. l. quoniam Nouella*, Ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in legitimam ſi ab auo inſtitutus ſit aliquis ex liberis, non etiam ſi extraneus *arg. l. ſi. C. commun. vtriuſque iudic*. Cùm enim hæc imputandi neceſſitas nihil minus ex vera iuris ratione quàm ex æquitate proficiſcatur, vt diximus, nõ video cur vno caſu imputatio fieri debeat potiùs quàm altero: licet non deſint qui eam diſtinctionem ſumma niti dicãt æquitate. Non eſt ſiquidem dicenda æquitas quæ legibus probata non eſt & informata. *l. bona fides 31. D. depoſit*. Quare & Caſtrenſis ipſe qui Fulgoſium refert in d.l. quoniam Nouella eundem hac in re non immeritò reprehendit. Denique conſtat ex ſuperioribus fruſtra in quæſtione iſta ſolitos noſtros diſtinguere, Quibus verbis concepta ſit reſtituendæ dotis ſtipulatio: An ſcilicet ſtipulatus ſit pater reddi filiæ dotem eiuſque liberis tanquam heredibus, aut quod idem eſt paſſus ſit filiam ſibi ſtipulari, Aut ſibi quidem reddi pater ipſe ſtipulatus ſit ſed in eum duntaxat caſum qui defecerit, ſi filia ſine liberis decederet. An verò ſibi ſoli in omnem caſum aut etiam nepotibus, non quaſi matris heredibus, ſed vt quibus prudenter ille ac prouidè proſpicere voluerit pro ſua erga eos voluntate. Nituntur enim diſtinctiones iſtæ duplici fundamento, Quorum vnum illud eſt Valere donationem à patre collatam in filiamfamilias ex cauſſa dotis, Alterum poſſe filiamfamilias habere heredem in dote ſibi donata. At vtrumque falſiſſimum eſſe iam probauimus in ſuperioribus, nec Digeſtorum tantùm iure de quo minùs dubitari poteſt, ſed etiam ex Iuſtiniani conſtitutionibus, Nihil enim quod ad bona profectitia pertinet, immutatum eſt *l. cùm oportet. C. de bon. quæ liber*. præſertim quod ad ea quæ rationem aliam habebant quàm patriæ poteſtatis. Sed neque abrogatum illud eſt, quod de donationibus parentum in filiosfamilias collatis. Iuſtinianus ipſe conſtituit *in l. donationes parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor*. vt ſcilicet non priùs valeant quàm donatoris morte ſint confirmatæ. Planè ſi quæratur de bonis auitis à patre conſumptis, verius puto non debere illa imputari in legitimam nepotis, licet non ignorem aliter viſum Carolo Molineo conſ. 35. num. 26. Mouetur enim falſa ratione, Quòd, inquit, patrem nepos repræſentet. Id verò nos iam negauimus. Succedit namque nepos auo ex proprio iure & capite, nec patris perſonam repræſentat ſed duntaxat gradum: Longeque alia ratio eſt dotis quàm mater habuit ſi eam nominatim cauſſam vt futuræ ſucceſſioni renunciaret, aut ſaltem ſibi dotem illam quandoque in legitimam imputaret, non aliter vt diximus habitura.

An quoties vltimo ex heredibus aut legatariis aut fideicommiſſariis decedenti ſubſtitutio fit, inducatur inter eos reciproca.

CAPVT XIIII.

IN vulgari ſubſtitutione non poteſt locum habere hæc diſputatio. Nam ſi ponas pluribus heredibus inſtitutis puta Titio, Caio, Sempronio, vltimo ex eis repudianti vulgariter ſubſtitutum Mæuium, Conſtat repudiantibus omnibus ſuccedere Mæuium ex vulgari ſubſtitutione tanquam ſolum inſtitutum, nec in portione tantùm ex qua ſcriptus fuerat is qui vltimus repudiauerit, ſed in tota hereditate, quoniam & tota hereditas vltimo repudianti delata erat, cæteris portiones ſuas omittentibus: Et priore inſtitutionum gradu per omnium inſtitutorum repudiationem extincto, reuocatur vulgaris ſubſtitutio ad intellectum inſtitutionis, perindeque habetur ſubſtitutus ac ſi ſolus & primo loco inſtitutus eſſet *l. quidam teſtamento 30. l. cum ex filio 39. §. vlt. de vulgar. & pupill. ſubſtit*. Itaque cùm reciproca tacita nunquã inducatur niſi vt qui vltimo ſubſtitutus eſt totum habeat non aliter totum habiturus *l. Titia Seio 87. §. Seia liberta de legat. 2.* fruſtra induceretur reciproca inter coheredes ad hoc vt qui vltimo repudianti ſubſtitutus eſſet vniuerſam haberet hereditatem. Sed etſi reciproca facta eſſet expreſſim, tamen ſubſtituto prodeſſe non poſſet, quia vltimo inſtituto poſt aliorum repudiationem adeunte ſiue ex reciproca, ſiue ex inſtitutione, vulgaris ſubſtitutio euaneſceret, quæ non niſi repudianti vltimo facta eſſet *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit*. Non ergo inducenda eſt tacita in eum caſum quo nec expreſſa valeret. Quæ ratio facit vt nec incommodum vltimi adeuntis induci debeat, Nunquam enim inducitur propter commodum eius cui ſubſtitutus datus eſt niſi velut in neceſſarium antecedens maioris cõmodi quod ad ſubſtitutum peruenire deberet, ſi ſubſtitutionis vltimo decedenti aut repudianti factæ caſus contingeret. Cùm igitur fieri nequeat, vt commodum vllum ex inſtitutione aut ſubſtitutione reciproca ſiue expreſſa ſiue tacita perueniat ad eum cui vulgariter ſubſtitutum eſt quin ſubſtitutio ſtatim euaneſcat, nulla ratio eſt vt ex vulgari illa expreſſa inducatur reciproca tacita in fauorem eius qui non niſi in caſum repudiationis ſubſtitutum habuit. Nec ſanè ratio alia huius propoſitionis quærenda eſt. Nam quod Ripenſis ſcripſit ad *§. cum ita l. heredes mei 57. ad S.C. Trebellian*. non poſſe induci reciprocam fauore eius cui vulgaris ſubſtitutio facta eſt, quia vt totam hereditatem habeat ſatis illi conſultum ſit per ius adcreſcendi,

ad rem non pertinet. Qoid enim ſi mallet ille ex ſubſtitutione, quàm ea institutione ſuccedere? Vtique ei permittendum eſſet ſi reciproca iuduci poſſet ſubſtitutio *l. ſi tu ex parte 76. D. de acquiren. hered. l. Iulianus 26. in fin.* D. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* neque nouum eſt aut abſurdum inuicem ſubſtitui vulgariter coheredes, inter quos ſit locus etiam iuri adcreſcendi *l. coheredi 41. in princip. & §. 1. §. qui diſcretas. §. qui patrem & paſſ. D. de vulg. ſubſtit. l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit.* quamuis & ipſum ius adcreſcendi tacita quædam ſubſtitutio dicatur *l. ſi Titio 61. §. Iulianus de legat. 2.* Imò & fieri poteſt aliquando, vt commodior ſit vni ex coheredibus ſubſtitutio, quàm ius adcreſcendi puta ſi ex pluribus coheredibus quidam coniuncti ſint, quidam ſeparati. Nam in iure adcreſcendi præferuntur, qui ſunt coniuncti *l. item quod Sabinus 17. §. 1. l. heredes ſine partibus 63. D. de hered. inſtitut.* At coniunctis præferretur ſubſtitutus *l. 2. §. ſi duo D. de bon. poſſ. ſecund. tabul. l. vnic. §. in primo & ſeqq. C. de caduc. tollend.* quamquam & reciproca ſubſtitutio ſic in dubio interpretanda eſt vt qui coniuncti ſunt, primo loco inuicem ſubſtituti videantur *d. §. qui diſcretas.* In quo tamen obſeruandum eſt, hoc quod dicimus commodius eſſe aliquando vt ſuccedatur ex ſubſtitutione quàm iure adcreſcendi, non poſſe in caſu quæſtionis noſtræ contingere. Ponimus enim repudiatam ab omnibus hereditatem, præterquàm ab eo cui vulgaris ſubſtitutus nominatim datus ſit. Non poteſt autem coniunctio ſicut nec ius adcreſcendi repudiantibus prodeſſe *l. vnic. C. quand. non petent. part. petentibus adcreſc. l. ſi totam 83. de acquir. hered.* In pupillari ſubſtitutione multiplex quæſtionis huius tractatus eſſe poteſt. Primus ille An ſi vltimo decedenti ex pluribus impuberibus ſubſtitutio pupillaris facta ſit reciproca pupillaris inter ipſos impuberes inducatur, Secundus, An reciproca ſaltem fideicommiſſaria. Poteſt enim fideicommiſſaria eſſe vtilis, non ſolùm ſi negetur induci reciprocam pupillarem, quæ vt mox dicemus, inducitur difficiliùs, ſed etiam ſi fortè contingat irritam fieri pupillarem illam reciprocam ſuperueniente alterutrius ex impuberibus pubertate *d. l. coheredi 41. §. cùm pater iunct. l. iam hoc iure 4. §. 1. de vulgar. & pupill ſubſtitut.* Tertius quæſtionis caſus eſſe poteſt ſi non diſertè pupillaris facta ſit ſed compendioſa, vt interpretes vocant, quæ pupillarem quoque ſub compendio verborum contineat, & facta ſit vltimo decedenti, An inducenda ſit reciproca aliqua ſiue directa ſiue fideicommiſſaria. Taceo quartum illum caſum quem præſtantiſſimi iudicij vir Didacus Couarruuias tractat *ad cap. Raynutius §. 8. num. 5.* Si pupillaris ſubſtitutio facta ſit pluribus impuberibus inſtitutis. Nam ſiue facta ſit in tota hereditate, ſiue etiam ſub nomine collectiuo, certum eſt nullam induci reciprocam, neque dubitationi locum eſſe poſſe, niſi cùm ſubſtitutio facta eſt vltimo decedenti. Quam[...] & eo caſu quo poſt inſtitutos plures impuberes vnus eis ſubſtitutus datus eſt, non priùs admittatur ſubſtitutus quàm impuberes omnes deceſſerint. Seruatur enim inter ipſos impuberes ordo ſucceſſionis ab inteſtato, quia cenſentur prædilecti cùm ſint ex liberis *l. vel ſingulis 37. vbi Bartol. & cæteri de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Vnde illud etiam fit, quod tamen mirum videri poſſit, vt ſi impuberum mater ſit in medio, & talis quæ ſuperſtites præmortuorum fratres excludat ab inteſtato, puta quòd ſint illi ex vno tantùm latere coniuncti *Auth. defuncto. C. ad Tertyl.* admittatur ſubſtitutus non tantùm in præiudicium matris, quam certum eſt omnino excludi, adeóque à legitima per pupillarem ſpecificam & expreſſam *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis. D. de teſtam.* ſed etiam in præiudicium ſuperſtitum impuberum. Quibus nimirum nulla fit iniuria ſi excludantur à ſubſtituto, cùm & à matre defuncti in ſucceſſione inteſtati excluderentur. Hanc enim receptiorem eſſe noſtrorum ſententiam refert Didacus ſupradicto loco poſt Baldum & alios *in l. pen. C. de impuber. & alijs ſubſtitut.* licet dubiam eſſe dicat. Sed in eo tamen quod dicimus ex huiuſmodi ſubſtitutione quæ vltimo decedenti nominatim facta non ſit, nullam induci reciprocam, non eſt qui diſſentiat. Cæteri autem caſus quos diſcutiendos propoſuimus ſunt ſanè perquam maximè controuerſi. Nam quod ad primum pertinet, extat quidem Florentini Iuriſconſulti ſententia in d. l. vel ſingulis, à Iuſtiniano repetita in *§. vel ſingulis Inſtit. de pupill. ſubſtit.* Si pater qui plures liberos impuberes inſtituerat, ei qui nouiſſimus moreretur ſubſtituerit Sempronium, non videri liberos inuicem pupillariter ſubſtitutos, ſed eam potiùs voluntatem patris fuiſſe vt inter eos conſeruaretur integrum ius legitimarum hereditatum: is autem ſolus ſubſtitutum haberet qui nouiſſimus moreretur. Sed tamen frequentior interpretum opinio eſt diſtinguendum eſſe An in tota patris hereditate ſubſtitutus vltimo decedenti datus ſit, an in portione tantùm vltimi morientis. Hoc enim caſu conſentiunt omnes nullam induci reciprocam ſiue directam, ſiue fideicommiſſariam. Priore verò placet pleriſque induci reciprocam, adeóque directam & pupillarem *arg. d. l. Titia Seio 87. §. Seia libert. de leg. 2.* Ita Didac. *in d. §. 8. nu. 6. poſt. Bart. Imol. Aret.* & alios *in d. l. vel ſingulis. Rip. in dict. §. cùm ita num. 21.* qui dicit hanc eſſe veriorem magiſque receptam opinionem. Cuius & illam rationem reddit, quod non poſſit tota hereditas peruenire ad vltimum impuberem ſuperſtitem niſi per pupillarem, ideóque videatur hoc etiam caſu ſubſiſtere ratio dicti *§. Seia libertis*, vbi Paulus inducit reciprocam fideicommiſſariam inter collegatarios, quorum vltimus decedens rogatus fuerat fundum legatum aliis quibuſdam poſt mortem ſuam reſtituere, Non alia voluntatis coniecturâ, quàm quòd aliter fieri non poſſet, vt fundus ille totus à nouiſſimo legatario fideicommiſſariis reſtitueretur. Mihi tamen contraria ſententia verior ſemper viſa eſt quæ fuit Dini *in d. §. Seia*, diſtinguentis hac parte directam ſubſtitutionem à fideicommiſſaria: propterea quòd fideicommiſſaria faciliùs inducitur, quàm directa. Fideicommiſſaria enim ſolis coniecturis oriri poteſt. Directa verò non niſi directis, & expreſſis verbis conſtituitur *l. cùm proponebatur 64. l. vnum ex familia 67. §. vlt. l. qui ſolidum 78. §. 1. de legat. 2. l. fideicommiſſa 11. §. hæc verba l. nutu 21. de legat. iunct. d. l. vel ſingulis 37. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. iubemus 29. C. de teſtam.* Fateor aliquando accidere vt directa ſubſtitutio interpretationem recipiat ex coniectura voluntatis, *vt in d. l. iam hoc iure 4. §. 1. & l. quidam teſtamento 30. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sed nego eam induci vllo caſu per ſolas coniecturas, ob eámque nimirum cauſſam opus fuit Imperatorum conſtitutione vt caſus vulgaris trahi poſſet ad pupillarem, & contrà, pupillaris ad vulgarem *d. l. iam hoc iure in princip.* Quòd ſi extenſio de caſu ad caſum ſine conſtitutione admitti non potuit, multo minùs admittenda erit de perſona ad perſonam: Hæc enim difficilior eſt, *l. ſi quis ita 16.*

§. pen

§.pen. D. de teſt am. tutel. Atqui fieret extenſio de perſona ad perſonam ſi ex pupillari ſubſtitutione facta vltimo ex liberis impuberibus decedenti, reciproca pupillaris inter ipſos impuberes induceretur, Ergo nec inducenda eſt. Itaque contra Bartolum textus eſt apertiſſimus *in dict. leg. vel ſingulis.* Ad quam aliud reſpondere non poteſt quàm quod reſpondent quotquot opinionem eius ſequuntur, Non proponi eo loco factam vltimo ex impuberibus decedenti pupillarem ſubſtitutionem in tota hereditate. Quod tamen quale ſit non poſſum ego intelligere. Nam quod vulgo iactari ſolet poſt Caſtrenſem *in l. ſi pater impuberes 25. D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* eum qui vltimo decedenti ſimpliciter ſubſtitutus eſt non niſi in vltimi portione ſubſtitutum intelligi, non pertinet ad pupillarem ſubſtitutionem quæ ſanè fieri non poteſt, quin totam pupilli hereditatem complectatur, ſiue is à patre tantùm, ſiue aliunde etiam bona habuerit *lege ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos eod.* ne alioqui videretur pupillus contra vulgares iuris regulas decedere pro parte teſtatus pro parte inteſtatus. Quod ſi ponas vltimo ex impuberibus decedenti ſubſtitutum Sempronium in tota hereditate patris, quomodo videtur Bartolus intellexiſſe, Non video tamen, qua fieri ratione poſſit vt tota patris hereditas ad ſubſtitutum pupillarem magis perueniat ex tacita reciproca, quàm ſi nulla induceretur. Quid enim ſi ex impuberibus quidam præmortuus ſit factus pubes ſuperſtite tamen impubere? Nemo dubitat, quin quod ad eum ſpectat qui pubes deceſſit pubertate finita & irrita facta ſit ſubſtitutio *dict. leg. cohereds 41. §. cùm pater leg. in pupillari 14. D. eod.* nec tamen ideò minùs admittetur ſubſtitutus ad hereditatem nouiſſimi ſi modò impubes ille deceſſerit *dict. §. cùm pater*, reperiétque in hereditate ipſius hereditatem præmortui puberis ſi teſtatus non ſit, At non ratione tacitæ reciprocæ pupillaris quæ vt dixi extincta eſt, ſed propter conſeruatum à pubere, qui teſtari potuerat, integrum ius legitimæ ſucceſſionis. Idémque tractari poteſt etſi pupillaris reciproca expreſſim facta proponatur vt *in dict. leg. ſi pater impuberes.* Sed finge vt eis magis faueas qui vltimo decedenti impuberi ſubſtitutus eſt in tota patris hereditate ex ea ſubſtitutione inducendam tacitam reciprocam non modò directam ſed etiam fideicommiſſariam, Quid inde obſecro inferas? Nimirum pubertate alterutrius ex iis quorum nouiſſimo decedenti ſubſtitutus datus fuerat non eſſe finitam fideicommiſſariam *leg. verbis ciuilib. 7. D. eo. leg. precib. in fin. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* Sed an ideò effeceris vt tota hereditas patris ad ſubſtitutum pupillarem perueniat, contingente in perſona nouiſſimi caſu ſubſtitutionis? Minimè verò. Non enim faciet inductio reciproci fideicommiſſi, quominùs poſſit is qui pubes factus eſt legitimam ſaltem detrahere, in qua ſcilicet certum eſt nō potuiſſe eum grauari fideicommiſſo *leg. ſi adrogator 22. §. 1. D. de adopt. dict. leg. cohereds 41. §. cùm filiæ de vulg. lege ex tribus 16. C. de inoff. teſtam.* Imò & præterea Trebellianicam ex iuris pontificij conſtitutione. Ita igitur fiet vt neque hoc caſu tota patris hereditas ad pupillarem ſubſtitutum perueniat, niſi fortè & hîc ponas voluiſſe puberem decedere inteſtatum: quod, cùm accidit non tacita illa reciproca fideicommiſſaria dat ſubſtituto vniuerſam patris hereditatem, ſed ordo ipſe ſucceſſionis inteſtati quæ plenior & vberior eſt. Non ergo poteſt induci reciproca tacita ſiue directa ſiue fideicommiſſaria ex eo ſolo quòd vltimus decedens ex impuberibus habuerit ſubſtitutum in tota patris hereditate, cùm ea teſtatoris voluntas non alio caſu effectum ſortiri poſſit, quam illo ipſo quo etiamſi reciproca nulla eſſet idem tamen contingeret, hoc eſt ſi liberi omnes inteſtati deceſſerint ſolo ſuperſtite impubere cui ex pupillari ſuccedatur. Dices fortaſſe imò poſſe tacitam reciprocam pupillarem valere eſſe ad hoc vt ex ea ſint fratres ſibi inuicem heredes neceſſarij *leg. 2. §. prius autem dict. leg. ſed ſi plures §. quos poſſum Digeſt. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* cum ab inteſtato non ſint niſi voluntarij, iiſque neceſſaria ſit aditio ad acquirendam hereditatem *leg. quoniam ſororem 7. vbi DD. Codic. de iur. deliber.* Inde enim poſſe contingere vt etiam inteſtati fratris præmortui hereditas ad ſubſtitutum pupillarem nunquam perueniat, ſi fortè impubes nouiſſimus qui ſubſtitutum habuit prius deceſſerit quàm fratris hereditatem ſibi ab inteſtato delatam agnouerit: quod non eueniret ſi pupillaris aliqua eſſet inter fratres reciproca ſiue expreſſa ſiue tacita, per quam præmortuorum ab inteſtato fratrum hereditates fratri ſuperſtiti ipſo iure acquirerentur. Sed reſpondeo quod nemo fortaſſe adhuc dixit, Quinimò quoties nouiſſimo ex impuberibus decedenti ſubſtituitur ſeruari quidem integrum ius legitimarum hereditatum inter fratres. Sed tamen ex patria voluntate perinde eſſe illos ſibi inuicem ab inteſtato heredes neceſſarios, ac ſi ſuccederent ex pupillari ſubſtitutione. Ratione illa, quòd alioqui certum non eſſet euenturum quod pater euenire omnino voluit vt inter eos conſeruaretur integrum ius legitimæ ſucceſſionis, vtque per nouiſſimi impuberis perſonam tota ipſius patris hereditas ad ſubſtitutum deuolueretur. Cùm enim conſtet hic de patris voluntate, de iure quærendum non eſt quippe quod ex ipſius parentis arbitrio conſtituatur *dict. §. quos poſſum.* Nam cur difficiliùs permittatur patri vt faciat fratres fratribus ab inteſtato heredes neceſſarios quò hereditas ad nouiſſimum impuberem cui pupillariter ſubſtituit, tota confluat, quàm ſi eos inuicem ſubſtitueret? An non eadem vtroque caſu patris voluntas eſt, niſi quod altero vult omnes decedere teſtatos, altero ſolum eum qui vltimus impubes morietur? Cæterùm effectu ipſo id ſanè vnum mente agitat vt ſi inteſtati omnes decedant ſolo ſuperſtite impubere, vniuerſa ſucceſſio ad impuberem illum, deinde ab impubere perueniat ad ſubſtitutum. Idque nimirum eſt quod Tryphoninus ſcribit *in leg. qui duos 9. De reb. dub.* Si duo impuberes quorum nouiſſimo decedenti ſubſtitutus fuerat Titius ſimul in naue perierint, ſed ordine tamen vt conſtet alterum prius deceſſiſſe, Priori mortuo fratrem qui ſuperuixit ab inteſtato heredem eſſe, poſteriori verò ſoli ſubſtitutum, ſed ita tamen vt in ea poſterioris hereditate etiam prædefuncti filij hereditatem inueniat. Quod & Papinianus ſenſit *in leg. qui duos 42. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. & in dict. leg. pater filium 14. §. vltim. Digeſt. ad leg. Falcidiam.* Quomodo enim fieri poſſet vt duobus impuberibus ſimul licèt ordine in naui mortuis alter alterius heres eſſet, ſi non eſſet neceſſarius? Vtique enim conſtat non poſſe pupillum adire hereditatem ſine tutoris autoritate *leg. pupillus 9. Digeſt. de acquirend. hered. l. cùm in vna 17. §. tutor. de appellat.* An ergo tutorem quoque in naui fuiſſe & priori defuncto ſuperuixiſſe diuinabimus? At neque hoc ſatis erit ſi non præterea diuinemus tutorem tam cito autoritatem præſtare voluiſſe pupillo vt hereditatem adiret nulla deliberatione præcedente: quod tamen de prudenti tutore & patrefami-

litas numquam facilè præſumendum eſt propter periculum latentis æris alieni *leg. 4. Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebellian.* Sed & diuinandum illud erit impuberes iſtos non fuiſſe infantes ſaltem eum qui ſuperuixit. Nam nec infans adire poteſt nec pro herede gerere etiam tutore autore *dict. leg. pupillus*. Nec permittebatur olim tutori vt infantis nomine adiret aut pro herede gereret ante Iuſtiniani conſtitutionem *in leg. ſi infanti 18. Codic. de iur. deliber.* ſed tantùm vt illius nomine bonorum poſſeſſionem agnoſceret *leg. ſeruus 7. §. impubes Digeſt. de bonor. poſſeſſ. quam & agnoſcere quilibet alius poterat leg. 3. Codic. qui admit. ad bonor. poſſeſſ.* agnitio autem bonorum poſſeſſionis in naui fieri non poterat præſertim ante *leg. vltim. eodem*, quæ ſolennitates ſuſtulit anteà requiſitas. Reſtat igitur vt nullomodo potuerit frater fratri heres eſſe in naui quin fuerit neceſſarius & ipſo iure. In quo ſanè parum ſubtilis fuit Baldus qui in dict. leg. ſi infanti ſcripſit ita intelligendam eſſe dict. leg. qui duos vt nouiſſimus impubes non tam citò defunctus fuerit, quin fratris præmortui hereditatem priùs adire potuerit, Non animaduertens tractari eo loco de impubere qui nec volens per ſe vt dixi adire potuiſſet. Vt illud taceam quod Baldus ipſe ibidem fatetur non eſſe veriſimile periclitantem fratrem in naufragio deliberare de fratris ante oculos iacentis hereditate adeunda, ac non potiùs de ſalute & vita cogitare. Nec ſubtilior Bartolus qui Iacobum de Aretio ſecutus defendit contra manifeſtas iuris regulas & aperta legis verba, non fuiſſe quidem in ſpecie dict. leg. qui duos fratrem fratri heredem ab inteſtato, ſed tamen tranſmiſiſſe in ſubſtitutum beneficium impetrandæ reſtitutionis in integrum ad adeundam præmortui fratris ſucceſſionem. Quæ ſententia pugnat ex diametro cum *dict. leg. ſi infanti, leg. 1. Codic. de reſtitut. milit.* & ex ijs quæ alio loco in hanc rem dicemus clariſſimè refellitur. Quod verò Caſtrenſis ſcribit ad *dict. leg. qui duos de reb. dub.* præmortui fratris hereditatem non aditam non aliter reperiri poſſe in hereditate nouiſſimi, quàm ſi ſint illi inuicem ſubſtituti prorſus falſum eſt, & contra legem ipſam, quæ ſatis negat impuberes fuiſſe inuicem ſubſtitutos cùm ait fratrem fratri heredem eſſe ab inteſtato. Facta enim pupillari ſubſtitutione quæ teſtamentum eſt impuberis, frater ſubſtitutus non ab inteſtato ſed ex teſtamento heres diceretur *leg. 2. & paſſ. Digeſt. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. leg. mater 27. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtament.* & quidem neceſſarius *leg. Iulianus 42. aliàs l. ſi pupillus Digeſt. de acquir. hered.* Et tamen lex ait, præmortui fratris hereditatem quę nec adita ſit, nec adiri potuerit in nouiſſimi impuberis hereditate reperiri. Illud ergo neceſſario relinquitur, quod volumus, in ea ſpecie, hoc eſt quoties nouiſſimo ex impuberibus decedenti datus eſt ſubſtitutus, fratrem fratri ab inteſtato heredem eſſe neceſſarium, ſicut eſſet ex teſtamento neceſſarius ſi eſſent illi aut expreſſè aut tacitè inuicem ſubſtituti. Ea námque vis eſt pupillaris illius ſubſtitutionis quæ vltimo decedenti facta eſt, vt in ſucceſſione quoque inteſtati fratrem fratri heredem faciat neceſſarium, Ne alioqui fraus fiat voluntati patris, qui totam ſuam hereditatem ex perſona nouiſſimi impuberis ad ſubſtitutum peruenire voluit, quamuis per viam legitimæ ſucceſſionis, Vt proinde aliud admitti debeat ſi ne nouiſſimo quidē ſubſtitutus datus ſit. Tunc enim fratris pręmortui hereditas non acquireretur ſuperſtiti ipſo iure & citra agnitionem *d. l. quoniam ſororem 5. C. de iur. deliber.* Atque hæc quidem expeditum meo iudicio tractatum habent ſecundum ius Pandectarum quo obtinebat vt in fratris conſanguinei ſucceſſione nec mater cum filio, nec frater vterinus tanquam qui eſſet extraneus, concurreret cum fratre conſanguineo defuncti, *leg. ſi qua mulier. 4. Digeſt. ad S. C. Tertyllian. §. 1. Inſtitut. eod. §. 1. Inſtitut. de legit. agnat. ſucceſſ.* Inde ſiquidem fiebat, vt dato pupillari ſubſtituto ei qui ex impuberibus nouiſſimus moreretur, nil neceſſe eſſet reciprocam tacitam inducere ad hoc vt tota hereditas ad nouiſſimum impuberem, deinde ad ſubſtitutum perueniret. Nemo enim erat, qui legitimæ & neceſſariæ inter fratres ſucceſſionis ordinem poſſet interuertere, Sed cùm hodie iure illo vtamur ex Iuſtiniani conſtitutionibus, vt concurrat mater in ſucceſſione filij cum fratre qui vtrinque defuncto coniunctus erat, & fratri tantùm cõſanguineo præferatur *Auth. ceſſante C. de legit. hered. & Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* dubitari probabilius poteſt An neceſſariò inducenda ſit reciproca ad excludendam matrem quæ alioqui in præmortuorum filiorum hereditate cum ſuperſtitibus vt dixi concurreret, atque ita faceret contra voluntatem patris ne tota hereditas ad ſubſtitutum peruenire poſſet. Admiſſa enim reciproca quamuis tacita, certùm eſſet prorſus excludi matrem etiam à portione legitima, fauore ſuperſtitum liberorum, eorundémque ſubſtitutorum. Nam quod vulgo dici ſolet per tacitam pupillarem non excludi matrem à legitima, at neque per eam quæ ſub compendioſa continetur, licet expreſſam verbis generalibus ſecundum receptam Decij ſententiam *in leg. precibus numer. 26. C. de impuber. & alijs ſubſtitut.* toties locum non habet quoties ſubſtitutus eſt ex liberis teſtatoris, vt tradeant noſtri poſt Accurſium *in dict. leg. precibus.* & ſimiliter in reciproca poſt Bartolum *in leg. Lucius 45. De vulg. & pupill. ſubſtitut.* quam ſententiam Senatus quoque noſter ſequi ſolet. An ergo ad matrem prorſus excludendam inducenda hodie erit per interpretationem reciproca pupillaris? Sic putat Rip. poſt cæter. *in dict. § cum ita num. 21.* ratione illa quam diximus, quòd non poſſet aliter tota patris hereditas ad vltimum impuberem deuenire. Sed in contrarium illud perpetuò vrget quòd numquam poſſit directa ſubſtitutio induci ſiue reciproca illa ſit ſiue alia, niſi per verba directa, quæ ſi nulla ſint, ſola teſtatoris voluntas, quantumuis de ea conſtat, non poteſt inducere directam ſubſtitutionem ſed tantùm fideicommiſſariam, vt omnium elegantiſſimè & apertiſſimè probat *dict. l. cùm proponebatur 64. de leg. 2.* quæ eſt de reciproca tacita ſubſtitutione. Et quemadmodum cùm ſubſtitutio fideicommiſſaria vltimo ex impuberibus decedenti facta eſt in tota hereditate, non ideò fit quominùs detrahatur per legitimos nouiſſimi Impuberis heredes & legitima & Trebellianica vt idem Rip. fatetur *numer. 22. in fin. poſt Aret. in lege poteſt 36. in fin. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* per textum *in capit. ſi pater de teſtam. in 6.* quamuis ea detractio faciat contra voluntatem teſtatoris ne totam hereditatem ſubſtitutus ex fideicommiſſo habere poſſit, Nimirum quoniam non potuit teſtator facere quin leges in ſuo teſtamento locum haberent *leg. nemo 55. de legat. 1. iunct. leg. iubemus 6. cum ibi notat. Codic. ad S. C. Trebellian.* Ita & admittendum eſt cùm teſtator nouiſſimo tantum impuberi ſubſtituit licèt in tota ſua hereditate, non ideò minùs videri eum voluiſſe conſeruatum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum, quòd ſuperſit mater quæ partem ſucceſſionis ablatura ſit. Id enim ex ipſius patris voluntate

potiùs

potiùs fieri credendum eſt, qui ſi matrem à luctuoſa liberorum ſucceſſione excludere voluiſſet, vtique liberos inuicem ſubſtituiſſet, Nimirum ſciens fore vt illis qui ab inteſtato decederent, ſuccederet illa cum ſuperſtitibus. Ac ſanè ſi frequentiſſimo noſtrorum ſuffragio receptum eſt vt ſuperſtitis matris fauor directam ſubſtitutionem aliquando transformet in obliquam, itémque vt tacitam pupillarem quæ alioquin ineſſet omnino excludat *leg. vltim. vbi Bartol. & cæteri Codic. de inſtitut. & ſubſtitut.* quis admittat ob ſubſtitutionem vltimo ex impuberibus decedenti factam induci debere pupillarem reciprocam ad excludendam prorſus matrem, Cùm ſi mater in medio non eſſet, nulla vt iam probauimus, reciproca pupillaris induceretur? Illud enim obſeruandum eſt eos qui reciprocam iſtam inducunt non tam fauere nouiſſimo impuberi ad quem tota hereditas ea ratione perueniat, quàm extraneo ſubſtituto, vt per impuberis perſonam totum ille habeat, qui ſi reciproca nulla eſſet totum non haberet. Fauor ſiquidem reciprocæ inter coheredes ſubſtitutionis vt iam antè diximus pendet omnino ex fauore eius, qui poſtremus ſubſtitutus eſt, nec aliam cauſſam habet *dict. §. Seia libertis.* At quis dixerit fauendum potiùs extraneo ſubſtituto quàm matri contra id quod paſſim à noſtris traditum & receptum eſt *in dict. leg. vltim. Codic. de inſtitut. & ſubſtitut. dict. leg. precibus Codic. de impuber. & alijs ſubſtitut. l. centurio 15. D. eodem.* Præſertim vero cùm & ſperandum potiùs ſit ſuperſore filium matri, eíque aut ab inteſtato aut ex teſtamento ſucceſſurum quàm matrem filio *leg. nam etſi 17. D. de inoff. teſtam. leg. ſcripto 7. §. vltim. unde liber.* Et conſequenter non modò abſurdum eſt, ſed etiam mali ominis, induci reciprocam per interpretationem vt ſubſtituto faueatur in eum duntaxat caſum quo impuberes filij turbato mortalitatis ordine ſint ante matrem morituri, eámque ob cauſſam tanto minùs ea interpretatio capienda eſt *argum. leg. cùm tale 72. in princip. D. de condit. & demonſtr.*

Si nouiſſimo ex pluribus impuberibus decedenti ſubſtitutio facta ſit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommiſſariam.

Cap. XV.

APparet autem ex ſuperioribus non eſſe admittendam diſtinctionem Ripenſis *ad dict. §. cùm ita numer. 22.* exiſtimantis multum intereſſe an vltimo decedenti impuberi ſubſtitutio facta ſit iis verbis *ſi ambo filij mei deceſſerint in pupillari ætate vltimo morienti ſubſtituo Seium in tota hereditate mea* an illis potius *Inſtituo filios meos impuberes, & vltimo decedenti ſubſtituo Seium in tota hereditate mea.* Priore caſu in pupillari expreſſa contineri reciprocam tacitam pupillarem, poſteriore verò nullam, facta ſcilicet compendioſa ſubſtitutione quæ pupillarem non continet, niſi tacitam, ex tacita autem pupillari tacitam aliam reciprocam induci abſurdum videatur *ex l. ſeruum filij 44. §. vltim. vbi Bart. de leg. 1.* Nam quod ad primum diſtinctionis caput pertinet, fateor quidem poſſe ita fieri ſubſtitutionem pupillarem, Nec obſtare quòd eam teſtator ad hereditatem ſuam reſtrinxerit, quamuis per pupillarem non patri ſed impuberi ſuccedatur *l. 2. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos l. coheredi 41. §. cùm filiæ de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sufficit enim expreſſam eſſe figuram pupillaris ſubſtitutionis quæ ſanè præponderat vt Ripenſis loquitur *ad leg. centurio in numer. 100. per leg. 1. eodem tit. leg. ſi ita ſcriptum 8. §. qui filio vbi Bart. de bonor. poſſ. ſecun. tab. l. penult. vbi Caſtrenſ. Decius & cæteri C. de impub. & alijs ſubſtit.* cùm etiam per pupillarem factam filio inſtituto ſuccedatur patri licet ſecundariò *leg. ſi is qui 6. D. eod. leg. vlt. Cod. de hered. inſtitut.* Sed nego in ea pupillari expreſſa contineri tacitam reciprocam pupillarem, præſertim verò in odium & excluſionem matris, Ex iis quæ proximo capite hanc in rem diſputauimus. Alterum autem diſtinctionis caput etſi iudicio meo verum eſt (nullo ſiquidem caſu patior induci tacitam reciprocã pupillarem ex pupillari quantumcunque expreſſa) nititur tamen falſa ratione. Quoties enim pupillaris comprehenditur in compendioſa, non tacita dicenda eſt quomodo illa quæ in vulgari continetur, ſed potiùs expreſſa ſaltem verbis generalib. vt rectè Bartolus defẽdit *ad d. l. cẽturio n. 4. & 5. cõmuniter à cæteris adprobatus.* Itaq. ſi vera eſſet cõmunis illa opinio, vt in expreſſa pupillari tacita pupillaris reciproca contineretur, vtique contineretur etiam in compendioſa vt contra Ripenſ. diſputat Didac. Couarr. *in d. cap. Raynutius §. 8. nu. 6 in fin. ex cap. ſi pater de teſtam. in 6.* vbi reſcriptum eſt, per eiuſmodi compendioſam ſubſtitutionem excludi matrem. Sed in eo tamen Didacus fallitur, vt puto, quod non animaduertit, quæſtionem hanc non pertinere ad cõpendioſam ſubſtitutionem ſimpliciter factam, quæ pupillarem ſanè comprehenderet, eámque expreſſam verbis generalibus, ſed ad eam duntaxat, quæ facta ſit cum hac adiectione *in tota hereditate mea.* Iam enim ſupra diximus ex receptiſſima interpretum omnium traditione, non ex eo ſolo induci poſſe reciprocam quòd facta ſit ſubſtitutio vltimo morienti, niſi facta etiam ſit in tota hereditate. Quod in pupillari intelligendum eſt non de hereditate pupilli, in qua fieri non poteſt vt pro parte tantùm heredem ille habeat, ſed de hereditate patris, quæ vt tota ad pupillarem ſubſtitutum perueniat, eam neceſſe eſt ad ipſum impuberem priùs peruenire. Atqui receptiſſima noſtrorum ſententia eſt ſubſtitutionem compendioſam factam ſine ætatum diſtinctione ſi reſtricta ſit ad bona teſtatoris non comprehendere pupillarem. Sic enim Baldus *in dict. leg. precibus, verſ. præterea attende C. de impub. & aliis ſubſtitut. Dec. in penult. eod.* Fieri ergo non poteſt vt compendioſa facta in tota hereditate teſtatoria non expreſsâ figurâ pupillaris ſubſtitutionis, aut ea quidem expreſsâ, ſed non in tota hereditate inducat reciprocam vllam pupillarem. Solum igitur diſcutiendum illud ſupereſt, quod ad pupillarem ſubſtitutionem pertinet, An cùm vltimo ex impuberibus decedenti facta eſt in tota patria hereditate, inducat tacitam fideicommiſſariam reciprocam inter ipſos impuberes. Plerique enim ex iis ipſis qui negarunt induci reciprocam pupillarem admiſerunt tamen fideicommiſſariam, illo etiam caſu quo aliquis ex impuberib. decedat pubes. Inter quos præcipui nominis Caſtrenſem video in reſponſis, & Rip. *in d. §. cùm ita num. 22.* Illa tantùm ratione mouentur quòd ea teſtatoris voluntas fuiſſe videatur vt per vltimi impuberis perſonam tota hereditas ad ſubſtitutum perueniret: ea autem voluntas ſufficere poſſit ad inducendam ſaltem reciprocam fideicommiſſariam ſi non directam ſubſtitutionem; *ex dict. leg. Seia libertis & dict. leg. cùm proponebatur 64. de lega. 2.* Neque dubitandum eſt quin ſit hæc receptior interpretum ſententia, quæ ſcilicet aſſertores habet eos omnes quibus placet ex pupillari expreſſa facta vltimo decedenti inducendam reciprocam pupillarem. Multo enim faciliùs fideicommiſſariam eos

Digitized by Google

admittere neceſſe eſt quæ coniecturis nudis contenta ſit. Non quidem eo caſu quo liberi omnes decedant in pupillari ætate, tunc enim volunt ſufficere pupillarem quæ plenior eſt, ſed ita demum ſi quis ex iis pubes fiat. Finita enim pupillari per pubertatem, neceſſaria eſt fideicommiſſaria, quæ impediat ne qui pubes factus eſt, de reſtituenda portione teſtari poſſit. Ita Didacus *in dict. §.8. numer. vltim. poſt Aretin. in dict. leg. poteſt in fin. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ego verò non magis poſſum fideicommiſſariam reciprocam quàm directam inducere ex pupillari expreſſa. Nam cùm expreſſa ſubſtitutio cuius fauore reciprocam præmiſſam volunt ſit directa, non intelligo qui fieri poſſit vt pariat ſubſtitutionem aliam quæ ſit planè diuerſi generis, hoc eſt fideicommiſſariam. Indéque eſt quod noſtris placet ſubſtitutionem ipſam reciprocam, aut vt loquuntur breuiloquam, quia ſui natura directa eſt, numquam cenſeri fideicommiſſariam niſi concepta ſit per verba tractum temporis habentia vt latè noſtri tractant poſt Bartolum *in dict. leg. Lucius 45. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Si enim ſubſtitutio ipſa reciproca quæ ſui natura apta eſt comprehendere ſpecies omnes ſubſtitutionum, vt docet Bartolus *in dict. leg. Lucius*, non comprehendit tamen fideicommiſſariam ſi ſimpliciter facta ſit, etiamſi per illud quod commune vocant verbum *Subſtituo* quia cenſetur eſſe penitus directa *dict. leg. Lucius & leg. iam hoc iure 4. eodem.* quanto minus admittendum eſt vt ex directa, & pupillari expreſſa inducatur reciproca quæ ſit fideicommiſſaria? Fateor flecti aliquando directam ſubſtitutionem in fideicommiſſariam ſi noſtris credimus *ad leg. verbis ciuilibus 7. eod. ad leg. Scæuola 76. ad Senatuſconſultum Trebellian. & ad dict. leg. precibus.* Sed vt directa manens directa includat aliam fideicommiſſariam nullo ſanè iuris loco probari poſſit. Nam in ſpecie *dict. §. Seia libertis* duplex fideicommiſſaria proponitur, non vna directa, altera fideicommiſſaria. Et in leg. cùm proponebatur conijcit Papinianus reciprocam tacitam fideicommiſſariam non ex pupillari ſubſtitutione, ſed ex alia reciproca, quam teſtator in ſecundis tabulis expreſſerat, cùm illos ipſos ſubſtitueret quibus in alia teſtamenti parte fideicommiſſum relictum erat, quòd non eſſet veriſimile teſtatorem noluiſſe in fideicommiſſo ſubſtituere inuicem eos quos in ſecundis tabulis inuicem ſubſtituerat. Sic enim locus ille accipiendus eſt quomodo & Caſtrenſis contra Accurſium & Bartolum rectiſſimè interpretatur. Quanquam & illud obſeruandum eſt mutuam eam ſubſtitutionem quam Papinianus elicit ex coniectura voluntatis, eſſe quidem fideicommiſſariam reſpectu heredis inſtituti à quo teſtator fideicommiſſum reliquerat, ſed inducendam tamen in caſum vulgarem duntaxat, non agniti per alterutrum ex fideicommiſſariis fideicommiſſi, quoniam & reciproca illa ſubſtitutio in ſecundis tabulis facta vulgaris tantùm fuit non etiam fideicommiſſaria, vt ex eo magis appareat verum eſſe quod volo ex vna ſubſtitutione nunquam induci aliam poſſe, niſi quæ ſit eiuſdem naturæ & conditionis. Quod ſi ita eſt, quomodo fieri nequeat, vt qui vltimo ex impuberibus morienti pupillariter ſubſtituit in tota ſua hereditate, videatur eo ipſo per fideicommiſſum impuberes inuicem ſubſtituiſſe? Itaque huic ſententiæ ſicut obſtat iuris ratio, ita & quod ſcriptum eſt *in dict. l. vel ſingulis 37. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Videri patrem ita ſubſtituentem conſeruaſſe ius integrum legitimarum inter liberos hereditatū. Non. n. potuit Iuriſconſultus apertiùs dicere ex huiuſmodi ſubſtitutione pupillari nullum induci reciprocum fideicommiſſum, quia ſi induceretur, derogaret vtique legitimæ ſucceſſioni, cùm planè repugnantia hæc ſint, ſuccedere ex fideicommiſſo, & ſuccedere ab inteſtato. Qui enim ſuccedit ex fideicommiſſo quod in teſtamento relictum eſt, ſuccedit ex teſtamento *dict. leg. coher. §. cum filia de vulg. l. 1. §. 1. C. ad S.C. Treb.* Nec dici poteſt quod pro tuenda communi ſententia vulgo reſpondetur, non proponi eo loco factam ſubſtitutionem pupillarem vltimo morienti in tota hereditate teſtatoris. Non enim eo minùs conſtat voluiſſe patrem totam ſuam hereditatem ex perſona nouiſſimi impuberis ad ſubſtitutum peruenire: Nam quid obſecro aliud eſt quod lex ait voluiſſe eum conſeruari inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum? Cùm & per viam legitimæ ſucceſſionis citra fideicommiſſum poſſit tota hereditas ad vltimum impuberem deuolui, licet præmortui facti ſint puberes, ſi modò deceſſerint inteſtati. Porro teſtandi facultatem ipſis adimi an non iniquum eſſet, præſertim fauore extranei ſubſtituti? qui nūquam fortaſſe ſit ſucceſſurus, puta ſi nouiſſimus quoque decedat pubes *d. leg. cohered. §. pen.* Vt illud omittam quod nec per fideicommiſſum fieri poteſt vt inuitis puberibus tota eorum ſucceſſio ad vltimū impuberē deuoluatur. Detrahenda. n. eſt vt diximus, legitima, itémque Trebellianica. Atqui cōſtat inter noſtros, quoties adiectis illis verbis *in tota hereditate* induceretur tacita reciproca, iis etiam non expreſſis perinde illam induci, ſi modò conſtet volūtatem teſtatoris talem fuiſſe vt de tota hereditate diſponeret. Nihil ergo intereſt in ſpecie *dict. leg. vel ſingulis*, an verba illa adiecta ſint, néc ne. Neque enim ſi adiecta fuiſſent in pupillari ſubſtitutione aliter tamen reſponſurum fuiſſe Iuriſconſultum credendum eſt. Hæc de ſubſtitutione pupillari.

Quid ſi vltimo decedenti ſubſtitutus quis ſit per fideicommiſſum, Ad §. Seia libertis l. Titia teſtamento 87. de leg. 2.

CAPVT XVI.

IN fideicommiſſaria ſubſtitutione res expeditior eſt. Conſtat enim ſi quis vltimo ex pluribus heredibus aut legatariis decedenti ſubſtitutus ſit per fideicommiſſum, ſiue in tota hereditate ſiue in toto fundo, induci reciprocum fideicommiſſum inter collegatarios, aut coheredes. Quaſi in neceſſarium antecedens vt poſſit tota hereditas aut totum legatum peruenire ad vltimum, & ab vltimo ad eum qui per fideicommiſſum ſubſtitutus eſt. *l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de legat. 2.* Duo igitur concurrere neceſſe eſt ad inducendam ex fideicommiſſaris fideicommiſſariam reciprocam, Nimirum vt ſit facta vltimo decedenti, & in tota hereditate aut in toto legato, vel fideicommiſſo. Etſi enim Paulus *in d. §. Seia libertis* eo potiſſimum moueri videtur quòd ab vltimo decedente fideicommiſſum relictum fuerat, vt apparet ex illis verbis *in ſecunda tamen adiecerit verbū, Qui vltimus deceſſerit*, nulla tamen ſubeſſet coniectura voluntatis ad inducēdum fideicommiſſum reciprocum, ſi ab vltimo non niſi in ipſius portione fideicommiſſum relictum eſſet, vt nec obſcurè nec ineleganter probat textus *in l. ſi eius qui, aliàs, eum qui 34. ff. ad S.C. Trebell.* vbi Marcianus ſcribit, Si eius qui nouiſſimus ex filiis morietur partem hereditatis propinquo reſtitui pater voluerit, & ſimul fratres diem ſuum obierint; propinquum ſi non oſtenderit quis nouiſſimus deceſſerit ad partem hereditatis non admitti.

mitti. Quid enim fideicommiſſarij intereſſet vter ex filiis nouiſſimus deceſſiſſet ſi frater fratri per fideicommiſſum ſubſtitutus videretur? Vtique enim certum eſſet alterutrius partem ad fideicommiſſarium pertinere, neque verendum eſſet, quod Marcianum præcipuè mouiſſe videtur, ne alterius quàm nouiſſimi defuncti partem fideicommiſſarius haberet, poſtquam tota hereditas ad nouiſſimum perueniſſet. Nam cùm per rerum naturam certum ſit alterutrum nouiſſimum deceſſiſſe non deficit ius pro fideicommiſſario ſed tantum probatio *vt in leg. duo ſunt Titij 20. D. de teſtam. tut. & leg. ſi fuerit 10. in princip. D. de reb. dub.* Probatio autem ideò neceſſaria eſt, quoniam non in alterutrius aut vtriuſque, ſed præcisè in nouiſſimi portione fideicommiſſum relictum proponebatur, quemadmodum poſt Accurſium & cæteros, Cuiacius tractat *ad leg. ex duobus 34. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Vt proinde iniquum futurum ſit & contra patris voluntatem ſi admittatur fideicommiſſarius ad partem eius qui fortaſſe prior defunctus ſit. Quæ tamen iniquitas ceſſaret iis poſito iure vt in prioris portione nouiſſimus per fideicommiſſum ſubſtitutus intelligeretur: Neque enim aut ipſius nouiſſimi, aut vllius alterius quicquam intereſſet. Niſi fortè quis dicat: imò verò poſſe matris intereſſe aut alterius heredis legitimi, propter detractionem Falcidiæ legitimariæ, in qua non poterat filius grauari fideicommiſſo *leg. Papinianus 8. §. meminiſſe de inoff. teſtam.* Siquidem quod ſuprà diximus pupillarem ſubſtitutionem vltimo decedenti factam operari vt frater fratri ſit ab inteſtato heres neceſſarius *ex dict. leg. qui duos 9. de reb. dub.* non perinde verum eſt in ſubſtitutione fideicommiſſaria vt ex eo apparet quod in dict. l. ſi eius ſcriptum eſt matrem in illa ſpecie ex Tertylliano Senatuſconſulto ad vtriuſque filij hereditatem admitti. Nempe quia cùm fideicommiſſaria ſubſtitutio nec eum ipſum heredem faciat qui nouiſſimo ex fratribus morienti ſubſtitutus eſt *§. reſtituta. Inſtit. de fideicommiſ. hered.* multo minùs facere poteſt fratres inuicem heredes, multo etiam minùs neceſſarios. Sed reſpōderi poteſt nec matris neu alterius cuiuſlibet legitimi ſucceſſoris poſſe quicquam intereſſe, quoniam ſiue hic ſiue ille ex fratribus aut prior, aut nouiſſimus deceſſerit, habebit legitimus heres totam alterutrius portionem, in parte verò alterius Falcidiam legitimam. Nihil autem refert cuius portionem aut integram, aut pro parte habeat, quia pontitius filios ex æquis portionibus inſtitutos. Alioqui etiamſi eſſent inuicem rogati, negarem tamen admitti fideicommiſſariam ad vllius ex ipſis portionem, niſi oſtenderet quis nouiſſimus deceſſiſſet. Ergo vt ad inſtitutam quæſtionem reuertamur, non ſufficit factam eſſe ſubſtitutionem fideicommiſſariam vltimo morienti ex heredibus aut legatariis ad reciprocum inter eos fideicommiſſum inducendum, ſed illud præterea requiritur vt facta ſit in tota teſtatoris hereditate aut in toto fundo. Quòd tamen id nonnulli comprobant *ex l. ſi Titius ex parte 96. de legat. 3. & l. Titia 86. Digeſt. ad leg. Falcid.* faciunt parum ſubtiliter. Non enim proponebatur iis locis fideicommiſſum relictum ab eo, qui vltimus moreretur, ſed ab vno ex coheredibus nominatim. Enimuerò huic receptiſſimæ & veriſſimæ noſtrorum ſententiæ obſtare videtur is ipſe textus quo mouentur, *dicti §. Seia libertis*, in cuius ſpecie nihil eſt ex quo poſſit colligi rogatum eum qui ex legatariis nouiſſimus moreretur, vt totum fundum reſtitueret. Nam quod Ripenſis conijcit eam fuiſſe teſtatoris voluntatem ex prohibita fundi alienatione non eſt probabile, tum quia is qui in vita prohibitus eſt vendere non prohibetur in eo fundo extraneum heredem inſtituere *l. pater 38. §. fundum de legat. 3.* niſi expreſſim iuſſerit teſtator fundum in familia relinqui *vt in l. peto 69. §. fratre de legat. 2.* Tum etiam quia etſi nulla proponeretur facta prohibitio idem tamen reſpondendum eſſet, ſi modò indefinitè fundus ab vltimo decedente per fideicommiſſum eſſet relictus, vt rectè Didacus defendit ad *capit. Raynutius §. 8. n. 2. & post Viglium in §. vel ſingulis Inſtit. de pupill. ſubſtit.* Ratione illa quòd in vltimis voluntatibus, vt aiunt, indefinita æquipolleat vniuerſali *l. ſi pluribus 44. de legat. 2. l. ſi plures 98. de legat. 3.* Quod ſi fideicommiſſaria ſubſtitutio non in fundo indefinite facta ſit, ſed vltimo decedenti ſimpliciter puta his verbis *Vltimo ex heredibus aut legatariis morienti Titium ſubſtituo.* aliud ſanè erit, videbiturque nouiſſimus de ſua tantùm portione rogatus, nec proinde fideicommiſſaria vlla reciproca inducetur. In quo errauit Ripenſis, non diſtinguens an ſimpliciter ab vltimo decedente fideicommiſſum relictum ſit nulla fūdi aut hereditatis facta mētione, an verò his verbis adiectis *in fundo* aut *in hereditate* abſque nota vlla vniuerſali, cùm tamen diſtinctio illa & elegans ſit & vera; quam & Bartolus & Imola & alij plerique probant *in d. §. Seia & in d. l. vel ſingulis.* Nec me mouet quod Ripenſis obiicit verba illa indefinita poſſe verificari etiā in portione vltimi ſola, cuius ſcilicet reſpectu poſſit ea pars dici fundus & hereditas vt contingit in corporibus omnibus homogeneis *l. ſeruus electione 5. §. 1. & §. vlt. de legat. 1. l. in ſingulis 77. D. ad leg. Falcid. §. & cum quæſitum Inſtit. eod.* Id enim procederet ſi non præterea ab vltimo decedente fideicōmiſſum relictum proponeretur. At his duobus concurrentibus, aperta eſt teſtantis voluntas vt perinde duo ſint ſubſtitutionis gradus ac ſi in toto fundo aut in tota hereditate nouiſſimus decedens grauatus fuiſſet, cùm vt dictum eſt, indefinita æquipolleat vniuerſali, & quidem ex vi ipſa & proprietate verb. citra interpretationem. Nec rurſus obſtat quod idem ille obiicit, *in d. §. Seia libertis* verba illa *ne eum fundum vendatis* ita neceſſariò intelligenda vt quiſque ex legatariis ſuam tantùm fundi partem vendere prohibitus ſit, ex quo infert ille, quod ſequitur *eumque* ſcilicet *fundum* non niſi de vltimi portione intelligi debere. Nam reſpondeo malam eſſe ratiocinationem. Illa ſiquidem pluralis locutio *ne eum fundum vendatis* reſoluitur neceſſariò in ſuas ſingularitates *lege falſa 33. §. vltim. de condit. & demonſtr. lege 2. §. vltim. de condic. inſtitut.* Illa autē ſingularis *eumque fundum qui ex vobis vltimus deceſſerit, cùm morietur reſtituat Symphoro* nō poteſt reſolui in alias ſingularitates quas nullas habet, ideóque totius fundi fideicommiſſum in perſona vltimi neceſſariò complectitur, & conſequenter facit vt vltimus ille collegatario ſubſtitutus videatur. Nec ſanè in legato aut fideicōmmiſſo ſingulari dubitationem hoc vllam habet. Sed in hereditatis fideicommiſſu videtur illud poſſe obiici quod in ſuperiorib. attigimus, non poſſe patrem facere vt nouiſſimus ex liberis decedens totam hereditatem alteri reſtituat, cùm vel inuito patre detrahenda ſit legitima itémque Trebellianica ex cap. Raynutius & c. Raynaldus *extr. de teſta.* Ratio igitur illa quæ in legato inducit reciprocū fideicōmiſſum inter collegatarios, vt totū habeat is qui nouiſſimo decedēti ſubſtitutus eſt, non aliter totum habiturus, ceſſare videtur eo caſu

quo nouiſſimus ex liberis decedens totam hereditatem reſtituere rogatus ſit, cùm fieri nequeat vt totam habeat ſubſtitutus. Sed reſponderi poteſt non idcirco negandum eſſe induci reciprocam inter coheredes, vt voluntas teſtatoris ſi non in tota hereditate propter autoritatem legis quæ dat filio primi gradus duplicem detractionem vel inuito patre, ſi noſtris credimus *ad leg. iubemus Codic. ad Senatuſconſultum Trebellian.* ſaltem quantum fieri poteſt effectum ſortiatur: vt quod de tota hereditate pater conſtituit ad eam ſolam hereditatis partem pertineat in qua filium fideicommiſſo obſtringere potuit. Idémque admittendum eſt extraneis quoque heredibus inſtitutis, vt non eo minùs inducatur inter ipſos reciproca, quòd grauatus heres Trebellianicam poſſit detrahere, illo etiam caſu quo in tota hereditate fideicommiſſum ab vltimo decedente relictum ſit [quamuis enim extraneo prohiberi poſſit detractio Trebellianicæ ſicut & Falcidiæ, non tamen ex eo ſolo inducitur prohibitio quòd totam hereditatem ſuam reſtitui teſtator iuſſerit vt Caſtrenſis verè docuit *ad Authen. ſed cùm teſtator Cod. ad leg. Falcid.*] Subducto ſiquidem eo quod legis Falcidiæ aut ſenatuſconſulti authoritas exceperit, reliquum in duplici fideicommiſſo tam reciproco quàm vltimo eſſe intelligitur *argum. leg. quoties 67. D. eodem.* Et hæc ſanè ſicut receptiſſima ita & veriſſima ſententia eſt pleriſque Senatus noſtri conſultis adprobata. Hoc etiam addito & obſeruando quod ad inducendam fideicommiſſariam reciprocam non illud ſufficit vt ſubſtitutio facta ſit vltimo decedenti & in tota hereditate, ſed illud præterea requiritur, vt ij quorum nouiſſimo facta eſt ſint vocati & in diſpoſitione poſiti non tantùm in condicione. Quæ fuit primùm ſententia Imolæ *in leg. centurio*, quem refert & ſequitur Socinus *in dict. §. cum ita & Didacus dict. §. 8. numer. 3. in fin.* Sequitur enim hac parte Senatus noſter & benè communem illam noſtrorum traditionem, quæ habet liberos in condicione poſitos non ob id ſolùm cenſeri vocatos quòd ſint grauati, prorſúſque inutile fideicommiſſum eſſe tanquam ab eo relictum qui non fuit honoratus ex regula legis ab eo 9. *Codic. de fideicommiſſ.* Tametſi contra ſenſerit Bartolus *in dict. leg. centurio numer. 3.* vulgò à noſtris improbatus. De quo tamen alio loco pluribus tractandum nobis erit, quoniam obſcura quæſtio eſt variiſque diſtinctionibus explicanda. Illud ſanè ad inſtitutam diſputationem omnino pertinet, an videatur ſubſtitutio facta vltimo decedenti, cùm poſt mortem plurium facta eſt, aut ſub illa condicione *ſi ambo deceſſerint.* De illo igitur in ſequentibus videamus.

Quibus caſibus videatur ſubſtitutio facta ab vltimo decedente cum id expreſſum non eſt.

Cap. XVII.

Mirum eſt quantas huic diſputationi tenebras offuderint interpretum noſtrorum contentiones. Sed nobis ſufficiet dixiſſe quid magis communiter probatum ſit, deinde quid nos magis probandum arbitremur. Receptior doctorum ſententia eſt ſubſtitutionem fideicommiſſariam factam poſt mortem plurium aut quod idem eſt poſt mortem omniũ aut etiã factã pluribus ſiue ſimpliciter ſiue indefinita hereditate aut in legato vel fideicõmiſſo non cenſeri factam ab vltimo, ſed à ſingulis pro cuiuſque portione: ideóque nec inducere reciprocam inter oneratos, ſed primo quoque decedente admitti fideicõmiſſarium ad eius portionem *ex l. vl. §. filium de legat. 2. lege Lucius 78. §. Cato Digeſt. ad S. C. Trebellian.* Idémque eſſe etſi ſub nomine collectiuo facta ſit ſubſtitutio hoc modo *ſi vterque ſine liberis deceſſerit* aut *ſi omnes deceſſerint.* Reſolui enim & diſtribui pluralitatem in ſuas ſingularitates, quoties ſingularitates illæ reſpiciunt diuerſos effectus *leg. falſa 33. vbi Bartol. de condic. & demonſtr. l. 2. §. vltim. de condic. inſtitut.* Hic autem diuerſos videri effectus, quia tot ſint ſubſtitutiones fideicõmiſſariæ, quot ſunt perſonæ oneratæ, cùm vniuſcuiuſque fidem teſtator ſecutus eſſe videatur: nec aliam cenſeri voluntatem teſtatoris cùm dictione collectiua & vniuerſali vſus eſt. Quanquã.n. differt in eo pluralitas ab vniuerſalitate quòd vniuerſalitas nũquã reſoluitur in ſuas ſingularitates, quas ſcilicet nõ continet tãquã ſingulas ſed tanquam in vniuerſum collectas vt idem Bartolus fatetur *ad §. vltim. dict. leg. falſa*, vt proindè ex proprietate verborum repellendus ſit fideicommiſſarius ſi in alterutrius tantùm perſona fideicommiſſi condicio extiterit, placet tamen contrariam videri teſtantis voluntatem, quæ maximè in condicionibus omnibus dominatur *leg. in condicionibus 19. de condic. & demonſtr.* præſertim verò in fideicommiſſis *lege heredes mei 57. §. cùm ita D. ad S. C. Trebell.* Sic Bartol. Iaſol. & Alexand. *in d. §. cùm ita*, & alij plerique quos refert & ſequitur Didacus Conar. *in cap. Raynutius §. 8. num* 4. Hæc ita ſi non ſuperſit talis perſona quæ ex præſumpta mente defuncti debeat excludere ſubſtitutum ſiue ſit illa ex deſcendentibus *vt Bar. voluit ad d. §. cũ ita ex l. pẽ. C. de imp. & aliis ſubſt.* Siue etiã ex tranſuerſalib. dũmodò proximior ad ſuccedendum ab inteſtato, quomodo plerique tradiderunt. Addunt vulgo aliam exceptionem, niſi factum ſit fideicommiſſum in ea re in qua etiam poſt agnitionem ius adcreſcendi locum habere poſſit puta in vſufructu, aut habitatione *leg. 1. §. vlt. D. de vſufr. adcreſc.* Tunc enim videri teſtatorem voluiſſe ſubſtituto præferre coniunctum ad cõſeruandum inter eos ius adcreſcendi *ex leg. codicillis 34. in princip. vbi Bart. de vſufr. legat.* Quaſi hoc caſu eadem ratio ſit fideicommiſſariæ, quæ vulgaris ſubſtitutionis. In qua communiter receptum eſt vt qui pluribus inſtitutis ſubſtitutus vulgariter fuit, ſiue ſimpliciter hoc modo *Heredibus meis Caium ſubſtituo* [quibus verbis conſtat non contineri fideicommiſſariam ſed ſolam vulgarem quia tractum temporis non habet vt noſtri tractant *ad l. centurio de vulg. & pupill. ſubſtit.*] ſiue cum dictione collectiuã *ſi neuter heres erit* non aliter admittatur quàm ſi in vtriuſque perſona verificetur cõdicio, hoc eſt ſi neuter heres fuerit. Neque enim hic poteſt reſolui pluralitas in ſuas ſingularitates *l. quamuis 4.* vbi latè poſt Bartolum & cæteros Decius *C. de impub. & aliis ſubſtit.* Siue quod vt Bartolus tradidit vtraq. ſingularitas reſpiciat hoc caſu vnum eundémque effectũ hoc eſt ius ſuccedendi in vna vnius hominis hereditate, ſiue potiùs quòd vulgaris ſubſtitutionis formulam neceſſe ſit concipi per negationem, Propoſitionis autem negatiuæ natura illa ſit vt ſi in vno ſit falſa, in totum falſam eam eſſe oporteat *l. ſi is qui ducenta 13. §. cũ ita De reb. dub.* Siue denique quòd vulgaris ſubſtitutio locum non habeat niſi in caſum non aditæ hereditatis *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* ac proinde caſum quo locus ſit iuri adcreſcendi, cuius vtrique conſeruandi voluntatem habuiſſe teſtatorem credendum eſt. Nam quod dici ſolet ius ſubſtitutionis eſſe potentius iure adcreſcendi *l. 2. §. ſi duo Digeſt. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* tunc tantùm

verum

verum eſt cùm alicui ex coniunctis nominatim & ſpecialiter ſubſtitutus datus eſt, non autem cùm in dubio teſtator reliquit vtrum præferri voluerit, vt contra Alexandrum diſputat Decius *in d. l. penult. Cod. de impub. & alijs ſubſtitut.* Differt ergo ſecundũ noſtros vulgaris ſubſtitutio à fideicõmiſſaria, prætérquàm his duobus caſibus, Si inter honoratos locus ſit iuri adcreſcendi etiam poſt agnitas portiones ſiue ex natura rei id procedat, ſiue ex voluntate teſtatoris *dict. l. codicillis*. Et, ſi talis perſona ſuperſit quæ ex veriſimili & præſumpta mente defuncti excludat ſubſtitutum *dict. l. penult. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* In pupillari idem noſtri tractant quod in fideicommiſſaria. Nimirum ſi quis duobus impuberibus ita ſubſtitutus ſit *ſi vterque deceſſerit*, non induci reciprocam inter impuberes, ſed admitti ſubſtitutum alterutro decedente quoties non ſupereſt perſona magis dilecta, hoc eſt ſi modò ſubſtitutus ſit ex liberis. Nam cùm pupillariter ſubſtituere nemo poſſit niſi propriis liberis, ſemper accidit cùm ſubſtitutus eſt extraneus aut alius quilibet extra liberos vt ſuperſit frater defuncti impuberis fauorabilior ſubſtituto, & conſequenter vt priore ex impuberibus decedente excludatur ſubſtitutus, præferatúrque frater non tam ex proprietate dictionis illius collectiuæ *vterque*, quàm ex mente patris, quem veriſimile eſt voluiſſe vt frater fratri non ex teſtamento & reciproca tacita pupillari, ſed ab inteſtato ſuccederet, ſubſtitutus verò ita demum ex ſubſtitutione admitteretur ſi nouiſſimus quoque impubes decederet, quaſi hoc caſu nouiſſimo tantũ ſubſtitutus ſit qui vtrique ſubſtitutus eſt *dict. l. pen. & l. vel ſingulis 37. D. eod.* Neque intererit an ita teſtator dixerit *ſi vterque impubes deceſſerit* an ita *ſi impuberes deceſſerint*. Subſtitutum enim vtroque caſu excludi placet, ſi non ſit ex liberis. Quę Accurſij ſententia eſt à cæteris recepta *in l. ſi pater 25. in verb. ſubſtituerit. eod. tit.* Si ſit ex liberis & æquè dilectus, vtroq. caſu fratri ſuperſtiti præferetur *arg. d. §. cùm ita l. heredes mei. ad S.C. Trebell.* vbi hoc ipſum in ſubſtitutione fideicommiſſaria creditur Papinianus reſpondiſſe. Atque hęc quidem, vt dixi receptior noſtrorũ traditio eſt. Sed an in omnibus vera ſit, ego ſanè quàm maximè dubito. Nam quod ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem pertinet, non poſſum illud concoquere quod volunt admitti fideicommiſſarium ad portionem deficientem ſi in vnius tantùm perſona condicio extiterit, cùm per dictionem collectiuam cõcepta cõdicio eſt, ſiue de prioris defuncti ſiue de nouiſſimi portione diſputetur. Imò neceſſe arbitror vt in vtriuſque perſona condicio exiſtat, priuſquàm fideicommiſſarius admittatur. Idque non tãtum ex proprietate dictionis collectiuæ, quod omnes fatentur, ſed etiam ex apertiſſima teſtatoris voluntate. Iuris ſiquidem regula eſt ad vltimas voluntates non minus quàm ad contractus pertinens, Propoſitionem, aut orationem quæ ſumitur ex vniuerſo non aliter veram eſſe quàm ſi in omnibus vera ſit *d. l. ſi is qui ducenta 33. §. vtrum de reb. dub.* Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui repugnet præterquàm *in d. l. heredes mei §. cùm ita ad Trebell.* Cuius quoniam obſcuriſſima eſt ſententia necdum fortaſſis à quoquam bene explicata, dicendum nobis eſt paulò latius quid Papinianus eo reſponſo ſenſiſſe videatur.

Interpretatio §. cùm ita l. heredes mei 57. D. ad S.C. Trebellian.

CAPVT XVIII.

PAter duobus filiis inſtitutis ita ſcripſerat *Fidei filiorum meorum committo, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat: Quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnẽ hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* Priore mortuo ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis, quærit Papinianus an ad portionem nouiſſimi ſubſtituta neptis admitti debeat. Non ergo quærit de portione prioris defuncti, de qua nec poterat vlla incidere quæſtio, quamuis & ipſe ſine liberis deceſſiſſet. Nimirum propter reciprocam diſertè factam inter fratres, cuius poteſtate frater ſuperſtes ad fideicommiſſum vocatur, excluſa prorſus nepte perinde ac alio quolibet ſubſtituto. Sed de portione nouiſſimi ſine liberis defuncti cauſſa dubitandi illa erat, quòd neptem auus ſubſtituerat ſub ea conditione *ſi vterque filiorum ſine liberis decederet*, quæ condicio defeciſſe videbatur, priore ſuperſtitibus liberis defuncto. Itaque prima facie propter condicionis verba neptis excludebatur. Sed tamen contrà Papinianus reſpondet, abſurdum ſibi videri ceſſante prima ſubſtitutione, patris nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit auus ſi nouiſſimus fratris quoque portionẽ ſuſcepiſſet. Senſus eſt, ni fallor, Patrẽ in propoſita ſpecie duos ſubſtitutionis gradus feciſſe, Priorẽ illũ ſubſtitutionis reciprocæ inter fratres, vt qui prior ſine liberis moreretur, partẽ ſuã ſuperſtiti fratri reſtitueret, Poſteriorem pro nepte ſi vterque ſine liberis decederet. Hanc verò poſteriorem ſubſtitutionem ſic Papinianus interpretatur, vt ſoli nouiſſimo facta ſit. Et rectè. Nam quemadmodum ſubſtitutio fideicommiſſaria facta vltimo decedenti in tota hereditate inducit reciprocam fideicommiſſariam inter heredes, vt diximus in præcedentibus *ex l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de legat.*
2 Ita facit reciproca illa quæ expreſſa eſt inter fratres ſubſtitutio vt non poſſit videri neptis ſubſtituta priori ſine liberis morienti, ſed tantùm nouiſſimo *l. ſi pater 25. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Prior enim ſubſtitutum alium habuit, fratrem videlicet ſuperſtitem. Nec ad rem pertinet, quòd non in nouiſſimi tantùm portione ſubſtituta neptis proponatur, ſed in tota hereditate. Id enim fit ex vi prioris ſubſtitutionis reciprocæ, per quam fieri poſſe cogitauit pater, vt tota hereditas ad nouiſſimum perueniret. Quo caſu eandem quoque totam ex nouiſſimi perſona ad neptem nouiſſimo ſubſtitutam peruenire voluit. Inde verò ſequitur, ſicuti duæ ſunt ſubſtitutiones, ita duas eſſe condiciones, Prioris ſubſtitutionis vnam, Poſterioris alteram. Prioris condicio illa eſt, ſi prior ſine liberis deceſſerit. Poſterioris verò, quam ſoli nouiſſimo factam dicimus, condicio alia eſſe non poteſt quàm hæc *ſi nouiſſimus ſine liberis deceſſerit*. Cur enim nouiſſimo auus neptem ſubſtituiſſet ſub ea condicione *ſi prior quoque ſine liberis decederet*, cùm eo caſu eueniente non neptem ille vocaret, ſed filium qui ſupereſſet? Atqui, inquies, non ſic concepta condicio eſt *ſi nouiſſimus*, ſed ita *ſi vterque ſine liberis deceſſerit*. Nimirum quia cogitans pater de danda nepti non tantùm nouiſſimi portione ſed tota etiam hereditate, neceſſe habuit prioris ſubſtitutionis repetitionem quandam inducere, ſine qua facere non poterat vt tota hereditas ex ſolius nouiſſimi perſona ad neptem perueniret: ipſam portò ſubſtitutionem repetere non potuit quin ipſius etiam repeteret condicionem. Ita er-

go factum eſt vt ſubſtituendo ſoli nouiſſimo ſub ea tantùm condicione, Si ille ſine liberis moreretur, & repetendo priorem ſubſtitutionem priori decedenti factam ſub illa quoque licèt alia numero condicione *ſi prior ſine liberis decederet* neceſſe fuerit poſteriorem ſubſtitutionem compendio verborum ita concipi *ſi vterque*, Non ad ſuſpendendum duplici condicione euentum ipſius, ſed ad inducendum ex ſeparato duplicis ſubſtitutionis euentu effectum illum vnum, quem animo concipiebat auus, vt ex ſolius nouiſſimi perſona omnis hereditas ad neptem perueniret. Itaque dictio illa collectiua *vterque* non ſtat hic collectiuè quod pertinet ad condicionem poſterioris ſubſtitutionis, quaſi voluerit auus neptem ſubſtitutam nouiſſimo ita demum admitti ſi prior quoque ſine liberis decederet, ſed ſtat collectiuè quod pertinet ad effectum & commodum poſterioris ſubſtitutionis, hoc eſt ratione rei per fideicommiſſum relictæ, nempe totius hereditatis. Quia ad colligendas in perſona vnius neptis vtriuſque filij portiones neceſſarium fuit prius colligi, & velut in vnum corpus redigi vtramque ſubſtitutionem, & ſubſtitutionis vtriuſque condicionem. Alioqui non poſſe ſecunda ſubſtitutio quantumuis, vt cum noſtris loquar, purificata facere, vt ex perſona ſolius nouiſſimi plus habeat neptis, quàm nouiſſimus ipſe habuerit. Atqui non poteſt tota hereditas ad ſuperſtitem fratrem peruenire, ſi non prior quoq. ſine liberis deceſſerit. Vt ergo tota ad neptē perueniat prioris quoq. illius ſubſtitutionis condicionem exiſtere neceſſe eſt. Ceterùm, non niſi nouiſſimo ſubſtitutam videri neptē ex eo apparet, quòd ſi ponas vtrumque filium ſine liberis decedere, atque ita vtriuſq; ſubſtitutionis condicionem exiſtere, non ideò ſuccedet nepti vtrique ſed ſoli nouiſſimo, vt apertè Papinianus docet illis verbis *ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet*. Itaq; quod teſtator in exprimenda condicione poſterioris fideicōmiſſi dictione collectiua vſus eſt, ex neceſſitate potiùs quā ex voluntate factū videtur propter aliā illam dictionem collectiuam *omnem* in eiuſdem fideicōmiſſi diſpoſitione expreſſam, atque vt dixi quaſi in neceſſariū antecedens diſpoſitionis huiuſmodi vniuerſalis, quæ aliter effectū habere nō poterat. Et, vt dicam apertiùs, duæ illæ ſubſtitutiones non ſunt æquè principales ſed gradatim factæ & ordine, aut potiùs, vt loquar cū Paulo *in d. §. Seia libertis*, duo gradus ſunt vnius ſubſtitutionis. Vnde fit vt priorē in poſteriore contineri neceſſe ſit, non vt poſterioris condicio eueniat quę ſcilicet nihil commune habet cū prioris condicione, ſed vt poſterior talem effectū pariat, qualē teſtator voluit, hoc eſt vt nō nouiſſimi decedentis tantùm portionē comprehendat, ſed etiam prioris: quod niſi per gradum euentúmque prioris reciprocæ fieri non poteſt. Siue igitur teſtatoris voluntatem conſideres ſiue effectū ipſum nihil intereſt an ita ſcriptū ſit vt apud Papinianum an ita breuiùs. *Filij mei heredes ſunto: Qui ex ipſis vltimus ſine liberis morietur totam hereditatē meam nepti mea Claudia reſtituat.* Nam & his verbis conſtat induci reciprocam inter fratres *dict. §. Seia libertis*. Differentia tantum eſt quod reciproca hæc eſt tacita quæ apud Papinianum eſt expreſſa: ceterùm vtroque caſu duo ſunt gradus ſubſtitutionis, vtroque caſu fideicommiſſum totius hereditatis à ſolo nouiſſimo relictum intelligitur, tametſi in portione tantùm hereditatis eſſet ille inſtitutus. Ideóque vtriuſque ſubſtitutionis condicionem euenire vtroque caſu neceſſe eſt ad hoc vt totam hereditatem neptis habeat: Quemadmodum ergo ita conceptis verbis fideicommiſſi *Qui ex filijs meis vltimus morietur ſine liberis omnem hereditatem Claudiæ neptis mea reſtituat*, abſurdum eſſet dicere ceſſante reciproca tacita & priore mortuo ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis, petitionem partis denegari nepti quam totum habere voluerat auus ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet, nempe quia prorſus inepta fuerit illa conſecutio vt is cui totum teſtator dedit ex eo ſolo partem habere nequeat, quòd ad totum admitti non poſſit [non enim à toto ad partem valet argumentum negatiuè, ſicut nec à parte ad totum affirmatiuè] ita & in ea ſpecie quam Papinianus tractat, idem admittendum eſt, nil obſtante dictione illa collectiua, quæ vt dixi non facit condicionem in poſteriori ſubſtitutione ad excludendam omninò neptem ſi alteruter tantùm ſine liberis deceſſerit, ſed priorem ſubſtitutionem eiúſque condicionem includit, ad hoc vt prioris ſubſtitutionis non tam natura & condicio quàm commodum in poſteriorem gradatim deuoluatur. Idque eſt quod Papinianus ſignificat cùm ait *ceſſante prima ſubſtitutione* nimirum moriente priore cum liberis non ideò ceſſare poſteriorem ſubſtitutionem, ſed priorem duntaxat, cùm etſi ex contrario deceſſiſſet prior ſine liberis, non idcirco poſterioris ſubſtitutionis condicio extitiſſet ſed prioris. Porro nihil vetat ceſſante priore ſubſtitutione poſteriorem habere locum, & viciſſim ceſſante poſteriore priorem ſaluam eſſe. Fac igitur non duos eſſe gradus ſubſtitutionis, ſed vnicum duntaxat, puta ſi teſtator nulla præmiſſa reciproca aut expreſſa aut tacita ſic ſimpliciter ſcripſerit *Filij mei heredes ſunto, ſi vterq; ſine liberis deceſſerit omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo* [hac enim formula nullam inter fratres tacitam reciprocam induci non minùs verum quàm receptum eſt.] Aut ſi mauis, fac duas eſſe ſubſtitutiones non ordine & gradatim factas, & quarum poſterioris non euentus ſed effectus à priori pendeat vt *in dict. §. cùm ita*. ſed æquè principales prorſúſque diſcretas, puta ſi nouiſſimo decedenti auus neptem ſubſtituerit non in tota hereditate, quæ ſola dictio ſubſtitutionum ordinem & gradus induceret, ſed in ipſius nouiſſimi tantùm portione ſub ea tamen condicione *ſi vterque filius ſine liberis deceſſerit*: An in nouiſſimi perſona exiſtere condicionem ſufficiet, vt ſaltem ad illius portionē neptis admittatur? Ego non puto, in eóque non tam à Papiniano quā à noſtris diſſentio qui Papiniani reſponſum tam elegans ad aliā ſpeciem accommodatū ad iſtas prorſus diſſimiles trahunt. In iſtis enim dici non poteſt, cur teſtator in concipienda condicione vſus ſit dictione collectiua & vniuerſali, niſi vt vtriuſque cōdicionis euentum in ſingulorum perſona & portione coniunctim requireret. Itaque nepti partem his caſibus perſequenti non tātùm obſtant verba fideicommiſſi, ſed etiam ſententia teſtatoris, quia ceſſat ratio illa, qua potiſſimū Papinianus mouetur, quòd abſurdum ſit partis nepti petitionem denegari, quā totū habere voluerat auus ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet. Siue enim reciproca nulla præceſſerit, ſiue præceſſerit quidem, ſed in nouiſſimi tantùm portione neptis ſubſtituta ſit, dici non poteſt voluiſſe auum vt neptis ex nouiſſimi perſona totam hereditatem haberet, ſed vel nouiſſimi tantùm portionem, vel ſi vtramque ex perſona vtriuſque non ſolius nouiſſimi. Nec ſimiliter dici poteſt quod noſtri volunt, abſurdum eſſe partis petitionē

alteru-

alterutro decedente denegari ei, quem totum habere voluit teſtator ſi vterque ſine liberis decederet. Nam cùm ex vtriuſq; perſona ſubſtitutus ad vtriuſque portionem vocatus eſt ſub illa condicione collectiua *ſi vterque ſine liberis decederet*, vnica tantùm condicio eſt, eáque indiuidua. Cuiuſmodi ſunt condiciones omnes, quas ideò placuit implendas eſſe & in totum & in forma vt loquuntur ſpecifica *l. qui heredi 44. D. de condic. & demonſtr. & d. l. ſi is qui ducenta §. vtrum de reb. dub.* Ex quo intelligimus duplicem Bartoli & ſequacium errorem eſſe in interpretatione *d. §. cùm ita.* Vnum illum, quòd putant non alia ratione admitti neptem ad portionem nouiſſimi, quàm quia non ſupererat perſona magis dilecta quæ ipſi in ſucceſſione aut aui aut patrui præferri poſſet, quaſi aliter fuiſſet reſponſurus Papinianus ſi nouiſſimo decedenti extraneus per fideicommiſſum ſubſtitutus eſſet, aut ſi neptis ab aui ſucceſſione per ſtatutum aliquod excluſa fuiſſet fauore maſculorum, aut ſi nouiſſimus ex oneratis decedens alium fratrem ſuperſtitem reliquiſſet, qui procul dubio in grauati fratris legitima ſucceſſione alterius fratris filiam excluſiſſet *l. 3. C. de legit. hered. l. auunculo 6. C. commun. de ſucceſſ.* Nam cùm ratio qua mouetur Papinianus non minùs locum habeat in fideicommiſſario extraneo, quàm in nepte, non video cur vbi eadem ratio eſt diuerſum ius conſtituere debeamus. Alterum quod exiſtimant, ſi in Papiniani ſpecie nulla præceſſiſſet reciproca, non eo minùs fuiſſe illum pro nepte reſponſurum, tametſi in prioris perſona condicio defeciſſet, quaſi nihil referat an fideicommiſſum à pluribus ſub condicione illa collectiua relictum ſit *ſi vterque deceſſerit ſine liberis* an ita ſimpliciter *ſi Titius & Sempronius ſine liberis deceſſerint* quo caſu placet omnibus, alterutro ſine liberis decedente protinus admitti fideicommiſſariū ad eius portionem, licèt poſtmodum in alterius perſona condicio deficiat *ex l. vlt. § filium de legat. 2. & l. Lucius 78. §. Caio ad S.C. Trebell.* An non enim & verbis & voluntati teſtatoris vim facit qui nullam dictioni collectiuæ & vniuerſali vim tribuit contra id quod apertiſſimè traditum eſt *in d. §. vtrum.* Aut cur orationem ſimplicem vniuerſali comparemus. Siquidem illud conſtat, non quemadmodum pluralitas reſoluitur in ſuas ſingularitates, ita & reſolui vniuerſalitatem vt Bar. ipſe fatetur *ad l. falſa 33. §. vl. de condic. & demonſtr.* longéq; intereſſe quod ad diuiſionem condicionis pertinet, an perſonarum quibus condicio adſcripta eſt, enumeratio aliqua facta ſit, necne, cùm plerumque accidat vt enumeratione perſonarum diuiſa videatur condicio, quæ alioqui indiuidua cenſeretur *l. cui fundus 56. eod. facit d. l. qui heredi 44. §. ſi duorum & l. ſi quis legata 54. §. vlt. eod. tit. l. ſi legato 11. §. 1. l. ſi ita fuerit 23. in princip. & §. 1. D. de manum. teſtam.* Nec me mouet ratio illa Bartoli, quòd in fideicommiſſo à pluribus quomodocumq; relicto videatur teſtator cuiuſlibet fidem ſecutus. Id enim ad grauaminis non ad cōdicionis diuiſionem pertinet, nec quicquā vetat onerari te fideicōmiſſo ſub ea condicione quæ in alterius perſona impleri debeat, vt puta ſi Titius Capitolium aſcenderit, aut Conſul factus fuerit.

Ad l. penult. C. de impub. & alijs ſubſtit.

Cap. XIX.

Sed Bartolum & cæteros omnes præcipites agit conſtitutio ſola Iuſtiniani *in l. penultim. C. de impub. & alijs ſubſtit.* vbi ſententiā Sabini ſecutus ille conſtituit, vt ſi pater duobus impuberibus inſtitutis Titium ſubſtituerit ſub ea condicione *ſi vterque impubes deceſſeris* priore defuncto impubere non ſtatim admittatur ſubſtitutus, ſed ita demum ſi alter quoque impubes decedat. Voluiſſe enim patrem vt fratris inteſtati ſucceſſione ſuperſtes frater ſubſtituto præferretur. Excludi itaque ſubſtitutum non ſolùm ex vi & poteſtate dictionis collectiuæ ſed etiam ex voluntate patris propter fauorem fratris ſuperſtitis, qui ſi concurreret, puta ſi de nouiſſimi impuberis hereditate ageretur, defuncto priore iam pubere vtrique ſubſtitutus admitteretur, licet in nouiſſimi tantum perſona condicio extitiſſet vt ex communi omnium ſententia tradunt Itali recentiores *in dict. leg. penultim.* Sic enim illi ratiocinātur vt hac parte nihil differat pupillaris ſubſtitutio à fideicommiſſaria, contra Dinum qui differre putabat, ſed in vtraque hoc iuris ſit vt ad deficientem prioris fratris ſucceſſionem non admittatur ſubſtitutus extraneus, quia ſuperſit perſona dilectior, ſcilicet fratris ſuperſtitis. Ad portionem verò nouiſſimi ex voluntate teſtatoris admittatur, quoties non supereſt, cui magis fauendum ſit, quàm ſubſtituto. Hanc vnam eos agnoſcere differentiam neceſſe eſt, quòd in fideicommiſſaria non ita facile contingit, vt perſona quæ supereſt dilectior ſit ſubſtituto. Poteſt enim omnibus fieri etiam extraneis, pupillaris verò non niſi liberis, iiſque impuberibus *leg. 2. l. verbis 7. l. coheredi 41. §. cum filiæ & paſſ. De vulgar. & pupill. ſubſtit.* Mihi verò longè aliud iudicium eſt, nec dubito quin diſtinguenda ſit in quæſtione iſta pupillaris ſubſtitutio à fideicommiſſaria: ſed tamen longè aliter quàm olim Dinus diſtinxerit. Ille enim exiſtimabat pupillarem ſubſtitutionem factam impuberibus *ſi vterque impubes decederis* non niſi vtroque decedente admittere ſubſtitutum ſiue prior ſiue poſterior tantùm impubes deceſſerit. Fideicommiſſariam verò factam pluribus ſub ea condicione *ſi vterque ſine liberis moreretur* in cuiuſlibet ſine liberis decedentis portione confeſtim exiſtere. At ego in cōtrarium ſic ſentio, in pupillari ſubſtitutione dictionem illam collectiuam non requirere euentum condicionis in perſona vtriuſque, ſed alterutrius obitum ſufficere vt in illius hereditate ſubſtitutio locum ſibi vindicet, ſiue prior ille ſit ſiue poſterior ſi ſubſtitutionis naturam ſpectes, ſin voluntatem patris, ita demum ſi de vltimi decedentis ſucceſſione controuertatur, ſiue ex priore pubere ſuperſint liberi ſiue non. Reiecta etiam illa diſtinctione Baldi *in dict. leg. penultim.* quam & refert, & ſequitur Caſtrenſis *ad dict. §. cùm ita numer. 3.* An ſubſtitutus ſit in pari gradu ſuccedendi cum liberis præmortui puberis: an in remotiori aut omnino extraneus. In fideicommiſſaria verò ſiue ex verbis ſiue ex voluntate teſtatoris vim fideicommiſſi metiare, perpetuum illud eſſe vt in vtriuſque perſona condicionem euenire neceſſe ſit, præterquam ſi reciproca præceſſerit inter grauatos ſiue expreſſa vt *in dict. §. cùm ita*, ſiue tacita vt *in dict. §. Seia libertis.* Diſſimilitudinis cauſam illam adfero, quòd pater qui pluribus liberis pupillariter ſubſtituit licèt ſub illa condicione *ſi vterque impubes deceſſerit* vtrique ſeparatim heredem dare intelligitur, & quidem purè. Illa enim verba vulgaria ſubſtitutionis pupillaris *ſi impubes deceſſeris* ideò tantùm adiiciuntur vt appareat nolle patrem filio teſtamentū facere niſi in eum caſum in quem poteſt, id eſt ſi filius impubes decedat. Cæterùm non faciunt vt pupillari

ſubſtituto hereditas pupilli ſub condicione deferri videatur, non magis quam ſi quis ita heredem inſtituat, *Titius ſi ego moriar heres mihi eſto*. Nam & hæc inſtitutio pura eſt, nec condicione illa, quæ tacite inerat vllo modo ſuſpenditur *l. 3. de legat. 1. l. in condicionibus 29. §. 1. l. aliquando 107. de condic. & demonſtr. l. ſi dies 11. §. fin. & l. ſi Titio 22. §. 1. Dig. quand. dies legat. ced. l. inſtitutio talis 10. §. vlt. l. verba hæc 12. Digeſt. de cond. inſtitut.* Quod cùm ita ſit apparet naturam pupillaris ſubſtitutionis non pati, vt iis verbis *ſi vterque impubes deceſſerit* interpretemur voluiſſe patrem non priùs admitti ſubſtitutum ad alterutrius hereditatem, quàm in vtriuſque perſona condicio extiterit. Cum neque huic neque illi ex liberis det heredem ſub condicione, ſed vtrique purè, in eum tamen caſum quo lex ei permittit vt pro vtroque teſtetur, hoc eſt, quo vterque impubes decedat. Itaque moriente alterutro impubere confirmatur in perſona eius ſubſtitutio pupillaris, quę ipſius teſtamentum eſt, ſicut & cuiuſlibet patrisfamilias teſtamentum morte ipſius confirmatur, & ab eo tempore vires habere incipit. Inſtitutio autem in perſona ſubſtituti pura eſt, quoniam ſtatim atque mortuus eſt impubes, nulla amplius condicio implenda ſupereſt, quæ intereà delationem aut aditionem hereditatis remoretur. Vnde illud etiam fit quod noſtri omnes fatentur, & rectè, vt ſi prior pubes deceſſerit, nouiſſimus verò impubes, perinde ad nouiſſimi hereditatem admittatur is qui ſubſtitutus fuerat ſi vterque decederet ac ſi ita fuiſſet ſubſtitutus *ſi alteruter* aut quod idem eſt *ſi quis eorum impubes moreretur*. Indeque nimirum dubitandi cauſſa naſcebatur in quæſtione *dict. l. penultim. C. de impub. & alijs ſubſtit.* vt defuncto priore impubere alio etiam ſuperſtite ſubſtitutus ad defuncti partem admitteretur, quomodo admittendum eum Proculiani fortaſſe contra Sabinianos exiſtimabant ex verbis & natura ſubſtitutionis. Nam ſi verum eſt quod diximus, ea verba *ſi filius impubes decedet* non facere vt pupillus heredem ſibi habeat ſub condicione, ſed vt habeat purè, vtique conſequens eſt patrem qui duobus liberis ita ſubſtituit *ſi vterque impubes decederet* non vtriuſque obitum in condicione ſubſtitutionis ſingulorum ponere voluiſſe, ſed potiùs vtrique ſubſtituere: ac proinde ſingulis heredem dare. Præſertim cùm inſolita & prorſus inepta futura ſit pupillaris ſubſtitutionis formula ſi ita concipiatur. *Si Titius filius meus heres erit & in pupillari ætate deceſſerit, nec tantum ipſe ſed alius quoque filius meus Sempronius, Mæuium eidem Titio ſubſtituo.* Itaque falluntur egregiè meo iudicio qui putant in ſpecie *d. l. penult.* repellendum ſubſtitutum à prioris impuberis hereditate ex verbis ſubſtitutionis propter dictionem illam collectiuam *vterque*. Cùm tamen fateantur admittendum eum ad nouiſſimi hereditatem, licet prior pubes deceſſerit. Et verò vt Sabini ſententiam Iuſtinianus probet ſubſtitutum à prioris ſucceſſione repellentis, non ex verbis ſubſtitutionis mouetur, ſed ex veriſimili voluntate patris, quem ait cogitaſſe vt primo filio decedente ſuperſtes frater in eius portionem ſuccederet. Ergo pro ſubſtituto faciebant verba ſubſtitutionis, quemadmodum facerent, ſi de nouiſſimi hereditate ageretur, quo caſu ceſſaret illa Sabini ratio quæ in portione primi contrariam verbis interpretationem extorſit. Præſumptam autem illam patris voluntatem coniiciebat Sabinus, non tantùm ex fauore fratris ſuperſtitis cui veriſimile non ſit voluiſſe patrem præferre ſubſtitutum extraneum, vt vulgo creditur, ſed ex illo etiam fortaſſe quod pater proponebatur non ita ſimpliciter ſubſtituiſſe *ſi vterque filius meus impubes deceſſerit, Sempronius heres eſto* ſed adiecta dictione *mihi* vt probant verba illa *ſibi illum heredem eſſe*. Quæ adiectio tametſi non faciat vt eo minus cenſeatur pater ſubſtituiſſe pupillariter *leg. 1. §. 1. Digeſt. de vulg. & pupill. ſubſtitut. leg. ſi ita ſcriptum 8. §. qui filio Digeſt. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* facit tamen vt quemadmodum patris vna eſt hereditas: ita pater ſibi heredem conſtituendo ſi vterque filius impubes decederet, non vtrique filio ſed vni duntaxat ſubſtituiſſe videatur, ac proinde nouiſſimo non priori decedenti. Nec ſanè improbabilis quamquam noua eſt noſtra hæc coniectura, ea qua illud efficietur non fore locum Sabini ſententiæ ſi proponas ita factam pupillarem ſubſtitutionem *ſi vterque filius meus impubes deceſſerit Sempronium eis ſubſtituo argum. l. vltim. Digeſt. ad S.C. Trebell.* in illis verbis *quia, Ei, vel Eis, verba vtroſque fratres complecterentur*. Quibus enim obſecro verbis poſſit pater vtrique filio apertiùs ſubſtituere? Aut quid intereſt, an vtrique ſubſtituat, an ſingulis ſeparatim ſi vnumquemque eorum decedere teſtatum velit? Sanè ſi nec eis nec ſibi dare ſe heredem dixerit, ſed ſimpliciter ſubſtituerit hoc modo *ſi vterque impubes deceſſerit Sempronium ſubſtituo* admittam faciliùs eam videri voluntatem patris vt inter fratres conſeruetur ius integrum legitimæ ſucceſſionis, Sempronius verò ſoli nouiſſimo ſubſtitutus videatur non vtrique *leg. qui duos 42. vbi Caſtrenſ. de vulgar. & pupill. ſubſtitution.* Hæc enim interpretatio & fratri ſuperſtiti fauorabilior eſt, & verbis ſatis conuenit, non quod excludendus ſit ſubſtitutus, ſi non vterque impubes deceſſerit (alioqui nec ad nouiſſimi decedentis hereditatem admittẽdus eſſet præmortuo alio pubere) ſed quod dictio collectiua aliqualẽ cõiecturam præbeat quòd noluerit pater alterutro filio ſuperſtite admitti ſubſtitutum ad præmortui ſucceſſionem, ſed præferri fratrem ab inteſtato. Vnde etiam fit quod noſtri paſſim docent, & ego probo vt ſi ab inteſtato frater fratri ſuccedere aut nolit aut non poſſit, puta quòd ſit conſanguineus tantùm, qui proinde à matre defuncti excludatur *Authent. defuncto Cod. ad Tertyll.* non excludat ille ſubſtitutum, quemadmodum cap. 14. ſuprà diximus ex Didaco qui alios refert & communem aſſerit ad *cap. Raynutius §. 8. numer. 5.* Admittitur ergo illo caſu ſubſtitutus ad præmortui hereditatem, ad quam ſanè non eſſet admittendus, nulla extrinſecùs accedente coniectura voluntatis, ſi ex vi & poteſtate dictionis collectiuæ potiùs quàm fauore ſuperſtitis fratris extra illum caſum excluderetur: maximè cùm cæteris paribus mater fauorabilior ſit extraneo quolibet ſubſtituto. Quid igitur ſi in ſpecie *dict. leg. penultim.* non extraneus ſubſtitutus fuiſſet ſed alius quidam ex liberis? Fieri ſiquidem poteſt, & verò ita fieri moris eſt, vt quibuſdam liberis alios liberos pater ſubſtituat *leg. poteſt 36. §. vltim. cum ſeqq. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* An priore defuncto impubere ſolus frater ſubſtitutus admitteretur? Id ſanè conſequens videtur ſententiæ Bartoli, qui toties ſubſtitutum præfert quoties perſona quæ ſupereſt in pari aut remotiori gradu eſt. Sic enim ille *ad dict. §. cum ita numer. 3. & in fin.* Sed contraria ſententia verior eſt, vt concurrat ſuperſtes pupillus cum fratre ſubſtituto in ſucceſſione inteſtati fratris, quod & Caſtrenſis ipſe probat *ad dict. leg. penultim. numer. 6.* tametſi in cæteris Bartoli diſtinctionem

ſtionem

ctionem laudet. Mouetúrque ex *l. cùm àuus 102 de condic. & demonſtr.* in cuius ſpecie rogato nepote vt ſi intra annum trigeſimum moreretur hereditatem reſtituere patruo eidémque coheredi, non facit ea ſubſtitutio quominus in cauſſa ſucceſſionis præferantur ab inteſtato nepotis liberi, excludántque patruum magnum à fideicommiſſi petitione. Me autē illud magis mouet, quòd excludendi ſubſtituti ſiue extraneus ille ſit ſiue ex liberis eadem ſemper ſubſit cauſa quandiu ſupereſt alter ex impuberibus. Nēpe quòd ſubſtitutus ſimpliciter *ſi vterque ſine liberis decederet* non niſi nouiſſimo decedenti ſubſtitutus videatur, ad conſeruandum inter fratres præſertim impuberes ſuccedendi ius ab inteſtato *d. l. qui duos 42. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec obſtabit ſi quis obiiciat intereſſe pupilli teſtamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum *l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus. de acquir. hered.* Id enim fallit cùm legitimum heredem habiturus eſt fratrem, maximè impuberem qui alterius fratris impuberis vitæ inſidiari nequeat: quo ſolo intuitu pupillaris ſubſtitutio pupillo commodior, & fauorabilior eſſe exiſtimatur. Porro quod dicimus ita concepta ſubſtitutione *ſi vterque impubes deceſſerit Sempronium ſubſtitua* nō tam propter dictionem collectiuam quàm ex præſumpta patris voluntate excludi ſubſtitutum à prædefuncti impuberis hereditate, probari etiam nec ineleganter poteſt ex eo quod vulgo receptum eſt, ſi pluribus facta ſit pupillaris ſubſtitutio abſque vlla dictione collectiua hoc modo *ſi in pupillari ætate deceſſerint,* perinde ſubſtitutum excludi quādiu aliquis ex impuberibus ſupereſt, ac ſi dictionem collectiuam pater adieciſſet. Ita noſtri communiter *in d. l. penult.* poſt Accurſium *in l. ſi pater 45. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* eámque ſententiam receptiſſimam eſſe Didacus ſupra dicto loco refert. Nimirū quòd hoc etiam caſu illa vrgeat coniectura volūtatis paternæ vt frater fratri inteſtato ſuccedat, ſubſtitutus autem ſoli nouiſſimo. Idque eſt, ni fallor quod non obſcurè Iuriſconſultus docet *in l. vel ſingulis 37. eod.* nō aliter videri patrem pluribus liberis ſubſtituentem velle neminem eorū inteſtatò decedere, quàm ſi ſingulis ſubſtituat, vt intelligamus cæteris omnibus caſibus ad conſeruandum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum ita interpretādam ſubſtitutionem vt ſoli nouiſſimo facta ſit. Et hæc dixiſſe ſufficiat ad explicationem *d. l. penult.*

De differentia pupillaris, & fideicommiſſaria ſubſtitutionis, & quid ſi poſt mortem plurium relictum ſit fideicommiſſum.

CAPVT XX.

EX quibus manifeſtum relinquitur quanta differētia ſit inter pupillarē, & fideicommiſſariam ſubſtitutionem, cùm vtraque concepta eſt ſub nomine collectiuo. Nam ex pupillari admittitur ſubſtitutus ad hereditatem nouiſſimi decedentis licet in perſonā prioris condicio defecerit, idque nō tantùm ex voluntate teſtatoris, quia ceſſet ratio illa Sabini quæ ſubſtitutum à prioris hereditate excluderet, ſed etiam de rigore verborum, vt probauimus, quoniam pupillariter ſubſtitutus *ſi vterque decederet* ſoli nouiſſimo ſubſtitutus intelligitur *d. l. qui duos 42. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ex fideicōmiſſaria verò nō magis in vltimi quàm in prioris decedētis portione ſuccedi poteſt; ſiue rigorem verborum inſpicias ſiue teſtantis voluntatem, niſi in vtriuſque perſona condicio exiterit. Excepto caſu ſingulari de quo Papinianus *in § cùm ita l. heredes mei 57. ad S. C. Trebel.* propter ſpecialem rationem quam nos cap. 18. enarrauimus. Nec vllus iuris locus eſt qui diſtinguat an ſuperſit perſona aliqua dilectior fideicommiſſario an nulla, præterquàm cùm quis ex deſcendentibus alteri hereditatem reſtituere rogatus eſt. Quo caſu placet rogati liberos ex tacita voluntate teſtatoris & vt Papinianus loquitur coniecturà pietatis excludere fideicommiſſarium *l. cùm auus 102. de condic. & demonſtr. l. generaliter 6. §. cùm autem. C. de inſtit. & ſubſtit. l. cùm acutiſsimi 30. C. de fideicomm.* Sed nihil habet ea res commune cum eo de quo nunc diſputamus. Ibi enim plus dictum minus ſcriptum inuenitur, in quo nihil abſurdi eſt. Hic verò ſi ad vltimi portionem poſt defectam in prioris perſona condicionem admitteretur fideicommiſſarius plus ſcriptum quàm dictum inueniretur, quod nec voluntatis nec veritatis ratio patitur. Sed neque verum eſt in ea ſpecie fideicommiſſum deficere propterea quòd ſupereſſet perſona quæ teſtatori charior fuiſſet quàm ſubſtitutus. Deficit enim propter liberos nepotis de quibus teſtator non cogitauerat, quique nec tùm cùm teſtamentum fieret, concepti erant: Cùm tamen ſubſtitutus eſſet per fideicommiſſum nepoti ſi intra trigeſimum annum moreretur, filius ipſe teſtatoris non ſolùm duplici gradu proximior, ſed etiam teſtatori cognitus, adeóque coheres ab eo inſtitutus: Captâ ſcilicet coniecturâ pietatis non ſolùm ex voluntate & adſectione aui erga pronepotes: quamquam & ea quoque magna ratio eſt quod attinet ad portionem in qua nepos fuerat inſtitutus, ſed etiam ex officio patris erga filium, in perſona ipſius nepotis, quòd impium alioqui futurum eſſet ea bona quæ nepos ab auo ex inſtitutione accepiſſet liberis ipſius nepotis auferri vt ad patruum deuoluerentur: quomodo nos pluribus explicauimus lib. 7. cap. 14. Ergo ſi quæras cur moriente ſine liberis priore ex grauatis heredibus non admittatur confeſtim is quem teſtator vocauit ſub ea cōndicione *ſi vterque ſine liberis decederet*, non reſpondebo cum Bartolo, quia ſuperſit perſona magis dilecta (idē enim admittam etiā ſi ab extraneis heredibus fideicōmiſſū relictū ſit filio aut proximiori agnato) ſed, quia fideicommiſſi condicio non extitit. Eadémque ratione contendam nec ad nouiſſimi partem admitti eū debere, quiſquis tandem ille ſit, ſi in prioris perſona condicio defecerit. Idque non minùs ex teſtatoris voluntate quàm ex vi dictionis collectiuæ. Nā & id voluiſſe quiſq; præſumitur quod dixit *l. Labeo. 7. § ad Tubero D. de ſupellect. legat.* nec aliter à ſignificatione verborum recedi oportet, quam cùm manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem *l. non aliter 69. de legat. 3.* Quid igitur ſi duobus extraneis inſtitutis, & reſtituere rogatis *ſi vterq; ſine liberis decederet* in prioris decedentis perſona exiſtat condicio, in alterius verò, necdum exiſtat, nec deficiat? Nō poteſt vtique videri teſtator cōſeruare voluiſſe ius legitimæ ſucceſſionis ſicut nec ius adcreſcendi inter grauatos, vt ex nouiſſimi perſona totum perueniret ad fideicommiſſarium, cùm ipſi nec ab inteſtato poſſint inuicem ſibi ſuccedere, nec habere ius adcreſcēdi poſt agnitas portiones. Vt proinde mirum non ſit dictionis collectiuæ aliam eſſe vim in pupillari ſubſtitutione quæ non niſi liberis fieri poteſt, aliam in fideicommiſſaria quæ & extraneis fieri poteſt, & cùm liberis fit non fit tanquam liberis, ſed tanquam extraneis quibuſlibet. Itaq; non poteſt videri fideicōmiſſarius nouiſſimo tantùm ſubſtitutus qui

duobus ſiue liberis ſiue extraneis ſubſtitutus eſt *ſi vterque ſine liberis decederet* ſed vtrique, nec id ſeparatim, ſed coniunctim & collectiuè vt appareat in vtriuſque perſona euentum condicionis, quæ vna tantùm eſt, neceſſario requiri. Alioqui ſi fideicommiſſarius nouiſſimo tantum ſubſtitutus cenſeretur, in ipſius duntaxat portione ſuccederet, nec in ea portione, prioris hereditatem inueniret [quomodo inuenit ſubſtitutus pupillaris] nec ſi fratres rogatos proponeres, ac priori inteſtato ſuperſtitem ſucceſſiſſe. Non enim veniret in fideicommiſſum quantumuis vniuerſale, quod frater à fratre non ex iudicio teſtatoris *vt in dict. § cum ita*, ſed ab inteſtato habuiſſet. Reſtat igitur vt cùm in prioris tantùm perſona condicio extitit, in pendenti ſit eius portio an fideicommiſſario debeatur, atque interea penes defuncti heredem remaneat in id vſque tempus quo in poſterioris quoque perſona condicio impleatur, Perpetuò remanſura ſi condicionem deficere contingeret. Quod & Caſtrenſis ipſe fatetur ad *dict. leg. qui duos num. 3. de vulgar.* Quòd ſi teſtator non dictione collectiua vſus ſit, ſed ita ſimpliciter ſcripſerit *rogo vos vt ſi ſine liberis deceſſeritis hereditatem reſtituatis Sempronio.* Dico perpetuum illud eſſe vt in alterutrius perſona condicionem extitiſſe ſufficiat ad hoc vt ad illius portionem fideicommiſſarius admittatur, *ex l. vltim. §. filium de leg. 2. l. Lucius 78. §. Caio ad S.C. Trebell.* Non illa tantùm ratione qua Bartolus nititur, quòd huiuſmodi pluralitas reſoluatur in ſuas ſingularitates tanquam recipiens diuerſos effectus *ex dict. leg. falſa 33. §. vltim. de condic. & demonſtr.* Sed etiam quia teſtator cum heredibus loquendo ſicuti ſingulorum fidem in ſingulorum portionibus ſecutus eſſe intelligitur, ita in cuiuſque portione propriam diſtinctámque condicionem adſcripſiſſe videtur, cùm dictio illa *vos* diſtributiua ſit, quemadmodum & verba illa *poſt mortem veſtram.* Nec poſſum probare quod idem Bartolus perpetuæ illius diſtinctionis ſuæ memor hoc ita vult intelligi, ſi non ſuperſit perſona, quæ ex veriſimili voluntate teſtatoris excludat fideicommiſſarium ſubſtitutum. Ita enim fieret, vt quod cõſtitutum eſt *in dict. § filium & § Caio* reſtringi oporteret ad eum caſum quo rogati eſſent extranei, non liberi aut alij inter quos legitima ſucceſſio locum habere poſſet: Quæ tamẽ reſtrictio eſſet minùs magna vt Caſtrenſis loquitur *ad dict. § Caio num. 3.* tametſi conetur ibidem *num. 5.* eam defendere, & fratrem ſuperſtitem fideicommiſſario præferre cùm ambo fratres inſtituti ſunt, & ab altero duntaxat relictum fideicommiſſum, in quo tamen nec rationem habet ille, nec legem. Nam quod Bartolus obiicit *ex l. ſi is qui ducenta 13. §. item ſi paterfamilias de reb. dub.* ita locuto teſtatore *ſi quis mihi filius aut filia gignetur heres mihi eſto, ſi mihi filius aut filia heres non erit Seius heres eſto* non eſſe admittendum extraneum ſiue filius ſiue filia nati fuerint, ad rem ſanè non pertinet. Primùm quia loquitur eo loco Iullanus de vulgari ſubſtitutione, in qua faciliùs excluditur ſubſtitutus quandiu aliquis ſupereſt ex iis inter quos locus eſt iuri adcreſcendi, vt à nobis dictum eſt in ſuperioribus ex eodem Bartolo *in l. quidam teſtamento 30. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. & in leg. quamuis per illum textum Cod. de impub. & alijs ſubſtit.* Præſertim cùm vulgaris facta duobus non tendat niſi ad vnum effectum id eſt ad ſuccedendum in vna vnius hominis hereditate, licet tot ſint portiones hereditariæ quot ſunt inſtitutorum perſonæ, vt ex Bartolo cõtra Bartolum diſputemus. Hanc enim rationem ſolet ille reddere, cur cõcepta vulgari per verba pluralis numeri non reſoluatur pluralitas in ſuas ſingularitates, quomodo reſoluitur cùm fideicommiſſaria ſubſtitutio facta eſt. Rurſum in ſpecie *dict. § item ſi paterfam.* magna eſt in verbis ambiguitas propter dictionem diſiunctiuam quæ ſæpenumero accipitur pro coniunctiua, & contrà *l. coniunctionem 29. l. ſæpe 53. de verb. ſignific. l. cum quidam 4. C. eod. l. generaliter 6. in princip. C. de inſtit. & ſubſtit.* Mirum igitur non eſt aut iniquum, accipi in dubio eam interpretationẽ quæ ſit liberis fauorabilior vt *in d. l. generaliter.* Et hæc ſanè ratio, vt dicam quod mihi videtur, Tribonianum potiùs quàm Iulianum mouere potuit. Neque enim dubito quin Triboniani non Iuliani ſint verba illa extrema *ſed proclinior eſt teſtatoris ſententia ſic eſſe interpretanda vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint extraneus non admittatur niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit:* quod à nobis iã indicatum ſatiſque comprobatum eſt *libr. 12. cap. 17.* Frequentiſſimum ſiquidem eſt Triboniano ſpecialem voluntatis expreſſionem requirere vbi nullam Iuriſconſultus requireret, cuiuſmodi locos pleroſq; memini iam à me alias adnotatos. Neque verò latina eſt illa locutio *ſed proclinior eſt ſententia teſtatoris ſic eſſe interpretanda* quam ideò iampridem Haloander emendauit, atque ita reſtituit *ſed proclinior eſt ſententiam teſtatoris ita eſſe interpretandam.* Mouent me etiam verba illa *vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint* malè & ridiculè à Triboniano ad Iuliani cõtextum accommodata. Non enim ita erat concepta condicio *ſi mihi filius aut filia non naſcetur*, ſed ita *ſi mihi filius aut filia heres non erit.* Fieri ſiquidem poterat vt vterque naſceretur, nec tamen vterque heres eſſe vellet. Et verò natum vtrumque Iul. ponit, cùm diſputat an non aliter admittatur extraneus quàm ſi nec filius nec filia heres ſit. Item cùm ait ita concipi debuiſſe condicionem *ſi mihi neque filius neque filia heres erit.* Et rurſum apertiùs in illis verbis *ſi quis cùm filium & filiam habeat* quæ non naſcituros, ſed iam natos liberos demonſtrant. Debuerat igitur in ſequentibus ita ſcribi, accommodatè ſcilicet ad propoſita verba teſtamenti & ad diſputationem Iuliani *vt ſi neque filius neque filia heres erit* aut *vt ſiue filius ſiue filia heres erit.* Porro non eam fuiſſe Iuliani mentem quam Tribonianus credidit (totum enim illum verſiculum *ſed proclinior eſt* accipio pro Triboniani adnotatione, qui proculdubio ea dictione *proclinior*, Iulianum intelligit) ex eo coniicio, quòd Iulianus dicebat formulam condicionis ita conceptam *ſi mihi filius aut filia heres non erit* poſſe interdum eſſe neceſſariam, hoc eſt, inquiebat ille, ſi quis cùm filium & filiam habeat vtrumque velit heredem inſtituere ſed ſiue alter heres futurus ſit, extraneum miſcere, ſiue neuter, extraneum ſubſtituere. Ex quo apparet, non fuiſſe viſum abſurdum Iuliano vt filio heredi inſtituto extraneus per ſubſtitutionis interpretationem miſceretur: Eámque interpretationem non ſolùm in dubio amplectendam eſſe, ſed etiam neceſſariò, cùm ad hunc caſum exprimendum neceſſe ſit hanc ipſam condicionis formulam uſurpari. Itaque non dicit Iulianus teſtatorem qui ita ſcripſit *ſi mihi filius aut filia heres non erit Seius heres eſto* non ſatis voluntatem ſuam declaraſſe an filio herede repudiante fortaſſis filia extraneum miſcere voluerit (declarauit enim apertiſſimè nec potuit apertiùs) ſed non ſatis declaraſſe an non aliter extraneum heredem eſſe vellet, quàm ſi neque filius neque filia heres eſſet. Si enim illa erat voluntate,

luntate, condicionem ſic concipere debuerat *ſi mihi neque filius neque filia heres erit*, quod cùm non fecerit, cur in dubio ſi quid dubij eſt in tam apertis verbis credamus aliud eum voluiſſe, quàm quod expreſſerit? Et ſanè ſi propius inſpicias planè abſurda & improbabilis eſt illa Triboniani adnotatio & ſententia, vt huius formulæ negatiuæ *ſi mihi filius aut filia heres non erit*, ſenſus ille ſit affirmatiuus planéque ex diametro contrarius, *ſi mihi filius aut filia heres erit*. quod quis ſani iudicij homo poſſit vnquam admittere? Si enim vllo caſu verum eſſe poteſt quod in non diſſimili quæſtione ſcribit Modeſtinus *in l. ſi alij fundum 9. de vſufruct. legat.* plus interdum valere quod ſcriptum, quàm quod actum eſt, planè non video quando meliùs & veriùs id dici poſſit, quàm cùm id quod actum eſt non ſolùm ſcripto non conuenit, ſed etiam repugnat apertiſſimè. Sed & ſi voluntas ſcripturæ præferenda eſſet, quomodo ſanè in condicionibus primum illa locum obtinet, illud tamen vtique fatendum eſſet, contrariæ voluntatis probationem non à ſubſtituto exigendam, qui pro ſe verba teſtamenti habeat, ſed à filio potiùs, qui contra germanum ſenſum verborum voluntatem alleget teſtatoris, *d. l. nõ aliter 6). de leg. 3. l. ſi ſcripſiſſet 46. de legat. 2. cum ſimil.* Vt vt ſit, non poteſt ille Iuliani locus probare fideicommiſſarium qui ad vnius ex heredibus rogatis portionem vocatus eſt, repellendum eſſe à fideicommiſſi cuius condicio extiterit, petitione, propter perſonam ſuperſtitem, quam veriſimile ſit teſtatori chariorem fuiſſe. Ib enim negat Iulianus aut potiùs Tribonianus, ſubſtitutionis condicionem exiſtere ſiue filius ſiue filia naſcatur. Bartolus verò illud contendit, moriente vno ex rogatis heredibus condicionem quidem in eius perſona extiſtere, ſed non tamen ilicò admitti fideicommiſſarium ad ipſius portionem ſi fauorabilior perſona ſuperſit. Illud ſanè verum eſt quod Tribonianum fefellit, non eſſe veriſimile quòd teſtator alienam ſobolem propriæ anteponere voluerit *dict. leg. cum acutiſſimi 30. C. de fideicommiſſ.* Sed id eò pertinet vt liberi & deſcendentes heredis rogati qui ipſe ſit ex deſcendentibus præferantur ſubſtituto in portione patris, ac ſi fideicommiſſo adiecta eſſet condicio, *ſi ſine liberis, dict. l. cum auus de condic. & demonſtr.* nõ autem vt à ſubſtitutione fideicommiſſaria cuius cõdicio extiterit excludatur fideicommiſſarius propter fratrem defuncti ſuperſtitem. Id enim falſum eſt nec vſquam proditum. Multóque faciliùs admitti poteſt induci tacitam condicionem ex coniectura pietatis, præter verba teſtamenti, quàm vt cõtra vim ipſam verborum repellatur quis in eum caſum in quem nominatim & diſertè vocatus eſt. At quid ſi teſtator ita ſcripſerit? *ſi heredes mei ſine liberis deceſſerint, ſubſtituo Sempronium.* Verius fortaſſe eſt condicionem ita conceptam per verba indefinita æquipollere vniuerſali, & perinde eſſe ac ſi ita ſcriptum eſſet *ſi omnes heredes mei. arg. l. ſi pluribus 44. de legat. 2. l. ſi plures 98. de legat. 3.* quo caſu iam diximus in ſuperioribus vno ex heredibus moriente ſine liberis non admitti confeſtim fideicommiſſarium, ſed ita demum ſi in alterius quoque perſona condicio eueniat. Quod enim noſtri dicunt, pluralitatem reſolui in ſuas ſingularitates, ad hunc caſum non pertinet, in quo non tantùm pluralis locutio eſt, ſed etiam vniuerſalis per æquipollens: vniuerſalitas autem vt etiam dictum eſt, nũquam reſoluitur in ſingularitates ſed verificari in ſingulis coniunctim debet *d. l. ſi is qui ducenta 13. §. vtrũ de reb. dub.*

Nõ idem diceremus ſi cũ ipſis heredibus teſtator locutus eſſet hoc modo *ſi ſine liberis deceſſeritis rogo hereditatem reſtituatis Sempronio.* Illa enim oratio quæ condicionem continet, neque vniuerſalis eſt, neque indefinita, ſed potius diſtributiua propter ſubintellectum pronomen *vos* quod eſt diſtributiuum, & ad ſingulas heredum perſonas refertur, aut ſi mauis, ad omnes quidem, ſed non tanquam ad omnes, at potius tanquam ad ſingulos *d. § filium & §. Caic. l. aque.* qui ſic ſcribit *ſi ſine liberis deceſſeritis* non idem ſentit quod ſi diceret *ſi ſine liberis omnes deceſſeritis.* Dictio ſiquidem collectiua *omnes* facit vt in omnium perſona condicionem impleri non minus neceſſe ſit quàm ſi ita ſcriptum eſſet *ſi omnes ſine liberis deceſſerint.* Planè ſi ponas ita relictũ fideicõmiſſũ *ſi Titius & Caius ſine liberis deceſſerint, hereditatem Sempronio reſtitui volo*, probabilius eſt ſingulis ex fideicommiſſo ſubſtitutum Sempronium, diuiſamque condicionem, vt ſi Titius ſine liberis decedat, admittatur ad eius portionem Sempronius, licèt poſteà ſuperſtites liberos Caius reliquerit *arg. d. §. Caic & §. filium.* Nempe quia perſonarum enumeratio inducit, non tantum oneris, ſed etiam condicionis diuiſionem *d. l. cui fundus 56. de cond. & demonſt.* Proceditque optimè iſto caſu textus *dicta l. falſa. §. vltim. eod.* vt pluralitas reſoluatur in ſuas ſingularitates, nempe cum ſingularitates præceſſerunt, nec habet pluralis locutio quicquã vniuerſale, aut quod vniuerſali æquipolleat. Hoc ita niſi in diſpoſitiuis verbis fideicommiſſi, teſtator mentionem fecerit totius hereditatis vniuerſaliter, aut etiam quod idẽ eſt, hereditatis, indefinitè. Illis enim caſibus aperta videtur voluntas vt non niſi exiſtente in vtriuſque grauati perſona condicione fideicommiſſarius admittatur. Quæ fuit iam olim ſententia Bartoli *in l. quidam teſtamento 30. de vulgar. & pupil. ſubſtitut.* à Baldo probata *in l. pen. C. de impub. & aliis ſubſt.* licèt ab aliis ferè omnibus communiter improbata, vt refert Alex. contra Bartolum conſulens conſ. 92. incip. ſuper eo de quo quæritur in fin. vol. 3. Nec me mouet textus qui pro communi opinione adduci ſolet aduerſus Bartolum *in d. l. filium.* vbi proponebatur vſus teſtator verbo illo vniuerſali, *quicquid vobis legaui.* Obſeruandum enim eſt iunctum verbum illud vniuerſale dictioni diſtributiuæ *vobis*, quæ efficit, vt non de tota hereditate, ſed de ſingulis ſingulorum portionibus ſenſiſſe teſtator videatur. Minùs quoque obſtat quod Papinianus reſpondit *in d. §. cum ita l. heredes mei ad Trebell.* Nam ex iis quæ diximus cap. 8. apparet non illam eſſe Papiniani ſententiam, quæ vulgo creditur, vt qua ratione voluit teſtator ſubſtitutum fideicommiſſarium habere totam hereditatem, exiſtente conditione in perſona vtriuſque, eâdem videatur voluiſſe, vt haberet partem hereditatis, ſi in alterutrius tantũ parte condicio exiſteret (neque enim ita Papinianus loquitur) ſed admittit ille ſubſtitutam neptẽ ad portionem nouiſſimi in cuius perſona condicio extiterat, quia ſoli nouiſſimo fuerat ſubſtituta, nec quòd in prioris perſona condicio defeciſſet, faciebat vt eò minus admittenda eſſet neptis, ſed tantum vt eò minorem minùſque locupletem conſequeretur hereditatem, ceſſante ſcilicet non ſecunda ſubſtitutione ſed prima cuius condicio nihil commune habebat cum poſterioris condicione. Et hæc interpretatio vel hoc ipſo magis amplectenda eſt, quod in ſpecie à Papiniano propoſita vſus fuerat teſtator dictione collectiua, qua cõcurrẽte nõ poſſũ intelligere quid ſit quod ſuadeat, ſufficere vt eueniat cõdicio in alte

Google

utrius perſona. Minúſq. dubitationis habet meo iudicio hæc Bartoli ſententia cùm conditio concepta eſt per dictionem ſiue collectiuam ſiue indefinitam, nulla adiuncta distributiua, quibus caſibus iam diximus etiamſi non ſit relictum fideicommiſſum in tota hereditate vniuerſaliter, aut in hereditate indefinitè, ſed tantum ſimpliciter, nihilominùs requiri in perſona vtriuſq; implementũ cõditionis. Sane quod noſtri vno ore ſentiũt, nullo caſu ex iſtis induci reciprocam, veriſſimũ eſſe arbitror & ex iis quæ ſupra tractauimus apertiſſimè confirmatum. *Supereſt* vt de illo videamus, ſi fideicõmiſſum poſt mortem plurium relictum ſit, an inter heredes inducatur reciproca, aut an vno ex ipſis mortuo fideicommiſſarius ilicò admittatur. Et ſi quidem relictũ ſit ſimpliciter nulla hereditatis aut bonorũ vniuerſaliter vel indefinite facta mentione non eſt qui dicat induci reciprocam, imò fatentur omnes vno ex iis mortuo admittẽdum in eius portione fideicommiſſarium *ex d. §. Caio*. Niſi ſuperſit perſona quæ illum excludat ex veriſimili voluntate teſtatoris. Sed ſi facta ſit in tota hereditate, Pauli Caſtrẽſis opinio fuit cenſeri eam factam vltimo decedenti *in l. penul. C. de impub. & aliis ſubſt. nu. 3.* & conſequenter reciprocam induci *ex d. §. Seia libertis l. Titia teſtamẽto 87. de leg. 2.* Quam ſententiam à plerisque ex recentioribus probatam video, vno ſaltem illo caſu quo ſuperſit perſona veriſimiliter ſubſtituto præferẽda. In quo tamen vereor ne illos deceperit quod hoc caſu Bartolus, & qui Bartolum ſequuntur, excludunt ſubſtitutum, vt ſuperſtitem eundémque grauatum præferant. Sed non ideò volunt induci reciprocam inter coheredes, quę nec neceſſaria eſt ſi perſona ſuperſtes talis ſit, quæ priori mortuo poſſit ab inteſtato ſuccedere. Hoc enim caſu ſufficit à teſtatore conſeruatum eſſe ius integrum legitimæ ſucceſſionis. Quòd ſi non ſit inter eos legitimæ ſucceſſioni locus, nihil intereſt ſuperſtitis an ſubſtitutus admittatur necne, eóque nimirum caſu placet noſtris admitti ſubſtitutũ tanquam à ſingulis non tantùm ab vltimo decedẽte relictum videatur fideicõmiſſum, quòd poſt mortem omnium relictum eſt. Quare frequentiori calculo reprobata eſt illa Caſtrenſis ſententia teſte Didaco Conar. *ad cap. Raynutius §. 8. nu. 4 per tot.* vbi poſt alios defendit ille, ſi non ſuperſit perſona dilectior admittendum eſſe ſubſtitutum ad partem eius qui prior ſine liberis deceſſerit. Ego verò ſicut non probo, quod Caſtrenſis putabat facta ſubſtitutione poſt mortem plurium in tota hereditate reciprocam induci, ita nec poſſum admittere quod iſti volunt, locum fieri fideicommiſſario antequàm heredes omnes deceſſerint. Veriùs enim puto expectandam omnium mortẽ, ne fiat omnino contra volũtatem ſi viuis quibuſdam admittatur is quẽ non niſi poſt omnium mortem admitti teſtator voluit: Nã quibus, obſecro, verbis dici poſſit apertiùs, vt non niſi mortuis omnibus admittatur fideicommiſſarius, quàm ſi diſertè poſt mortem omnium ſit inuitatus? In eámque rem textus videtur apertiſſimus *in l. codicillis 34. de vſufruct. legat.* vbi cùm relictum eſſet fideicommiſſum reipublicæ poſt mortem libertorum omnium, negat Scęuola, reipublicę quicquam deberi quoad aliquis eorum viuat. Scio Bartolũ & poſt eũ cæteros ferè omnes illius reſponſi rationem ſumere, non ex fideicommiſſi verbis, ſed ex natura relicti hoc eſt habitationis. In qua ſicut & in vſufructu ſpeciale eſſe aiunt, vt etiam poſt agnitionem admittat ius adcreſcendi *ex l. 1. §. vlt. de vſufr. adcreſc.* Sed cùm textus ille de vſufructu tantũ loquatur in quo ſpeciale eſt, vt diuidi poſſit, difficile eſt, vt trahi poſſit ad habitationem, quæ prorſus indiuidua eſt ſicut & cæteræ omnes ſeruitutes *l. 1. ſi vſuſfructus. D. ad l. Falcid.* Nam in re indiuidua plane non intelligo quo caſu aut qua ratione locum habere poſſit ius adcreſcendi, quod & ante nos eleganter obſeruauit Ripenſis *ad d. §. cùm ita nu. 16.* Deinde obſeruandum eſt, non de illo quærere Scæuolam an mortuis quibuſdam ex iis quibus habitatio legata fuerat eorum portiones adcreſcant collegatariis ſuperſtitibus, an verò deferantur reipublicæ [cùm enim reipublicæ fideicommiſſum relictum fuiſſet non habitationis, ſed proprietatis domus, non poterat reſpublica controuerſiam facere habitationis] ſed de illo tantùm dubitabatur apud Scæuolam, vtrum fideicommiſſum proprietatis domus deberetur reipublicę in portionibus eorum qui iam deceſſiſſent. Hoc ergo cùm neget Scæuola, non tam videri poteſt reſpexiſſe ad conſeruandum inter legatarios ius adcreſcendi in legato habitationis, quã ad id quod priuſquàm legatarij omnes deceſſerint non videatur extitiſſe conditio fideicommiſſi poſt ipſorum mortem relicti. Nec mouet quod Rip. obiicit non fuiſſe in ea ſpecie proprietatis fideicommiſſum relictum ab illis quibus tantùm habitatio fuerat legata, ſed ab herede ad quem durante habitationis legato proprietas ſpectabat. Nam vel ex eo magis inferri poteſt, ſi ab ipſis legatariis fideicommiſſum proprietatis relictum fuiſſet reipub. multò minùs admiſſam iri eam, quandiu aliquis ex legatariis viueret. Magis enim ipſis parcendum eſſet, cùm & ab iis & poſt eorum mortem fideicommiſſum deberetur, quàm ſi ab alio poſt ipſorum mortem. Quanquam non tam illud inſpici volo à quo relictũ ſit, quàm ſub qua conditione aut in quod tempus. Neque ſimile eſt, quod noſtri volunt & ego non improbo, Si vir & vxor bona ſua donauerint monaſterio his verbis, *poſt mortem noſtram*, alterutro mortuo bona illius ſtatim acquiri monaſterio non expectata ſuperſtitis morte, De quo Bart. *in d. §. Caio* Bald. poſt Dinum & Cinum *in d. l. penult.* vbi etiam Caſtr. *C. de impub. & aliis ſubſtit.* Id enim fit non fauore monaſterij vt vulgo creditur, ſed quia quod illi donarunt his verbis additis, *poſt mortem noſtram*, non cenſetur donatum poſt mortem omnium, ſed poſt mortem ſingulorum, ex natura illius dictionis, *noſtram*, quæ, vt diximus, eſt diſtributiua. Diuerſum igitur eſt cùm aut donatum aut fideicommiſſi iure alicui relictum fuit à pluribus poſt mortem omnium. Tunc enim omnium mors expectanda eſt, ac ſi donatum aut fideicommiſſum eſſet poſt mortem nouiſſimi. Quæ res erroris cauſſam præbuit Caſtrenſi exiſtimanti, quemadmodum nihil intereſt an poſt omnium mortem, an poſt mortem nouiſſimi fideicommiſſum relictũ ſit, ita nihil referre an poſt nouiſſimi mortem relictum fuerit, an à nouiſſimo decedente, *ex d. l. codicillis*, vbi cùm teſtator ſic ſcripſiſſet, *poſt eorum nouiſſimi deceſſum ad rempublicam Arelatenſium pertinere volo*, reſpondit Scæuola poſſe ea verba ſic accipi, vt eius legatarij, qui nouiſſimus decederet fideicommiſſum videatur. Succedit enim alia propoſitio iam toties in ſuperioribus repetita, quæ habet ſubſtitutionem fideicommiſſariam ab vltimo decedente factam in tota hereditate, inducere reciprocã *ex d. §. Seia libertis*, ſed animaduertere Caſtr. debuerat, imò verò longè intereſſe an poſt mortẽ nouiſſimi an à nouiſſimo ipſo fideicõmiſſũ teſtator reliquerit, cũ fieri poſſit vt diximus, & verò ita fieri in dubio

credendum

credendum ſit, vt à ſingulis fideicommiſſum relinquatur, ex die tamẽ aut potiùs ſub conditione mortis omnium. Quod cùm ſit non ſolùm medio tempore portionem primi decedentis penes ipſius heredem remanere neceſſe eſt, ſed illud etiam ſequitur, ſi ante nouiſſimi obitum decedat fideicommiſſarius nihil eum tranſmittere ad heredem, hoc eſt ne præmortui quidem, in cuius perſona conditio extiterat, portionem, quaſi defecta conditione, quæ licet in plurium perſona, vna tamen erat, cùm dies incertus, qualis eſt mortis pro conditione habeatur *l. dies incertus 75. D. de cond. & demonſtr.* indéque eueniat, vt is cui poſt alterius mortem reſtituenda erat ex fideicommiſſo hereditas ſi antè moriatur, nihil tranſmittat *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici ff. de iur. fiſc.* Et quod contrà reſpondiſſe videtur Scæuola *in d. l. codicillis*, ſpecialem habet rationem, quia teſtator qui pluribus legauerat, prioribus decedentibus ſuperſtites diſerte ſubſtituerat illis verbis, *vt qui ab his deceſſerit portio eius reliquis adcreſcat.* Inde enim fit, vt non poſſit videri reſpublica ſubſtituta primis decedentibus, ſed tantùm nouiſſimo, quemadmodum ſuprà diximus in interpretatione *d. §. cùm ita*, ſed ſi reciproca nulla præceſſiſſet, aliter proculdubio Scæuola reſpondiſſet.

CLARISSIMO VIRO IOANNI VAVDO SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARIO, IN SENATV PEDEMONTANO Senatori & in Taurinenſi Academia Iuriſprudentiæ profeſſori Primario,

ANTONIVS FABER S. P. D.

QVantum tibi debeam, vir clariſſime, etſi neque pluribus verbis recenſere neceſſe eſt, neque alium mihi teſtem quærere, quàm te ipſum: facio tamen perlibenter, vt in tuorum erga me beneficiorum repetenda memoria, qua nihil habeo iucundius, non ſolùm frequentiſſimè animum meum exerceam, ſed etiam ſuauiſſimè conquieſcam. Inter cætera vero illud mihi omnium, vt antiquiſſimum, ita gratiſſimum occurrit, quod iam inde ab ineuntib. ſtudiorũ meorum cunabulis, cùm præclariſſimo ætate noſtra Iureconſulto Ioanni Antonio Manutio præceptori tuo alumnũ me darem, Tu & publicis iam tùm prælectionibus, & familiaribus, quæ tua humanitas erat, colloquiis rudiorem infantiam meam ſic complectebare, vt facilè intelligerẽ parum referre an ex ipſis Manutianæ eruditionis vberibus vera rectáque iuris addiſcendi ratio, an ex tuis mihi eſſet haurienda. Atque vtinam magnus ille vir, & ſi quis vnquam alius ad ciuilis noſtræ ſcientiæ principia ingenioſiſſimè pertractanda benè natus, elegantiſſimis cogitationibus ſuis in publicum edendis curam aliquam & diligentiã vel minimam adhibere perſuaderi potuiſſet. Non egerent nunc cineres eius teſtimonio noſtro vt prudentum illorum veterum ſubtilitatem adæquaſſe, eorum verò quos ætas noſtra tulit, non paruo ſanè interuallo ſuperaſſe crederetur. Quanquam quid ego hac de re tecum de illo conqueror & expoſtulo? Ac non potiùs de te ipſo, qui vnus inter omnes quotquot ſunt tota Italia iuris profeſſores celeberrimus, in ea iampridem viuis & perſtas hæreſi, vt ad illuſtrandam ſcriptis tuis iuriſprudentiam nihil conferre ſtudeas, quaſi nec quicquam ex ingenio tuo tam vbere ac fœcundo in eam rem accedere poſſe arbitreris. Quo nomine ſi te grauioribus quam illum pœnis dedendum dixero, vereor ne pro tua modeſtia duriùs id à me quàm veriùs dictum ſuſpicere. Sed habeo tamen quod me ſic & dicere & ſentire non ſolùm ſuadeat, ſed etiam ita cogat, vt nec te negare patiatur. Nam ſi tuos illos variarum quæſtionum libros à te priùs iam editos, quàm Doctoratus lauream aſſecutus eſſes, tanta eruditorum omnium adprobatione, tantóque applauſu exceptos vides, vt & ſubtilitatis & doctrinæ copias quibus abundant, maiores requirere vix quiſquam poſſit; Quàm multo

locupletiora videremus, quæ nunc exhiberes, ſi quæ continuata per tot annos docendi iuris exercitatione cumulaſti. proferre velles, nec diutiùs nobis inuideres. Non ſum ego tam conſideratus, qui licèt tenuitatis meæ mihi adprimè conſcius publicarumq́ functionum vinculis conſtrictus, non deſino tamen in ſingulos ferè annos, aliquid parturire, vixq́ dum conceptos fœtus edere, vt illi etiam qui mea hæc non probabunt, fateri aliquando cogantur, ingenium mihi potiùs quàm benè de libris noſtris merendi animum, ſtudiumq́ defuiſſe. Etſi benè me ſperare iubet coniectura illa tua, quam de prioribus Coniecturis meis feciſti, niſi fortè iudicio tuo alioquin lucidiſſimo chariſſimi diſcipuli nomen tenebras offudit, vt coactus magis quàm inuitus ea probaueris, quæ ſi omnino liberum fuiſſet, improbare potius debuiſſes. Sed de me ſcriptisque meis ſentient quidem alij poſterique vt volent. Me neque tam peritum vnquam iudicabo, vt omnibus placere poſſe exiſtimem, neque tam inſulſum aut ineptum vti ne nonnullis etiam peritioribus hæc noſtra ſaltem aliqua ex parte probari poſſe ſperem. Probabitur ſanè mihi liber hic inter cæteros præcipuo quodam & ſuo iure, ſi facere poterit, vt obſeruantiæ erga te meæ, gratique animi qualemcunque hanc teſtificationem tibi non iniucundam, mihi etiam honorificam publicè extare patiaris. Bene vale vir clariſſime, & me quod facis, fratrémque meum chariſſimum, tui, vt audio iubeóque, ſtudioſiſſimum amare perge. Dat. Camber. Id. April. 1597.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber decimus quattus.

Explicata & emendata l. Pannonius Auitus 86. De acquir. hered.

CAPVT I.

ET veteris, & noui iuris regula eſt, hereditatem non agnitam nõ tranſmitti *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollen.* prætetquam aſcendentium in deſcendentes ex Theodoſij conſtitutione *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* aut ratione adiuncti iuris deliberandi, ſi intra tempus, quod Iuſtiniani lege ad liberãdum datum eſt heres deceſſerit *l. cum in antiquiorib. 19. C. de iur. delib.* Extra has exceptiones ſupradicta regula perpetua eſt. Nã in ſuis heredibus ideò locum habet trãſmiſſio, quoniam ipſo iure heredes exiſtunt abſq. vlla agnitione *l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit. l. apud hoſtes 8. C. eod. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* In caſu autem legis Si infanti 18. *C. de iur. delib.* hoc eſt cùm infanti delata fuit hereditas, nec illam eius nomine pater adiit, acquiritur hereditas patri, non vi tranſmiſſionis, ſed iure patriæ poteſtatis vt lex ait, & ex conſtitutione Iuſtiniani aduerſus receptas iuris regulas ſecundum quas haud dubiè finitur morte filij ius poteſtatis. Aliquando tamen ſuccurritur heredi heredis, vt etiam non tranſmiſſæ hereditatis commodum nihilominùs ſentiat, ſiue data ei actione contra illum, per quem factum eſt quominùs hereditas tranſmitti potuerit, *vt in l. 1. §. nonnunquam. ff. ſi mulier ventr. nom. calum. cauſ. in poſſeſſ. eſſ. dicet.* ſiue conceſſis illi hereditariis actionibus vtilibus, quemadmodum S.C. Silaniano cõſtitutum eſt, ſi heres inſtitutus ideò non adierit, quòd propter Senatuſconſulti prohibitionem non potuerit aperire tabulas teſtamenti antè habitam de occiſi familia quæſtionẽ *l. 3. §. eleganter. ff. de S.C. Silan.* Quo exẽplo idẽ ſeruat Prętor in bonorũ poſſeſſione, ſi Carbonianã dederit aduerſus eũ, qui ſecũdũ tabulas, aut vnde agnati obtinere potuiſſet *l. ſcriptus 12. ff. de Carbo. ed.* Succurrit enim illius heredi, decernitq; ſaluum illi eſſe cõmodũ eius poſſeſſionis, quæ defuncto cõpetierat. Sicut & decreto locus eſt, quoties is, qui ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato rẽ omnimodo habiturus erat, deceſſit incerto eo an neuter prẹteritus vacuus eſſet, an plenus. Non .n. illi ſolum qui in vtrumq; euentũ ſuccedere potuit ſubuenitur per decretum. *l. ventre 84. de acq. here.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 1. c. 10.* ſed ipſius quoque heredibus, ſi fortè deceſſerit ille priuſquam decretum impetraret. *l. ſed etſi deceſſerit 5. ff. de bon. poſſ. contr. tabul.* vbi Iulianus ſcribit, debere Prẹtorem decernere ſaluum eſſe heredis heredibus commodum bonorum poſſeſſionis aut ſecundũ tabulas ſi, neuter vacuus fuit, aut contra tabulas, ſi plenus. Itaque debuerat illa lex accommodari ad poſteriorem partem dictæ legis *ventre*, potiùs quàm ad §. *vlt. l. 4. eo tit. De bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* vbi tractatur de filio emancipato dubitante, non an venter ſit vacuus, nécne, ſed ex qua cauſa ſibi cõpetitura ſit bonorum poſſeſſio nondũ nato poſthumo, quem ſciat eſſe conceptum. Eo ſiquidem caſu dat ei Iuriſconſultus bonorum poſſeſſionem contra tabulas beneficio ventris prẹteriti edictũ committentis, ac ſci-

ſe ſcilicet ſi intereà decedat heredi ſuo relinquat nihil. Nam etſi ſuus heres eſſet atque intereà decederet, ab inteſtato heres patri fuiſſe intelligeretur *l. ſi filius 16. De liber. & poſthum.* Nemo autem dixerit heredi eius qui non niſi cõtra tabulas petere potuit, ſuccurrendum eſſe vt commodum ſentiat bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas. Succurritur etiam ex eadem æquitate heredibus filiæ patroni, quæ ex liberti teſtamento, quod in prouincia falſum eſſe dicebatur, ſucceſſionem agnoſcere non potuit & pendente lite deceſſit, ſed pro ea tamen duntaxat parte, quam vel iure inteſtati habuiſſet filia ſi vixiſſet, idq; ex decreto Marci Imperatoris *l. ſi filius 42. §. vlt. de bon. libert.* Cur autem ita ius conſtitutum ſit, vt hereditas non adita non tranſmittatur, alia ratio quærenda non eſt quàm quòd ius adeũdi pendet ex delatione *l. delata 151. de verbor. ſignific.* Hereditatem verò non defert lex, niſi vel heredi ſcripto, cùm teſtamentum factum eſt, vel ab inteſtato proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum heredibus *l. 1. & 2. D. de ſuis & legit.* Ea ſola porro delatione nõ acquiritur hereditas, præterquàm in neceſſariis heredibus, defertur enim ignoranti quoque & inuito, ſed non acquiritur niſi volenti *l. nec emere 16. C. de iure deliber.* Nempe quoniam hereditas adeuntem obligat creditoribus & legatariis ex quaſi contractu *§. heres. Inſtit. de obligat. quæ ex quaſ. contr. l. 3. §. vlt. cum l. ſeq. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l. 4. D. ad S.C. Trebell.* Qui autem ſemel obligatus eſt liberari poſteà non poteſt, niſi conſentientibus omnibus quorum intereſt. Inde igitur fit vt hereditatem tranſmittere in heredem non poſſit is, quem non cõſtat voluiſſe adire & obligari. Quod in legato prorſus diuerſum eſt. Tranſmittitur namque in heredem legatarij, ſicut & fideicommiſſum vniuerſale, perinde ac ſingulare, ſi modò dies eius ceſſerit viuo legatario aut fideicommiſſario *leg. ſi poſt diem 5. D. quand. dies legat. ced. l. 3. & vlt. C. eod.* Nimirum, quoniam acquiritur & legatum, & fideicommiſſum etiam ignoranti *l. ſi partem 19. §. 1. D. quemadm. ſeruit. amitt. l. ſi fundum 81. §. ſi Titius. de legat. 1. l. cùm pater 77. §. ſurdo. de legat. 2.* Non quidem ita irreuocabiliter, quin liceat repudiare quandiu agnitum non eſt [licet enim, nec legatario tãtùm & fideicommiſſario, ſed eorum quoque heredibus *d. §. ſi Titius.* Nec ante expreſſam agnitionem fit irreuocabilis acquiſitio, vt docuimus *lib. 8. cap. 19. ex l. ei qui ita 13. D. de cond. inſtit.*] ſed vt ſi non repudietur legatum, videatur tranſiiſſe recta via à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum heredis *l. legatum ita 80. de legat. 2. l. à Titio 64. D. de furt.* Idcirco autem acquiritur legatum, itémque fideicommiſſum ignoranti quia non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam eſſe illi damnoſum *l. ſi hereditatem 32. D. mandat.* Poteſt tamen aliquando accidere vt hereditas licet non adita tranſmittatur in heredem beneficio reſtitutionis in integrũ, nempe quoties ille ipſe qui antè aditum deceſſit, potuit ad eam adeundam reſtitui. Finge militem qui bonorum poſſeſſionẽ cognati proximi petere potuerat deceſſiſſe in militia priuſquã peteret, ſed poſt exacta tamen eius petendæ tempora. Conſtat potuiſſe illum reſtitutionem implorare ex edicto Prætoris, Ex quib. cauſ. maior. quoniam hoc ipſo quod petiiſſet reſtitutionem, declaraſſet velle ſe bonorum poſſeſſionem admittere, atque ita læſum ſe probaſſet. Ergo & eius heres reſtitui poterit *l. 1. C. de reſtit. milit.* Quod tamen ſic intelligendum videtur, ſi viuus miles qui in integrum reſtitutionem non petiit, declarauerit velle ſe heredem eſſe, aut habere tempus ad deliberandum. Alioqui vix eſt vt quis læſus exiſtimetur ex eo ſolo, quòd paſſus ſit labi tempora ad ſucceſſionem agnoſcendam præſtituta, niſi illud etiam concurrat vt poſteà heres eſſe velit. Quid enim ſi conſulto labi paſſus ſit, & animo repudiandæ ſucceſſionis? Nam & id in dubio credẽdum eſt. Perinde ſanè eſſe debet ac ſi repudiaſſet. Atqui is qui hereditatẽ ſibi delatam repudiauit, licet minor ſit, non tamen ideò læſus intelligitur, ſed tum demum cùm dicit velle ſe heredem eſſe: Fortaſſis enim prudenter faciat, qui numquam heres eſſe velit, quamuis opulẽta ſit hereditas *l. 4. D. ad S.C. Trebell.* Reſtitutio autẽ nec minori datur, nec abſent. Reipublicæ cauſa, niſi concurrente, & probata læſione, quæ propter minorem ætatem aut abſentiam contigerit *l. nam poſteaquam 9. §. ſi minor. D. de iureiur. leg. is qui 44. D. ex quib. cauſ. maior. l. Iulianus 17.* in illis verbis, *ſi miles hereditatem agnouerit. eo.* Ergo nec reſtituendi erũt heredes eius, qui non declarata volũtate poſt lapſa ſucceſſionis agnoſcendæ tempora deceſſerat: ne eadem ratione cogamur admittere quod nemo vnquam dixit, minoris qui hereditatem repudiauerat, heredem poſſe reſtitui vt adeat, quoniam & minor ipſe, ſi viueret, aduerſus repudiationem reſtitueretur *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutus. D. de minor. l. 1. & 2. C. ſi vt omiſſ. hered.* Attamen fuerit prorſus id ridiculum. Numquam enim repudiantis heres poteſt reſtitui ad adeundũ. At quid ſi ignorãti tempus cucurrerit, & priùs ille defunctus ſit, quàm ſibi delatã ſucceſſionem cognoſceret? Non poteſt ille videri ſi nilis repudiantis, at nec adire aut deliberare volẽti. Sed tamen humanius eſt, vt ſi abſentia reipublicæ cauſa ignorantiam pepererit, tranſmittat ignorans in heredem beneficiũ reſtitutionis, quod ſibi competeret ſi viueret, & heres eſſe vellet, vt eleganter à contrario ſenſu probat reſponſum Papiniani, quod extat *in l. Pannonius Auitus 86. de acquir. here.* Quòd ſi ea alia quàm reipublicæ, iuſtâve, & neceſſaria eiuſmodi abſentiæ cauſa abfuerit is, qui ſi ſciuiſſet adire potuiſſet, quantumuis probabilis cauſa fuerit, heredi eius ſuccurri non poteſt, quia nec ipſi ſi viueret, ſuccurreretur. Non enim ſuccurrit Prætor niſi iis, qui abſunt ex cauſa iuſta & neceſſaria *l. ſed etſi 26. §. vlt. cũ l. ſeq. ex quib. cauſ. maior.* Et de iis omnimodo intelligi debet *l. vlt. D. de in integr. reſtit.* in illis verbis, *cæteris quoque qui in eadem cauſa habentur.* Sanè ſi ratio aliqua ſit quæ ſuadeat indulgendam reſtitutionem ei qui abfuit ex cauſa volũtaria quidem, ſed probabili, puta ſtudiorum, aut exercendæ negotiationis, ſuccurrendum quidem illi eſt, ſed hactenus vt damnum vitet, non etiam vt lucrum captet. Hæc enim mihi videtur eſſe ſententia *l. necnon 28. in princip. D. ex quib. cauſ. maior. facit l. cùm quidam 20. in princip. de acquir. hered. eo quòd,* inquit, *reipublicæ cauſa aberat.* Quid ergo ſi intra diem aditionis miles deceſſerit? Nego reſtitutionem heredi eius competere, quia nec ipſi militi quandiu vixit competiit *d. l. 1. C. de reſtit. milit.* cuius contextus in hanc rem tam clarus & apertus eſt, vt non facile ſit adinuenire, quid reſponderi poſſit. Et tamẽ conſentientibus ferè omnium interpretum notis in contrariam ſententiã itũ eſt, nec tantùm in herede militis, ſed etiã in herede minoris, & alterius cuiuſlibet abſentis ea quacumque cauſa dummodò probabili, quaſi minor ætas, aut abſentia qualibet probabilis, quæ ſola non mereretur beneficium reſtitutionis, eadẽ cum morte coniuncta inducat reſtitutionem. Quod ego ferrè & concoquere nullomodo poſſum. Qua enim obſecro ratione competere poſſit heredi reſtitutio, quæ nunquam competiit defuncto?

Nam & iis quoque caſibus, quibus æquum eſt ſuccurri heredibus heredis in ea hereditate, quã heres ipſe iuſta aliqua cauſa impeditus adire non potuit, non tamen iis ſuccurritur per reſtitutionem; quæ ſi daretur vtique daretur ex edicto prætoris quod eſt de reſtitutionibus, ſed ſuccurritur iis per decretum. *d.l.5.ff. de bonor.poſſ.contr.tabul.* Cui porro non aliter locus eſt quàm ſi edictum non ſufficiat *l.1.§. ſi ea qua in poſſeſſionem mitti. §. ſi quis prima. ff. de ventr. in poſſeſſ. mitt. d. l. ſcriptus 12. de Carbon. edict. l. & mulieri 15. §. 1. D. de curat. furioſ.* Vnus tantum iuris locus eſt, qui pro interpretibus contra nos pugnare videatur, & qui omnes certè præcipites egit, Is eſt *in d.l.Pannonius.* Dicam liberè, & candidè meo more, quod ſentio. Iraſcendum potiùs & ſuccenſendum eſt Triboniano, cæteriſque Pandectarum compoſitoribus, qui vt ego quidem arbitror elegantem illum Papiniani locum corruperunt, quàm interpretibus ipſis, quos in corrupto loco laborantes errare neceſſe fuit. Tractat Papinianus de Pannonio Auito, qui cùm in Cilicia procuraret, atque ita abeſſet Reipublicæ cauſa, heres Romæ inſtitutus fuerat, priúſq; deceſſerat quàm ſe inſtitutum cognouiſſet. Petierat quidem eius procurator bonorum poſſeſſionem: quam conſtat peti poſſe per procuratorem abſentis nomine, & ſufficere vt poſteà dummodo intra conſtituta tempora ratihabitio ſequatur. *l.qui in aliena 6.D.de acquir. hered.* Sed quia ante ratihabitionem nullum ex ea poſſeſſione ius abſenti quæritur, ita vt prius defuncto illo inutilis ſit agnitio poſſeſſionis, nec ipſi quicquam proſit quoniam ratum non habuit, nec eius heredi quia ratum habere non poteſt cùm in heredem non tranſeat ius admittendæ bonorum poſſeſſionis *l.3.§.acquirere. D.de bon. poſſeſſ.* Ob eam nimirum cauſam petebant heredes Auiti reſtitutionẽ in integrum, & quidem ex perſona defuncti. Verùm competere illam Papinianus negat, ideò quòd intra diem aditionis Auitus obiiſſet. Nõ de illo Papin. quærit, an tempus ignoranti cucurrerit, nécne. Nam ſiue cucurrerit, puta ſi dies aditionis fuerint continui, non vtiles, ſiue non cucurrerit, puta quòd vulgaris fortaſſe cretio facta eſſet, de qua Vlpianus in Titulis tractat tit.22. fieri non poteſt, vt heredi, qui intra diem aditionis deceſſit, vnquam competierit reſtitutio, qui ſcilicet quandiu vixit nõ fuit læſus. Nec pugnat quod ex noſtris ſubtiliores nonnulli obiiciunt, videri eũ læſum in vita ſua, quia moriens perdidit potentiam, vt loquuntur adeundi, hoc eſt voluntatem ſine qua per eum adiri hereditas non potuit. Nam vt taceam eum qui nunquam ſciuit delatam ſibi hereditatem non potuiſſe habere voluntatem adeundi, nec eam proinde amittere, illud obſeruare noſtri debuerunt, non amitti voluntatem iſtam propter abſentiam, ſed propter mortẽ, aduerſus quam non eſt præter Deum Opt. Max. qui dare poſſit in integrum reſtitutionem. Ac prętereà, non videri quemquam læſum ex eo ſolo, quòd amittat voluntatem adeundi, niſi cùm accidit, vt eandem poſteà recuperet, velitque adire: quòd neque per mortem contingit, neque poſt mortem. Nulla ergo ex iuris ratione competere poteſt reſtitutio heredi qui intra diem aditionis moritur, nec proinde heredi heredis, ne plus iuris habeat ille quàm habuerit defunctus. Neque dubito quin ita Papinianus ſcripſerit, cùm mihi planè conſtet ſic omnino ſcribendum fuiſſe. Sed Tribonianus, aut ſi quis alius fuit ex compoſitoribus, ſpecie quadam æquitatis motus locum corrupit, & quaſi pugnaret hic æquitas cum iuris rigore, adiecit primùm verba illa, *ſtricto iure*, vt Papiniani ſententiam, quam prorſus peruertere non poterat reſtringeret ad ſtrictam iuris rationem. Deinda ſubiecit, *quod & hic humanitatis gratia obtinendũ eſt.* Quæ loquẽdi formula neq; admodum latina eſt, neq; Papiniano familiaria, ſed Triboniano potiùs, qui quoties Iureconſultorum reſponſa pro arbitrio ſuo lacerat, æquitatis potiſſimùm & humanitatis prætextu aliquo niti ſolet, vt à nobis ſæpius, ac ſæpius in ſuperioribus libris obſeruatum eſt. Me illud etiam valde mouet, quòd totus ille verſi. *Diuum tamen Pium contra conſtituiſſe Marcianus libro quæſtionum refert in eo, qui legationis cauſa Romæ erat, & filium qui matris delatam poſſeſſionem abſens amiſerat, ſine reſpectu eius diſtinctionis reſtitutionem locum habere*, magis inſulsè & inconcinnè conſcriptus eſt quàm vt Papiniani elegantiam ſapiat: Quinimò ad Papiniani reſpõſum minimè aut potiùs nullomodo accommodate. Reſcriptũ enim illud Diui Pij, quod ex Marciano refertur, idipſum eſt cuius meminit Vlpianus *in d.l.cum quidam 30. de acqui.hered.* De illo ſcilicet qui cùm Romæ eſſet legationis cauſſa, non potuerat filium à matre inſtitutum eundémque in prouincia agẽtem iubere matris adire hereditatem. Non enim vt vulgo creditur, duplex Diui Pij reſcriptum fuit, vnum de illo, qui reipublicę cauſa aberat, alterum de filio, qui delatam matris poſſeſſionem abſens amiſerat, ſed vnicum duntaxat de illo qui cũ eſſet in legatione non poterat iubere filio, quem habebat in poteſtate, vt hereditatẽ matris ex teſtamento delatam adiret, atque ideò mortuo intereà filio ſpem acquirendæ hereditatis amiſerat. Itaque quod Vlpianus proponit *in dict. l. cùm quidam*, inſtitutum filium, ita intelligendum eſt, vt fuerit à matre inſtitutus, ſecundum id quod ſcriptum eſt *in dict.l.Pannonius*. Et viciſſim quod *in d.l.Pannonius* proponitur delatam filio bonorum poſſeſſionẽ matris, non aliter accipi poteſt quàm vt ex teſtamento delata eſſet. Nempe quia temporibus Pij Hadriani, & ante SC. Orficianum, quod longo poſt interuallo ſub Marco Imperatore factum eſt, non poterat filius heres eſſe matris, niſi ex teſtamento *Inſt. De S.C.Orfic. in princ.* Cum igitur pater Romæ eſſet legationis cauſa, filius autem in prouincia ageret, euenerat, vt non potuiſſet pater iubere filium adire, quomodo ſanè potuiſſet, ſi in prouincia cum filio non Romæ legationis cauſa fuiſſet. Meritò igitur reſcriptũ eſt, mortuo filio ſubueniendum patri, non tanquam heredi filij, in quo omnes decipi video [neque enim pater heres eſt filiifamilias. *l. 2. D.de caſtrenſ.pecul.* neque alius quilibet filij heres ſi patrem nõ habuiſſet, reſtitueretur] ſed ex proprio iure & capite, tanquam illi ipſi, qui reipublicæ cauſa abfuerat, & cui ex illa abſentia damnum contigerat amiſſæ hereditatis, quam filio delatã potuiſſet ſibi per filij perſonam acquirere, ſi non reipublicæ cauſa abfuiſſet. Nocere verò ei abſentiam reipublicę causâ æquum ſanè non erat. An autem ſubueniendum erit patri per in integrum reſtitutionem? Et ſi quidem filius viueret, ſed tamen abſente patre causâ reipublicæ dies aditionis effluxiſſent, poſſet pater ex edicto reſtitui, ad hoc, vt non obſtante lapſu temporis liceret ſibi iubere filiũ adire, & per illum hereditatem acquirere, neque in eam rem opus fuiſſet reſcripto vllo Diui Pij, ſufficienti nimirum edicto, quo ſuccurritur etiam maioribus, qui cùm reipublicę causâ abeſſent damnũ aliquod paſſi ſunt, aut lucri captandi occaſionem amiſerũt *l. & ſiue quid 27. ex quib. cauſ. maior.* Quamuis enim reipubl. cauſa propriè abeſſe nõ videatur is, qui pro ciuitate in legatione eſt, quoniam

niam non agnoſcit ius ciuile Romanorum aliam rempublicam, quàm Romanam, iiſdem tamen gaudet priuilegiis, præſertim quod ad beneficium reſtitutionis pertinet *l. ſed etſi 26. §. vltim. eod. ex quib. cauſſ. maior.* niſi ſit in legatione priuati negotij ſui causâ *leg. non verè 42. eod.* Sed quoniam abſente patre filium in prouincia defunctum ponimus, ſine cuius tamen perſona & miniſterio fieri non poteſt vt acquiratur patri hereditas, quæ non patri delata fuerat, ſed filio, apparet in eo ſtatu rem eſſe vt reſtitutionem in integrum admittere nullomodo poſſit. Non enim poteſt in integrum reſtitutio facere, niſi vt in eum ipſum ſtatum reducantur omnia in quo erant, priuſquàm læſio contingeret quod & nomen ipſum demonſtrat in integrum reſtitutionis *leg. quòd ſi minor 24 §. reſtitutio Digeſt. de minor.* Ideòque quoties deſiit res eſſe integra, ceſſat reſtitutio, puta ſi minor velit reſtitui aduerſus aditionem, aut omiſſionem hereditatis poſt diſtractas res hereditarias *dict. leg. quod ſi minor §. Scæuol. l. vltim. C. de repud. vel abſtin. hered. in princip.* Nam quod in fine conſtitutionis ſubiicitur, ſi durante minori ætate diſtractio facta ſit, licere minori res recuperare & paternis creditoribus ſatisfacere, vel reſtringendum eſt ad ſuos heredes quorum fauorabilior causa eſt ſempérque fuit quàm extraneorum, vel ad eum caſum quo filius non aduerſus immiſtionem reſtitui velit, ſed aduerſus omiſſionem hereditatis, quippe quam adiri non tantùm ipſius intererit ſed etiam creditorum, quod plane diuerſum eſſet ſi aditam repudiare vellet diſtractis rebus hereditariis. Fieret enim fraus & creditoribus, & legatariis, ſi reſtitutio ei concederetur, qui iam diſtractas res hereditarias in integrum reſtituere non poſſet. Atqui in ſpecie de qua quærimus, in eo res erat priuſquàm defunctus eſſet filius eius, qui legationis cauſſâ Romæ aberat, vt non niſi per filium ipſum adiri hereditas poſſet vt patri quæreretur. Quemadmodum ergo non poteſt reſtitutio facere vt mortuus filius viuat, ita nec faciet vt delatam filio hereditatem pater per ſe adeat mortuo filio, quam viuo eo per ſe adire nequiuiſſet. Itaque non reſcripſit Diuus Pius, quod nimis ridiculum fuiſſet, reſtituendum patrem in integrum mortuo filio ad adeundam matris hereditatem, ſed ſubueniendum patri, vt Vlpianus loquitur *in dict. l. cùm quidam*, hoc eſt, vt ego interpretor, datis ei hereditariis actionibus perinde acſi iuſſu eius filius adiiſſet. Sic & *in l. ſi infantis 18 Cod. de iur. delib.* ſuccurritur patri cuius filius infans priùs deceſſit, quàm eius nomine pater hereditatem adiret extranei, & ſuccurritur ea cõſtitutione Iuſtiniani, nulla in eam rem neceſſaria reſtitutione. Quamquam inter eam Iuſtiniani conſtitutionem, & reſcriptum D. Pij hoc fortaſſe intereſt, quòd ex conſtitutione directæ quoque actiones patri competunt, quem ſcilicet perinde haberi vult Iuſtinianus, acſi iure patrio quæſita illi hereditas per filium fuiſſet. Ex reſcripto autem Diui Pij non putem competere directas patri, ſed vtiles tantum ex æquitate, deficiente iure *arg. l. 3. §. eleganter. D. de S. C. Silan.* Id enim ſubuentionis verbum ipſum demonſtrat. Sed & illud obſeruandũ eſt quod ad rem noſtram maximè pertinet, non Prætori ſed Conſulibus reſcriptum fuiſſe à Diuo Pio vt Vlpianus refert *in d. l. cùm quidam*. Nam ſi patri ſubuenire voluiſſet per in integrũ reſtitutionem, vtiq; Prætori reſcribendũ erat, cuius ſolius fuit ea cognitio concedendæ vel denegandæ reſtitutionis ex edicto, quod ipſum in vrbe prætorium fuit non conſulare. *dict. leg. quòd ſi minor §. vltim.* Sed quoniam non pollicetur Prætor in integrum reſtitutionem niſi quoad eius per leges, plebiſcita, Senatuſconſulta, edicta, & decreta Principum licebit *l. 1. l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. cauſſ. maior.* ceſſante hîc poteſtate edicti reſcribendum fuit Conſulibus, qui in vrbe vices Principis gerebant, vt ea concederent præſertim reſcribente Principe, quæ nec prætoris edicto, nec ordinario magiſtratus imperio alioquin cõcedi potuiſſent. Ex quo apparet abſurdum prorſus eſſe, & cõſequenter Triboniano potiùs quàm Papiniano adſcribendum, quod *in dict. l. Pannonius* ſcriptum legimus, reſcripſiſſe Diuum Pium dandam patri in integrum reſtitutionem. Quemadmodum & ridiculum illud eſt quod additur *ſine reſpectu eius diſtinctionis*. Nam præter id quod pãrum elegans locutio eſt, non poterat in ea ſpecie de qua Pius reſcripſit locus eſſe diſtinctioni, an intra diem aditionis, an poſtea deceſſiſſet filius eius qui Romæ erat legationis cauſſa. Quandocumque enim deceſſiſſet, conſtabat nec adiri amplius poſſe hereditatem, nec patri ſuccurri per reſtitutionem, quoniam eo caſu non tam lapſus temporis patri nocebat, quàm mors filij, nec rurſus petebat pater ſubueniri ſibi tanquam heredi filij, ſed tanquam patri. Diſtinctio autem illa Papiniani, an heres inſtitutus qui reipubl. cauſſa aberat intra diem aditionis deceſſerit, an poſt diẽ, non aliam rationem habet, quam quod ſi poſt diem defunctus ſit, competierit ei viuo beneficium reſtitutionis quod proinde in heredem ſuum tranſmiſerit, non item ſi ante diem. Eſt igitur planè diſſimilis ſpecies illa quam Papinianus tractat *in leg. Pannonius*, ab ea quæ Diui Pij reſcripto continetur. Subueniendum enim putauit Diuus Pius illi ipſi qui legationis & reipublicæ cauſſâ abfuerat, non etiam illius heredi, idque citra reſtitutionem. Papinianus verò non de illo quærit An Pannonio Auito qui reipubl. cauſſâ abfuerat, ſuccurrendum eſſet, ſiue per in integrum reſtitutionem, ſiue quo alio auxilij genere (ponit enim defunctum illum intra diem aditionis, ac priùs quàm ſe heredem ſcriptum cognoſceret) ſed an heres eius reſtitutionem in integrum implorare poſſet, quam viuus ille implorare non potuerat. At nulla ſanè ſiue iuris, ſiue æquitatis ratione admitti id poteſt. Non enim quæ æquitas induceret reſtitutionem pro Auito ſi viueret, & heres eſſe vellet, poſt effluxa aditionis tempora, eadem facit vt reſtitui poſſit, quandiu ſupereſt aliquid temporis ad adeundum, quia ſcilicet tamdiu læſus non videtur. Eo igitur intra diem defuncto, relinquitur neceſſariò cauſſã nullã eſſe, propter quã aut ex iure aut ex æquitate reſtitui heres eius debeat, cũ in hereditate defuncti non inueniat beneficium reſtitutionis, quæ ipſi defuncto numquam competierat. Errauit ergo apertiſſimè Tribonianus, aut quiſquis alius fuit, qui ad illam Papiniani ſpeciem trahendũ putauit reſcriptũ D. Pij, nec ipſi Papiniano parcerẽ, ſi cõſtaret mihi aut fieri poſſet probabile, nihil in eius reſponſo immutatum. Sed errant lõgè periculoſiùs, & fœdiùs, qui quod à Papin. ex æquitate contra iuris rationem reſponſum putant in herede eius qui reipublicæ cauſsâ abfuerat, vt ſcilicet competat ei reſtitutio, quæ numquam defuncto competierat, hoc ipſum protrahunt ad alios heredes quoſcumque, non ſolùm minoris ſed & alterius cuiuſlibet, qui ex alia quàm iuſta & neceſſaria cauſa abfuerit. Diuerſam enim iſtorum rationem eſſe vel ex eo intelligimus quod Vlpianus *in d. l. cùm quidam ſcribit*. non alio æquitatis iure niti reſcriptum D. Pij quàm quòd pater reipublicæ cauſa abfuerat, vt colligamus

ſi aliud non fuiſſet quàm quòd filij mors interuenerat abſente ex alia cauſſa patre, non idem reſcripturum fuiſſe Imperatorem. Nec ſanè ambigendum eſt quin hac parte melior eſſe debeat conditio eorum qui reipublicæ cauſſâ abſunt, quàm cæterorum, ſicut & in eo quod iam diximus, vt qui reipub. cauſſâ abſens excluſus eſt tempore ab adeunda hereditate, reſtitui in integrũ poſſit: alij qui ex alia cauſſa abfuerunt, non poſſint: *argum. d. l. ſed etſi 26. §. vltim. cum l. ſeq. D. ex quib. cauſ. maior. & dict. l. 1. C. de reſtit. milit.* Item in eo, vt cui cùm reipublicæ cauſſâ abeſſet, priùs defunctus eſt quàm ſe inſtitutum cognoſceret, dummodò poſt aditionis diem deceſſerit tranſmittat in heredem beneficium reſtitutionis etiam ignorans. Minor autem vel alius quiſquis non reipublicæ cauſſâ abfuerit, non tranſmittat, nec ſi delatam ſibi hereditatem aut bonorum poſſeſſionẽ ignorauerit. In illo autem ſolo cõueniunt, quòd & is qui reipublicę cauſſâ abfuit, ſi poſt exactos aditionis dies deceſſerit, ſibi delatam ſciens ſucceſſionem, nõ aliter tamen in heredem ſuum tranſmittit quàm ſi declarauerit velle ſe heredem eſſe aut tempus habere ad deliberandum *dict. l. Iulianus 17. ex quibus cauſ. maior.* quod & in minore & in cæteris omnibus qui ipſi reſtitui potuerunt ſi ante impetratam reſtitutionem deceſſerint, idem prorſus eſt. Sanè in militis herede, certum ni fallor, ius eſt, vt ex defuncti perſona non poſſit iuuari beneficio reſtitutionis, ſi miles intra diem aditionis deceſſerit. Id enim eſt quod apertè Imperatores ſignificant *in dict. l. 1. C. de reſtit. milit.* iis verbis *ita demum ſi poſt exactos dies.* Quæ ſi cum noſtris interpretibus putes abundare, vt Imperatores cum Papiniano concilies, non minùs ridiculè facias, quàm ſi cum iis ſentias reſcripſiſſe Imperatores de ſtricto iure, Papinianum verò de æquitate reſpondiſſe. Solent enim Imperatores de æquitate potiùs, quàm de ſtricto iure reſcribere, ne alioqui eos à quibus conſulebantur feſelliſſe magis quàm docuiſſe viderentur. Si quando enim aliàs, certè in legibus, edictis, & reſcriptis verba cum effectu ſunt accipienda. Quis porrò effectus eſſet eius quod lex ait, Ita demùm poſſe militis heredem ex perſona defuncti reſtitui ſi deceſſerit ille poſt exactos dies petendæ bonorum poſſeſſionis, cum iis quoque non exactis idem nihilominus admittendum eſſet? Denique cùm reſtitutiones omnes ſola æquitate nitantur, ac contra ſtricti iuris rationem inductæ ſint, non video qua ratione potuerint Imperatores iuris rigorem inſpicere ad denegandam reſtitutionem quam ex æquo & bono concedere debuiſſent. Sed & quod tradunt noſtri defuncto ante aditam hereditatem minore, dandam heredi eius reſtitutionem vt adire poſſit, an nõ pugnat apertè cum *d. l. ſi infanti 18. C. de iur. delib.* Quamuis enim infanti priuilegium hoc detur, vt ei delatam hereditatem poſſit pater ipſius nomine adire, adeóq; vt ſi priùs infans defunctus ſit quàm pater adierit, habeatur nihilominus hereditas pro adita, & ipſi patri iure poteſtatis quæſita, ſi tamen pater non ſit nec tutor, aut tutor quidem ſit, ſed hereditatem pro infante adire neglexerit, Placet Iuſtiniano hereditates omnes ad infantem deuolutas & non agnitas ita intelligi, & perinde ad alias perſonas ſubſequentes peruenire, acſi numquã fuiſſent infanti delatæ. Quibus verbis vtique excluditur infantis heres non ſolùm ab hereditate, ſed etiam ab omni beneficio reſtitutionis, vt pluribus ad eum locum diſputat Baldus contra Bartolum, quamuis idem Bald. *in d. l. 1. C. de reſtit. milit. in fin.* tentet dici poſſe aliud iuris eſſe in infante, aliud in alio minore. Sed præter id quod diſſimilitudinis rationẽ nullam adfert, illud etiam negari non poteſt, plus fauere Iuſtinianũ voluiſſe infanti quã minori, ſicut & re vera fauorabilior eſt infans quã minor, vel eo ſolo quòd minùs æquum ſit nocere infanti aut eius heredi negligentiam tutoris, quàm minori ſuam propriam. Obiicitur etiam vulgo pro interpretibus lex *Qui duos 9. D. de reb. dub.* quaſi in ea ſpecie hereditas fratris præmortui reperiatur in hereditate nouiſſimi beneficio tãtùm reſtitutionis in integrũ, vt ad eum locum Bart. defendit. Sed longè alia illius loci ſententia eſt, vt tractauimus lib. ſuper. c. 14. & ex iis apparebit, quæ nos de tota quæſtione iſta fuſiùs & cõmodiùs diſſeremus noſtris Diſputationum forenſium libris, quos parturimus iampridem, & breui, ſi Deus fauebit, in publicum edemus.

De verbis fideicommiſſorum ad §. vlt. l. vnum ex familia 67. de legat. 2.

CAPVT 11.

FVere olim verba quædam certa, & vt ita dicam ſolennia fideicommiſſorum, ſicut & legatorum, qualia illa *Rogo, peto, mando, iubeo, cupio, opto, volo, deſydero,* & ſi qua ſunt ſimilia *§. vl. Inſti. De ſing. reb. per fideic. relict. l. 2. C. commun. de legat. Paul. li. 4. ſenten. ti. 1. De fideic. §. fideicõmittere*: Quæ ſi nulla aderãt non poterat ex ſola volũtatis coniectura fideicommiſſum induci *l. pater 38. §. penult. l. teſtatorẽ 68. alias l. Iulianus §. 1. de legat. 3.* Quibus locis ridiculus ſanè eſt Accurſius, qui fideicommiſſum deberi cõtendat, quod apertiſſimè Scęuola & Vlpianus deberi negãt, ſed magis ridiculi, qui ſcripſerunt *in d. §. penul.* legẽdum eſſe *dubitari* non *proponi.* Nulla enim certè eo loco fideicommiſſi verba proponebantur, ſicut nec *in l. generali 32. in princ. de vſufruct. lega. l. Titia cùm teſtamento 34. in princip. & §. Caius Seius de legat. 2. l. fideicommiſſa 11. §. ſi ita quis de legat. 3.* At nec fideicommiſſi verba quædam interuenire ſatis erat, niſi ex iis quæ præcedebant aut ſequebantur, appareret teſtatorem fideicõmittere voluiſſe *l. cùm pater 77. §. mando de legat. 2.* Vnde & dubitãdi ratio ad *d. l. fideicommiſſa §. hæc verba,* vbi tamen non obſcura videtur teſtatoris voluntas, eáque verbis precariis expreſſa acſi ſcriptum eſſet *rogo fac vt ea prædia poſſint ad liberos tuos peruenire* quibus verbis vtique fideicommiſſum ſignificatur *l. epiſtolam 75. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* Itaque nec poterant ſufficere verba ſine voluntate, nec voluntas quæ verbis idoneis expreſſa non eſſet *l. libertates 16. D. de fideic. libert.* ne fauore quidem libertatis *l. Thais 41. §. Lucius Titius 6. eod. l. ex verbo 12. C. eod.* præterquàm in caſu valde ſingulari *l. Paulus reſpondit 39. §. 1. D. eod. tit.* Quòd ſi talia verba teſtatoris proponerentur, quę licet non eſſent ad exprimendum fideicommiſſum ſatis idonea, præ ſe ferrent tamen apertiſſimam fideicommittendi volũtatem, ita vt æquum videretur fideicommiſſum induci, neceſſarium erat in eam rem Senatuſconſultum, vt in illa ſpecie cùm quis rogatus eſt vt alium heredem inſtituat, *l. filiuſfamilias 114. §. vt quis de lega. 1. l. ex facto 17. in princip. D. ad S. C. Trebell.* Aut reſcriptũ aliquod Principis vt ſi ſcriptum eſſet *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint* idque nullis conſilij verbis adhibitis *l. qui filiũ 74. in princ. eo. tit.* Vel ſi pater rogatus fuiſſet filium emãcipare nulla hereditatis reſtituendæ facta mentione *l. ſi cui legatũ 92. §. vlt. cum l. ſeq. de cond. & demonſtr. l. quamuis 11. C. de fideic.* Aut denique ſi teſtator ita cauiſſet *non dubitare ſe quodcumq; vxor eius cepiſſet liberis ſuis redditu- ram l. v-*

ram l.vnum ex familia 67.§.vlt.de legat.2. vbi Papinianus refert Diuum Marcum reſcripſiſſe pro fideicommiſſo accipiendum hunc ſermonem, cùm fideicommiſſi verba ceſſare animaduerteret. Non enim fideicommiſſi verba ſunt hæc *non dubito te redditurum* ſed ſpei potiùs, præſumptionis & confidentiæ, Sicut nec illa *Scio omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura cùm adſectionem tuã circa eos benè perſpectam habeam*, vt apertè Scæuola reſpõdit *in l.Pamphilo 39.* ibi *non videri quantum ad verba teſtatorũ pertinet fideicommiſſum Pamphili* de legat.3. Nec obſtat quod ab eodem Scæuola contrà reſponſum videtur *in l.alumna 20.de adim.legat.* Nõ n.ex iis verbis *certa autẽ ſum te Mæui pro tua pietate ab herede tuo petiturũ vt volũtas mea in perſona alũnæ meæ adiuret* fideicõmiſſum Scæuola conicit, vt malè putat Accur. ſed ex illis præcedentib. *cautionibus interpoſitis, vt ex ea ſumma eidem Semproniæ quandiu vixerit præſtet mẽſtruos denarios quinque, & veſtiarij nomine denarios centenos vicenos quinos idque fidei veſtræ committo.* Præſertim cum non poſſet in illa ſpecie Mæuius tranſlatum in ſe legatum agnoſcere, niſi cum ſuo onere *l.ſed duobus 5. de legat.2. l.à filio 15.de alimen.& cibar.legat.* nec minus heres Mæuij, quàm ipſe Mæuius onerari *l.ſi fuerit 5.§.vlt.de legat.3.* Quemadmodum & in *l.Titia 19. §.qui Marco. de ann.legat.* ex huiuſmodi verbis *Domina ſanctiſſima ſcio te de amicis meis curaturã ne quid his deſit, verũtamen & Marco dari octingenta.* idem Scæuola reſpõdit deberi Marco fideicõmiſſum nõ ſolũ octingentorũ, ſed etiã annuorũ, quæ ſolebat viuus teſtator ei præſtare, non propter verba illa enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa *Scio te curaturã* vt Bartolus credidit, ſed propter ſequentia *verumtamen & Marco dari octingenta* in quibus certum eſt ſubintelligẽdum verbum *volo*, quod ſi additũ eſſet, perfectum ſenſum efficeret l. verbum *volo 10. C.de fideic.l.ſi in teſtamẽto ob.de legat.1.* Quę ſententia eſt *§.ſi omiſſa.d.l.vnũ ex familia.arg.l.1.§.ſi autem.de hered.inſtit.l.errore 7.C.de teſtam.l.4.§.vlt.C.de recep.arbitr.* Cùm autem verbum *volo* ſit precariũ vt diximus, mirum non eſt deberi ex fideicommiſſo octingẽta ac proinde annua etiam deberi ex vi particulæ illius *&* quæ cùm ponitur pro *etiã* dicitur à noſtris implicatiua, & facit vt in propoſito perinde ſit acſi ſcriptum eſſet *verumtamẽ & eo amplius Marco dari volo octingenta.* Quo caſu dubitari non poſſet quin annua viderentur ſimul relicta & vtrique fideicommiſſo eædẽ ineſſe condiciones *l.libertis 108.de cond.& demonſtrat.* Sicut & qui ita ſcribit *Peto cùm morieris licet alios quoque filios ſuſceperis Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei* cæteris quoque nepotibus nondũ natis cenſetur fideicõmiſſum relinquere, quia dictio *plus* implicat *tantundem*, & dictio *tantundem* implicat fideicommiſſum aliis quoq; nepotibus præſtandum *l. cũ filius 76. §.pater. & ibi Bald.de leg.2. facit l.Seia cũ nuberet 11.de liber.legat.* Quo exemplo putem in ſpecie dict.§.qui Marco cęteria quoq; omnia deberi, quibus præſtare ſolitus erat teſtator, idque eſſe quod Papinianus ſcribit *in d.l.cũ pater.§.cũ imperfecta. de legat.2.* Cũ imperfecta ſcriptura inuenitur ita demum verbum legati vel fideicõmiſſi quod præcedit vel ſequitur ad communionem aſſumi ſi dicto ſcriptum congruat. Cæterũ quod dico neceſſaria olim fuiſſe verba exprimẽdo fideicõmiſſo idonea, non ſic accipi debet, vt tamen precaria omnimodo eſſe oporteret. Poterat enim fideicõmmiſſum relinqui directo ad fideicommiſſarium ſermone, neç intererat cum quo teſtator loqueretur ſed in quem voluntatis intentio dirigeretur *l.ſi ſeruus legatus 108. §.qui margarita de legat.1.d.l.Titia cùm teſtamento 34. §.Titia 7.l.peto 69 in princip.l.miles 75.d.l.cùm pater 77.§.donationis de legat.2.l.cùm quis decedens 57.§.nuptura de legat.3.* Sed eam tamen voluntatis intentionem verbis idoneis, &, vt loquuntur, diſpoſitiuis expreſſam eſſe oportebat. In eamque rem omnium elegantiſſimus textus eſt & ad propoſitam diſputationem accõmodatiſſimus *in d.l.vnum ex familia 67.§.vlt.de legat.2.* vbi cùm proponeretur teſtator ita cauiſſe *non dubitare ſe quodcunque vxor eius cepiſſet liberis ſuis redditurum*, Papinianus ait ceſſare verba fideicommiſſi, & nihilominus Diuum Marcum reſcripſiſſe cũ ſermonem pro fideicommiſſo accipiendum eſſe, vt intelligamus ante Diui Marci reſcriptũ non potuiſſe in ea ſpecie pro fideicõmiſſo reſpõderi, quia tametſi voluntas teſtatoris non obſcurè fideicommiſſariis fauere videretur, nulla tamen fideicommiſſi verba aderant, ex quibus fideicommiſſum inducere Iuriſconſultus poſſet. Nimirum, quoniam qui dicit ſe nõ dubitare te aliquid facturum, non ideò tamen ſatis volũtatem ſuam declarat, an idipſum te facere velit, eàque ſpes, aut præſumptio aut confidentia vt diximus potius quàm voluntas dicenda eſt. Id enim eſt quod Papinianus ait *qui melius de matre præſumpſerat.* Porro ad inducendum fideicommiſſum ſiue abſint verba aliqua, ſiue deſint idonea, voluntas fideicommittentis prorſus neceſſaria eſt, nec ſufficit benè de herede ſperaſſe, aut præſumpſiſſe teſtatorem: Alioqui non tam fidei quàm prudentiæ, aut exiſtimationi, aut potiùs arbitrio heredis commiſſa res videretur, heréſque fideicommiſſum petenti denegans non tam fidem ſuã quàm teſtatoris ſpem & opinionẽ fallere dicendus eſſet. Quare nec hodie poſt reſcriptum Diui Marci admitteret Papinianus inducendum paſſim fideicõmiſſum ex illis verbis *non dubito te redditurum*, vt ex eo apparet, quòd reſcripti rationem reddit non minùs ſpecialem, & ſingularẽ, quàm elegantem, & quę vix ad aliam ſpeciem vllam aptari commodè poſſit quàm de qua Diuus Marcus reſcripſit. Ait enim reſcriptum illud ſummam habere vtilitatẽ, id eſt æquitatẽ (ſcilicet æquitatẽ ſemper æſtimat ciuilis legiſlator ex publica vtilitate, quòd quicquid publicè vtile eſt non poſſit id etiam æquũ non eſſe, & contrà, non vtile quod æquum eſt) *ne* inquit, *honor bene tranſacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui meliùs de matre præſumpſerat.* Nõ igitur ea reſcripti ratio eſt quã Bartolus comminiſcitur, vt more ſuo ex caſu ſpecialiſſimo inferat generalem propoſitionem, quòd verba enunciatiua futuri euentus ad grauatũ directa inducant diſpoſitionem fideicõmmiſſariam, quando prolata ſunt vt ipſe loquitur, propter ſe, nõ propter aliud, ſed quia mariti verba proponebantur ad vxorem directa, cum qua matrimonium bene feliciterque tranſactum fuerat: Item fauore liberorum quibus etſi pater non ſatis bene proſpexerat, à matre tamen meliùs proſpectum iri præſumpſerat. Quæ ſi omnia non cõcurrant dico non minùs ceſſare reſcriptum, quàm reſcripti æquitatem. Quid enim ſi alius quàm maritus ad heredẽ talia verba direxerit? Nullus ſubeſt honor bene tranſacti matrimonij, ex quo coniectura aut color æquitatis ſumi poſſit. Quid ſi nulli ex eo matrimonio ſuperſint liberi, vt proinde de hereditate non liberis ſed fratribus aut quibuſdã extraneis reſtituẽda teſtator cogitauerit? Nulla ſubeſt communium liberorũ fides, quæ decepto marito ſubueniendũ eſſe ſuadeat. Ergo nec ſubueniendũ eſt.

vt ea verba pro fideicommiſſo accipiantur. Obſerua enim non ita loqui [illegible], vt rationem reſcripti hanc adferat *ne decipiatur teſtator qui melius de herede ſuo præſumpſerat*. Eſſet enim potius quod imputare ſibi teſtator deberet qui volens heredem onerare, nullis tamen verbis ſiue directis ſiue precariis fidem eius obſtrinxiſſet. Niſi quid prætereà adſit, quod teſtatorem nō improbabiliter mouere potuerit vt nihil heredi imperaret. Eiuſmodi verò fuit in ea ſpecie quam Papinianus tractat, honor bene tranſacti matrimonij, fides etiam communium liberorum, quibus nimirum rationibus motus pater & perſuaſus credidit, & verò non abs re credere debuit nil eſſe ſibi neceſſe rogare vxorem vt cōmunibus liberis hereditatem reſtitueret. Quam ſi poſteà nolit illa reſtituere, decipitur quidem pater, ſed non tam ab vxore cui ſcilicet voluntatem ſuam non ſatis apertè ipſe inſinuauerit, quàm ab honore ipſo bene tranſacti matrimonij, & fide communium liberorum. Rurſus obſeruandum eſt, quod poſt Papinianum dicimus *patrem decipi* non hic accipiendum eſſe vt patris voluntas decipiatur (quis enim admitteret decipi poſſe voluntatem teſtatoris ab herede, tametſi aliud nihil concurreret? Aut quæ poteſt dici voluntas eius qui nullis verbis diſpoſitiuis vſus fuerit?) ſed ſic intelligimus, vt patris ſpes, expectatio & præſumptio decipiatur. Atqui non ex eo ſolo induci fideicommiſſum poteſt quod teſtatoris expectationi & præſumptioni ſatisfactum non fuerit ſi nulla adſint verba fideicommiſſi, vt apparet *ex d. l. generali. 2. in princip. de vſufruct. legat.* in cuius ſpecie proponebatur teſtator vſus verbis illis, non adulatoriis, vt ſomniat Bartolus, ſed enunciatiuis futuri euētus *cuius fundi proprietatem puto te conſecuturum ſi non contenderis cum herede meo ſed potius concordaueris*, Nec ad honoratū duntaxat directis, ſed etiam ad oneratum. Sequitur enim *ſed & tu heres omnia fac vt amici ſitis. Hoc enim vobis expedit.* Nec tamen admittit Scæuola vt his verbis relicta proprietas videatur. Sic & *in l. teſtatorem 68. alias l. Iulianus §. 1. de legat. 3.* nullum fideicommiſſum inducitur ex illis verbis. *Ita enim fiet vt filios veſtros filius meus vobis condones.* Quamquā nō ignoro reſpōdere Bartolū, verba illa eſſe adulatoria vt & *in d. l. generali.* & ad honoratū ipſum directa ac propter aliud nō propter ſe emiſſa, ſed quid ille reſpondeat ad *l. Titia cum teſtamento 34. de lega. 2.* Ibi enim teſtator ita dixerat *A te autē Mæuia filia chariſſima peto vt Stichū ſeruū tuū manumittas, cū in miniſterio tuo tot capita ſeruorū tibi his codicillis legauero.* Quæ verba haud dubiè ſunt enunciatiua futuri euentus, & ad grauatam filiam directa, nec tamen fideicommiſſum vllum inducūt. Dicet ille, Emiſſa propter aliud, id eſt ad validādam fideicōmiſſariam libertatem Sticho relictam, idq; ita eſſe non inficior. Sed rogo cur non vel eo magis fideicommiſſum inducunt, quàm ſi propter ſe emiſſa fuiſſent? Fauore nimirū libertatis, quæ ob hoc ſolùm non debetur, quòd iis verbis nec fideicommiſſum vllum debeatur? Addes fortaſſe pro Bart. nullū eo caſu fideicommiſſum deberi, proptereà quòd legati ſpecies adiecta non eſſet. Id enim eſt quod Modeſtinus ait *nec adiecerit legati ſpeciem*. Sed quamuis adiecta fuiſſet, certáq; ſeruorum corpora demōſtrata, non idcirco tamen fideicommiſſum valuiſſe vt apertiſſimè Modeſtinus docet cùm ita ſcribit *nec poſſit vtile fideicommiſſum putari quod datum non ſit cùm legaſſe ſe dixerit, nec ab herede vti præſtarentur mancipi petierit.* Quæ ratio non minùs locum habet, cùm verba enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa emiſſa ſunt propter ſe, quàm cùm propter aliud. Illud enim perpetuum eſt, vt fideicōmiſſum nūquā videri poſſit relictū, niſi verba adſint aut precaria aut diſpoſitiua, nec ſola enūciatiua vllo caſu ſufficiunt, ſi eum tollas quem iam diximus ſingularem, fauore libertatis, & alterius cuiuſlibet piæ cauſæ, de quo *in d. l. Paulus reſpondit 39. §. 1. de fideicommiſſ. libert.* Itaque vt ad Papinianum noſtrum redeamus, cùm reſcriptio illa D. Marci de qua *in d. §. vl. l. vnum ex familia*, ſpecialiſſimam rationem habeat, nō eſt quod ad alias ſpecies, quibus eadem ratio cōuenire non poſſit, protrahatur: ſed ad vnam illam, quæ alia potiùs quàm diſſimilis dicenda eſt, ſi mulier herede ſcripto marito ita dixerit *nō dubito chariſſime domine te quicquid ex bonis ad te peruenerit liberis noſtris redditurum.* Nam & hoc caſu eadē ratio ſuadet vt verba huiuſmodi pro fideicommiſſo accipiantur, *ne ſcilicet honos bene tranſacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat matrem quæ melius de patre præſumpſerat*. Et hæc quidem ad Papinianum ſufficiant. Ad Scæuolam enim properandum eſt.

Inconſulta Triboniani nota in l. Pamphilo 39. in princip. de legat. 3.

Cap. III.

ADuerſus id quod proximè diximus, reſcriptū illud Marci Imperatoris, de quo Papin. tractat *in §. vl. l. vnum ex familia 67. de legat. 2.* non eſſe ad alias ſpecies facilè protrahendū, pugnare omnino videtur, quod Scæuola reſpondiſſe creditur *in l. Pamphilo 39. in princ. de legat. 3.* Nā cū patroni teſtamēto ita ſcriptū proponeretur, *Pāphilo liberto hoc amplius quàm codicillis reliqui, dari volo centū. Scio omnia quæ tibi Pāphile relinquo ad liberos meos peruentura cùm affectionē tuā circa eos bene perſpectā habeā*, & quæreretur, an verbis ſupraſcriptis Pāphili fideicōmiſſum eſſet vt poſt mortē ſuā filiis defūcti cētū reſtitueret, Reſpondit Scæuola ſecundū ea quæ proponerentur non videri quidem quantū ad teſtatoris verba pertinet fideicōmiſſum Pamphili vt centū reſtitueret, ſed cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum ſit, centum illa filiis teſtatoris debere reſtitui, *quia*, inquit, *in ſimili ſpecie & Imperator noſter Diuus Marcus hoc cōſtituit.* Hic ego priuſquam meā propono ſententiam animaduerti volo, quod ſuperioribus mirificè congruit, fateri Scæuolam nullum fideicommiſſum contineri iis verbis *ſcis omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruētura.* Cuius tamen iuris ratio alia eſſe non poteſt, quàm quæ ſupra à nobis allata fuit, quod fideicōmiſſum nunquam induci poſſit abſque verbis precariis aut quomodocumque diſpoſitiuis *dict. l. Titia cùm teſtamēto 34. d. l. miles ad ſororem 75. d. l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2. l. quidam cùm filiumfamilias 46. de hered. inſtit.* Sed & illud obſeruandum eſt, Scæuolam, vt in propoſita ſpecie fideicommiſſum inducat præter verba teſtamenti, non moueri ſola coniectura voluntatis, ſed potiſſimùm autoritate reſcripti Diui Marci, ita innuens non obſcurè, ſi tale nullum fuiſſet reſcriptum, nec fuiſſe ſe pro fideicommiſſo reſponſurum. Tertiò notatu quoque dignum eſt, quod ait Diuum Marcum in ſimili ſpecie hoc conſtituiſſe, vt intelligamus non idem in omnibus ſpeciebus conſtituendum eſſe ſed tantùm in ſimilibus. Poſtremò quòd ait *cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum eſt* oſtēdit apertiſſimè in eo ſimilē eſſe propoſitā ſpeciem illi de qua Marcus reſcripſe-

ſcripſerat, quòd ſicut permittendum non eſt vt honor bene tranſacti matrimonij, fides etiam communium liberorū decipiat patrem, qui melius de matre præſumpſerat, ita nec ferẽdus ſit libertus, qui patroni ſui ſententiam decipere velit, neminique quod non timore obſequendi neceſſitate patrono libertus, quàm marito vxor teneatur. Ex quo apparet, vt maximè trahi poſſit reſcriptum Marci ad eam ſpeciem, de qua Scæuola reſpondet, non ideò tamen ad alias omnes ſpecies trahendum eſſe: Alioqui ſcribendum erat, inhumanum eſſe decipi ſententiam defuncti ab herede, aut legatario quolibet, nec debuerat liberti nomen ſpecialiter adiici, ſi nihil ea adiectio prodeſſet. Prodeſt autem in eo, vt appareat liberto qui non modò legatum ſed etiam libertatem à patrono meruerit, difficiliùs quàm cæteris heredibus, aut legatariis proſſus extraneis permittendum eſſe, vt fruſtretur, vel decipiat patronum, qui de eo meliùs præſumpſerat. Itaque non faciet reſponſum hoc Scæuolæ, vt mihi perſuadeam, relinqui poſſe fideicommiſſum his verbis *credo te daturum* aut *ſcio te reſtituturum hereditatem meam Titio* ſiue vim verborum ſpectes, quæ proculdubio nec precaria ſunt nec diſpoſitiua, ſiue teſtatoris voluntatem quæ non diuinanda eſt ſed ex ipſa poteſtate aut interpretatione verborum colligenda. Et conſequenter quod cõtrà ſcriptũ eſt *in l. etiam hoc modo* 115. *& in l. & eo modo* 118. *de legat.* 1. vel omnino accommodandum & tractandum eſt ad eas ſpecies de quibus Scæuola & Papinianus tractant, vel Triboniano adſcribendum aut imperito interpreti reſpicienti ad Iuſtiniani cõſtitutionem *in l.* 2. *C. commun. de legat.* quaſi ex ea factum ſit vt verba quælibet hodie idonea ſint ad exprimendam fideicommiſſi voluntatem: quo tamen ſtultius dici nihil poteſt vt docebimus *infr. ca.* 5 Sed vt dicam quod ſentio, videtur mihi poſſe quid tentari & veriùs & elegantius, à nemine adhuc tentatũ aut obſeruatũ. Multa enim ſunt, quæ mouent me, vt in eo Scæuolæ reſponſo inanem & verboſam Triboniani eloquentiam potiùs, quàm elegantem Scæuolæ breuitatem deprehendere videar. Perlege enim ſi voles omnia Scæuolæ reſponſa, ſiue Digeſtorum, ſiue reſponſorũ, ſiue quæſtionũ libris cõprehenſa. Non reperies vllibi eum tot verba effundere, vt reſpondeat ad propoſitam quæſtionem. Solet enim ille ſi quam dubitãdi, aut decidendi rationem exprimere vult, eam conſultationis verbis complecti: vt eò breuior ſit reſponſio. Sed & quoties contingit ex eodem facto plures oriri quæſtiones, ſolet etiã conſultationis capita diſtinguere, vt ad ſingula ſigillatim, & breuiter ſuo more reſpondeat. In quo comprobando non eſt quod laborem, iis nimirum ſcribẽs, quibus æquè ac mihi perſpecta ſit Scæuolæ elegantia, & de iure reſpondendi ratio. Iidem verò ſciunt, moris illi fuiſſe, ad ea tãtùm reſpondere, quæ ex facto proponerentur, & vt paſſim loquitur *ſecundum ea quæ proponerentur*. Vnde fit vt ſi quando implicita ſit facti quæſtio de iure aperto duntaxat non etiam de facto reſpondeat *vt in l. à teſtatore* 109. *de condic. & demon. l. qui Romæ* 122. §. *Agerius de verb. oblig.* quorum locorum interpretatio non niſi huius rei ignoratione difficilis pleriſque viſa eſt. Atqui in quæſtione *dict. l. Pamphilo*, de illo tantùm conſultus erat Scæuola An propoſitis teſtamenti verbis fidei Pamphili commiſſum eſſet vt poſt mortem ſuam filiis defuncti patroni cẽtum reſtitueret. Illud igitur duntaxat reſpondiſſe eum credendum eſt, non videri. Cur enim de voluntate diuinaſſet, de qua nec propoſitum quicquam, nec aliter reſpondere vnquam ille ſoleat, quàm ſi poſſit eam ex verbis deducere. Alioqui cùm voluntatis defuncti quæſtio facta ut, ad arbitrium & æſtimationem iudicis remittenda eſt *l. voluntatis* 7. *C. de fideic. l. Stichus* 12. *l. non aliter* 6. §. 1. *de legat.* 3. Propter quam cauſam toties Iureconſultos omnes, ſed præcipuè Scæuolam noſtrum ita ſcribere legimus *eum enim notio fuerit æſtimaturum*. Nõ enim de facto ſed de iure tantùm reſpondere Iuriſconſultus & poteſt, & debet. Sed & verba illa *ſed cũ ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum eſt* Tribunianum ſanè produnt multo apertiùs, cui familiaris eſt in Iuſtiniani conſtitutionibus ea locutio, numquam ab ipſis iuris autoribus vſurpata *ſatis inhumanum* pro eo quod eſt *valde inhumanum*. Vt taceam ex latini ſermonis ratione ſcribendum fuiſſe *cum ſatis inhumanum ſit* non quomodo ſcriptum legimus *cum ſatis inhumanum eſt*. Adde quòd falſum eſt in propoſita ſpecie decipi ſententiam defuncti patroni à liberto, qui noluit patroni liberis centum reſtituere. Etenim vt iã ſuprà diximus, verba illa teſtatoris *Scio omnia Pamphile quæ tibi relinquo ad filios meos peruentura cum adfectionem tuam circa eos bene perſpectam habeam* non exprimunt voluntatem vllam fideicommittentis, ſed ſpem tantùm & expectationem, ac vt Papin. loquitur *in d. l. virum ex familia* 67. §. *vlt. de lega.* 2. *præſumptionem*. Quod ſi non exprimunt voluntatem, multo minùs ergo ſententiam teſtatoris. Plus namque eſt ſententia quàm voluntas, cùm ſit ipſa voluntatis teſtatio vt ex teſtamenti diffinitione apparet *l.* 1. *Dig. qui teſtam. facer poſſ.* Nonenim quemadmodum dicimus teſtamentum eſſe voluntatis noſtræ iuſtam ſententiam, ita poſſit quis dicere niſi abſurdè & ridiculè, teſtamentũ eſſe ſententiæ noſtræ iuſtã voluntatem. Accidit quòd ea verba *centum ei relictos* nõ ſunt latina niſi ſubaudias *aureos* de quibus tamen nihil expreſſum erat in cõſultatione. Nam *centum* ſimpliciter cùm dicimus, in neutro genere accipimus *vt in l. cum centum* 9. *de adim. legat. l. Titio centum* 71. *in princip.* & §. 1. & 2. *De condic. & demonſt.* Sed me omnium maximè mouet ſequẽtia illa *quia & in ſimili ſpecie Imperator noster Diuus Marcus hoc conſtituit.* Præter id enim, quod iam docuimus ſpeciem illam, ad quam Imperator Marcus reſcripſit, eſſe huic longè diſſimilẽ, vel hoc ipſo, quòd neque honor bene tranſacti matrimonij, neque fides communium liberorum patronum mouere potuerit vt de liberto benè præſumeret, illud etiam diſſimile eſt, quod apud Papinianum liberis debetur à matre fideicommiſſum ſtatim, non expectata matris morte *l. vxorem* 41. §. *vlt. de legat.* 3. *l.* 1. *de condic. & demonſtr.* Apud Scæuolam verò non niſi poſt liberti mortem, ex vi & poteſtate dictionis *peruentura* quæ habet tractum temporis *l. fideicommiſſa* 11. §. *hæc verba de legat.* 3. *l. epiſtolam* 75. §. 1. *D. ad S.C. Trebellian.* Vt & in ſpecie §. *vltim. l. ſi legatarius* 8. *de legat.* 3. At rurſum quid ſi probem non perueniſſe Scæuolam ad ætatem vſq; Marci Imperatoris? An non inde ſequetur apertiſſimè Tribonianum Scæuolæ manus intuliſſe? Vtique. Atqui non perueniſſe apparet, ex eo quod ipſius Marci conſtitutionem ad Aufidium Victorinum ignorauit, qua inductum eſt, vt ipſo iure liber ſit, qui ea lege venditus fuit, vt intra certũ tempus manumitteretur, nec manumiſſus eſt, *leg.* 1. & 3. *leg. ſi quis obligatum* 6. *l. mancipia* 8. *D. qui ſin. manumiſſ. ad libert. peruen. l.* 2. & 3. & *vlti. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien.* Quam conſtitutionem veriſimile eſt non fuiſſe eum ignoraturum, ſi Marci tempora attigiſſet, ea præſertim, quibus mortuo iam Vero fratre imperabat ille cũ filio Commodo.

Quæ.n.viuo fratre ab eo conſtituta ſunt, ea Iurecōſulti ſolent dicere à Diuis fratribus couſtituta. Quæ verò poſt fratris obitū, ea omnia vel Marco ſoli tribuunt, vel Marco & Commodo, qualis illa conſtitutio eſt ad Aufidium Victorinum. Porro ignoratam fuiſſe à Scęuola conſtitutionem illam, probat manifeſtiſſimè ni fallor *lex vl. D. de ſeru. export.* De cuius tamen ſententia, quoniam hac in re nobis dimicandum eſt cū Iacobo Cuiacio, dicemus ſeparatim capite ſequenti. Id verò ſi ita eſt, conſequens ſit omnino, vt verba illa *quia in ſimili ſpecie & Imperator noſter Diuus Marcus hoc conſtituit* Triboniani ſint nō Scæuolæ. Iam enim ſæpius monuimus Triboniano familiare eſſe vt Iureconſultorum reſponſa pro arbitrio corrumpat, & in quam vult partem contorqueat, præſertim vt ea ad Iuſtiniani conſtitutiones accommodet, obtentu æquitatis quam ille humanitatem ſolet appellare, Aut, vt quod ab aliis Imperatoribus in ſpecie aliqua ſingulari iure conſtitutū & reſcriptum eſt, protrahat ad alias ſpecies quantūuis diſſimiles: Quomodo ſuprà ca. t. docuimus ab eo factum eſſe *in l. Pannonius 86. de acquir. hered.* vbi perelegans Papiniani reſponſum deſtruxit, vt reſcripto Diui Pij de quo *in l. cum quidam 30. eod. tit.* non ſecus ac reſcripto Diui Marci *in d. l. Pamphilo peſſimè abuteretur.* Et conſequenter credendum eſt, Scæuolam *in d. l. Pamphilo* ad propoſitam quæſtionem quę illa erat, An ex verbis ſupraſcriptis videretur fideicommiſſum Pamphili, vt poſt mortem ſuā filiis patroni cētum reſtitueret, nihil aliud reſpōdiſſe, quàm quod initio reſponſi ſcriptum adhuc extat, *non videri.*

Ad l. vlt. D. de ſeru. export.

CAP. XXXI.

PRoponebantur mācipia quædam vendita ea lege adiecta, vti ne alterius ſeruitutem quàm emptoris paterentur, vtque poſt ipſius emptoris mortem in libertate morarentur. Quærebatur an poſt mortem emptoris ipſo iure libera eſſent. Reſpondit Scæuola, ſecundum conſtitutionem Diui Hadriani ſuper hoc prolatam, Pamphilam & Stichum de quibus quærebatur ſi manumiſſi non ſint liberos non eſſe. At ſubinde notat Claudius ad Scæuolam, Diuum Marcum in Semeſtribus conſtituiſſe, ex lege dicta in vendendo quamuis non manumiſſos liberos fore, licet in tempus mortis emptoris diſtulerit venditor libertatem. Apparet igitur Marci conſtitutione tanquam poſteriore abrogatam conſtitutionem Hadriani, ac proinde Scæuolam qui Hadriani conſtitutione mouetur vt contrà libertatem reſpondeat, correctoriam Marci conſtitutionem ignoraſſe. Neque enim probabile eſt, quod vir clariſſimus Iacobus Cuiacius tentauit ſic accipiendum eſſe Scæuolam vt ex conuentione duntaxat, non etiā ex cōſtitutione libertatem ipſo iure competere neget, quia, inquit, de cōuentione tantū conſultus fuerat, non etiā de conſtitutione. Nam cum ſic cōcepta eſſet quæſtio *an hac mācipia de quibus inter emptorē & venditorem cōuenit, poſt mortē emptoris iure ipſo liberata ſint,* nō video cur non de iure conſtitutionis, æquè ac de iure conuentionis Scæuola conſultus videatur: Præſertim cùm in eo maximè poteſtas eluceat cōſtitutionis, vt ipſo iure libertas competat ei, qui ex conuentione facto & manu emptoris indigebat, vt ad libertatē perueniret. Sed neq; poſſum intelligere cur Scæuola prætermiſſurus fuerit tam celebrē illā Marci conſtitutionē, de qua Claudius ſubiecit, & ex qua omnino diffiniēda erat quæſtio propoſita, cùm abrogatam Hadriani legem, cuius nulla in cōſultatione mentio facta erat, nō prętermiſerit. Et ſanè quid mancipiorum intererat vtrum ex conuentione, an ex conſtitutione libera eſſent, cùm de eo tantùm quęrerent an ipſo iure libertatem cōſecuta fuiſſent? Aut cur admittamus Scæuolam inane, & captioſum dediſſe reſponſum? Quale illud certè fuerit, ſi putemus ſic eum ſenſiſſe, vt in effectu ex cōſtitutionis poteſtate mancipiis libertas competat, quam ille propter Hadriani conſtitutionem ex ſola conuentione non competere reſpondit. Denique non poſſis dicere ex eo moueri Scæuolam, quòd ita lex venditioni dicta fuerat vt mancipia poſt mortem demum emptoris in libertate morarētur. Quaſi non debeat hoc caſu locus eſſe conſtitutioni Marci, ſed potiùs Hadriani. Nam imò verò conſtat ex Claudij nota & *ex l. 3. C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* non ideò minùs locum eſſe conſtitutioni Marci, quòd in tempus mortis diſtulerit venditor libertatem, tametſi cōſtitutionis verba eum caſum exprimerent, quo factum emptoris intercedere oporteret. Si enim poteſtas conſtitutionis repręſentat id quod facere emptor debuit, vt ait *l. vlt. ſo eod. tit.* quanto magis faciet, vt ipſo iure libertas competat, ſi ex conuentione nullo manumittentis facto opus fuit? Eámque nimirum ob cauſam neceſſaria viſa eſt Hadriani conſtitutio, quam Scæuola refert, cùm putarent plerique ius quod tum obtinebat vt ſeruus ex lege venditionis manumittendus non aliter liber eſſet quàm ſi manumiſſus fuiſſet, nō debere locū habere ſi lex venditioni dicta nullū manumiſſuri emptoris factum requireret: quomodo vtique nō requirit cùm cōuenit vt poſt emptoris mortem ſeruus venditus in libertate moretur. Nā ſi propoſitū fuiſſet, ſeruum vēditū ea lege vt manumitteretur, ſimiliter quidem reſpōdiſſet Scæuola nō poſſe ipſo iure liberum eſſe eū qui nō eſſet manumiſſus, ſed nō fuiſſet cur in eā rem adferret Hadriani conſtitutionē, cuius ſcilicet temporibus dubitari non poterat An ſine manumiſſione liber eſſe poſſet, qui ex venditionis lege manumittendus fuerat, cū nondū eſſet conſtitutū, vt ſola condicionis poteſtate factū hominis repræſentaretur. At poſtquàm Marco placuit, vt eo etiam caſu, quo iuſſus eſt emptor manumittere intra certū tēpus, elapſo tempore libertas ipſo iure cōpetat, dubitandū nō eſt, quin ex mente cōſtitutionis, licet verba deficiant, liber ipſo iure fiat poſt emptoris mortē ille qui ſic vēditus fuit, vt poſt emptoris obitum in libertate moraretur. Hoc enim & facilius eſt & conuentionis ipſius verbis conuenientius. Itaque prorſus improbabile eſt quod idem Cuiacius ſcribit Scæuolam ſi de conſtitutione conſultus fuiſſet forſitan reſponſurum fuiſſe non eſſe in ea ſpecie locum conſtitutioni, Verborum, inquit, ſcrupuloſitate inſpecta, & eadem religione, qua victus ille auſus non eſt quod de ſeruis venditis Marcus conſtituerat protrahere ad donatos *l. qui Romæ 122. §. Flauius de verb. obligat.* Nam quę obſecro illa eſſet religio, duriorem facere cauſſam eius, quē poſt certum tempus ipſo iure liberum eſſe contrahentes voluiſſent, quàm eius de quo non niſi per manumiſſionem liberando egiſſent? Superſtitio illa eſſet, non religio. Siquidem conſtitutionis poteſtas in eo vt diximus tota elucet, quod libertatem repræſentat, etiamſi manumittentis factum, quod interuenire debuerat, nullum interueniat. Ergo ſi quis dicat idē admittendum eſſe, cùm conuenit vt ipſo iure libertas cōpetat, non tam extendit conſtitutionem nouā

ad ca-

ad caſum diuerſum & incogitatum, quàm explicat diligentius, quid verbis ipſis, quid ſentẽtiâ legis cōtineatur. Nam quæ lex ſactum hominis non curat, vbi tamen factũ ipſum alioqui requireretur, multo minùs curabit vbi nihil fieri neceſſe eſt. Eóq; facilius recipienda eſt hæc interpretatio quòd noua illa Marci conſtitutio libertatib. fauorabilis eſt, quarum fauore permulta ſunt contra iuris rigorem introducta *l. generaliter 9. §. ſi quis ſeruo. ff. de fideic. libert. §. vlt. Inſt. de donat.* Propter quam cauſſam illud quoq; receptum videmus, vt licẽt de venditis tãtùm ſeruis conſtitutio loquatur, tamen etiam ad donatos pertineat *l. pen. ff. qui ſine manumiſſ. ad liber. peruen. l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Itẽ ad eos pro quibus manumittendis dominus precium acceperit *l. ſi is qui 4. ff. eod. l. Paulus reſpondit 38. §. 1. ff. de lib. cauſ.* Quanquam difficiliùs proculdubio fuit hoc probare, quàm quod Claudius notat ad Scæuolam *in d. l. vlt. de ſeru. export.* Vt enim quod de ſeruis venditis conſtitutũ eſt trahatur ad donatos, itémque ad proprios pro quorum libertate precium acceptum ſit, non poteſt fieri citra extenſionem. Vt verò conſtitutio facta fauore ſeruorum venditorum qui manumiſſi non ſunt cùm manumitti debuerunt, locũ habeat in ſeruis venditis quos voluit venditor ſine manumiſſione liberos fieri, neq; extenſione neque ferè interpretatione vlla opꝰ eſt. Niſi quis malit verbis omnino inhærere, quàm legis vim & poteſtatem perpendere, quo nihil ſane poteſt eſſe indignius. Id enim maximè eſt legi fraudẽ facere ſi quis ſaluis verbis legis ſententiam eius circumueniat, & mentem. Sed nec illud probabile videtur, Scæuolam adeò fuiſſe religioſum iuris, vt Diui Marci conſtitutionem de ſeruis venditis noluerit protrahere ad donatos. Cur enim deterioris conditionis ſit ſeruus donatus quàm venditus? Aut cur agatur mitiùs cum donatario, qui ſeruum intra tempus manumittendum ex cauſa lucratiua habeat, quàm cum emptore qui ex cauſa oneroſa *arg. l. apud Celſum 4. §. ſi cùm legitima 38. ff. de dol. except. l. omnes 17. l. ex promiſſione 19. ff. de oblig. & act. cum ſimil. lib.* Quare & quod idem Scæuola *in d. §. Flauius.* ſic loquitur quaſi in ſeruis donatis nõ ſit locus conſtitutioni, non ad iuris religionem illam cõmentitiam referẽdum eſt, ſed ad id potius quod dicimus, non perueniſſe illum ad ætatem vſque Imperatorum Marci & Commodi, quæ nouum ius iſtud induxit. Cui rei argumento eſſe poteſt quòd in Scæuolæ reſponſis, quæ tot habemus, nec Diuorum fratrum nec Commodi mentionem vllam reperias. At nec Diui Marci, ſi tollas legem Pamphilo 39. *de legat.* 3. de qua ſuperiore capite diſputauimus, id eſt eam reſponſi partem quæ de Marci reſcripto loquitur. Cùm tamen, & Hadriani Imperatoris meminerit *in d. l. vlt. de ſeru. export.* & Diui Pij hoc eſt Antonini primi qui Diuorum fratrum pater adoptiuus fuit *in l. cùm quis decedens 37. §. pater de leg. 3. vict. l. 5. §. 1. de cenſib. l. Antoninus 42. ff. de fideic. libert.* Nec ſanè dubitandum eſt quin hodie poſt Marci conſtitutionem ocioſæ & inanes ſint omnes illæ quæſtiones quas iã accuratè tractat Scæuola *in d. §. Flauius*, quod & Cuiacius ipſe fatetur *li. 1. Obſ. c. 29.* & apparet ex *d. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alie. l. cauſſam 20. §. puellam. ff. de manumiſſ.* quod tamen à noſtris interpretibus vulgo ignoratum eſt, non bene diſtinguentibus tempora vt concordent ſcripturas. Ceterùm nunquam dubitaſſe Iureconſultos, quin ſentẽtia conſtitutionis etiam in ſeruis donatis locum haberet, cõſtat manifeſtè *ex d. l. cauſſam in princ. & ex l. illud 16. §. 1. ff. de manum. vindict. d. l. pen. ff. qui ſin. manum. ad liber. peruen. l. 1. C. ſi emãcip. ita fuer. alien. vt manumis.* Idque ex ſola prudentum interpretatione, ita vt nulla in eam rem opus fuerit noua conſtitutione. Quod ideò ſubiicere lubet, vt eundem refellam Cuiacium, exiſtimãtem fuiſſe hoc poſteà receptum. Quaſi verò ſtatim receptum non fuerit, & an recipiendum eſſet longo tempore inter Iureconſultos decertatum ſit. Vnus tantùm iuris locus eſt in vniuerſo iure, qui virum doctiſſimũ & diligentem alioqui obſeruatorem præcipitem egit, vt crediderit perueniſſe Scæuolã ad ætatem vſq. Marci & Commodi, & ſupradictam conſtitutionem non ignoraſſe. Nam ad legem Pamphilo, qua moueri potius debuerat, non animaduertit. Is eſt *in l. verum 11. §. quod ſi minor. ff. de minor.* qui tamen ad rem nõ pertinet. Illa enim verba quibus decipitur *& magis eſt vt ſententia conſtitutionis Diui Marci ad Aufidium Victorinum hunc non complectatur*, nõ ſunt Scæuolæ, ſed Vlpiani. Quæ autem proximè antecedunt, *ideò prepoſui maiorem quoniam & ſic Scæuola ſcribit*, ita ſunt accipienda, vt quæſtionem illam de ſeruo à minore vendito ea lege vt manumittatur, Scæuola cõceperit de minore annis viginti quinq;, ſed maiore viginti, ac ſi ſcriptum eſſet, *quoniam & de maiore viginti annis Scæuola quæſtionem proponit*, nimirũ propter legẽ Æliam Sentiam, quæ prohibet ne minor annis viginti poſſit ſeruũ manumittere. Hanc enim ſic intelligendã Scæuola putauit, & rectè, vt multo magis prohibeatur minor ſeruum ea lege vendere, vt manumittatur. Alioqui facilè fraus fieret legi, adeóq. maiore quodammodo minorum detrimento, cùm talis pacti adiectio faciat vt minorato, hoc eſt longè minore precio ſeruus vendatur *l. ſi venditor 6. §. vlt. & d. l. vlt. ff. de ſeru. export.* Item vt ſeruus ea lege venditus & ab emptore manumiſſus fiat emptoris libertus *l. ſi quis hac lege 13. ff. de oper. libert. l. ſi quis 30. ff. qui & à quib. manum.* qui tamen eſſet minoris libertus ſi eum manumittere minori ipſi liceret, Quod ius patronatus poteſt aliquando precioſius eſſe, quàm dominium ipſum, quod in ſeruo & in ſeruum dominus habeat.

Alia Triboniani nota in §. 1. l. Pamphile 39. de leg. 3.

CAPVT V.

QVando in ſuperioribus non infeliciter, vt nobis videmur, Scæuolam ab inſcitia Triboniani vindicare cœpimus, pergamus obſecro, & videamus, an non eadem Triboniani audacia corruptum quoque ſit aliud Scæuolæ reſponſum quod in eadem *l. Pamphile 39. de legat.* 3. de qua iam diximus, proximè ſequitur *in §. propoſitũ.* Propoſitum eſt, inquit Scæuola, non habentem liberos nec cognatos in diſcrimine vitę conſtitutum per infirmitatem accerſitis amicis Caio Seio contubernali dixiſſe quòd vellet ei relinquere prædia quæ nominaſſet, eáq. dicta Caium Seium in teſtationẽ redegiſſe etiam ipſo teſtatore interrogato an ea dixiſſet, ac reſpõſo eius tali μάλιστα inſerto. Quærebatur an prædia quæ deſtinata eſſent pertinerent ad Caium Seium ex cauſa fideicommiſſi. Reſpondit Scæuola ſi Triboniano credimus, *ſuper hoc nec dubitandum eſſe, quin fideicõmiſſum valet.* Sic enim ſcriptũ eſt, omnino inſulsè. Scribendũ namq. fuerat latinè loquenti, *dubitãdum non eſſe quin fideicommiſſum valeat.* Sed & cùm particula illa *nec* ſit implicatiua negatiuè, quemadmodum particula *etiam* implicat affirmatiuè, videntur ea verba, *ſuper hoc nec dubitandum eſſe*, ſenſum hunc præ ſe ferre, ac ſi ſcriptum eſſet ſicut ſuperiore caſu reſponſum eſt ex voluntate teſtatoris fideicommiſ-

ſum deberi, ita & iſto dubitandum non eſſe quin fideicommiſſum valeat. Quaſi verò ſpecies illa ad quã reſpondetur *in d. § propoſitum*, ex præcedente pendeat, ac non potiùs omnino ſint diuerſę. At cùm putaret Tribonianus in vtraq; ſpecie inducendum fideicommiſſum ex voluntate potiùs Iuſtiniani *in l. 2. C. commun. de leg.* quàm teſtatorum, & vtriuſq; reſponſi eandem eſſe rationem, nimirum quod poſt eam Iuſtiniani legem verba quælibet videantur ad exprimendum fideicommiſſum idonea, facile illi excidit, parùm ad id quod agebat attendenti, vt vtrumq; reſponſum vna manu corrigens perinde ille ſcripſerit ac ſi duæ illæ ſpecies Scæuolæ ſimul propoſitæ fuiſſent. At neq; videtur reſponſum ad quæſtionem ſatis accommodatum, Non enim quærebatur, an fideicommiſſum valeret, ſed an relictum eſſet. Prius ergo erat vt reſponderetur relictum eſſe. Eo ſiquidem conſtito nec dubitari poterat quin valeret. Deniq; vt ad rem ipſam propiùs accedamus, non puto ea iuris ratione defendi poſſe quod *in d. §. propoſitum*, reſpondetur induci fideicommiſſum ex illis verbis, *volo relinquere tibi prædiũ Tuſculanum.* Ea namq; fideicommiſſi deſtinatio dicenda eſt potiùs quàm diſpoſitio, vt & Scæuola ipſe fatetur illis verbis, *an prædia quæ deſtinata eſſent.* Atqui nemo bene dixerit ſola fideicommittendi deſtinatione fideicommiſſum induci. Repugnãt enim textus apertiſſimi *in l. fideicommiſſa* 11. §. 1. *de leg. 3. l. ex ea ſcriptura* 29. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l. Titia cum teſtamento* 34. *de leg. 2.* Repugnat etiam ſenſus ipſe dictionis. Aliud enim longe eſt, deſtinatum quid eſſe vt fiat, Aliud factum eſſe vt pluribus exemplis comprobari poſſet petendis *ex l. librorũ* 52. *§. vnde non malè & §. chartis l. ligni* 55. *§. ſi lignum de leg. 3.* vbi ſcriptum eſt nec libros nondum perſcriptos librorum appellatione contineri, nec lignum paratum ad carbones coquẽdos, appellatione carbonum. Sic & deſtinata ad affigendum non habentur pro affixis *l. fundi* 17. *§. pen. & vlt. ff. de act. empt.* & pecunia deſtinata ſocietati non ex eo ſolo intelligitur eſſe ſocietatis *l. ſi id quod* 58. §. 1. *ff. pro ſocio.* Et quamuis aliquando ſola deſtinatio magni ſit momenti, vt in ſpecie *l. ſi heres* 79. §. 1. *de leg. 3. l. quæ res* 98. *§. aream. ff. de ſol.* in vltimis tamen voluntatibus, præſertim ſi de legato aut fideicommiſſo inducendo potiùs quàm interpretando quæratur, certum eſt nullius poteſtatis eſſe voluntatem, quę non tranſierit in diſpoſitionem *l. vnic. §. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. toll. l. quidam cùm filiumfamilias* 46. *de hered. inſti.* Nec minùs in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus locum habet quod dici ſolet, Propoſitum in mente retentum nihil operari *l. pen. §. inſulam de lega. 2. l. ſi repetendi* 7. *C. de cond. ob cauſ. dat.* Nulla ergo ratio ſuadet, vt deſtinata fideicommiſſo prædia cenſeantur hoc ipſo per fideicommiſſum relicta. Accedit [& hoc nimitum eſt quo pręcipuè moueor] quod video Paulum ſcribere *lib. 4. ſenten. tit. 1. De fideic. §. fideicommittere*, verbum *relinquo* non magis fideicommiſſi actionem parere poſſe quàm verbum *commendo*, de quo nemo dubitat quin fideicommiſſarium non ſit, vt probat *d. l. fideicõmiſſa* 11. *§. ſi ita quis ſcripſerit de leg. 3. l. ex verbo* 12. *C. de fideicom. libert.* Nam ſi temporibus Scæuolę verba illa, *relinquo Titio fundum Tuſculanum*, non inducebant fideicommiſſum, niſi vel additum eſſet generale caput fideicommiſſi de quo *in l. poſt emancipationem* 40. *§. vltim. l. quiſquis* 95. *de legat. 3. l. generali* 32. *de vſufruct. legat.* vel ſpecialia aliqua legati aut fideicommiſſi verba, *vt in l. Lucius* 78. *§. qui filiam ad S.C. Trebell. dict. l. fideicommiſſa §. ſi ſeruo*, in illis verbis, *cùm per fideicõmiſſum aliquid relinquitur* [vbi ponderandum eſt, quod lex ait, *per fideicommiſſum.* Sic enim ferè ſemper iuris autores loqui videas cùm quid relictum dicunt, *vt & in l. qui vxori* 18. *§. vlt. de aur. & argent. legat.*] Quanto minùs admiſiſſet Scęuola ex illis verbis, *volo relinquere tibi fundũ Tuſculanum* induci fideicommiſſum? Quod ſi ponas cum Bartolo non dixiſſe teſtatorem *volo*, ſed *vellem.* An non improbabilius eſt relictum eſſe fideicommiſſum? Siquidem verbum hoc *vellem* longè minùs diſponit quàm verbum *volo*, quod alioqui perfectũ ſenſum facit & diſponit l. verbũ *volo* 10. *C. de fideic.* ſed ita demùm ſi adiiciatur alteri verbo ex quo inferri poſſit actus ipſe relinquendi quid per legatum aut fideicommiſſum puta ſi ſcriptum ſit, *volo mi heres vt des Titio centum* aut *volo Titi habere te centũ* aut *Volo contentus ſis centum aureis l. peto* 69. *de lega.* At is qui ita ſcribit, *volo tibi relinquere*, ſi nihil præterea exprimat, nihil tamen relinquit. Et falſum ſanè eſt hoc caſu quod nimis indiſtinctè & generaliter Bartolus ſcribit ad hunc locum, verbum *vellem* in vltimis voluntatibus & aliis actionibus habentibus, vt ille loquitur dependentiam de futuro, inducere diſpoſitionem, quod & reperis *in l. ſeruum electione* 6. *de legat. 1.* diſtinguendo tamen plures caſus qui ad rem noſtram non pertinent. Generaliter enim dicere potius debuerat, verbum *volo* ex ſe nihil diſponere, ſed tantùm ratione adiuncti quod tale eſſe poteſt, vt inducat diſpoſitionẽ, tale etiam aliquando vt non inducat. Nam quemadmodum fatente eodẽ Bartolo *in l. gerit* 88. *nu.* 10. *de acquir. hered.* aliud eſt dicere *volo adire*, aliud dicere *volo heres eſſe*, nempe quia præcedere aditionẽ neceſſe eſt ad hoc vt quis heres ſit, ita longè intereſt an quis dicat, *volo relinquere*, aut quod plus eſt, *volo dare tibi fundũ Tuſculanũ*, an ita potiùs, *volo dari tibi fundũ Tuſculanum.* Nimirũ quoniã non debet dari tibi ab herede meo, quin priùs ego dederim, adeò vt non ſufficiat quod dare voluerim. At hoc ipſo quod dico *volo tibi dari* do ego, qui non darem ſi hoc ſolùm ſcriberẽ *volo tibi dare.* Habétque hæc diſtinctio naturalẽ intellectum ſi bene intueare. Hæc cùm ex iuris ratione veriſſimè diſputentur, negari tamen non poteſt quin ex Imperatorum cõſtitutionibus multum hac parte ſit immutatum. Primùm enim Cõſtantini, Conſtãtij & Conſtantis lege factum eſt vt in legatis vel fideicommiſſis non ſit neceſſaria verborum obſeruatio, ita vt nihil prorſus referat quis talem voluntatem verborum caſus exceperit, aut quis loquendi vſus effuderit, inquit lex *in legatis* 21. *C. de lega.* Quod & ad heredum inſtitutiones idem Conſtantinus traxit *in l. quoniam indignum* 15. *C. de teſt.* quę vult quod magis mirũ eſt, nihil etiam intereſſe an directis an obliquis verbis heres inſtituatur. Poſtea verò Iuſtiniani acceſſit conſtitutio *in d. l. 2. C. com. de lega.* quę non ſolùm exęquauit legata fideicommiſſis, adeò vt quicquid legatum eſt cenſeatur fideicommiſſum, & contrà, ſed etiam induxit, vt omne verbum ſignificans legitimum ſenſum teſtatoris legare vel fideicommittere volentis ſit vtile atq. efficax ad inducẽdum legatũ vel fideicommiſſum. Sed nõ inde quis inferre Iuſtinianum conſtituiſſe, vt quibuſlibet verbis fideicommiſſum relinqui poſſit. Quid ergo? ſi ea demùm quæ idonea ſint ad exprimendam mentem teſtatoris legare vel fideicõmittere volentis. Quare fateor eſſę verbum *relinquo* vt & illa *deputo, aſſigno*, ſed non illud *volo relinquere*. Alioqui dicẽdum eſſet vltimas omnes voluntates fideicommiſſorum iure cenſeri, ſublatámq; penitus non verborum duntaxat, ſed

xat ſed etiam voluntatum diſtinctionem contra id quod ſcriptum eſt *in l.non aliter 6 .de legat. . l.Labeo 7.in fin.de ſupell.legat.l.ſi idem -.C.de iur. codicil.* Et conſequenter abrogatas ea Iuſtiniani cõſtitutione tot veterum iuris autorum ſententias in illis ſpeciebus omnibus in quibus reſponderunt nihil de fideicommiſſo proponi, *vt in l.pater 38. §.penulc.l.teſtatorem 68.alias l.Iulianus.§.1.de legat.3. l.Titia cum teſtamento 34.§.Caius Seius. de legat.2. d. l.fideicommiſſa 11.§.ſuſta quis.de legat 3. l.generali 32. in princ. de vſufruct.legat.* Sultulit quidem Iuſtinianus ſcrupuloſas illas legatorum & fideicommiſſorum differentias quæ ea directorum & precariorum verborum differentiis emanabant, vt nihil interſit ad inducendum legatum, vel fideicommiſſum directiſne verbis teſtator vſus ſit, an precariis, ſed tamen perpetuò requirit ille, vt legare vel fideicommittere teſtator voluerit, quod ipſum aliter apparere non poteſt, quàm ſi ea voluntas aptis & idoneis verbis expreſſa ſit, Adeò vt ſi voluntas à verbis omnino diſcrepet, nulla voluntatis ratio habeatur, quia nec ſit expreſſa nec ex verbis expreſſis concipi poſſit, ſicue nec verborum quibus volũtas ipſa refragetur *l. quoties 9.in princ. D.de hered.inſti.l.ſi pater 4. C.eod.l.ſi quis in fundi vocabulo 4.de leg.1.leg.ſi alij 9. de vſufr. legat.* idque eſt, quod dici ſolet, non præſumi teſtatorem voluiſſe quod non dixerit cùm dicere potuerit *d.l.vnic.§.ſin autem ad deficientes.C.de caduc.tollend.l.Labeo 7.in fin.de ſupell.legat.*

Probibita alienatione extra familiã nõ eſſe prohibitã extranei heredis inſtitutionem. Et emendatus §. quindecim.l.pater 38.de legat.

CAPVT VI.

SI teſtator heredibus ſuis, aut legatariis probibuerit ſimpliciter, ne fundum alienent, conſtat non valere prohibitionem, quæ ſcilicet nudi præcepti iure cenſeatur *l. filiusfamilias 114. §. diuus ſecundo. de legat.1.l.pater 36.§.Iulius Agrippa.l. Lucius 93. de legat.3.l.Titio centum 71.in princ.de condic.& demonſt.* Sed ſi prohibitioni caufam adiiciat, putà quòd liberis, aut poſteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibuſdam perſonis conſultum velit, quomodo accidit cùm extra familiam alienari prohibet, valet prohibitio, ſeruandáque eſt voluntas teſtatoris *d. l. Titio centum.* Ita vt ſecuta alienatione fideicõmiſſum petere poſſint ij omnes, quorum fauore prohibita fuerat alienatio *d.§.Diuus*, non quidem ex verbis prohibitionis (qui enim ita ſcribit *prohibeo ne fundus extra familiam alienetur* nullis fideicommiſſi verbis vtitur.) Sed ea teſtatoris voluntate quæ cùm ſeruanda ſit quia neque contra leges eſt, neque contra bonos mores, aliter tamen ſeruari, effectúmque ſortiri non poteſt, quàm ſi in pœnam alienantis fideicommiſſum inducatur *l.cùm pater 77. §. libertis. de leg.2.* Multum tamen intereſt, an ea ſola teſtatoris voluntate fideicommiſſum inducamus, quod fit vt diximus cum fundum heres aut legatarius extra familiã alienare probibetur, an verò ex diſertis fideicõmiſſi verbis, cuiuſmodi illa ſunt ſi teſtator ita ſcripſerit *fideicõmitto ne fundum alienes ſed vt in familia relinquas. vt in d. l.filiusfamilias.§.cũ pater.de legat.1.* vel ita *Peto ne fundus de familia exeat vt in l. vnũ ex familia 67.§.ſed et ſi fundũ.ver.quòd ſi talia.de leg.2.* vel ita etiam *Peto, ne fundus alienetur ſed vt in familia relinquatur* vt *in l.peto 69.§.fratre.eo.tit.* His enim omnibus caſib. nõ tãtum, alienatio inter viuos prohibetur, ſed etiã heredis inſtitutio, & alia quælibet vltima voluntas in extraneum collata, quemadmodum ſupradict. locis apertiſſimè ſcriptum eſt. Nẽpe quia contra teſtatoris voluntatem manifeſtè facit ille, qui cum in familia fundum relinquere iuſſus ſi, legat eum aut inſtitutionis nomine relinquit extraneo. In eóque noſtri omnes conſentiunt, ſecuti Bartolum *in l.ſi ita quis promiſerit 135. §. ea lege nu. 7.de verb.oblig.* At cum ex ſola teſtatoris voluntate, hùc eſt ex ſola alienationis extra familiã prohibitione fideicommiſſum inducitur, magis eſſe puto vt alienare prohibitus transferre poſſit fundum in extraneum, non ſolum ex cauſa ſucceſſionis ab inteſtato quod omnes admittunt *ex d.l.cũ pater 77.§.cũ inter de leg.2.* de cuius tamen ſententia dicemus infr.c.12. ſed etiã ex teſtamento, ſiue inſtitutionis ſiue legati iure, quamuis interpretes quos mihi legere cõtigit, ferè omnes diſſentiant. Mouet me primum, quòd quibus locis ſcriptum legimus, fieri cõtra voluntatem ſi fundus legetur extraneo, non tantum prohibita alienatio proponitur, ſed præterea iuſſus heres aut legatarius fundum in familia relinquere *vt in d. l.114.§.cùm pater.de legat.1.d. l.vnũ ex familia & d.l. peto 69.§.fratre.de legat.2.* vbi illud quoq; obſeruandũ eſt quod ſic Papinia. loquitur *Si domũ alienauerit vel extero herede inſtituto deceſſerit.* Innuens nõ obſcurè quàm ſint hæc differentia *Alienare & inſtituto extraneo herede decedere.* Diſiunctionis ſiquidẽ proprium illud eſt, vt ponatur inter diuerſa. Mouet me ſecundò, quòd ſi heredis inſtitutio eſſet alienatio, vtique patrimonium ſuum alienare diceretur is, qui ſibi teſtamento ſucceſſorem eligeret, quod tamen quàm falſum & ridiculũ ſit, vel ex eo apparet, quod minori annis viginti quinque, cui rerum ſuarũ immobilium alienatio abſque prætoris decreto interdicta eſt, non ideò tamen probibetur teſtamenti factio. Sed me omnium maximè mouet, quod Scæuolam reſpondiſſe video *in d.l.pater 38 §.quindecim.de leg.3.* Nam cum patrona proponeretur quindecim libertis quos nominauerat legaſſe prædiolũ cum taberna ſua, & adiecisse hæc verba *ſibique eos habere poſſidere volo ea lege & condicione ne quis eorum partẽ ſuam vẽdere, donare aliúdve quid facere alij velit. Quòd ſi aduerſus ea quid factum erit, tunc eas portiones prædiúmve cum taberna ad rempublicam Tuſculanorũ pertinere volo*, & ex libertis quidã portiones collegatariorum emiſſent, ac poſtea Caio Selo extraneo herede inſtituto deceſſiſſent, negat tamen Scæuola & qui ad eum notas ſcripſit Claudius extitiſſe cõdicionem fideicommiſſi Tuſculanis relicti: Tametſi verba illa prohibitionis *aliúdve quid facere* eſſent generaliſſima. Verbũ enim *facere* omnem omnino faciendi cauſam complectitur *l.*verbum *facere 218.de verb.ſignif.* Scio Rogerium, & Accurſium Scæuolæ reſponſum illud ſic intelligere, vt ad eas duntaxat portiones pertineat quæ fuerant venditæ, non ad illas etiam quæ ea teſtamento peruenerant ad libertos ipſos à quibus inſtitut⁹ fuerat extraneus. Quaſi de iis non dubitauerit quin per inſtitutionem extranei heredis contra prohibitionem alienatæ viderentur. Sed vt mihi non probari poſſit hæc interpretatio, illud facit, quod quamuis de venditis tantùm portionibus tractet Claudius, cùm ait, non poſſidentis qui nunc extraneus eſt perſonam reſpiciendam eſſe, ſed emptorum, qui ſecundum voluntatem defunctæ ea illis fuerunt, quibus permiſerat teſtatria venundari. Quod tamen ſubiicit, *nec conditio extitit dati fideicommiſſi Tuſculanis* omnino generale eſt, nec aliter poteſt intelligi, quàm vti ne poſſint Tuſculani quicquam petere ex fideicommiſſo ob inſtitutionem, In extraneum collatam. At neq; mihi perſuadere poſſum nihil quæſiiſſe Scæuolam de

partibus,quas emptores illi ex patronæ teſtamento habuerant,cùm de illis dubitandi ſaltem cauſſa aliqua fuerit,aut ſi dicas fuiſſe nullam,planè non video cur ex eo inferas,extitiſſe igitur pro iis partibus cõditionem fideicommiſſi, potiùs quàm quod volo, nõ extitiſſe. Sed & illud obſeruandum eſt, duplicem apud Scæuolam quæſtionem proponi, Priorem illã vtrum partes quæ venierunt ad Caium Seium emptorum heredem pertineant, an ad ſuperſtites collibertos qui partes ſuas non vendiderunt, Alteram, vtrum partes venditæ ad rempublicam Tuſculanorum pertineant. In quo mirum illud eſt,ſi non niſi de partibus venditis dubitabatur,cur nõ potiùs vna illa quæſtione tota controuerſia cõprehenſa ſit,vtrũ partes venditæ ad Caium Seium pertinerent, an ad collibertos, an ad rempublicam. Nam ſiquidem ad priorem dubitationẽ illud tantùm Scæuola reſpondiſſet,non pertinere eas ad collibertos,poterat ſanè ſupereſſe quæſtio,vtrũ ergo ad Caium Seium,an ad rempublicam pertinerẽt:ſed cùm apertis verbis reſponderit,pertinere eas ad Caium Seiũ,quis obſecro dubitationi poſteriori locus eſſe poteſt, vtrum ad rempubl. pertineant? vtiq. enim non poſſunt ad rẽpublicam,&ad Caium Seium pertinere. Illud quoq; obſcurũ mihi eſt cur dubitet Scæuola,An partes quę venierunt pertineant ad ſuperſtites collibertos,qui partes ſuas non vendiderint. Cur enim de collibertis quęramus,cùm ſi peccatum quid eſſet contra voluntatem teſtatricis,nõ ipſi ad fideicommiſſum vocati eſſent,ſed reſpublica Tuſculanorum? Denique non poſſum intelligere quam ob cauſſam de partibus venditis duplicem quęſtionem inſtituat Scęuola,de non venditis verò inque extraneum heredem collatis,penitus nullam. Itaq; vt dicam quod ſentio, ſit mihi veriſimilius duplicem de duplicibus partibus quęſtionem agitari,priorem de partibus ipſorum emptorum,hoc eſt quæ non venditæ ſunt, ſed inſtitutionis titulo in extraneũ tranſlatę. Poſteriorẽ verò de partibus venditis,hoc eſt ipſorum venditorum,vt in illis verbis prioris quæſtionis, *partes quæ venierunt*,legamus addita negatione,*quæ non venierunt.* Sic enim apparebit de iis omnibus,circa quæ poterat incurrere dubitatio,elegãter Scæuolã more ſuo reſpondiſſe. Partes igitur emptorum,quæ non ſint venditæ,ſed per inſtitutionem extraneo delatæ, negat Scæuola pertinere ad collibertos. Ad rempublicam autem an pertineant,ne quidem quærit. Nimirum,quia nõ fuerat reſpublica per fideicommiſſum ſubſtituta,niſi ſub ea conditione, *ſi contrà quam prohibuerat teſtatrix factum fuiſſet*, i.e. ſi quis collegatariorum partem ſuam vendidiſſet, vel donaſſet,vel quid aliud ſimile feciſſet. Atqui nihil horum euenerat,quia nec venditæ erãt partes iſtæ nec donatę,ſed per teſtamentũ in extraneũ heredem collatæ: quod omnino diuerſum eſt. Merito igitur ab earum petitione excludi reſpub. debet,verùmq; illud eſt generaliter & indiſtinctè,hoc eſt non pro partibus duntaxat venditorum,ſed etiam pro partibus emptorũ, quod ad Scęuolam Claudius notat,non extitiſſe cõditionem fideicommiſſi dati Tuſculanis. Cur ergo, inquies,de collibertorum iure potiùs quærimus,cũ in caſum contrauẽtionis non ipſi ſubſtituti ſint, ſed ſola reſpublica? Hoc enim eſt quod nec Rogerius intellexit,nec Accurſius. Reſpondeo, dubitandi pro collibertis rationem illam fuiſſe quod ex voluntate teſtatricis,quæ prohibuerat libertos prædium illud vẽdere,donare,vel quid aliud ſimile facere, alij qui non eſſet de familia,perinde eſſe videretur,acſi prędiũ in familia retinere liberti iuſſi eſſent *arg. §. fundum d. l. pater.* At iam diximus eũ qui in familia fundum retinere,aut etiam relinquere iuſſus eſt, facere contra voluntatem,ſi in eo extraneũ heredem inſtituat *d. §. cùm pater & d. §. fratre:* eóque proculdubio caſu, licet non ſint ſubſtituti illi qui ſunt ex familia, nihilominus fideicõmiſſum petere poſſunt. Nec tamen videbatur obſtare collibertis, quòd ſubſtituta eſſet reſpubl. Tuſculanorum. Erat .n. veriſimile ita factũ à teſtatrice,non tam vt de republica bene mereretur,quàm vt eius pœnæ metu liberti ab alienatione coercerẽtur, *vt in d. l. fundũ*, vbi prohibita alienatione ſic teſtator ſcripſiſſe proponitur. *Quod ſi aduerſus voluntatẽ meã fecerit, fundum ad fiſcum pertinere volo. Ita enim fiet vt de nomine noſtro nunquam exeat.* Igitur in ſpecie *d. §. quindecim* ſi volũtatẽ teſtatricis inſpicias,plus dictum aut ſaltẽ cogitatũ,minùs ſcriptum inuenitur. Illud enim dictum videtur, aut certè cogitatum,vt fundus in familia relinqueretur. Scriptum verò duntaxat illud, vt ſi fundus venderetur,donaretur,aut aliter,ſimili tamen modo hoc eſt inter viuos alienaretur, ad rempubl. Tuſculanorum pertineret. Duplex proinde fideicommiſſum inducendum videbatur, vnum ex verbis,alterũ ex voluntate,ex verbis in fauorem reipubl. nominatim ſubſtitutæ in caſum alienationis inter viuos, ea voluntate, in fauorẽ collibertorum quibus proculdubio proſpicere teſtatria voluerat ea dictione *alij.* Inter ipſos enim,vt lex ait,alienationẽ permiſerat. Nemo autẽ dubitat quin prohibita in alicuius gratiã alienatione ſecutáq; contrauentione,ei competat fideicommiſſi petitio cui proſpectũ teſtator voluit *d. §. Diui. 2. l. filiusfamilias 114. de le. 1.* Itaq; tametſi eo caſu in quẽm diſertis verbis ſubſtituta erat reſpublica nihil iuris colliberti habeant,quoniam,vt vulgo iactatur,expreſſum facit ceſſare tacitum [idçóq; nimirum ſecundam quæſtionem quę eſt de partibus venditis ſic concipit Scæuola,an ad Caium Seium an ad rempublicam pertineãt;de collibertis verò,ne quidem dubitat] in eum tamen caſum quo fideicõmiſſi verba deficiebant,ſubſiſtente nihilominùs,vt videbatur eadem voluntate teſtatricis, hoc eſt inſtituto herede extraneo,videri poterat excluſa manifeſtiſſimè reſpubl. quæ ſcilicet non erat ſubſtituta, ſi quid factum eſſet contra voluntatem, *vt in d. §. fundũ*, ſed *ſi quid contra ea factum eſſet*,hoc eſt contra quàm diſertis verbis ne fieret cautũ erat. Nam ſi fuiſſet ſubſtituta his verbis, *ſi quid contra volũtatem meam factum erit*, planè non video quænam pro collibertis dubitandi ratio eſſe potuiſſet. Vocati autẽ colliberti videbantur ex voluntate acſi ita teſtatrix ſcripſiſſet. *Prædiolum quod cũ taberna legaui libertis meis alienari prohibeo, ſed in familia relinqui volo. Quòd ſi quis eorum partem ſuam vendere donare, aliúdve quid facere alij volet,tunc eas portiones prædiúmve ad rẽpub. Tuſculanorũ pertinere volo.* Finge.n.talia fuiſſe verba teſtamenti. Vtiq; in caſu alienationis inter viuos admitteretur reſpublica ea fideicommiſſo,at non in caſum inſtitutionis collatę in extraneum,quam noſtri teſtamentariam alienationem vocant, imò admitterentur colliberti qui partes ſuas non vendidiſſent *d. §. fratre iunct. §. libertis l. cùm pater 77. de leg. 2.* Nihil ſiquidem vetat vtroque caſu fieri contra voluntatem teſtatricis,ſed vno tamen vocari ex verbis rempublicam, altero vocari ex voluntate collibertos, qui & nominatim in eum caſum tanquam ſeparatum ſubſtitui poterant. Idem ergo & in propoſita ſpecie reſpondendũ videbatur. Sed aliud tamen Scæuolæ iudicium eſt,cui nempe perpetuum illud fuit,vt voluntates morientiũ nõ niſi ex verbis ipſis

æſtima-

ęſtimaret,ſuppleret verò nunquam,interpretaretur etiam,vt alij Iureconſulti ſolent,perrarò. Illud enim duntaxat Scæuola intuetur,quòd verbis illis prohibitionis *vendere donare* nõ quælibet alienatio prohibita erat, ſed ea tantùm quæ inter viuos facta eſſet.Iis verò ſequentibus *aliudve quid facere*, nõ niſi ſimiles alienationis ſpecies continebãtur, puta permutatio,oppigneratio,& ſi quæ aliæ ſunt eiuſmodi, *vt in l.vlt.§.vlt.de tritic.vin.& oleo legat.*heredis autem inſtitutio nequaquam. Non enim iuſſerat teſtatrix,vt fundus in familia relinqueretur:quod ſi eſſet, ſanè inſtituto extraneo admitterentur colliberti, ſi in caſum alienationis duntaxat inter viuos ſubſtituta fuiſſet reſpublica, aut admitteretur reſpublica ipſa ſi ſubſtituta fuiſſet iis verbis, *ſi quid contra voluntatẽ factũ eſſet*. At ſic concepta prohibitione,vt alienatio ſola quæ inter viuos fieret demonſtrata eſſet, ac in caſum iſtius contrauentionis ſubſtituta repub. merito negat Scæuola in portionibus non venditis locum vllum eſſe collibertis, qui ſcilicet nec teſtamenti verba pro ſe habeant, nec voluntatem teſtatricis. De reipublicæ iure non quærit,quia etiã conſtabat in caſum hunc inſtituti heredis non fuiſſe rẽpubl.ſubſtitutam. Rurſus in portionibus venditis, meritò negat Scæuola admitti Tuſculanos,quia vẽditæ ſunt illis de familia quorũ vtiq; perſona inſpicienda eſt,non extranei,cũ de ſua tantùm portione rogatus quilibet ex libertis proponatur. Verum enim eſt,quod ad eum locũ notat Bartolus,Eum qui partem ſuam alienare prohibitus eſt,nõ videri prohibitum alienare partem quam redemit. De collibertorum verò iure in his portionibus non quęrit, quia conſtabat in hunc alienationis caſum ſi contra teſtatricis voluntatem factũ fuiſſet,nominatim ſubſtitutam rempublicam,non collibertos. Itaq; concludit rectiſſimè in omnibus partibus tam venditis quàm non venditis admitti Caium Seium heredem extraneum. Claudius verò,qui ad Scæuolam perelegantes notas ſcripſit, prioris reſponſi quod minorẽ dubitationem habere videbatur, rationẽ nullã reddit,ſed poſterioris duntaxat,quia erat obſcurius. Cũ enim per fideicõmiſſum nominatim ſubſtituta eſſet reſpubl.probabiliùs dubitari poterat an admittenda eſſet,quàm de iure collibertorum qui nuda volũtatis coniectura nitebantur. Sed tamen vt intelligamus idem vtroque caſu reſpõſum fuiſſe,ſubiecit ille *nec extitit conditio dati fideicõmiſſi Tuſculanis*. Coniecturam meam illud etiam iuuat, quod in priore quæſtione ſic ſcriptum video, *an ad collibertos ſuos qui partes ſuas non vendiderunt*. Nam cùm is qui Scæuolam conſulebat putaret factum eſſe cõtra voluntatem teſtatricis tam à venditoribus qui partes ſuas alienauerãt,quàm emptoribus qui inſtituto extraneo herede deceſſerant [alioqui enim de quo poterat ille dubitare?] cur obſecro conſultationi inſeruiſſet verba illa ſi de venditis tantùm portionibus ipſi quoque venditores odmittendi eſſent cum cæteris collibertis. Atqui non niſi ridiculè id ſuſpicari quiſquam poterat. At in portionibus non venditis, ſed in extraneum inſtitutionis titulo collatis non erat id prætermittendum,Ne dubitationi locus relinqueretur, An qui priores alienauerant admittẽdi eſſent cum cæteris ratione illa, quòd quãtum ad eas portiones attineret,nihil feciſſent ipſi contra volũtatem,tametſi in propriis feciſſent. Quanquam & illud verum eſt,prout quiſq; prior alienauerit,partem eum poſterioribus non facere, vt pluribus tractat Papin.*in d.§.libertis*.Cæterùm conſulentis ea verba eſſe,non Scæuolæ,ex illo apparet, quod Scæuola reſpondet,neq.venditores neque emptores quicquam feciſſe contra voluntatẽ,vt proinde ſi in aliquo peccaſſent emptores inſtituẽdo extraneum,non eo minùs admitti deberent venditores ad ipſorum portiones.Illud deniq; mouet me quod ſi prior quæſtio eſſet de partibus venditis, poſterior,quæ de iiſdem eſt,non ſic concipi debuiſſet,*idem quæſiit an partes venditæ ad rempubl.Tuſculanorum pertinerẽt*. ſed ita potiùs,*an eadem partes*. Quamuis vt iam dixi planè abſurdum ſit quærere an partes iſtæ venditæ ad Tuſculanos pertineant ſi ponas iam ſuprà reſponſũ eas ad heredẽ extraneum pertinere.Hęc a.nos eò pluribus enarrare oportuit vt locum alioquin obſcuriſſimum emendatione ac interpretatione noſtra illuſtraremus & probaremus, quod initio capitis propoſuimus, Prohibita ſimpliciter venditione & alia ſimili qualibet alienatione extra familiam,non eſſe prohibitam extranei heredis inſtitutionem,proinde nec legatum aut fideicommiſſum, ſed ita demùm ſi petierit teſtator, vt fundus in familia relinquatur,aut quod idẽ eſt,ne de familia exeat. Supereſt, vt ad ea, quæ in contrarium adduci ſolent reſpondeamus.

Ad §.fundum & §.Iulius Agrippa l.pater 38.de lega.3.& ad §.prædium l.qui ſolidum 78.de legat.2.

CAPVT VII.

PRimum illud obiicitur quod ſcriptum eſt *in d.l.filiusfamilias 114.§.cum pater de legat.1.l.vnum ex familia 67.§.ſed etſi fundum d.l.peto 69.§.fratre de lega.2.*Sed iam reſpondimus ſuperiore capite, iis locis non tantùm prohibitam fuiſſe alienationem,verùm etiam additum, vt fundus in familia relinqueretur,aut ne de familia exiret. Obiicitur ſecundò *d.l.pater §.fundũ de leg.3.* In cuius ſpecie prohibita filię venditione,donatione & oppigneratione *quoad vixerit*,negat Scæuola prohibitã teſtamenti factionem in extraneum,propter verba illa,*quoad vixerit* contrariũ vt videtur reſponſurus ſi ſimpliciter prohibita fuiſſet alienatio. Verùm reſpondendũ eſt non eſſe rectam conſecutionẽ. Nam adiectis verbis illis, *quoad vixerit*, manifeſtior quidem eſt voluntas teſtatoris teſtamenti factionẽ in extraneũ non prohibentis:Sed tamen iis etiam nõ adiectis nihil prohibet eandem quoq; ſubeſſe voluntatem licèt minùs apertè declaratã. Deinde dici poteſt,Tametſi recta eſſet conſecutio illa,quæ à contrario ſenſu elicitur, non ea tamen ratione defendendam fore quòd ſublatis iis verbis,*quoad vixerit*, pura remaneat alienationis prohibitio,quæ extranei heredis inſtitutionẽ comprehendat, ſed quia ſic teſtator ſubiecerat. *Ita enim fiet vt fundus Titianus de nomine veſtro nunquã exeat*, quibus verbis petiiſſe videbatur, ne vnquam fundus de nomine exiret,atq.ita extranei heredis inſtitutionem prohibuiſſe. *argu.d.§.ſed etſi fundum,& l.is qui complures 94.de leg.3.* Plus .n. eſt prohibere ne fundus exeat de familia, quàm ne extra familiam alienetur. Exit de familia et cùm per vltimã quamlibet voluntatem confertur in extraneũ,nec idcirco tamen alienatur,quoniã alienationis nomen ad cõtractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet *arg.l.alienatio 28.l.alienatum 67.de V.S.l.vlt.C.de reb.alien.nõ alienan.*vbi Iuſtinianus etſi alienationis appellatione contractus omnes intelligi vult,de inſtitutione tamen aut alia vltimæ voluntatis ſpecie conſtituit: Nempe ꝙ alienatio dicatur ille demùm actus per quẽ dominiũ transfertur *l.1.C.de fund.dot.* nemo autem dixerit per ſolã heredis inſtitutionem

an. aliam vltimam voluntatem transferri dominiũ, niſi ſequatur mora teſtatoris. At nec ſecuta morte niſi ſequatur etiam agnitio hereditatis *l. ſi tibi homo* 86. §. *cùm ſeruum. de legat.* 1. *leg. ea quam* 14. *C. de fideicom.* Quo tamen tempore cùm nō ſuperſit qui alienare poſſit, fatēdum eſt fieri alienationem ſolius legis poteſtate, quæ defuncti hominis factũ ſuppleat. *arg. l. Stichus* 39. *D. de manum. teſtam.* Sicque intelligenda eſt *l. his verbis* 48. *de hered. inſtit.* Indéque nimirum euenit vt alienare prohibitus, non eo minùs poſſit in ea re heredem inſtituere *arg. l. ex hoc* 8. §. *alienare. D. de alien. mut. iudic. cauſ. fact.* quãuis trãſlatio illa quæ fit per heredis inſtitutionē aliquãdo dicatur alienatio, largiùs ſcil. minúſq. propriè ſumpto alienationis vocabulo *d. §. alienare & l. ſi quis prioris* 8. §. 1. *C. de ſecũd. nupt.* Alioqui ſi ex ſola inſtitutione, ſaltē ſecuta morte induceretur alienatio, nō facerent verba illa, *quoad vixerit*, apud Scæuolam, ne alienare prohibitus extraneum quoq; inſtituere prohiberetur, quia & tempus inſtitutionis, & inſtans mortis vitæ adſcribitur non morti, *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de manum. teſt. l.* 3. *ff. de condict. trit.* Imò, quod plus eſt, nec is qui vendidit cenſetur feciſſe contra volũtatem teſtatoris prohibita alienatione, ſi non ipſa venditio nominatim prohibita ſit, donec ſecutus ſit actus traditionis, vt noſtri tractãt ad *d. §. Diui*, quia ſolus titulus quantumuis iuſtus & legitimus licet ſit neceſſarius non tamen eſt ſufficiens ad dominium transferendum. Porrò traditio nulla fit à teſtatore, qui extraneum heredem inſtituit, ergo neque alienatio. Taceo quod vulgo dici ſolet, Multa eſſe quæ cùm ſola alienari non poſſint, tamen per vniuerſitatem tranſeunt *l. quædam* 62. *ff. de acq. rer. domin.* Nam quod ad hanc rem pertinet non tam mouet me vniuerſalis titulus inſtitutionis, quàm nomē ipſum vltimę voluntatis, nec in legato aliud iuris hac parte quàm in heredis inſtitutione conſtituo. Sanè ſi cautũ ſit, ne res ad aliquem perueniat, fateor nec legati nec inſtitutionis iure poſſe eam rem relinqui perſonę prohibitæ, *l. ſi ita quis* 135. §. *ea lege de V. O.* quia latiùs patent verba illa quàm alienationis prohibitio, multúmq. refert an res ipſa quodammodo afficiatur, an perſona cuius factum prohibetur. Quod à noſtris minùs obſeruatum fuiſſe miror. Tertiò poteſt obijci *d. l. pater §. Iulius Agrippa.* Vbi prohibita heredi alienatione qualibet, inſtitutóq. herede extraneo, negat Scęuola quicquam factũ contra teſtatoris voluntatem, quia nudum pręceptum eſſet: ita innuens, ſi nudum præceptum non fuiſſet, aliud reſpondendum fore, hoc eſt non fuiſſe permittendam extranei heredis inſtitutionem. Porrò nudum præceptum non eſt, quoties extra familiam alienare quis prohibetur, *d. §. Diui.* Reſpondeo prohibita alienatione multum quidem intereſſe, etiam quod ad extranei heredis inſtitutionem attinet an cauſa aliqua adiecta ſit, necne, Non quod adiectâ cauſâ cōfeſtim verum ſit, prohibitam extranei heredis inſtitutionem, quæ alioqui non magis prohibita eſſet, quàm alia quælibet inter viuos alienatio. Sed quia nulla adiecta cauſa indiſtinctè verum eſt potuiſſe in eo fundo extraneum heredem inſtitui, Adiecta verò cauſa diſtinguendum omnino eſt quibus verbis expreſſa fuerit. Quid enim ſi Teſtator ita dixerit: *Fundum Titianũ vllomodo alienari prohibeo, quia in familia relinqui volo.* Vtique cenſebitur prohibita extranei heredis inſtitutio *dict. §. fratre, & dict. §. cùm pater*, ſicut & ſi ſic ſcriptum eſſet *fundum Titianum de familia exire veto dict. §. ſed & ſi fundum.* At ſi talia ſint prohibitionis verba, *fundum extra familiam alienari prohibeo* non eſt quidem nuda prohibitio ideóq; valet ad inducēdum fideicōmiſſum, ſi fundus inter viuos alienetur. Sed non facit tamen vt non perinde liceat heredi extraneum in eo fundo heredem habere, atq; ſi nuda eſſet prohibitio. Hoc autem idcirco Scæuola tacuit, quoniam nuda tantũ prohibitio teſtatoris proponebatur, nō quę cauſſam aliquam hoc eſt fauorē alterius, quàm ipſius prohibiti haberet. Solet .n. ille ad ea tantùm quæ proponuntur reſpondere, cętera verò quantumuis propoſitæ quæſtioni finitima prætermittere. Scio non deeſſe qui putent, reſponſum hoc Scæuolæ rationē illã habere, quod prohibita erat alienatio iis verbis generalibus, *aut vllomodo alienaret*, quorũ tantã vim eſſe volũt, vt ipſa quoq; inteſtati ſucceſſio prohibita videatur. Sed mihi aliud iudicium eſt, nec inſtitutionē extranei heredis iis verbis prohibitam cenſeri. Itaq; noſtra reſponſio & interpretatio magis arridet. Obſtare poſtremò videtur Papiniani reſponſum elegãs *in §. prædium l. qui ſolidum* 78. *de legat.* 2. vbi ait ille ſi pater prędium de familia liberorum alienari verbis fideicōmiſſi prohibuerit, ſupremum ex liberis, qui fideicōmiſſum petere potuit non idcò minùs actionem in bonis ſuis reliquiſſe videri, quòd heredē exterum ſine liberis decedens habuerit. Illa ſiquidem dubitãdi ratio erat, quòd nouiſſimus hic defunctus, feciſſe videretur contra patris voluntatē, inſtituēdo heredem extraneum, atq; hoc ipſo indignus factus, qui petendi à coheredibus fideicommiſſi ius vllũ in hereditate ſua reliquiſſet. At obſeruãdum eſt, quod noſtram ſententiam confirmat elegantiſſimè, nō de eo caſu Papinianum tractare, de quo diſputamus, hoc eſt, quo teſtator fundum extra familiam alienari ſimpliciter prohibuerit, ſed quo præterea proponebatur liberorum fideicommiſſum eſſe, vt prædiũ in familia vel relinquerent, vel retinerent. Id enim eſt quod Papinianus ait *de familia liberorum alienari verbis fideicommiſſi prohibuit.* Nam vt ſuperioris capitis initio diximus, cùm prohibita tantum eſt alienatio de familia fideicommiſſum quidem inducitur ſecuta alienatione, at ex ſola teſtatoris voluntate, non quòd vlla hic ſint verba fideicommiſſi. Vt verò prohibeatur alienatio de familia verbis fideicommiſſi illud omnino requirit, vt iuſſerit teſtator fundum in familia relinqui vel retineri. Quod cùm accidit, ſanè extranei heredis inſtitutio prohibita intelligitur. Porrò ſi ita ius eſſet, vt ad impediendã extranei heredis inſtitutionem, ſufficeret prohibitã eſſe alienationem de familia, quid neceſſe erat Papinianum addere, *verbis fideicommiſſi?* Addidit ergo vt appareret, quam ob cauſam videretur nouiſſimus ille moriens extraneum inſtituendo feciſſe contra patris volũtatem. Etenim ſi facta fuiſſet prohibitio alienandi extra familiam abſque vllis verbis fideicommiſſi, nihil proponebatur propter quod dubitari debuiſſet an per inſtitutionem extranei heredis offendiſſet ille patris voluntatem: nec eo minùs tamen inductum fuiſſet fideicommiſſum in caſum alienationis quandiu aliquis ex liberis ſuperfuiſſet. Quod minùs rectè animaduerſum, aut intellectum eſt à Cuiacio qui ad Nouell. 159. ſcripſit nudam videri prohibitionem, niſi quæ fideicommiſſi verba habeat. Quòd cùm ita ſit, dubitari magis poteſt, Cur ergo neget Papinianus, offendiſſe filium qui extraneum heredem inſtituit, cùm non ſolùm alienare fundum prohibitus eſſet, ſed etiam iuſſus eum in familia relinquere. Reſpondeo, Quia nemo de familia ſupererat, cùm alij omnes liberi præmortui eſſent ſine liberis, inſtitutiſque heredibus

extraneis,

extraneis, & poſt eos omnes nouiſſimus quoque. Sic enim Accurſius,& poſt eum cæteri locum illum intelligunt,& rectè. Si enim poneres deceſſiſſe priores liberos ſuperſtitibus quidem liberis, ſed alienatis tamen partibus, quarum petitio decedenti nouiſſimo competiiſſet, nouiſſimum verò poſteà defunctum ſine liberis inſtituto herede extraneo, vtique falſum eſſet tranſmiſſam in heredem illum nouiſſimi extraneum fideicommiſſi petitionem. Admitti enim potius deberent præmortuorum liberi, qui eſſent ex familia *dict. §. fratre & l. cum ita 32. §. in fideic. de legat. 2.* Nec iis obeſſe poſſet, quòd eorum parentes portiones ſuas alienaſſent, cùm & ipſas parentum portiones contra voluntatem aui alienatas reuocare poſſint *d. §. fratre.* Adeò vt in iis parentum portionibus coniecturâ pietatis præferendi ſint patruo *l. cùm auus 102. de condic. & demonſt. l. cùm virum 16. C. de fideic.* Multo igitur magis in patrui portione extraneo heredi præferentur. Atqui, inquies, Si nemo ſupererat de familia, quænam dubitandi ratio eſſe poterat? aut à quo extraneus iſte nouiſſimi heres fideicommiſſi controuerſiam pati? Dico, nemine ex familia ſuperſtite non poſſe dubitationem illam ſupereſſe An fideicōmiſſo vllo obſtrictus fuerit is, qui ſine liberis nouiſſimus decedēs extraneum heredem reliquit, quamuis hanc eſſe Papiniani ſententiam vulgo creditum ſit. Sed dubitatio apud Papinianū ex eo naſcebatur, quòd nouiſſimus ille deceſſerat priuſquàm fideicommiſſum peteret, cuius tamen petitio ei competebat propter inſtitutiones extraneorum heredum à præmortuis factas. Inde enim fiebat, vt non de illo quærēdum eſſet An aliqua aduerſus hunc extraneum nouiſſimi heredem fideicommiſſi petitio competeret, ſed de illo tantū An extraneus hic aduerſus alios extraneos præmortuorum heredes eandē fideicōmiſſi perſecutionem haberet, quam defunctus habuiſſet. Videbatur nāque morte nouiſſimi extincta actio, cùm inter heredes omnes extraneos res ageretur, nec iſte aliis fauorabilior crederetur. In pari ſiquidem cauſſa, hoc eſt liberis omnibus defunctis poſt inſtitutos heredes extraneos contra patris prohibitionem, Exiſtimari poterat meliorē eſſe debere condicionem poſſidentiū, quàm actoris, qui cùm eſſet ipſe extraneus, tamen aduerſus cæteros agebat eo ſolo prætextu, quòd eſſent illi extranei, exemplo eius quod aliàs dici ſolet, In pari iure potiorem eſſe cauſſam poſſidentis *l. vbi autem 3. D. de condic. ob turp. vel iniuſt. cauſ. l. vlt. D. de acquir. poſſ. l. vlt. C. de rei vindic.* Sed ſubtiliter Papin. animaduertit, non eſſe hîc parē extraneorum omniō heredū cauſſam. Qui enim præmortuis ſucceſſerunt ius habent ab iis qui fecerunt cōtra voluntatem defuncti inſtituentes extraneum, cùm deberent ei qui ſupererat ex familia fundum relinquere. At is qui nouiſſimo ſucceſſit habet ius ab eo cui liberum fuit heredem habere extraneum, cùm nemo ampliùs ſupereſſet ex familia cui relinquere poſſet. Proinde fideicommiſſi petitio quam inſtituerat, aut præparauerat, aut inſtituere vel præparare potuerat, (neque enim præparatio hîc vlla neceſſaria eſt) non idcirco extincta videri poteſt quòd vel coactus extraneum heredem habuerit, Succeditq; iuris regula quæ habet in heredem quemlibet tranſire omnia defuncti iura. Propter quam cauſſam requirit Papinianus vt ipſe quoq; nouiſſimus ſine liberis deceſſerit. Nam ſi liberos habens inſtituiſſet extraneum feciſſet proculdubio contra voluntatem, ideóque fideicommiſſi petitio in præmortuorum portionibus, non ſecus ac in parte ipſius nouiſſimi, non extraneo heredi competeret, ſed liberis ſuperſtitibus, quamquā exheredatis. Neque enim eo minùs eſſent de familia *dict. l. filiusfamilias 114. §. cùm pater.* Sicut & ſi ex poſtfacto eſſent emancipati *dict. l. peto in fin. l. ſi cognatis 19. D. de reb. dub.* atque adeò concepti & editi, dummodo concepti eſſent tempore condicionis exiſtentis, vt ex magis communi noſtrorum ſententia receptum eſſe teſtantur cumulatores.

De ſententia & emendatione §. libertis l. cùm pater 77. de legat. 2.

Capvt viii.

At quid rurſum ſi teſtator ita ſcripſerit? *Peto ne fundum alienetis, ſed vt in familia retineatis.* Videtur caſus hic diuerſus ab eo quo heredes aut legatarij fundum in familia relinquere iuſſi ſint. Nam vt in ſuperioribus dictum eſt, qui fundum in familia relinquere iubetur non poteſt in eo extraneum heredem habere ex teſtamento, *l. filiusfamilias 114. §. cùm pater de legat. 1. l. peto 69. §. fratre l. vnum ex familia 67. de lega. 2.* at neque ab inteſtato vt probabimus infrà cap. 11. *ex l. penult. §. penult. eod. tit.* At is qui fundū in familia retinere iubetur; ſatisfacere voluntati credendus eſt ſi modò viuus non alienet, cùm paria ferè ſint Prohiberi vendere & Iuberi retinere *l. pater 38. §. fundum de legat. 3.* Qui verò prohibetur vendere non prohibetur inſtituere *§. quindecim d. l. pater, de quo ſcripſimus cap. 6.* Ergo nec qui iubetur fundum in familia retinere. Et hæc mihi videtur Papiniani eſſe ſententia *in l. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2.* in poſtremis illis verbis. *At ſi nemo vendiderit & nouiſſimus ſine liberis vita deceſſerit, fideicommiſſi petitio non ſupererit*, quorum ſanè vix eſt vt verior & accommodatior vlla poſſit adferri interpretatio. Etenim ſi ponas deceſſiſſe libertos omnes ſine liberis nominémque ſupereſſe ex familia, quomodo intellexiſſe videtur Accurſius, & poſt Accurſium cæteri, planè ridiculum facias Papinianum; qui moneat petitionem nullam ſupereſſe vbi nemo ſupereſt, qui petere poſſit. Quòd ſi ſic intelligas, vt nec ſuperſit petitio fideicommiſſi extraneo, qui nouiſſimo ſine liberis decedenti heres extitit; facias Papinianum ſibi ipſi contrarium, qui *in §. prædium l. qui ſolidum 78. eodē tit.* contrà ſcribit, Imò verò heredi nouiſſimi quantumuis extraneo petitionem fideicommiſſi ſupereſſe. Sed neque dici poteſt cur ponat Papinianus neminem ex libertis vendidiſſe, ſi ſic intellexit vt omnes tamen extraneis heredibus inſtitutis deceſſerint. Si enim fatendum eſſet perinde feciſſe illos contra voluntatem inſtituendo extraneos heredes, atque ſi extraneo vendidiſſent, quid attinebat verba illa adiicere *ſi nemo vendiderit.* Scio virum quendam doctiſſimum cuius nomini hîc parcendum arbitror, in ea fuiſſe ſententia vt diceret corruptum eſſe contextum, & legendum potius *ſi omnes vendiderint* aut quod eſſet tolerabilius *ſi nemo non vendiderit.* Vt ſenſus ſit libertis omnibus proprias portiones vendentibus nullam nouiſſimi extraneo heredi petitionem ſupereſſe, Quaſi ſit hæc reſtrictio quædam, & exceptio ad id quod ſcriptum eſt *in dict. §. prædium.* Extraneo ſiquidem heredi eius, qui nouiſſimus defunctus eſt ſupereſſe petitionem fideicommiſſi, ſi priores ſine liberis decedentes reliquerint heredes extraneos, ſiue anteà vendidiſſent, ſiue non vt *in dict. §. prædium.* Sed hoc ita demùm ſi non nouiſſimus quoque cum cæteris vendiderit. Eo namque caſu nullam fideicommiſſi petitionem reliquam eſſe. Verùm neque emendatio hæc probabilis eſt, neque video qua ra-

tione vera eſſe poſſit. Vel enim ponis libertos omnes pariter vendidiſſe, vel diuerſis temporibus. Si pariter, iam dixerat Papinianus abſurdum eſſe, vice mutua petitionem induci, vt ab alio partem alienatam quis petat, cùm ſuam alienando perdiderit, Quod & Iuſtinianus probat *Nouell.* 159. vt *reſtitut. fideicommiſſ.* vſque ad vnum grad. conſiſt. paullo ante finem princip. verſ. *& leges noſtras.* Sin diuerſis temporibus, falſum eſt eum qui priùs venditas portiones petere potuit, ſi nouiſſimus decedat ſine liberis non vẽdita parte ſua, eandem petitionem non poſſe in heredem ſuum tranſmittere. Cur non enim perinde tranſmittat, acſi præmortui nullis venditis partibus extraneos heredes inſtituiſſent? *dict.* §. *prædium.* Quòd ſi nouiſſimus quoque portionem ſuam vendiderit poſt cæteros, vel fingis alios ſupereſſe de familia, vel nullos. Si nullos, cur dicas extinctam petitionem fideicommiſſi aut cuius fauore? *d.* §. *prædium.* Si alios, Cur neges iis qui ſuperſunt ex familia ſupereſſe petitionem? *d.* §. *fratre cum ſimilib.* Ea igitur ſola reſtat interpretatio quam nos inducimus, vt ſi nemo ex libertis vendiderit, ſed omnes tamen deceſſerint, priores quidem ſuperſtitibus liberis, nouiſſimus verò ſine liberis (id enim eſt quod non obſcurè Papinianus innuit, cùm ponit nouiſſimum ſine liberis deceſſiſſe) ac proinde quod omnino conſequens eſt relicto herede extraneo ſiue ex teſtamẽto ſiue ab inteſtato, fideicõmiſſi petitio non ſuperſit præmortuorum liberis quamuis ſint illi de familia libertorum. Ideò quia non in familia fundum relinquere iuſſi ſunt liberti, ſed in familia retinere. Si relinquere iuſſi eſſent, faceret nouiſſimus contra voluntatem inſtituendo extraneũ *d.* §. *fratre.* Sed quia retinere tantum iuſſi ſunt, non facit contra voluntatem, qui fundum illum extraneo heredi relinquat. Ratio diſſimilitudinis apertiſſima, nec tamen omnino inſubtilis, ex ipſa verborum poteſtate proprioque ſignificatione deducitur. Relinquẽdi enim verbum demonſtrat faciendum aliquid, Retinendi verò faciendum nihil, dummodo ne quid contra fiat per quod impediatur retentio. Inde fit vt qui fundum in familia relinquere iuſſus eſt non tantùm rogatus cenſeatur vt nihil faciat quod impediat voluntatem teſtatoris, ſed etiam vt ea omnia curet ac faciat, per quæ voluntas teſtatoris effectum ſortiri poſſit, fundúſque in familia relinquatur. Qua ratione illud etiam admittimus vt nec ab inteſtato extraneum heredem habere poſſit. Sed qui retinere iubentur in familia hoc tantum rogati videntur, ne alienent extra familiam. Quid ergo, inquies, Si ex pluribus libertis fundum in familia retinere iuſſis priores decedentes extraneum heredem inſtituerint, An non ſupererit fideicõmiſſi petitio ſuperſtitib.? Dico ſuperfore. Nõ quòd prior ille alienare prohibitus & retinere iuſſus fecerit contra voluntatem extraneum heredem inſtituendo [ſi enim ſolus in familia retinere iuſſus eſſet, valeret inſtitutio, nec fideicõmiſſi petitio aliis de familia competeret] ſed quia ex iis verbis ad omnea libertorum perſonas directis *Peto ne fundum alienetis ſed vt in familia retineatis* ac proinde ex voluntate ipſa teſtatoris iua ſit ſuperſtitibus libertis fundum retinendi, acſi præmorientes ſuperſtitibus reſtituere rogati eſſent *vt in l.* 2. *C. quand. dies legat. vel fideic. cedat.* Cum enim plures vnica oratione fundũ in familia retinere rogati ſunt, non tãtùm de ſua quiſque portione, ſed etiam de coheredum aut collegatariorum partibus retinendis, iuſſus ſinguli videntur. Nec nouũ eſt vt quis coheredis quoque ſui portionẽ retinere iubeatur, ex eóq; fideicõmiſſũ inducatur. *l. poſt emancipationem* 40. §. *vlt. de leg.* 3. ſecundũ ea quæ de illius loci ſententia ſcripſimus *libr.* 1. *c.* 14. *l. in quartam* 91. *D. ad leg. Falcid. l. deducta* 58. §. *acceptis verſ. Diuerſa D. ad S. C. Trebell. dict. l. cum pater* 77. *in princip. de legat.* 2. Dices fortaſſe Cur ergo diuerſum admittimus ſi non prior ſed nouiſſimus ſine liberis deceſſerit, hoc eſt, Cur nõ liberos qui ſuperſunt ex præmortuis libertis ad fideicõmiſſum admittimus cùm ſint illi de familia? Id enim eſt quod ſibi vult Papinianus *in d. verſic. at ſi nemo* vt iam diximus, non eſſe admittendos. Reſpondeo rationem illam eſſe quòd ad eos porrigi non poſſit vis & poteſtas verbi *retinendi.* Ij enim demùm retinere fundum poſſunt quibus fundus relictus eſt. At libertis duntaxat relictus eſt non etiam eorum liberis. Soli ergo liberti fundum in familia retinendi ius habent, non etiam eorum liberi. Sicut nec præmortuorum liberi ius vllum habent in fideicommiſſo quod non niſi ſuperſtitibus relictum eſt, ſi nulla liberorum mentio facta ſit. Quæ ſententia eſt *dict. l.* 2. *C. quand. dies leg.* Nam qui præmortuorum liberos ad fideicommiſſum vocare velit, ac prohibere ne fundus extraneo per legatum aut fideicommiſſum vel inſtitutionem relinquatur, eum neceſſe eſt præcipere coheredibus aut collegatariis vt fundum in familia relinquant, non vt ſimpliciter retineant. Ex quo apparet quod ad ipſos collegatarios pertinet maiorem eſſe vim eorum verborum quibus iubeantur illi fundum in familia retinere, quàm ſi prohibeantur duntaxat fundum extra familiam alienare. His enim verbis qui præmoriuntur non prohibentur in eo fundo extraneum herẽdem inſtituere, licet alij collegatarij ſuperſint. Illis verò nõ minùs prohibentur, quàm ſi ſuperſtitibus reſtituere iuſſi eſſent. Sed ratione liberorum qui ſuperſunt ex præmortuis libertis, quamuis ſint illi ex familia, nihil tamen intereſt, vtro modo teſtator locutus ſit. Vtroque enim caſu, ſi fundus inter viuos alienatus ſit, fideicommiſſi petendi ius habent propter imperatam retentionem & prohibitam fauore familiæ alienationem *d. verſic. at ſi nemo vẽdiderit à contrario ſenſu.* Sin ad extraneum hereditario aut legati, aut fideicommiſſi iure peruenerit, Vtroque etiam caſu liberi illi à fideicommiſſi petitione excluduntur, quia nihil hîc factum ſit contra voluntatem, ſiue ex eo capite quo prohibita eſt alienatio, ſiue ex illo etiam quo iuſſi erant liberti vt fundum in familia retinerent. At cùm ita ſit, illa adhuc dubitatio ſupereſt cur ergo in *dict. verſ. at ſi nemo*, requirat Papinianus vt nouiſſimus ſine liberis deceſſerit. Ita enim ſatis apertè ſignificat, Si nouiſſimus relictis liberis deceſſerit, & extraneum heredem inſtituerit, fideicommiſſi petitionem ſupereſſe. Ac ſanè ita eſt. Sed cur ita? An quòd pater fundum illum legando aut per inſtitutionem relinquendo extraneo fecerit contra prohibitam alienationem? Minimè. An quòd retinendi ius datum videatur iſtis nouiſſimi liberis quibus fundus relictus non eſt? Ne hoc quidem. Sed quia pater qui iuſſus fuerat fundum illum in familia retinere, videatur feciſſe contra voluntatem, hoc ipſo, quòd cùm poſſet nihil faciendo hoc eſt ſi modò inteſtatus deceſſiſſet retinere eũ in familia per liberos futuros ſibi ab inteſtato heredes, maluit tamen teſtari vt præferret extraneum. Cùm enim per vim ſucceſſionis inteſtati poſſit ſatisfieri iudicio teſtatoris ab eo, qui liberos habet vt ſcilicet fundum in familia retineat, facit proculdubio contra voluntatem qui idcircò teſtatur, vt eum relinquat extraneo. Non quod videatur prohibita teſtamenti factio quæ nec prohiberi poteſt *dict. l. cum pater* §. *mando.* Sed quia nihil vetabat hunc ita

teſtar.

teſtari vt tamen fundũ liberis ſuis relinqueret. Quo caſu quod ad fundum pertineret perinde fuiſſet ac ſi inteſtatus is deceſſiſſet. Fũdus enim ad liberos perueniſſet. Nec eſt cõtrarium, quod proximè diximus eũ qui in familia retinere iuſſus eſt nõ videri iuſſum in familia relinquere. Hoc enim fit in propoſito nõ ex natura verbi *retinere* ſed veluti per accidẽs vt ita loquar, propter teſtamentum ab eo factum qui decedere noluit inteſtatus. Nam cùm non ſatiſfecerit iudicio defuncti eo modo quo ſatiſfacere poterat, vel nihil faciendo, hoc eſt moriendo ſine teſtamento, non eſt quod conqueratur ſi facto teſtamento cogatur plus facere quàm ab initio debuerit, hoc eſt fundum illum liberis ſuis per expreſſam voluntatẽ relinquere, ne alioqui minus faciat, quàm facere debeat. Et in hoc nimirũ apertiùs differentia illa cernitur quã nos inducimus, An fundum quis in familia retinere iuſſus ſit an in familia relinquere. Nã qui retinere iuſſus eſt ſi inteſtatus moriatur, relicta herede matre aut alia perſona extranea, fortaſſis cognato, qui hodie ſuccedit ex iure ciuili & Iuſtinianeo non, vt olim, tantùm ex prætorio, nihil facit contra voluntatem teſtatoris. Quomodo enim, aut quo colore imputare poſſis ei, qui inteſtatus moritur, cur nõ retinuerit fundum in familia? Niſi fortè hoc imputare velis cur non perpetuò vixerit. Vrgere ſiquidem eũ non poſſis, vt teſtetur vel codicillos faciat, qui non in familia fundum relinquere iuſſus ſit, ſed tantùm retinere. At is qui relinquere iuſſus eſt teſtari etiam cogitur ſi alio modo facere nolit cùm poſſit, vt fundum in familia relinquat. Alioqui vt ſæpiùs dictum eſt, offendit ille voluntatem. Diuerſum eſſe puto ſi teſtator iuſſerit vt fundus in familia retineatur. Tũc enim fideicommiſſum induci non perſonale ſed reale, id eſt non in fauorem tantùm collegatariorum ſuperſtitum, ſed etiam liberorum qui ex præmortuis ſuperſint adeóque omnium qui ſunt de familia, Ordine tamen, id eſt ita vt proximiores remotioribus præferantur *dict. l. peto §. fratre.* Nam quid intereſt an iuſſerit teſtator vt fundus in familia retineatur, an vt remaneat, an vt relinquatur, an vti ne de familia exeat? His vtique caſibus omnibus cùm fundus ipſe afficiatur, admittendum eſt induci fideicommiſſum reale & perpetuum, hoc eſt tandiu duraturum quandiu à fundi poſſeſſore oſtendetur iudicium teſtatoris aliquo ex familia ſuperſtite. Ideóque cùm ad huiuſmodi fideicommiſſum proximior admittitur, cauere debet ſe familiæ reſtituturum inquit Papin. *in dict. §. fratre.* Vbi tamen ſubiicit quod notandum eſt, ſi non fuerit cautio deſiderata ab eo qui primo loco admiſſus fuit, nullam quidem eo nomine naſci condictionem, quaſi indebito ſoluto fideicommiſſo vt aliàs plerumque euenit *l. heres 21. D. ad S.C.Treb.* & contingeret ſi vſusfructus nomine res tradita fuiſſet nulla interpoſita ſtipulatione *l. & ſi vſusfructus 7. D. vſufr. quemadmod. caueat.* Sed ſi domus ad exterum quãdoq; peruenerit fideicõmiſſi petitionem familiæ competituram. Hãc porro cautionem ratione doli mali exceptionis deſiderari, Nempe quòd dolo facere videatur is qui ex fideicommiſſo petit fundum, tanquam contra prohibitionem teſtatoris alienatum, quem ipſe quoque alienare velit, quomodo velle meritò credendus eſt ſi cauere recuſet, eum ſe familiæ reſtituturum.

Ad §. fratre. l. puto. 69. de legat. 2.

CAPVT IX.

ILlud tamen ſubobſcurum eſt quod apud Papinianũ ſequitur in d. §. fratre, *quãuis nemo alius vlterior ex familia ſuperſit.* Videtur enim fruſtra deſiderari cautio de fundo familiæ reſtituendo, cùm nemo ex familia ſupereſt, cui reſtitui poſſit. Fruſtratoria autem & ſuperuacua cautione quem onerari, æquum ſanè non eſt *l. non cogendum 45. §. vlt. D. de procurat. l. hæc ſtipul. 14. §. 1. D. vt legat. ſeu fideic. nomin. caueat. l. 1. §. pen. & vlt. l. 2. & 3. D. vt in poſſeſſ. legat.* Quam ob cauſſam ſic eum locũ intelligit Accurſius, & poſt eũ cæteri, nec male vt ratione doli mali exceptionis deſiderari poſſit cautio quamuis nemo alius ex familia ſuperſit ſi modò aliquis fore ſperetur. Cùm enim fideicommiſſum illud fundi in familia relinquendi ſit perpetuum, conſequens eſt vt ad ipſum admittantur, quotquot vnquam in familia naſcentur *& nati natorum & qui naſcentur ab illis*, quia ſufficit vt natus ſit vel conceptus fideicommiſſarius eo tempore quo conditionalis fideicommiſſi condicio exiſtit *leg. cum pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2.* Nam quod nonnulli contrà putant moti *ex l. Titius 6. D. de ſuis & legit. l. prima §. Si quis proximior D. vnd. cognat. l. ſi cognatis 19. D. de reb. dub.* faciunt ſanè parum ſubtiliter, cũ iis locis tractetur de ſucceſſione, quã lex defert aut de legato purè relicto, nõ itẽ de legato aut fideicõmiſſo cõditionali, cuius ſanè lõge diuerſa ratio eſt. Sufficit enim talem quem eſſe qualis eſſe debet ad legatũ aut fideicommiſſum conſequendum, quando dies relicti cedit *l. intercidit 59. l. mea res 98. leg. eum qui poſt 104. de condic. & demonſtr. l. 1. §. ſed & eius de leg. 3. l. interaeum 24. de legat. præſt.* quia huiuſmodi fideicommiſſa non iure cognationis acquiruntur, ſed ex diſpoſitione teſtatoris, *l. Paulus reſpondit 47. §. Paulus reſpondit nepotem D. de bon. libert.* Nolim tamen in hanc rem adduci legem ſi in perſona 21. C. *de fideic.* qua pleroſque moueri video ex iis, cum quibus & ego ſentio. Loquitur enim de fideicommiſſo quod poſtea nato acquiritur iure tranſmiſſionis, & ex alterius, non ex propria ſucceſſionis perſona. Illud ſanè non improbo quod quidam tradiderunt eos qui viuo teſtatore concepti ſunt præferri cæteris poſteà conceptis, quaſi qui magis dilecti videantur tanquam cogniti *ex l. qui filiabus 14. in princip. de legat. 1.* Idque intelligo etiamſi ſint remotiores aut pares in gradu, alioqui nõ tanquam cogniti præferrentur, ſed tanquã proximiores. Multò igitur magis præferentur qui in eodẽ aut pari gradu ſunt, cæteris paribus. Cæterùm nõ requirimus, vt qui ad fideicommiſſum admitti volũt concepti ſint viuo teſtatore, præſertim ſi vt plerumque fit, teſtator fideicommiſſum in infinitum extendi voluerit, aut digreſſus ſit ad plures gradus ſubſtitutionum. Quinimò deſcendentibus ſubſtitutis, omnes in infinitum deſcendentes etiam vltra quartum gradum ſubſtitutos intelligi placuit. Non idem eſt ſi teſtatur proximioribus ſuis fideicommiſſum reliquerit. Eos namque ſolos tum videtur inuitaſſe qui ſe viuo concepti fuerint, nec extenditur fideicommiſſum ad vlteriores gradus, niſi fauore agnationis & familiæ conſeruãdæ relictum proponatur. Nimirum quia nomen *proximiorum* collectiuum quidem eſt plurium perſonarum quæ ſint eiuſdem gradus, ſed non pluriũ graduum, quomodo nomen *familiæ*, vt noſtri tractãt *ad §. in fideicommiſſo l. omnia 32. alias l. cum ita de legat. 2.* Tentemus tamen an dici etiam poſſit, Papiniani *in dict. §. fratre* eam eſſe ſententiam vt ratione doli mali exceptionis iuſtè deſideretur cautio de fundo in familia relinquendo, etiamſi nemo alius vlterior ex familia ſuperſit, nec ſuperfore ſperetur. Nimirum eo caſu quo is ipſe, qui cautionem deſiderat & à quo debetur fideicommiſſum eſt ex familia, Quomodo erat frater in ſpecie *dict. §. fratre*. Finge enim feciſſe fratrẽ

Digitized by Google

contra teſtatoris fratris voluntatem, nõ in eo quod extraneo herede relicto deceſſerit (nam in extraneo herede tractari hoc non poſſet) ſed in eo quòd fundum quem in familia relinquere iuſſus erat, extraneo inter viuos vendiderit, aliáve qua ratione alienauerit. Dico non ideo minùs manere eum de familia, ac proinde admitti debere ad fideicommiſſum familiæ relictum ſi quando contingat ab iis qui nũc admittuntur, poſteà alienari fundum, nec alios vllos eo tempore ex familia ſupereſſe. Nam cùm fideicõmiſſum perpetuum ſit fauore familiæ, nouum non eſt vt qui ſemel fundum perdidit ob alienationem à ſe factam, admittatur iterum velut ex nouo fideicommiſſo. Magiſque eſſet contra voluntatem, ſi iſto ex familia ſuperſtite qui prior fundum habuiſſet ac amiſiſſet, fundus ille ad extraneum perueniret. Imo faceret apertè dolo malo is qui fundum ex fideicommiſſo peteret tanquam alienatum contra prohibitionem teſtatoris, ſi cauere nollet eundem ſe reſtituturum, nõ quidem ei nominatim, qui amiſerit, ſed generaliter familiæ ex qua ille etiam ſit qui amiſit. Nec eſt contrarium quod diximus in ſuperioribus, Eos videri ad huiuſmodi fideicommiſſum inuitatos qui iudicio paruerunt, non qui alienauerunt *d. §. libertis d.l. cùm pater de legat. 2. l. nihil proponi 120. §. omnibus de legat. 1. l. quoties ab omnib. 11 C. de fideicom.* Id enim tum verè dicitur cùm fideicommiſſum vnum eſt & ſimplex, puta quod ex alienationis prohibitione ſola inducitur. At cùm tractamus de fideicommiſſo quod perpetuum ſit & reale, nec ſolùm gradnale, ſed etiam reciprocum, cuiuſmodi illud eſt, cùm præcepit teſtator vt fundus in familia relinqueretur, tot ſunt fideicommiſſa quot fiunt alienationes extra familiam. Ac proinde verum eſt, quandiu aliquis ex familia ſupereſt, quiſquis ille tandem ſit, tametſi iam eum ipſum fundum ſemel alienauerit, admitti eum debere potiùs quàm extraneum quaſi repetito fideicõmiſſo *arg. l. ſicut 3. & l. repeti 5. D. quib. mod. vſusfru. amitt. l. licet 23. de vſufr. legat. l. ſed & ſi quid 25. §. ſi operas D. de vſufr.* Aut potiùs, quaſi ſuccedat ille ſibi ipſi ex nouo iure vt aliis pleriſque caſib. non omninò diſſimiliter contingit. *l. 3. l. creditor. 12. §. Papinianus D. qui potior. in pignor. habeant. l. 1. §. ſed videndum D. de ſucceſs. edict. l. iure mariti 6. C. ad leg. Iul. de adulter.* Sanè quandiu ſupererunt aliqui ex familia, licet remotiores in gradu, fateor præferri eos debere, nec poſſe cum ipſis concurrere eum, qui ſemel fecerit contra voluntatem, vt ſaltem quantùm fieri poteſt, ſeruetur voluntas teſtatoris. Id enim eſt quod ſcribit Papinianus *in dict. §. fratre nec tamen ideo ſequentium cauſſa propter ſuperiores in poſterum lædi debet.* Siquidem admittendo ſequentes excludit vtique eum, qui prior admiſſus fuerat, quandiu ſequentium gradus aliquis ſupererit, Vt in eo deterior condicio ſit illius, qui defuncti iudicio non paruit, quam eorum qui non offenderunt.

Explicatio & emendatio §. ſed etſi fundum. l. vnum ex familia 67. de legat. 2.

Caput X.

Conueniens eſt ſuperioribus vt coniecturam noſtram ſubiiciamus de ſententia & emendatione *§. ſed etſi fundum l. vnum ex familia 67. eod. tit. De legat.* 2. quia & de interponendis cautionibus tractat, & perobſcuram habet interpretationem. Tota ferè ea lege de illo agitur, qui fundum in familia relinquere, & vnum ex familia eligere iuſſus erat, variáſque ſpecies Papinianus proſequitur, vt ſciamus quibus demum caſibus videatur ille feciſſe ex voluntate, aut contra voluntatem. Inter cæteras verò hanc præcipuam *in dict. §. ſed & ſi fundum*, ſi fundum heres vni ex familia reliquerit, eiúſque fidei commiſerit vt extero illum reſtituat. Quærit autem, an huiuſmodi fideicommiſſum extraneus ille petere poſſit. Ac primùm reſpondet poſſe ſi præterea tantundem electo relictum ſit quod fundi precium efficiat. Quod ita accipiendum Caſtrenſis credidit, ſi electus precij legatum agnouerit, Quaſi in eius poteſtate ſit vt fundi electionem agnoſcat, precij verò legatum repudiet, quo tamen agnito fideicommiſſum fundi extero præſtare teneatur ſibi imputaturus cur non repudiauerit. Ego verò nec repudiare poſſe arbitror ſi electionem accipiat. Quamuis enim poſt factam perfectámque electionem videatur electus fundum habere non ex teſtamento eligentis, ſed ex iudicio prioris teſtatoris *d. l. vnum in princip. & §. 1.* niſi facta ſit electio per inſtitutionem vniuerſalem, quo caſu tranſit in ius hereditarium vt & Caſtrenſis fatetur *ex §. ſi duos eiuſd. legis in illis verbis quas iure hereditario retinent.* Negari tamen non poteſt quin habeat etiam aliquo modo ex voluntate eligentis, in cuius ſcilicet poteſtate fuit vt alium eligeret ſiue proximiorem ſiue remotiorem de familia *l. vtrum 8. §. cùm quidam de reb. dub. adeóque indignum l. cùm quid. im 24. de legat. 2.* Ac proinde ſi rogetur eum fundum alteri reſtituere nec quicquam ipſi præterea legatum ſit, admittimus quidem fideicommiſſum non valere ex regula legis Ab eo 9. C. *de fideic.* quemadmodum nec valeret legatum ſi idem teſtator ei quem elegiſſet fundum ipſum legaſſet *d. §. 1.* Sed ſi præter fundum tantùm ipſi legatum ſit quod fundi precium efficiat, æquum ſanè eſt valere omnimodo fideicommiſſum, quaſi fundum quoque ipſum effectu retinere videatur is, qui fundi precium iuſtum habeat *l. quia qui precio 37. l. ſi vſusfructus 35. in princip. D. de vſufr. l. & ſi rem 21. in fin. D. de petit. hered. l. ſed ſi quis ſeruum 33. cum ſeq. D. de pecul.* Nec ſi fundum habere malit quàm precium, ideóque precij legatum repudiet, id ipſi indulgendum eſt, quia non patitur iuris ratio vt legatario liceat inducere diuiſionem voluntatis *l. eum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* præſertim ad repudiandam eam voluntatis partem, quæ onus habeat *l. ſed duobus 5. de leg. 2. l. ſi legatario 22. l. Lucius 40. D. de fideic. libert. l. 6. l. 13. C. eod.* Sicut nec ei concedendum eſt, vt precij legatum conſequatur, & fundum nihilominùs retineat. Sanè ſi minùs ei legatum eſſet quàm quanti fundus eſſet, his etiam verbis adiectis *pro precio fundi* quamuis dici poſſet videri electũ tanti fundũ æſtimaſſe *l. ſed ſi non ſeruus 36. ad l. Falcid.* crederem tamen fideicommiſſum non valere, quoniam alioqui facilè fraus fieret voluntati teſtatoris, nec fundus in familia eum effectu relictus videretur. An igitur permittendum erit electo vt legatum petat nec tamen fundum extraneo reſtituat? Minimè. Quin repellendus erit exceptione doli ſi vtrumque vellet conſequi. Eſſet enim id contra voluntatem teſtatoris, qui non niſi ea mente legauit precium vt fundus extero reſtitueretur. *arg. l. generaliter 24. §. ſi quis alienum & ſeqq. D. de fideic. libert.* Atque hæc quidem indiſtinctè vera eſſent ſi de electi duntaxat iure quæreretur. Sed quoniam fieri poteſt vt aliorum quoque interſit, ſubtiliter animaduertit Papinianus diſtinguẽdum eſſe quibus verbis primus teſtator fundum in familia relinqui iuſſerit. Multùm enim refert an ita ſcriptum ſit *Rogo fundum cui voles* aut *quibus voles ex familia relinquas* an ſic potiùs *Peto ne fundus de familia exeat.* Priore caſu ait Papinianus rem in expedito eſſe, hoc eſt, vt Accurſ. rectè interpretatur, idipſum ſine dubio obtinere,

nere, quod iam dixerat, eſſe fideicommiſſum fundi, ſi modò tantundem prætere a electo relictum ſit, quantum poſſit fundi precium efficere. Nō enim ſimile eſt quod in contrarium paullo antè idem Papinianus ſcribit *in §. ſed ſi vno*. Si vno ex familia herede inſtituto fundus ille extraneo relictus ſit, perinde ex priore teſtamento fideicommiſſum peti poſſe, ac ſi nemo de familia heredis heres extitiſſet. Nam qui heredem inſtituit vnum ex familia, & fundum nihilominus legat extraneo, non ſatiſfacit voluntati, cùm ita faciat vt nullo tempore videatur fundus in familia relictus. Quod ſecus eſt cum alicui ex familia legatur, quamuis adiecto onere fideicommiſſi. Tunc enim tametſi purum ſit fideicommiſſum, videtur tamen ſatisfactum imperio teſtatoris, cùm ex legato fundus ille ad vnum ex familia rectà pertineat, nec niſi per eius manus ad fideicommiſſarium peruenire poſſit. Porro ſufficit vt fundus in familia relictus ſit, quamuis in familia non remaneat ſi modò electus precium retineat, vt in effectu fundum ipſum retinere videatur. Illis ſiquidem verbis *rogo cui ex familia voles restituas* vnum duntaxat fideicommiſſum eſt, non habens tractum temporis, vt loquitur, ſucceſſiui, ideóque electo vno ex familia protinus fideicommiſſum extinguitur *d. l. vnum §. 1. in fin.* Quod ſi is qui eligere debuerat inſtituerit vnum ex familia eiúſque fidei commiſerit vt fundum illum extraneo reſtituat, æquè admittam cum Accurſio & Cuiacio lib. 15 obſer. cap. 2. fideicōmiſſum hoc non valere. An ratione illa qua mouetur Accurſius, quòd per omnia iam olim exæquata fuerint legata fideicommiſſis? *l. 1. de legat. 1.* Nequaquam. Habet enim illa lex longè aliam ſtrictioremque ſententiam quam nos docuimus lib. 6. cap. 4. nec dubitandum eſt Pandectarum iure perpetuam illam fuiſſe inter legata & fideicommiſſa differentiam, quòd quamuis omnium dies ab ipſo die mortis aut conditionis cederet, adeò vt etiam ab ignorantibus legatariis & fideicommiſſariis petitio in heredes tranſmitteretur, & quæ eo nomine competebat in perſonam actio *l. vlt. C. quand. dies leg. vel fideic. cedit. l. ſi à furioſo 24. de oblig. & action.* legatorum tamen dominium recta via tranſibat à teſtatore in legatarium, velut nunquam factum heredis, Non ſic fideicommiſſum in fideicommiſſarium niſi facta reſtitutione. *l. ſi partem 19. §. 1. D. ſi ſeruit. vindic. l. Titio 34. & ſeq. ad leg. Aquil. l. ſi ſeruum legatus 40. de noxal. act. l. proinde 8. D. ſi cert. petat. l. ſed ſi damnum 9. §. ſed & creditor. de pecul. l. cum ſeruus 39. alias l. apud Iulianum §. fructus de legat. 1. l. cum pater 77. §. ſi ordo l. legatum 80. de leg. 2. l. quadam 15. de reb. dub. l. 1. §. vtrum D. ſi quid in fraud. patron. l. magis puto 6. §. fundum autem de rebus eor. qui ſub tutel. l. ſi dominum 47. l. à Titio 64. D. de furt. innel. l. facta 63. D. ad S. C. Trebell. §. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Vnde illud etiam fit vt nullo Digeſtorum loco reperias dari vindicationem fideicommiſſario pro fideicōmiſſo nondum reſtituto, quę paſſim datur legatario pro legato. Sicut nec vllam fideicommiſſarij mentionem Prætor fecit in interdicto quod legatorum, nempe quia ſi fideicommiſſarius autoritate propria fideicommiſſum cepiſſet, potuiſſet heres tanquam dominus ab eo rem vindicare, non etiam à legatario, quippe qui factus fuiſſet ipſo iure dominus, vt proinde neceſſarium eſſet heredi auxilium interdicti ad auocandā poſſeſſionem *l. 1. D. quod legat.* Quid ergo eſt quod me mouet, vt cum Accurſio ſentiam? Id vnum, quod à Iuſtiniano conſtitutum video *in l. 2. D. commun. de legat. & fideic.* vt legatorum & fideicommiſſorum vſque adeò vna eadémque hodie ſit natura, vt quicquid legatum eſt cenſeatur fideicommiſſum, & contrà. Proinde transfuſum ſit in fideicommiſſa, quicquid erat olim plenius in legatis, & viciſſim in legata, quicquid erat plenius in fideicommiſſis. Itaque ſi hodie is, qui vnum ex familia eligere iuſſus eſt, vnum ex familia heredem ſcripſerit, eiúſque fidei commiſerit vt eum fundum extraneo reſtituat, non minùs offendit voluntatem, quàm ſi eum fundum legaret extraneo, quia æquè facit ne fundus ille vnquam in familia relictus dici poſſit. Et perinde igitur dicendum eſt fideicommiſſum non valere ſicut nec legatum, Tametſi longè aliter ni fallor Papinianus reſpondiſſet, nec adhibita ea diſtinctione An ex hereditate tantundem electus ipſe conſequeretur quantum ad fundi precium ſatis eſſet. Conſtat enim hereditatem quantumuis damnoſa ſit, videri tamen ſoluendo eſſe quæ heredem habeat, viderique heredem ſecū compenſaſſe quod ſibi debebatur *l. quæ dotis 33. D. ſolut. matrim. l. 3. D. ad leg. Falcid. l. libertus 36. de bon. libert.* Cæterùm, non quemadmodum facit contra voluntatem is qui vnum ex familia eligere iuſſus inſtituit vnum ex familia, & ab eo legatum vel fideicommiſſum relinquit extraneo, ita & ille qui fundum vni ex familia relinquit, eiúſque fidei committit vt extraneo reſtituat. Media namque legatarij, aut fideicommiſſarij perſona impedit, ne poſſit fideicommiſſum tranſire recta via in ſecundum fideicommiſſarium, aut legatariū. Addo *legatarium* quoniā etſi iure vetere ita obtinebat, vt à legatario legari nō poſſet, ſed fideicōmitti tātùm §. 1. *Inſti. de ſing. verb. per fideicō. relict. Caius lib. 2. Inſtit. tit. 7. §. 4. Vlp. Tit. 24. qui eſt de legat. §. à legatario.* hoc tamen hodie immutatum eſt *d. l. 2. in fin. C. commun. de legat.* Ergo quod ad primū diſtinctionis Papinianeæ caput pertinet, ſi prior teſtator ita ſimpliciter ſcripſerat *Rogo eum voles ex familia fundum reſtituas*, res vt diximus eſt in expedito. Fundum enim vni ex familia relictum ſecundus heres præſtabit electo, ac præterea fundi precium, vt valeat fideicommiſſum quod ab electo primus heres dedit extraneo, Electus verò fundum extraneo reſtituet; Extraneus porrò acceptum retinebit, atque ita cedent omnia commodiſſimè. Sed finge priorem teſtatorem ita ſcripſiſſe, quæ ſecunda diſtinctionis pars eſt, *Peto ne fundus de familia exeat*. Res non adeò erit expedita, quid enim ſi alij ſuperſint ex familia, qui fundum iſtum ab extraneo euicturi ſint ſaltem poſt obitum electi? Nam vtique poterunt illi euincere, & ex priore teſtamento fideicommiſſum petere, quotieſcumque contra prioris teſtatoris voluntatem fundum extra familiam alienatum inuenient, cùm habeant illi ius antiquius, quod nec primi nec ſecundi heredis nec alterius illius facto imminui, aut tolli potuit *d. l. §. fratre, & §. prædium eiuſd. leg. peto.* An igitur valebit fideicommiſſum relictum extraneo? Valebit ſanè quēadmodum & ſuperiore caſu. Idque apertè Papinianus docet, cùm ait, Cæteros deinceps ex familia non rectè fideicommiſſum petituros ex priore teſtamento niſi poſt mortem electi, vt intelligamus viuo electo relinquendum eſſe fundum penes extraneum, Nec alio ſanè id iure quàm fideicommiſſi. At dubitatio illa manet, an electo mortuo, ac cæteris deinceps ex familia fundum euincentibus, aliqua eo nomine actio, & aduerſus quem extraneo competat. Nam aduerſus eos qui cùm ſint ex familia fundum petunt ex priore teſtamento, competere nulla poteſt, quando euincunt eum proprio iure, Aduerſus electum verò multo minùs. Quamquam enim ita comparatum eſt, vt cùm aliena res per fideicommiſſum ſcienter relinquitur,

Digitized by Google

neceſſe ſit ei qui rogatus fuit vt vel rem ipſam redimat & tradat, vel præſtet eius æſtimationem §. *cum autem Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. l. cum alienam 30. C. de legat.* In propoſito tamen electus hic quem extraneo fundum reſtituere teſtator voluit, cogi non poteſt vt precium quod ſuo iure ab herede habet, extraneo quoque reſtituat. Non enim precij ſed fundi fideicommiſſum ab eo relictum eſt: & ſicuti non potuiſſet primus heres grauare illum in fundo, ſi nihil præterea ipſi reliquiſſet, ita nec eum onerare potuit in precij legato, ſine quo futurum erat inutile fideicommiſſum fundi, vſque adeo vt nec æſtimationem petere extraneus potuiſſet. Perpetuum namq; illud eſt vt ex inutili legato vel fideicommiſſo ne quidem æſtimatio debeatur. *l. quod in rerum. 4. §. 1. l. cum ſeruus 39. §. vltim. de legat. 1. §. non ſolum Inſtit. eod.* Non eſt igitur permittendum extraneo, vt ex fideicommiſſi cauſſa precium fundi ab electo exigat, cùm ſi precium electus non haberet, fideicommiſſum omne ab eo datum hoc ipſo intercideret, ſicque incideret quæſtio in eam difficultatem, & implicationē de qua tractat Africanus *in l. qui quadringenta 88. Digeſt. ad leg. Falcid.* Reſtat ergo vt eiuſdem fundi æſtimationem ab heredis herede extraneus conſequatur. Atque ita vno ore noſtri omnes ſentiunt poſt Accurſium, Quaſi ſciēter relicto fideicommiſſo rei alienæ, *ex dict. l. cum alienam.* Idque eſſe quod Papinianus ait *heredis heredē propter ſequēs fideicōmiſſum quod in externum collatum eſt, oneratum intelligi.* Mihi tamen ſubtiliùs intuēti opinio hæc & interpretatio probari nullomodo poteſt. Primùm quia nullo iuris loco ſcriptum reperio, alienæ rei quæ per legatum aut fideicommiſſum relicta ſit, æſtimationē deberi, niſi ab eo ipſo à quo relicta fuerit *dict. §. cum autem de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. dict. l. cum alienam l. ſi domus 71. §. qui confitetur de legat. 1. l. non dubium 14. de legat. 3.* In ea verò ſpecie quam tractamus, non heres heredis oneratus eſt vt fundum extraneo reſtituat, ſed electus, cui ob eam cauſſam fundi quoque precium legatum fuit, vt fideicommiſſo grauari poſſet. Igitur abſurdum eſt dicere, cogendum heredem heredis vt fundi qui non à ſe ſed ab alio relictus ſit, extraneo inferat æſtimationem. Deinde iniquiſſima mihi videtur, & prorſus improbabilis ea voluntatis coniectura quæ hunc heredis heredem duplici præſtatione precij eiuſdem fundi oneret *arg. l. Titia 34. §. qui inuita de leg. 2. l. vxorem 41. §. 1. de leg. 3.* Ponimus enim iam ab eo ſolutum electo precium fundi per fideicommiſſum relicti extraneo. Ponimus præſtitiſſe præterea fundum, atque ita ſatisfeciſſe in omnibus iudicio ſui teſtatoris. Cur ergo iterum obligari eum volumus vt eiuſdem fundi aliud precium præſtet extraneo, cui nihil ipſe dare rogatus ſit? Poſtremò me illud maximè monet, quod apud omnes in confeſſo eſt, Teſtatorem qui alienam rem legat aut per fideicommiſſum relinquit, in qua tamen ius aliquod habeat, id ſolū legare, aut fideicommittere videri quod habeat, non quod ſit alterius, quamuis ius illud morte legantis vel fideicommittentis extinctū iri certū ſit, potiúſque ea ſumitur interpretatio quæ legatum aut fideicommiſſum inutile faciat, quàm quæ oneret heredem *d. l. quod in rerum 24. §. 1. de legat. 1. l. Sticho 36. de vſufr. legat.* Tractant noſtri *ad l. vxor patrus 20.* licet lōgè diuerſa eius loci ſententia ſit *C. de leg.* Quòd ſi teſtatoris ius in re legata aut per fideicōmiſſū relicta tale ſit, vt ipſius morte nō extinguatur, Nemo dubitat quin præter ius illud nihil debeatur *dict. l. ſi domus §. vltim. de legat. 1.* Adeò vt hoc caſu nullus ſit diſtinctioni locus, An ſciuerit teſtator ius illud tantùm ſibi competere, an ignorauerit, ſi Caſtrenſi credimus *in dict. §. ſed etſi fundum,* ratione illa quod neque neceſſaria diſtinctio ſit, cùm vtroque caſu relictum valeat. Et generaliter verum eſt quoties alicui certa res relinquitur, talem ab herede dari eam debere qualis eſt. *l. ſi à ſubſtituto 45 §. vltim. l. ſi legatis 56. d. ſi ſeruus 70. l. legatum 116. §. vltim. de legat. 1.* Atqui in propoſito ſecundus teſtator idemque primus heres prioris teſtatoris, ius habuit rogandi electum, cui fundum fundique precium legauerat, vt eum fundum reſtitueret extraneo tandiu retenturo, quandiu electus viueret. Non igitur cenſendus eſt voluiſſe vt mortuo quoque electo cæteris de familia fundum iſtum euincētibus præſtaret heres ſuus æſtimationem extraneo. Cui certe ſatis eſſe debet quod viuo electo fundum habuerit ex vtili fideicommiſſo *arg. l. ſi mulier. 3. §. penultim. de legat. 3.* quódque accidere potuerit [in quo alia etiam huius fideicommiſſi vtilitas eſt]. vt nunquam fundus hic ab eo aufferretur, nempe ſi viuo electo cæteri omnes de familia deceſſiſſent *dict. l. cum quidam 24. d. l. vnum 67. §. rogo d. l. cum pater §. hereditatem 1. de legat. 2.* aut ſi viuo electo fundum ille vni ex familia vendidiſſet. Tanti ſanè momenti hæc obiectio eſt, vt Caſtrenſis ipſe communem errorem ſecutus, fateatur ingenuè ad *d. l. vxor patrus in fin.* non habere ſe quid reſpondeat. Quam ob cauſſam, & à Baldo, qui nihil ignoraſſe dicitur, & ab aliis minùs candide agentibus conſultò prætermiſſam eam credibile eſt. Nec ad rem pertinet, quòd alienæ rei fideicōmiſſum à ſciente teſtatore relictum valeat *d. l. cum alienam.* Neque enim ex eo rectè inferre poſſis, obligatum eſſe heredis heredem, vt extraneo fideicommiſſario præſtet æſtimationem fundi, quem prior teſtator in familia relinqui voluit, non ſolùm quòd non ab iſto herede relictus ſit fundus extraneo, ſed ab electo, alius autem rei alienæ æſtimationem debere non poſſit, quam à quo res ipſa relicta eſt, vt diximus, verùm etiam, quia quod placuit vt alienæ rei per legatum aut fideicommiſſum ſcienter relictæ æſtimatio debeatur, eo demum caſu admiſſum eſt, quo rem ipſam alienam præſtando heres liberaretur *d. l. ſi domus §. qui confitetur de leg. 1. d. l. non dubium 14. de legat. 3.* Heredis enim eo caſu electio eſſe debet, vtrum relictam rem præſtare velit, an æſtimationem *l. non amplius 26. §. cùm bonorum de legat. 1. l. generali. 32. §. vltim. de vſufr. legat. l. Titia 35. in princip. de aur. & argent. legat.* neque in culpa videri heres poteſt, ſi rem ipſam præſtare & poſſit, & velit, *arg. l. 2. D. depoſit.* Imò abſurdum eſſet, & iniquum cogi illum eo caſu præſtare æſtimationem, quo rem ipſam præſtare vellet *l. ſi fideicommiſſo 11. §. ſi irus de leg. 3.* Neque id Accurſius ipſe negat qui in propoſito heredis heredem ad hoc tantùm obligatum eſſe ait, vt fundum redimat ab illis, qui ſunt ex familia. Sic enim & Caſtrenſis interpretatur. Atqui etiamſi fundum illum heres redimeret ab omnibus de familia, & præſtaret extraneo, non ideo tamen liberatus cenſeretur, quoniam ſi alios poſteà in familia naſci contingeret, poſſent proculdubio fideicommiſſum petere, nec ipſis conſenſus aliorum noceret *d. §. fratre.* Perinde igitur admittendum eſſet petentibus illis fideicommiſſum ex primo teſtamento, heredem heredis denuò obligari ad eiuſdem fundi redemptionem, atque admittunt noſtri obligari eum vt electo mortuo fundum ipſum iam electo datum & ab eo veluti redemptum rurſus redimat in fideicommiſſarij extranei vtilitatem, vnde fieret vt quemadmodum fundi in familia

lia

ſia relinquendi fideicommiſſum eſſet perpetuum, ita naſcentibus quandocunque nouis fideicommiſſariis perpetuo eius redimendi onere hic heredis heres illiúſque ſucceſſores tenerentur, quod tamen fuerit prorſus improbabile *d. l. fideicommiſſa §. ſi quis decem* *de leg. 3. l. 1. §. ſi cui ita n. vt legat. nomin. caueat.* Neque eſt quod quis reſpondeat, poſſe huic incommodo remedium illud afferri vt poſt electi mortem præſtetur extraneo fideicommiſſario non fundus ipſe, ſed fundi æſtimatio quæ ſcilicet penes eum ſit perpetuò manſura. Generaliter enim verum eſt, quod Marcellus ſcribit *in leg. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.* Ita æquum eſſe obligari quem ad præſtandam æſtimationem rei debitæ ſi idipſum quod debetur accipere creditor poſſit. Vt intelligamus, quoties id quod debetur tale eſt, vt quamuis idipſum ſolueretur, non poſſet tamen liberatio contingere, multo minus cogendum debitorem, vt præſtet æſtimationem. Cui conſequens eſt, vt quemadmodum in ſpecie *d. §. ſed et ſi fundum*, noluit primus heres obligatum eſſe ſuum heredem, vt poſt mortem electi fundum redimeret à cæteris de familia, ne alioqui perpetuum redimendi onus inflixiſſe videretur; ita nec voluerit obligari eum ad præſtandam extraneo æſtimationem: ne alia fundi ipſius, alia æſtimationis ratio conſtituatur, cùm non æſtimatio per fideicommiſſum relicta ſit, vt iam dictum eſt, ſed fundus. Quid ergo illud eſt, quod Papinianus ait, *heredis heredem propter ſequens fideicommiſſum quod in exterum collatum eſt, oneratum intelligi.* Hunc, ni fallor, ſenſum habet, vt poſt mortem electi, ſi qui ſuperſint ex familia, non poſſint illi petere fideicommiſſum ab heredibus electi, quaſi electus ipſe alienauerit, qui fideicommiſſum extraneo præſtitit, ſed ab herede heredis, quia quod electus alienauit accidit facto primi heredis qui fideicommiſſum huius fundi perpetuò in familia relinquendi contulit in extraneum. Itaque contra heredem heredis agendum eſt ex fideicommiſſo tanquam contra heredem alienantis. Quis enim alius obligari fideicommiſſo poſſit ex teſtatoris voluntate, quàm qui facit contra voluntatem? Illa ſiquidem verba *Peto ne fundus de familia exeat* non ad heredem ſolum, eiúſve ſucceſſores directa videri poſſunt, ſed ad quemlibet fundi poſſeſſorem. Tractat igitur Papinianus non de fundi æſtimatione præſtanda extraneo, vt vulgo creditum eſt; ſed de ipſo fundi fideicommiſſo, ad quod proculdubio admittuntur, qui ſuperſunt ex familia, propter alienationem, quæ tum facta eſt, cùm is fundus extraneo per fideicommiſſum relictus fuit, & præſtitus. Admittuntur autem *poſt mortem videlicet eius qui primo electus eſt* vt Papinianus ſubiicit. Nimirum quia quandiu electus viuit quem ponimus fundi precium habuiſſe vt ſe fideicommiſſo onerari pateretur, dici poteſt videri eum habere fundum ipſum, & conſequenter in familia fundum remanere. Qua etiam ratione non malè quis cum interpretibus dixerit ſi electus hic qui fundi precium pro fundo habuit alium ex familia heredem reliquerit, non poſſe cæteros de familia ex primo teſtamento fideicommiſſum petere, quandiu heres ille viuet, ſicut nec viuo electo poterant: quaſi adhuc is fundus in familia remanere, & retineri cenſeatur, cùm eadem electi eiuſque heredis ſit perſona. Sic enim Bartolus *ad dictum §. prædium in fin. dict. leg. peto & Caſtrenſ. ad dict. §. ſed & ſi fundum.* Cæterùm euicto fundo per eos qui tum erunt ex familia, non idcirco ius vllum extraneo competet petendæ æſtimationis, & ridiculi ſunt noſtri, qui hîc diſputant, An æſtimatio quæ in pœnam alienationis præſtatur, debeatur ab alienante an ab herede. Nam in propoſito, iis qui ſuperſunt ex familia non æſtimatio debetur in pœnam alienationis, ſed fundus: extraneo verò cui fundus per fideicommiſſum relictus fuerat, neque fundus neque æſtimatio poſt euictionem, cùm ex ſuo fideicommiſſo fundum ipſum habuerit, & tamdiu tenuerit, quandiu paſſa eſt voluntas primi teſtatoris vt poſſet ille retinere. *Et ideò* inquit Papinianus *ſi electo vno fideicommiſſum in exterum conferatur, non aliàs ei qui electus eſt fideicommiſſum præſtandum erit, quàm interpoſitis cautionibus Fundum cùm morietur ſi non in familia cum effectu relinqueretur reſtitui.* Sic enim Papinianum legendum arbitror ſublata negatione quæ in prioribus illis verbis eſt, *ſi electo vno fideicommiſſum in exterum non conferatur.* Nam cùm illatio ea ſit ex præcedentibus, fatendum eſt eam ipſam quæſtionem concludi quæ priùs fuerat inſtituta de eo qui vnum ex familia elegerat, eíque fundum reliquerat tum eius fidei commiſerat vt eundem fundum extraneo reſtitueret. Illatio autem rectiſſima eſt de cautionibus interponendis. Cùm enim iis verbis *peto ne fundus de familia exeat* obſtrictus ſit fideicommiſſo, quiſquis ex familia fundum illum à ſe poſſeſſum extra familiam alienauerit, vt diximus, apparet heredem eius qui fideicommiſſo in exterum collato eum fundum alienauit, tanquam heredem alienatoris ex priore illo fideicommiſſo conueniri & vrgeri poſſe ab aliis qui ſuperſunt ex familia, vt eum fundum præſtet, quem iam ſemel electo præſtitit. Ita ſit vt oneretur, & magno incommodo afficiatur, ni ſibi diligenter proſpexerit, cùm electo fundum dedit, interpoſitis videlicet cautionibus de eo fundo ſibi reſtituendo ab electi heredibus ſi nō in familia cum effectu is fundus relictus erit, cùm electus morietur. Alioqui nulla cautione interpoſita, non poterit actionem vllam habere, aut contra electi heredem, aut contra fideicommiſſarium exterum, neque tamen eo minùs cæteris, qui ex familia ſuperſunt, fundum petentibus tenebitur. Tam enim qui ex electione, quàm qui ex fideicommiſſo ſecundo fundum habuit iure ſuo habuerunt. Quod ſi poneres vno ex familia electo non fuiſſe collatum fundi fideicommiſſum in extraneum, quæ vulgatis lectio eſt, diceremus ſanè nullas interponi debere cautiones. Si enim electus alienauerit inter viuos ille ipſe fideicommiſſo tenebitur, ſi in vltima voluntate, ab eius herede fideicommiſſum præſtandum erit. Ab herede verò heredis nullomodo, quia nec ipſe alienauit, nec eius autor. Proinde cùm neutro caſu heredis heres oneratus intelligitur, nihil cauſſæ eſt cur ei caueri oporteat ceſſante nimirum ratione, quæ ſola inducere poſſet præſtandæ cautionis æquitatem, & neceſſitatem. Nec ſimilis ſpecies illa eſt quam Vlpianus tractat *in lege 3. §. ſi quis ita de adim. legat.* vbi ait, Si quis ita ſcripſerit *Heres meus vni ex familia fundum dato, & ſi ille eum fundum alienauerit eundem tu aliis de familia dato*, oneratum eſſe heredem nec videri ſecundum fideicommiſſum à priore fideicommiſſario relictum, ſi is fundum alienaſſet, ſed ab herede, vtrumque, videlicet primum purè, alterum verò ſub conditione. Ideóque doli exceptione oppoſita eum ab eo primum fideicommiſſum petetur proſpicere ſibi illum debere cautione à fideicommiſſariis prioribus exacta de fundo non alienando. Nempe quia ipſius intereſt non alienari, ne eo quandocunque alienato futurum ſit vt fideicommiſſariis ſecūdis ex eodem teſtamento teneatur. At in ea ſpecie quam

Google

Papinianus proponit cùm teſtator ita ſcripſit *Peto ne fundus de familia exeat* ſi heres primus vnum ex familia elegerit, nec vllum extero fideicommiſſum reliquerit, nihil omnino intereſt ſecundi heredis an electus fundum illum alienet extra familiam, necne, quoniam ſupradictis verbis non alius fideicommiſſo obſtrictus videri poteſt ex cauſſa ſecutæ alienationis, quàm is ipſe qui alienauit, eiúſve heres, vt iam diximus. Nec dubius ille caſus eſt vt putat Bartolus, ſed apertiſſimus, verbis teſtamenti ſimpliciter, & in rem ipſam, non in heredis aut alterius vllius perſonam conceptis. Neque rurſus ſimile eſt quod in *dict. §. fratre leg. peto 69. de legat. 2.* ſcriptum eſt ita admittendum eſſe proximum ſi paratus ſit cauere ſe familiæ reſtituturum. Illa enim cautio deſideratur vt lex ait, ratione doli exceptionis, ab eo qui non aliam ob cauſam admittitur, quàm quod iam factum ſit contra voluntatem. Qui proinde recuſare non poteſt quominùs caueat ſe ſatisfacturum voluntati, vt culpa careat, qui in alium dicere paratus eſt. At apud Papinianum nulla ratio eſt, vt electus caueat ſe fundum familiæ reſtituturum, quem ille ex mero legato habeat non in pœnam aliquam præcedentis alienationis. Et ſanè abundare negationem quam tollimus, vel ex eo maximè apparet, quod ſi eo quoque caſu, quo fideicommiſſum exterum non conferatur, interponendis tamen cautionibus locum eſſe Papinianus credidit, quanto magis exprimere debuit iiſdem locum eſſe cautionibus collato in exterum fideicommiſſo? Idque iam olim animaduertit Rogerius quem Accurſius refert, qui Papinianum ſic intelligebat, acſi ſcriptum eſſet, interponendam huiuſmodi cautionem etiamſi electo vno fideicommiſſum in exterum non conferatur. Quaſi Papinianus ſenſerit, multo igitur magis interponendam, ſi fideicommiſſum in exterum conferatur. Quam interpretationem Caſtrenſis quoque ſecutus videtur. Sanè longè meliùs quàm Azo fecerit, qui verſiculum hunc ſic intellexit, vt eo tantùm caſu interponendæ cautioni locus ſit, quo fideicommiſſum in exterum non conferatur. Sed omnes malè in eo quod putant, cùm in exterum non eſt collatum fideicommiſſum æquè præſtandam eſſe cautionem, quam nos probauimus præſtari nullam debere. Ratio autem qua mouebatur Azo probabilis videri non poteſt. Etenim putabat ille, eo caſu, quo fideicommiſſum in exterum collatum ſit, non licere heredi petere cautionem de fundo non alienando, quoniam ita faceret contra voluntatem ſui teſtatoris, qui electo præceperit vt fundum illum extraneo reſtitueret. Obſeruare namque debuerat, longè aliud eſſe, poſtulare caueri de fundo ſimpliciter non alienando vt in *dict. §. ſi quis ita leg. 3. de adim. legat.* quod ſanè facere hic heres non poſſet ſalua defuncti voluntate, cùm viuo electo nihil poſſint cæteri de familia petere, Aliud verò cautionem hanc exigere *Fundum cùm electus morietur ſi non in familia cum effectu relinqueretur reſtitui*. Hac enim cautione interpoſita ſatisfit voluntati ſecundi teſtatoris, ſaltem quantum fieri poteſt. In eo nimirum, quod viuo electo fundus perueniat ad extraneum, & penes eum remaneat quandiu electus viuit, perpetuò remanſurus ſi viuo electo cæteros omnes de familia premori contingeret. Nec ad rem facit quod poſt mortem electi reſtituendus ſit. Id enim accidit propter graduale illud, & perpetuum fideicommiſſum relictum à primo teſtatore qui petierat ne fundus de familia exiret. Atqui prioris teſtatoris voluntatem ab heredis herede ſeruari non minùs æquum eſt, quàm poſterioris, cùm ſit veriſſimum quod iactari ſolet heredem heredis heredem eſſe primi teſtatoris. *l. pater ſ. m 46. in fi. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. vlt. C. de her. inſtit.* Imò prioris teſtatoris voluntas eo fauorabilior eſt, quo antiquior, nec valere debet, quod à primo herede contra primi teſtatoris iuſſum, aut prohibitionem factum eſt, ſed catenus duntaxat quatenus prioris teſtamenti ratio patitur: credendúſque eſt primus heres, qui electum rogauit vt extero fundum reſtitueret, voluiſſe non diutiùs penes extraneum remanere fundũ, quàm quanto tempore ex teſtatoris ſui iudicio manere poſſet, non autem id animo agitaſſe, vt cæterorum ex familia iam primo teſtamento vocatorum ius læderet, quod nec ſi voluiſſet lædere tamen potuiſſet *argumẽt. leg. Cordonem 42. de oper. libert.* Omnium verò peſſimè Iacobus Cuiacius Papinianum interpretatus mihi videtur: Scribit enim ille libro decimoquinto, capite ſecundo heredem heredis oneratum intelligi, quòd non ſolùm teneatur præſtare fundum electo nulla interpoſita cautione de fundo reſtituendo familiæ, ita vt poſſit electus impunè fundum hunc fideicõmiſſario extraneo reddere, ſed etiam cæteris ex familia eundem fundum dare ex cauſa fideicommiſſi priore teſtamento relicti. Nam ſi ita eſt, vt ille putat, Quæro, Poſteaquàm fundus hic ad electum per manus ſecundi heredis peruenerit, deinde ab electo ad extraneum, quid tandem poſt electi mortem ſecundus heres præſtare debeat aliis de familia fideicommiſſum ex primo teſtamento petentibus? An fundi æſtimationem duntaxat? Sic ſanè ſecundum Cuiacium dixeris. Etenim ſi negat ille permittendum ſecundo heredi cùm dat electo fundum, vt ſtipuletur *fundum cùm morietur, ſi nõ in familia cum effectu relinqueretur, reſtitui*, propterea quòd vt ipſe quidẽ exiſtimat, id fieret contra voluntatem primi heredis eiuſdémque ſecundi teſtatoris, An non multo magis negare poſſit auferendum ab extraneo fundum quem ille ab electo habuerit, nulla reſtituendi neceſſitate obligato? Cur enim repetitionem citra ſtipulationem daret ei, quem neget ſtipulari poſſe *fundum reſtitui*? Atqui iam probauimus, Poſſe cæteros ex familia poſt electi mortem ex primo teſtamento agere, vt conſequantur non æſtimationem fundi ſed fundum. Nam & idem contingeret, etiamſi neceſſaria facta eſſet alienatio dummodo ſi propter æs alienum heredis non primi teſtatoris *d. §. prædium l. peto illa. §. Dius l. filiusfamilias 114. de leg. 1.* Siquidem ponimus petiiſſe teſtatorem ne de familia exiret fundus, non autem fundi æſtimatio. Cùmque propter prohibitã alienationem impedita ſit tranſlatio dominij, tametſi viuo electo, qui precium pro re habet nulla dum fideicommiſſi petitio competat, conſequens eſt poſt electi mortem debere fundum ipſum non eius æſtimationem aliis de familia reſtitui. Alioqui exiſſe diceretur fundus de familia contra voluntatem teſtatoris, & poſtquàm ſemel extitiſſet fideicommiſſi conditio in fauorem proximiorum, nunquam poſſet iterum exiſtere in vtilitatem cæterorum ſequentium in gradu, quorum tamen ius ex proximiorum perſona lædi non debet, *dict. §. fratre*. Non enim in fundi precio graduale & perpetuum fideicommiſſum factum eſt, ſed in fundo ipſo. Rurſus non poſſis dicere pro Cuiacio, oneratũ eſſe heredẽ heredis duplici præſtatione eiuſdẽ fundi, tũ quia nõ poteſt idem fundus pertinere ad extraneum fideicõmiſſarium ex ſecũdo teſtamẽto, & ad proximiores de familia ex priore fideicõmiſſo *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod.* nec rurſus vtriq. in eo fũdo poſſunt cõcurrere, in quo ius habeant ex diuerſis cauſis, tum etiam, quia

quod electo præſtatur fundus, non ſecundi heredis onus eſt, ſed primi, quem iuſſum ponimus vt vnum ex familia eligeret *d.l.vnum 67.§.1.de legat.2.* An igitur admittendum erit oneratum cenſeri heredis heredem vt iis qui ſupererunt ex familia poſt mortem electi præſtet fundum, Extraneo autem qui eum fundum ab electo habuerat non niſi eiuſdem fundi æſtimationem? Ita putat Accurſius & longè rectiùs quàm Cuiacius, ſed malè tamen in eo, quod heredis heredem à quo nullum fideicõmiſſum relictum eſt extraneo obligatum vult vt præſtet æſtimationem. Peſſimè verò vterque, quòd exiſtimant ſi vno electo fideicõmiſſum in exterum conferatur non poſſe heredis heredē ab electo ſtipulari *Fundum cum morietur ſi non in familia cum effectu relinqueretur reſtitui.* Poteſt enim imò & debet cautionē hāc exigere, vt ſuprà probauimus. Cuius effectus non ille erit vt fideicommiſſarius vindicare fundum poſſit ab extraneo poſſeſſore, [nam & cautione nulla præſtita vindicationem haberet ſaltē nouo iure] ſed vt ſi fideicõmiſſarius agere malit aduerſus ſecundum heredem, habeat heres pro ſua indemnitate paratam actionem aduerſus electum aut eius ſucceſſorem. Itaque ſimili ſtipulatione & cautione ſibi proſpicere electus debet aduerſus extraneū, qui nec recuſare poteſt quominus eodem iure fundū habeat, quo haberet electus ſi de eo reſtituendo rogatus non eſſet. Neque enim res pluribus ordine per fideicommiſſum relicta meliore cõditione eſſe poteſt penes ſecundum fideicommiſſarium, quàm futura eſſet penes primum. Idque tāto æquiùs feret extraneus fideicommiſſarius debet, quòd etiam nulla eiuſmodi interpoſita ſtipulatione fundum æquè amiſſurus ſit, vindicantibus cū vt interpretes volunt, aut quod malo ex fideicommiſſo euincentibus illis, qui ex familia ſuperſunt, ſi eam actionem inſtituere malint, quàm agere in perſonam ſecundi heredis, à quo diximus deberi fideicommiſſum fundi, etiamſi fundum, quem electo tradidit, poſſidere deſierit. Quod à Papiniano prætermiſſum ſanè miror.

An prohibitus alienare, & iuſſus fundum in familia relinquere poſſit extraneum heredem habere ab inteſtato, ad § pen. l. pen de leg. 2.

Capvt. XI.

IAm in ſuperioribus diximus, eum qui extra familiam alienare ſimpliciter prohibitus eſt nullis fideicommiſſi verbis adiectis, non ideò prohibitum videri heredem inſtituere extraneum. Multo igitur faciliùs admittemus, quod noſtri volunt, poſſe eum habere extraneum heredem ab inteſtato, ſiue quòd quicunque inteſtatus moritur cenſeatur hereditatem ſuam legitimis heredibus ſponte relinquere *leg. conficiuntur 8. ff. de iur. codicill.* ſiue quòd minùs faciat cõtra teſtatoris voluntatem, qui inteſtatus decedens nihil facit vt extraneum heredem habeat, quàm qui extraneum inſtituit. Sed ſi talis caſus contingat in quo prohibita videatur extranei heredis inſtitutio, puta ſi teſtator alienationem de familia verbis fideicommiſſi prohibuerit hoc modo *Peto ne fundum alienetis ſed vt in familia relinquatis* quæ fideicõmiſſi verba ſunt, non poſſum probare quod ab interpretibus magis communiter probatum video, vt nihilominus in re prohibita extraneum ab inteſtato heredem habere prohibitus poſſit. Quid enim obſecro intereſt an quis heredem inſtituat extraneum, an verò ſucceſſorem eum ſibi eligat ab inteſtato? Siquidem dici ſolet verúmque eſt patremfamilias qui teſtamenti factionem habet ſi inteſtatus moriatur, perinde haberi debere, acſi omnes ex teſtamento heredes eius eſſent ad quos legitima ipſius hereditas vel bonorum poſſeſſio peruenit *l.3. in princip. d. l. conficiuntur 8. de iur. codicill. l. vel ſingulis 37. D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Nec eſt quod quis dicat, eum qui inteſtatus moritur cùm nihil faciat, nec videri poſſe quicquam facere contra voluntatem. Nam imò verò hoc ipſo facit contra voluntatem, quod non facit ea omnia, quæ ex voluntate teſtatoris facere & poſſet, & deberet, hoc eſt quod eum fundum non relinquit in familia *l. qui non facit 121. de reg. iur. Arg. l. poſthumus 6. D. de inoff. teſtam.* Et generaliter verum eſt eum qui alienare prohibetur ab iis quoque omnibus prohiberi, ex quibus ſequatur alienatio etiam ex legis vel ſtatuti diſpoſitione, quaſi nihil interſit an alienes, an ita rem geras vt ſequatur alienatio *l. penult. §. matre vbi Bart. de legat. 2. l. vlt. C. de legit. tutel.* Tractant noſtri *ad l. ſi ita quis 35. §. ea lege de verb. obligat.* Vnde illud etiam fit vt qui alienare prohibitus eſt ſi patiatur rem vſucapi aut præſcribi, quamuis nihil faciat hoc ipſo tamen cenſeatur facere contra prohibitionem *arg. l. alienationis 28. de verb. ſignif. leg. 3 § 1. D. quæ in fraud. credit.* Quamquam ne ratio hæc mihi probetur, illud obſtat, quòd ſi in alienationis prohibitione nulla fideicommiſſi verba interuenerint, non puto prohibitam inteſtati ſucceſſionem, quoniā vt dictum eſt in præcedentibus alienatio quæ fit per cauſſam ſucceſſionis teſtamentariæ aut legitimæ ſolius legis poteſtate fit non aliqua hominis voluntate. Illud ſanè noſtræ ſententiæ non obſtat, quòd prohibita generaliter alienatione, cenſeatur tamen excepta cauſa alienationis neceſſariæ, *l. alienationes 13. D. famil. erciſc. l. Diuus 5. de petit. hered. l. item ſi res 4. aliàs l. non ſolum §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. filiusfamilias 114. §. Diui de leg. 1. d. l. peto 69. §. prædium de lega. 2. l. pater 38 in princip. de leg. 3. l. 1. D. de fund. dot. l. a. C. eod. l. cum fidei 9. De fideicom. libert. l. rogo 21. eod. l. 1. C. de litigioſ.* Nam alienatio quæ fit per viam ſucceſſionis inteſtati, neceſſaria dici nõ poteſt, ſicut nec neceſſe eſt vt moriatur quiſquam inteſtatus, cùm inteſtati propriè appellentur, qui cùm poſſent facere teſtamentum teſtati non ſunt *l. 1. de ſuis & legit. d. l. conficiuntur.* Porrò neceſſariam alienationem cùm dicimus, eam intelligamus, quæ inſpecto initio talis ſit, non quæ ex poſtfacto *d. l. alienationes.* Imò nec ex alienatione neceſſaria, quæ ab herede cauſam habeat extingui fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, conſtat *ex d. l. peto §. prædium.* Quòd ſi quis dicat, Nõ eſſe cogendum quempiam vt teſtetur, Reſpondebo, Eum cui fideicommiſſum datum eſt illa lege, vt idipſum relinquat in familia non idcirco teſtari cogendum, ſed tamen ſi fideicommiſſo ſe liberare velit, omnimodo compellendum vt teſtatoris voluntati ſatisfaciat, hoc eſt vt fundum in familia relinquat ſiue teſtamento ſiue codicillis aut aliquo etiam contractu inter viuos, nec ei permittendum, vt ad fraudandam defuncti voluntatem patiatur ſe mori inteſtatum, & ab inteſtato extraneum ſibi ſucceſſorem eligat, *dict. l. 3. §. 1. quæ in fraud. credit.* Facitque pro hac noſtra ſententia textus nec inelegans nec obſcurus *in l. pen. quæ eſt l. Lucius 88. aliàs l. codicillis § matre de lega. 2.* vbi cùm quidā matre & vxore heredib. inſtitutis; ita cauiſſet *A te vxor chariſſima peto ne quid poſt mortē tuā fratribus tuis relinquas. Habes filios ſororum tuarū quibus relinquas.* Vxore defuncta inteſtata, eiúſq; legitima ſucceſſione ad ſolos fratres ſuperſtites deuoluta. Reſpõdit Scæuola poſſe defēdi, ſororis filiis fideicõmiſſū deberi. Nā quod noſtri tradūt id fieri propterea quòd vxor in ſingulares certas perſonas fratrū ſcili-

eet, alienare hereditatem prohibita erat: Secus autem eſſe, ſi non niſi in certum genus perſonarum prohibita ſit alienatio iuxta diſtinctionem Bartoli *in leg. ſi ita quis 135. §. ea lege de verbor. obligat. & in dict. §. matre ad rem meo iudicio non pertinet.* Etenim cùm quis fundum alienare prohibetur, at in familia relinquere iubetur, An non ſatis prohibetur alienare in perſonas certas licet non ſingulares, nimirum extraneorum omnium? Aut quid refert, An certas perſonas ſingulares teſtator demonſtrauerit, an certum genus perſonarum ſi modò conſtet de quibus perſonis teſtator ſenſerit? *argum. l. certum 6. Digeſt. de reb. credit.* An non vtroque caſu eadem voluntas & poteſtas eſt teſtatoris alienationem prohibentis? Quinimò fauorabiliorem puto eſſe eum, qui cùm ſit de familia petit fideicommiſſum à legitimo prohibiti herede extraneo, quàm ſint apud Scæuolam filij ſororis. Non enim ſolius prohibitionis, licèt cauſſam iuſtam habentis, rigore nititur, ſed etiam expreſſa voluntate teſtatoris, diſertiſque verbis fideicommiſſi, quibus petitum eſt, vt fundus in familia relinqueretur. At apud Scæuolam verba illa *habes filios ſororum tuarum quibus relinquas* nullum fideicommiſſum continent in fauorem filiorum ſororis, in quo pleroſque ex interpretibus erraſſe video. Quid enim ſi teſtatoris vxor non inteſtata deceſſiſſet, ſed extraneum fortaſſis heredem inſtituiſſet? Nihil vt puto, ſororis filij petere potuiſſent. Satisfactum ſiquidem fuiſſet voluntati teſtatoris eo ſolo, quòd ad vxoris fratres nihil perueniſſet. Quid rurſus ſi nullam de ſororum filiis mentionem teſtator habuiſſet? An ex eo ſolo, quod petierat ille ab vxore, ne quid poſt mortem ſuam fratribus ſuis relinqueret, prohibiti fuiſſent fratres inteſtatæ ſorori ſuccedere in bonis teſtatoris? Minimè verò. Non enim odium ipſorum ſufficeret, ſi non expreſſa fuiſſet perſona cuius fauore facta eſſet prohibitio *d. §. Diui l. 114. de legat. 1.* Itaque concurrere vtrumque neceſſe eſt, ac prætereà inteſtatam mori vxorem, id eſt non inſtituto alio herede extraneo, ad hoc vt ſororum filij ex fideicommiſſo admittantur. Atqui cùm inſtitutus eſt extraneus ab eo qui fundum in familia relinquere iuſſus erat, fideicommiſſum omnimodo petere poſſunt ij omnes, qui ſunt es familia, ita tamen vt qui gradu proximiores ſunt, cæteris præferantur. *dict. l. peto §. fratre de leg. 2.* Cùm ergo in hoc ſint illi melioris condicionis, quàm filij ſororum apud Scæuolam, non debent eſſe deterioris in eo vt ſi ad extraneum fundus ille alienari prohibitus perueniat iure legitimæ ſucceſſionis, fideicommiſſum petere non poſſint. Denique probat optimè locus ille Scæuolæ, Eum qui in perſonam aliquam quid alienare teſtamento prohibetur, nec ab inteſtato poſſe quicquam ei relinquere, ſed curare debere ne quid ad prohibitum perueniat, *vt & in ſpecie l. is qui complures 98 de legat. 3.* Nempe quoniam vt prædixi, & qui ab inteſtato ſuccedit defuncti voluntate nititur, ſicut & qui ex teſtamento, niſi quod hic voluntatem expreſſam, ille tacitam duntaxat habet. Idque probatur etiam non malè ex Iuſtiniani *Nouell. 159. vt reſtit. fideicommiſſ. vſque ad vnum grad. conſiſt. §. nos verò verſ. quin vt maximè.* Vbi non alia ratione mouetur Iuſtinianus, vt putet Conſtantem in ea ſpecie nihil feciſſe contra teſtatoris voluntatem in eo, quod filiæ ſuæ impuberi matrem quæ ab inteſtato ſucceſſura erat, ſubſtituiſſet, quàm quòd quatuor iam generationes præterierant, ita innuens non obſcurè, ſi intra quartum gradum facta fuiſſet ea matris inſtitutio futurum fuiſſe vt contra voluntatem feciſſe videretur. Cui etiam conueniunt verba illa vltima Nouellæ *ſed & reliquarum in quibus alienatione facta tot ſucceſſiones præterierint, & vltimus heredum per interuenientem aliquam impuberis perſonam hereditatem capeſſat.* Vt intelligamus Nouellæ illius ſententiam ſuis eſſe limitibus concludendam, non ad alias ſpecies facilè protrahendam. Quod & vir inter Gallos doctiſſimus Iacobus Cuiacius monuit in expoſitione. Porrò ſicuti non putamus permittendum ei qui fundum in familia relinquere iuſſus eſt, vt extraneum ſibi heredem ab inteſtato eligat, ita neque admittimus valere inſtitutionem extranei heredis qui ſit ab inteſtato ſucceſſurus, quamuis ea ſit receptiſſima noſtrorum ſententia poſt Accurſ. *in dict. §. fratre.* Parum enim hac parte intereſt an decedat quis inteſtatus, an verò heredem inſtituat, eum qui eſſet ab inteſtato ſucceſſurus, cùm dici ſoleat expreſſionem eorum quæ tacitè inſunt nihil operari, certè non immutare condicionem iuris *l. non rectè 2. C. de fideiuſſ. l. aliquando 107. de cond. & demonſtr.* Et hoc eſt quod magis me mouet vt ſentiam nec ab inteſtato poſſe prohibitum transferre in extraneum quod in familia relinquere iuſſus ſit, qui ſcilicet tot locis ſcriptum videam fideicommiſſi cõdicionem exiſtere, quoties extraneus heres inſtituitur, non adhibita ea diſtinctione An eſſet ille ab inteſtato ſucceſſurus, necne. *vt in d. l. filiusfamilias §. cùm pater d. l. peto §. fratre §. prædium,* & ſimilibus. Nulla enim alioqui ratio eſſet prohibendæ inſtitutionis, quæ ſcilicet fauorabilior eſſe ſolet *l. 1. & 2. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Ad §. cùm inter l. cùm pater 77. de legat. 2. & §. Iulius Agrippa l. pater 38. de legat. 3.

Cap. XII.

Obſtare tamen huic noſtræ ſententiæ maximè creditur textus quo paſſim noſtri abutuntur *in dict. l. cùm pater 77. §. cùm inter de legat. 2.* vbi Papinianus ſcribit heredem libertæ filium eam prędij partem retinere poſſe, quæ ad matrem ſuam peruenerat, tametſi petiiſſet teſtator ne prædium illud de familiæ nomine exiret. Non enim poſſis dicere cum Accurſio, ita reſpondiſſe Papinianum, quoniam filius libertæ connumeretur in familia libertorum. Nam, vt veriſſimè Bartolus diſputat, ſi libertæ filius non eſt de familia matris, quia mulier familiam nullam habet, ideóque familiæ ſuę caput & finis eſſe dicitur *l. pronunciatio 195. §. vlt. & l. ſeq. de verb. ſignific.* quomodo fieri poteſt, vt per matris perſonam ſit ille ex familia teſtatoris? Nec quod propter matris ingratitudinem poſſit ipſe quamuis ingenuus reuocari in ſeruitutem viua ſaltem matre *ex l. vlt. Co. de libert. & eor. liber.* ad rem quicquam facit, vt eo magis de libertorum familia eſſe credendus ſit. Iure enim ſingulari ita receptum eſt fauore patronorum, vt non ſolùm à libertis debita patronis reuerentia pręſtetur, ſed etiam ab eorum liberis, tametſi liberti non ſint. Sicut & ex contrario interdum manet operarum petitio, etiamſi ius patroni non ſuperſit *l. vltim. D. de oper. liber.* Rurſus ſi ponas hunc libertæ filium, cum ipſa matre fuiſſe manumiſſum, & teſtatoris quoque libertum, facies quidem apertiſſimam Papiniani ſententiam, ſed planè inelegantem & de caſu omnino indubitabili, quod tamen ridiculum fuerit, & Papiniani elegantia indignum. An igitur dicemus ita reſpondiſſe Papinianum fauore filij, quaſi aliter fuerit reſponſurus in alio quolibet inteſtatæ mulieris ſucceſſore? Ita credidit Salicet. *ad leg. ea lege Co. de condict. ob cauſſ.* Cuius ſententiam probabilem facit coniectura pietatis, quę non patitur vt in parentis portione liberis alios anteponere teſtatorem voluiſſe interpretemur,

nec ſi

nec ſi in ea portione nominatim, alios ſubſtituerit nulla libertorum facta mentione *l. cum auus* 102. *de condic. & demonſtr.* Sic enim intelligo quod eo loco Papinianus ſcribit de coniectura pietatis, Vt ſcilicet non de pietate ſolùm aui erga nepotes ſenſerit, quomodo videtur intellexiſſe Iuſtinianus *in l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* ſed etiam de pietate paterna, quæ quicquid fuit patris inteſtati defert liberis ex communi parentum omnium voto, quemadmodum explicauimus lib. 7. Côiect. Qua ratione motum eundem Papinianum credibile eſt *in d. §. cum inter*, admiſiſſe filium libertæ ad portionem matris eadem coniectura pietatis quòd inhumanum videretur in ea parte præferri filio extraneos, quamuis alioqui condicio fideicommiſſi extitiſſet: vt nihil interſit an ab auo an ab extraneo fideicommiſſum relictum fuerit, licet non ignorem contrariam ſentẽtiam interpretibus paſſim probatam eſſe. Et ſanè non aperit Papinianus *in dict. §. cum inter*, An filius matri ſucceſſerit ab inteſtato, an ex teſtamento. Nec tamen facilè admitteret Bartolus, potuiſſe filium hunc quamuis ab inteſtato ſucceſſurũ à matre heredem inſtitui. Putauit enim faciliùs prohibendam inſtitutionem legitimi heredis quàm inteſtati ſucceſſionem *ad d. l. peto* 69. *§. fratre de legat.* 2. *& ad l. ſi ita quis §. ea lege de verbor. obligat.* Tametſi in eo reprehendatur à cæteris, non diſtinguentibus an legitimus heres ex teſtamento ſuccedat, an ab inteſtato. Quibus & ego libentiſſimè accederem, ſi poſſem credere id quod extra familiam alienari prohibitum eſt, poſſe in extraneum ab inteſtato transferri. Sed quemadmodum hoc nõ probo, ita & cum Bartolo ſentio vt qui extra familiam alienare prohibitus eſt nunquam inſtituere poſſit extraneum, nec ſi cognatus ille ſit proximior, & ab inteſtato ſucceſſurus. Non illa ratione Bartoli, quòd minus delinquat qui inteſtatus moritur relicto extraneo herede, quã qui legitimũ heredem inſtituit, ſed quòd vtroque caſu faciat contra voluntatem is, qui fundum extra familiam alienare fuit prohibitus, cúmque in familia relinquere iuſſus. Non enim curat ne fundus de familia exeat, qui inteſtatus moritur, ſciens futurum ſibi extraneum legitimum heredem. Atqui curare idipſum debet ne exeat *l. eis qui complures* 93. *de leg.* 3. Puto ego Papiniani reſponſum *in d. §. cum inter* habere ſpecialem omnino rationem, quam à noſtris interpretibus nõ obſeruatã fuiſſe eo magis mirandũ eſt, quòd ipſis Papiniani verbis expreſſa eſt. Sic enim ille præfatur, *Cum inter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuiſſet admiſſa, quod patronus petijt vt de nomine familiæ non exiret.* Senſus autem eſt, ni fallor, teſtatorem qui petijt vti ne prædium de nomine familiæ exiret, videri quidem ea mente fuiſſe vt in extraneum id conferri nullo modo poſſet, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ſed in propoſita ſpecie, non idcirco videri libertam, quæ filio herede relicto deceſſit, rogatam eſſe vt partem ſuam prædij collegatariis reſtitueret. Nempe propter coniecturam voluntatis teſtatoris, ex eo colligendam, quòd inter libertos ad prædij legatum libertam quoque ipſe admiſerat, per quam tamen ſciebat non poſſe familiæ nomen conſeruari *dict. leg. pronunciatio* 195. *§. vltim. & d. ſequent. de verb. ſignif.* Quaſi dicat, eſſe quod imputari patrono debeat, qui cùm nollet exire prædiũ de nomine familiæ, nihilominus libertam ad legatum admiſerit. Fecit enim perinde ſtultè, ac ſi quis nollet exire bona de agnatione ſua, & filiam tamẽ cum maſculis ſibi heredem ſcriberet. Nã & eo caſu admittendi eſſent nepotes ex filia, licet non ſint de agnatione, ad portionẽ matris, quoniã ſcilicet fieri nequeat vt ꝓ ea parte teſtator rationẽ habuerit vllam agnationis cõſeruandæ. Tametſi namque filia ipſa ſit agnata, non poteſt tamen per eam aut eius liberos cõſeruari agnatio. Propter quam cauſam receptum eſt, vt ſi appareat curam fuiſſe teſtatori conſeruandæ familiæ, filiorum vocatorum appellatione non contineantur filiæ, quæ alioqui côtinerentur. Quo etiam exemplo dicerem ſi apud Papinianum legatum fuiſſet prædium libertis ſimpliciter, & ab ipſis petitum ne prædium de nomine exiret non debuiſſe ad legati petitionem admitti libertam per quam ſcilicet futurum erat omnimodo vt de familia pars illa prædij exiret. Idque eſt meo iudicio, quod Papinianus ait, Moueri ſe vt pro libertæ filio reſpondeat ex eo, quod inter libertos ad prædij legatum liberta quoque admiſſa fuerat. Nempe verbis diſertis teſtatoris quem ideo conſtabat non habuiſſe animum conſeruandi pro ea parte in familia prędij. Itaque debuerat, ſi collibertos præferre filio libertę volebat in ipſius libertę portione, non ſolùm inter libertos omnes fideicommiſſum illud generale & reciprocum exprimere quo petierat, ne prædium de nomine exiret, ſed etiam à liberta nominatim fideicommiſſum relinquere, nec hoc ſolùm ſed libertæ liberos aperte excludere, ad remouendam coniecturam illam pietatis, quæ Papinianum perpetuò mouit, vt grauati liberos in portione parentis cuilibet fideicommiſſario putauerit præferendos *d. l. cum auus.* Alioqui vix eſt vt videatur vnquam teſtator voluiſſe liberis adimere quod dederit parentibus quãtumlibet extraneis, præſertim verò amicis, præcipuo neceſſitudinis vinculo coniunctis. Atqui libertos patrono amiciſſimos eſſe negari non poteſt quos & ad libertatem perduxerit, & in familiæ ſuæ nomen adſciuerit. Tanto magis ergo credendum eſt, noluiſſe patronum quod libertæ dederit adimere libertę filio tametſi ingenuo & extra teſtatoris familiam conſtituto. Ex quo intelligimus reſponſum illud Papiniani *in dict. §. cum inter*, non illa ſolùm ratione dictum, quòd inter libertos patronus ad legatum prædij libertam quoque admiſerat, ſed illâ potiſſimùm quòd filiũ ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato heredem liberta habuerat. Finge enim deceſſiſſe illam inteſtatam abſque liberis relicto herede fratre, aut defunctum aliquem ex libertis legatariis relicta herede ab inteſtato matre vel ſorore, dicam non idcirco prohibendos collibertos fideicommiſſum petere ex iis teſtamenti verbis, quibus petitũ eſt ne fundus de nomine exiret. Ceſſat enim hic coniectura pietatis, quę faceret pro filio, nec ſufficit admiſſam ad legatum prædij libertam, vt ſibi liceat partem ſuam legati in alium heredem, quàm filium ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato tranſmittere. Itaque non probo quòd vulgo creditur poſt Bartolum, eam eſſe Papiniani ſententiam vt qui decedit ab inteſtato relinquens extraneum heredem non videatur alienare, nec quod ſpecialiùs Caſtrenſis notat in quocũque inteſtati ſucceſſore extraneo idem reſpondendum eſſe quod in libertæ filio: ſed potiùs id Papinianum ſenſiſſe arbitror, teſtatorem qui fundum in familia relinqui iuſſit, prohibendo ne exiret, non videri cogitaſſe de excludendo filio libertæ, quam ipſam ad legati portionem admiſerat. Imò verò qua ratione admiſerat libertam quamuis ſciret non poſſe per eam conſeruari nomen familiæ, eadem penitus cenſeri ad eandem portionem admiſiſſe filium licet ingenuum. Nec aliud credo Papinianus reſpondiſſet, tametſi alienationem prædij in extraneum ex cauſſa quoque ſucceſſionis inteſtati patronus diſertè prohibuiſſet. Semper enim ſubſiſteret coniectura illa

pietatis, quæ non patitur vt credamus ex teſtatoris voluntate præferendum filio fideicommiſſarium in parentis portione, niſi cùm id nominatim expreſſum eſt. Illa ſiquidem expreſſa prohibitio alienationis ex cauſſa ſucceſſionis inteſtati, maiorem vim habere non poteſt, quàm ſi in illum ipſum caſum, quo extraneus aliquia ab inteſtato ſuccederet fideicommiſſum familiæ relictum eſſet. Nec rurſus fideicommiſſum familiæ relictum in eum caſum, magis obſtaret ſucceſſioni inteſtati, quàm ſi ſimpliciter poſt mortem grauati relictum proponeretur. Conſtat enim potiorem ſemper eſſe cauſſam fideicommiſſarij ex teſtamento ſuccedentis, quàm legitimi heredis: Atqui non obeſſet libertæ grauati quod fideicōmiſſum poſt mortem patris relictum fuiſſet, Nempe quia propter liberos ex eo ſuperſtites videretur condicio defeciſſe coniectura pietatis, de qua *in d.l.cùm auus*. Ergo nec obeſſe deberet quod à liberta relictum eſſet fideicōmiſſum familiæ ſub ea condicione, Si extraneum illa heredem haberet ab inteſtato, defuncta illa quandocumque ſuperſtitibus liberis, quamuis eos liberos teſtatori extraneos eſſe conſtaret. Tacitè enim excepti viderentur ad excludendum fideicommiſſum, quaſi quorum & parentum vna ſit perſona eadémque proinde ratio *arg.l.vlt.C de impub.& aliis ſubſtit.l.cum ſcimus 22.C de agricol.& cenſit.lib.*11. Atque ita dictũ *§.cùm inter*, cum dicta *l.cum auus* coniungendum arbitramur, & illius loci ex iſto, viciſsímq; iſtius ex illo ſententiam quærendam eſſe. Admittimus igitur libertæ filium ad portionem matris, nō iure fideicommiſſi quaſi ſit ille ex familia. (neque enim admitteremus inuita matre ſi alium fortè ſibi heredem ipſa elegiſſet, ſicut nec ad aliorum collibertorum portiones vllomodo admittendus eſſet, nec ſi alius nemo de familia ſuperforet) ſed tantùm iure retentionis quaſi defecta condicione fideicommiſſi quod aliis datum fuerat. Ideóque ſic Papinianus loquitur *heredem libertæ filium partem prædij quam mater accepit retinere viſum eſt*. Sanè quod ad eum locum Baldus notat matrē quæ filio vendit non videri alienare extra familiam, licet filium in familia ſua verè nō habeat oſtendit ſatis aliud iuris eum conſtituiſſe in filio, aliud in quolibet alio matris ſucceſſore. Nec valde alienũ eſt quod idem Baldus ſcribit ad *d.l.ea lege 5.C.de cond.ob cauſ.* eũ qui prohibitus ſit alienare in potentiorem, poſſe tamen alienare in filium licet potentiorem, quia continuatum magis videatur quam tranſlatum quod in filium collatum eſt *arg.leg. in ſuis 11. de liber.& poſthum.l. cùm miles 20. D.ex quib.cauſ.maior. l. vnic. C. de impon.lucrat.deſcript.libr.10.d.l.cum ſcimus §. vlt. C.de agricol.& cenſ.lib.*11. Cogitare enim, inquit Baldus, debuit is qui patri reliquit parare nos omnia filiis. *l.2.C.de bon.quæ libert.* Idémque putat, non malè, etſi filius alienauerit in patrem ex *d.l.vnic. C.de impon.lucrat.deſcript.* præterquàm in feudis quorum natura illa eſt vt numquam aſcendant *lib.2.feud.tit. 50. de natur.ſucceſſ.feud & tit.84. Patrem in feud. filij nō ſucced.* Obiici etiam fortaſſe poſſit pro communi ſententia, reſponſum Scæuolæ *in §.Iulius Agrippa l.pater 38.de leg.3.* In cuius ſpecie prohibuerat teſtator filiæ heredi inſtitutæ ne domum vllomodo alienaret, Nec tamen dubitat Scæuola, quin ei licuerit filiam ſuā, neptem teſtatoris heredem inſtituere: Sed quærit tātùm an alius heres extraneus ab ea nepte inſtitui vtiliter potuiſſet. Tametſi neptem quoque teſtatori extraneam eſſe conſtaret, ſi nomen eius & familiam inſpicias. Reſpondeo non fuiſſe cur dubitaretur de nepte, quia nō erat veriſimile prohibitam filiam heredē ſcriptā ne filiam ſuam neptem teſtatoris inſtitueret, *arg.d.l.cùm auus & d.§.cùm inter*. Ideóque non vocat Scæuola neptem extraneam, quomodo extraneos dicit heredes à nepte inſtitutos, quamuis quod ad teſtatorem pertinet, non ſit illa minùs extranea. Facitque non ineleganter locus ille pro eorum quæ proximè diximus confirmatione. Nam ſi in ea ſpecie filia heres matrem fortaſſe heredem inſtituiſſet, perinde ſanè dubitari poterat, An in eo feciſſet contra voluntatem ac penitus extraneum ſcripſiſſet. Feciſſéque dicerem, ſi proponeres iuſſiſſe teſtatorem vt prædium illud in familia relinqueretur, quamuis contrà putet Accurſius à noſtris adprobatus.

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare.

CAPVT XIII.

Probare nō poſſum quod vno ferè ore noſtri omnes tradunt, Eum qui extra familiam vendere prohibitus ſit, donare etiam non poſſe, nec alio quouis modo alienare, quaſi venditionis verbo omnis alienatio contineatur. *ex leg.ſtatuliberi 29.§.vlt.de ſtatulib.l.voluntas 4.C.de fideic.* Nam imò verò conſtat venditionis appellatione propriè ac partitè loquentibus non contineri donationem *l.ſicut 8.§.ſed ſi permiſerit D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit.l. ſi quis fundum 37.& ſeq. de contr.empt.* Ideóque nec in ſtatutis quæ ſunt correctoria, & ſtrictè accipienda, nec in contractibus, nec in legibus, illa vnquam recipitur interpretatio, vt vendidiſſe videatur qui donauit, vt & Baldus fatetur *in d.l.voluntas*. Niſi donatio in fraudem prohibitæ vēditionis facta proponeretur: quod in dubio ſanè præſumendum non eſt. Cui ſimile illud eſt quod dicimus, in quorum finibus quis emere prohiberetur pignus accipere non prohiberi *leg.in quorum 24.D.de pign.* Nimirum quia ſunt iſta longè diuerſa emere, & pignus accipere, licet verum ſit inutile pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt. Et quod ſupradicto loco Baldus diſtinguit An actui de quo tractatur adnexa ſit pœna, an fauor aliquis, vt poſteriore caſu venditionis appellatione omnis alienatio ſignificetur, priore non item, noſtram potius confirmat ſententiam. Cùm enim prohibitioni venditionis annexa ſit pœna, ſcilicet fideicommiſſi, quod in odium contra facientis inducitur, conſequens eſt vt prohibita venditione extra familiam non ideò cenſeri debeat prohibita donatio, quamuis non ignorem fauorabile cēſeri eiuſmodi fideicommiſſum, quod conſeruandorū in agnatione & familia bonorum cauſſam habet. Nec quod lex duodecim tabularum vēditionis verbo omnem alienationis ſpeciem complexa ſit, ad rem facit. Nam & legandi verbũ vſurpauit pro actu ipſo teſtādi, & pro qualibet vltima voluntate *l.verbis legis 120. de verb.ſignif.* Neque tamen ideò quia dixerit, legati appellatione teſtamentum ſignificari. Quòd ſi quis ex rationis paritate, &, vt noſtri loquuntur, identitate prohibitionem venditionis trahere velit ad prohibitionem donationis, quoniam hac parte voluntas teſtatoris ex cauſſa finali prohibitionis diiudicanda ſit *arg. l.cùm pater 77.§.dulciſsimis de leg.2.l.pater 38. §.fundum de leg.3.* non parum meo iudicio etiam aberrauerit: non enim quæ ratio eſt prohibendæ venditionis, eadem quoque ſemper eſt prohibendæ donationis, cũ faciliores ſint homines ad vendendum, quàm ad donandum *l.1.§.1.quæ res pig.oblig poſſ.l.3.§.ſi ſeruus de donat.int.vir.& vxor.l.filiusfamilias 7.in princip. de donat.* Itaque eo minùs prohibenda eſt heredi donatio quo minùs verendum ſit ne accidat vt donet. Sic enim & olim lex Iulia prohibebat oppignerationem fundi dotalis etiam conſentiēte muliere, venditionē

verò

verò permittebat, ſi mulieris conſenſus accederet §. 1. *Inſtit. quib. alien. licet vel non*: proptereà quod facilius videretur mulier conſenſura oppignerationi, quàm venditioni. Neque aliam ob cauſam videas tot locis, teſtatorem prohibita venditione heredi, prohibere etiam donationem *d. §. fundum & §. quindecim d. l. pater de legat. 3. Nouell. 159. Vt reſtit. fideicom.* niſi quod ſola venditionis prohibitio non ſufficeret ad impediendam donationem, quod & probat manifeſtè *lex vlt. Co. de reb. alien. non alienandis* quæ non venditionis verbo comprehendi vult quamlibet ſpeciem trãſlationis dominij, idémque iuris hac parte conſtituendum eſſe ſiue lex, ſiue teſtator, ſiue pactio inhibuerit alienationem. Sanè prohibita venditione cenſeri quoque prohibitam locationem ad longum tempus, puta in decennium, verius eſt, quoniã venditionis inſtar obtinet, quippe per quam vtile dominiũ transferri intelligatur *l. 1. & 3. D. ſi ager vectig. vel emphyt. eſſ. dicat. leg. 1. §. quod aut de ſuperf. Bart. & cæteri ad l. pen. § inſtituto de leg. 2.* Obſtare tamen opinioni noſtræ videtur quod ſcriptum eſt *in d. l. voluntas 4. C. de fideic.* Eum qui extra familiam vendere prohibitus erat, non poſſe videri prohibitum donare ſorori. Sic enim locum illum noſtri intelligunt, vt non fuerit valitura donatio ſi in extraneam perſonam collata eſſet. At ego contrà puto, valere in ea ſpecie donationem, non ideò ſolùm quod ſorori facta proponeretur, ſed quòd venditionem duntaxat pater prohibuiſſet, non etiã donationem. Quod. n. ſororis mentio fit in quam collata donatio fuerat, non continuò efficit vt in alterius perſona diuerſum ius conſtituendum putare debeamus *arg. l. miles ad ſororẽ 75. de leg. 2.* Et quicquid dicant noſtri, lex illa aut eſt de indubitabili, cuiuſmodi ſũt & aliæ pleræque leges Codicis, Aut aliã dubitationem non habet quàm quæ à noſtris deciſio eſſe creditur, quòd ex veriſimili mente patris qui venditionẽ prohibuerat, videretur prohibita etiã donatio in ſororem, ex cuius perſona fieri nõ poterat vt fundus in familia conſeruaretur, tametſi eſſet illa ex familia. Sed decidẽdi ratio duplex eſt, & vtraque perſpicua, nẽpe quòd prohibita tãtùm eſſet vẽditio non etiã donatio, & quòd ſoror in quam facta erat alienatio eſſet ex familia, in quam proinde venditio quoque cõferri potuiſſet. Alioqui ſi venditione prohibita admittamus prohibitam videri quamlibet alienationem ex coniectura illa voluntatis, qua mouentur interpretes, quòd qui venditionem extra familiam prohibuit videatur prouidere voluiſſe ne fundus de familia exiret, alienationis autem prohibitione heredis quoque extranei inſtitutionem contineri, quod noſtri etiam volunt, conſequens erit dicere, Eum qui extra familiam fundum vendere prohibitus eſt, nec poſſe in eo fundo extraneum heredem inſtituere, vt ita venditionis nomine etiam extranei heredis inſtitutio comprehendatur. Quod tamen & ridiculum prorſus fuerit & inauditum. Ita error ex errore profluit.

An fideicommiſſum reciprocum quod ex iuſſa alienationis prohibitione inducitur ſit ſemper condicionale an etiam aliquando purum.

CAPVT XIIII.

IVſtam alienationis prohibitionem cùm dicimus eam intelligimus quæ cauſſam aliquam habeat, hoc eſt fauorem alterius quàm ipſius prohibiti, vt illam excludamus, quæ nuda eſt & ex qua fideicommiſſum nullum inducitur, ideò quod nudi præcepti iure cenſeatur, quemadmodum à nobis ſupradictum eſt capite ſexto. Ex quo loco repetendum eſt quod ad propoſitam quæſtionem omnino pertinet, multum referre, an teſtator ſimpliciter prohibuerit alienari fundum extra familiam, an verò iuſſerit etiam vt fundus in familia relinqueretur. Quanquam enim vtroque caſu valet prohibitio ad inducendum fideicommiſſum *lege filiusfamilias 114. §. Diui de legat. 1.* Conſtat tamen ſi tantùm prohibita ſit alienatio extra familiam, induci quidem fideicommiſſum reciprocum ex voluntate teſtatoris, ſed condicionaliter duntaxat, hoc eſt, ſi contra prohibentis voluntatem facta ſit alienatio *leg. cùm pater 77. § libertis de legat. 2.* Et huius fideicommiſſi quemadmodum vnicum eſt, ita vnam eſſe puto condicionem, ſi fundus alienetur. Adeò vt ſi is, qui propter alienationem ab alio factam fideicommiſſum conſecutus eſt, eundem fundũ poſteà alienauerit, impunè id faciat, quia cùm vna tãtùm ſit fideicommiſſi condicio, non niſi ſemel poteſt exiſtere: & quamuis non tantùm proximus in gradu ad huiuſmodi fideicommiſſum admittatur, ſed etiam cæteri omnes de familia, ordine ſucceſſiuo, cẽſentur tamen vocati in caſum vulgarem non agniti fideicommiſſi, non etiam in caſum fideicommiſſarium, quo eodem modo vocarentur etſi fideicommiſſum familiæ relictum eſſet. *l. cùm ita 32. aliàs lege omnia §. in fideicommiſſo de legat 2.* Etſi enim fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt videtur relictum de vno in alium, acſi poſt mortem priorum vocati eſſent ſequentes, vt Caſtrenſis defendit ad d. §. in fideicommiſſo ex illis verbis *poſt eos omnes extinctos* quaſi verbum ipſum *familiæ* importet, vt loquuntur, tractum temporis, perpendendum tamen eſt quod Iuriſconſultus eo loco non ita ſcribit *& poſt eos omnes extinctos* ſed per diſiunctionem *aut poſt omnes eos.* Sic enim videtur innuere, nunquam omnes admitti poſſe ne quidem ſucceſſiuè, ſed aut hos aut illos, quod euenit in caſum vulgarem non in fideicommiſſarium. Nam & fideicommiſſariis ſicut heredib. ſubſtitui poteſt vulgariter *l. vt heredib. 50. D. eod.* Ideóque nec cauere cogitur de fundo reſtituendo aut in familia relinquendo is qui prior ad fideicommiſſum admittitur. Res enim quæ primùm fuit inalienabilis, poſtquàm ſemel alienata eſt, fit remanétque ſemper alienabilis, *l. pater 38. §. quindecim de leg. 3.* etiamſi prior alienatio nullum effectum ſortita ſit vt noſtri probant *ex l. tutor rerum 56. D. de admin. & peric. tutor.* licet textus ille tractet de re pupilli quæ ſine decreto alienari non poteſt. Sanè ſi cui coniuncto ea pars coheredis aut collegatarij alienari prohibita accreſceret, vtique cum onere ſuo accreſceret, ne alienari poſſet. Sic enim Bald. *in l. ſi in teſtamento 5. de vulg. & pupill. ſubſtit. ex l. vnic. §. pro ſecundò C. de caduc. tollend.* At cùm iuſſit teſtator fundum in familia relinqui, fideicommiſſum eo caſu inducitur, non ſolùm reciprocum, ſed etiam graduale, reale, & perpetuum, ac proinde non vnum ſed multiplex, vt poſteaquàm in priorum perſona fideicommiſſi condicio extitit, non idcirco tamen ſequentium in gradu ius perimatur, ſi quando fundum extra familiam alienari contingat *l. vnum ex familia 67. §. poſt 69. §. fratre de legat. 2.* Quod non ſatis diligenter à noſtris obſeruatũ eſt, diſtinguentibus duntaxat, an prohibitus quis ſit alienare partem ſuam vt *in d. §. quindecim.* An rem ipſam ſimpliciter vt *in d. §. fratre*, Cũ tamen illa quoque diſtinctio neceſſaria ſit, An teſtator alienationem extra familiam prohibuerit ſolùm, An etiam adhibitis verbis fideicommiſſi iuſſerit vt fundus in familia relinqueretur. Hoc igitur duntaxat caſu, cùm petiit teſtator, ne fundus de familia exiret, vt *in d. l. vnum ex familia §. ſed etſi fundum*, aut in familia relinqueretur vt *in d. §. fratre*, propoſitæ quæſtioni locus eſt. An ſi-

Google

deicommiſſum ſit condicionale tantùm, an aliquando etiam purum & ſimplex. Aut, quod idem eſt, An his verbis duplex fideicommiſſum contineatur, condicionale vnũ in caſum contrauentionis, purum alterum, id eſt, in caſum mortis licet nulla cõtrauētio præceſſerit. Et ſi quidē nuda alienationis prohibitio interuenerit, deinde teſtator adiecerit *quia volo vt familia relinquatur* receptior noſtrorum ſententia eſt, nonnullis licet diſſentientibus, nō niſi condicionale fideicommiſſum induci, ſi voluntati nō parebitur. Illa enim verba *quia volo vt in familia relinquatur* cēſentur adiecta veſtiendę, vt aiũt, & cõfirmãdæ prohibitionis gratia, quæ alioqui nuda eſſet, potiùs quàm ad inducendum purũ & abſolutum fideicommiſſum *d. §. Diui d. §. fratre*. Nec obſtat quod contrariæ opinionis aſſertores obiiciunt, verba enunciatiuę prolata per modum cauſſæ inducere diſpoſitionem, ſi Bartolu credimus *in l. ſi ſocer 44. §. Lucius D. ſolut. matr. & in l. ex hac ſcriptura 16. D. de donat.* Satis enim inducunt diſpoſitionem hoc ipſo, quòd faciunt, vt ex alienationis prohibitione inducatur fideicommiſſum quod alioqui non induceretur manēte nuda eiuſmodi prohibitione. Sicut nec ad rē pertinet quod dici ſolet rationem appoſitam per modum diſpoſitionis non regulari à dicto, ſed dictum à ratione *ex l. regula 9. §. cùm quis de iur. & fact. ignor. Tradit Bart. ad d. l. pater §. fundum de leg. 3. per illum textũ & per legem cùm pater in §. dulciſſimis de legat. 2.* Id enim procedere non poteſt eo caſu, quo ratio adiicitur non tam ad inducendã aliquã diſpoſitionem, licet exprimatur per modum diſpoſitionis, quàm vt confirmet ac validet id quod prius dictum fuit, vt in propoſito, Præcedente ſi quidem nuda prohibitione, tametſi poneres nolle teſtatorem fideicommiſſũ abſolutum inducere, ſed condicionale duntaxat, cogeretur tamen rationem illã ſubiicere, fundi in familia cõſeruandi. At ſi prohibitio valida præceſſerit, puta *ne fundus extra familiam alienaretur* quo caſu appatet prohibitam alienationem fauore familiæ, putant noſtri probabiliùs dici poſſe ex iis verbis teſtatoris *quia volo fundum in familia remanere* induci fideicommiſſum purum & abſolutum vt aliquid operentur *arg. l. ſi quando 109. in princip. de legat. 1.* Atque ita magis communiter noſtros ſētire video præſertim recētiores poſt Bart. & Aretinum *in §. coheredes l. qui Romæ 122. de verb. obligat.* Ea potiſſimùm ratione quòd facillimè & ex nuda voluntate inducatur fideicommiſſum *l. penult. de legat. 1. l. cùm proponebatur 64. de leg. 2. l. fideicommiſſa 11. §. item ſi quis de leg. 3. l. heredes mei 57. §. cùm ita ad S.C. Trebell.* Item quod repetitum nomen *familiæ* exuberantius oſtendat voluntatem teſtatoris & adfectionem, vt proinde enixa voluntas illa multo magis debeat inducere fideicommiſſum ſimplex & abſolutum *arg. l. Balliſta 32. eod. d. l. cùm pater §. filius matrem de lega. 2.* Ego verò fatebor ingenuè, aut nō intelligo quid ſibi velint, aut quæſtionē hãc quã tantis agitant contētionibus, pene ocioſam ne dicã planè ridiculã eſſe arbitror. Eſto enim quod illi volunt, non debere rationē illã eſſe ſuperuacuã, nec regulari à dicto, ſed dictum potiùs à ratione, quæ & generalior ſit & per modũ diſpoſitionis prolata, Quæro An nō hoc etiã caſu permittatur ei qui fundũ extra familiã alienare prohibitus eſt vt eum fundũ reliquat alicui de familia licēt remotiori in gradu? Vtriq; fateri cogētur permittendũ eſſe, videriq; prohibitũ hũc ſatisfeciſſe volũtati teſtatoris ſi modò fundum in familia reliquerit *d. l. filiusfamilias 6. cùm pater de legat. 1. d. l. vnum ex familia 67. §. 1. & d. §. fratre l. peto de leg. 2.* Ergo dici non poteſt fideicommiſſum induci purum & abſolutum, cùm ſi tale fideicommiſſum familiæ relictum eſſet, proximiores in gradu omnimodo præferendi eſſent remotioribus *d. §. in fideicommiſſo l. vlt. C. de verb. ſignific.* Dices fortaſſe, pleniorem huiuſmodi fideicommiſſi vtilitatem in eo elucere, quòd ſi ab inteſtato perueniret fundus cum hereditate ad legitimum heredem extraneum, poſſent proximiores fideicommiſſum petere tametſi nihil prohibitus feciſſet contra voluntatem, ſi vera eſt illa noſtrorum traditio quam in ſuperioribus retulimus, Ac proinde hoc ſaltem caſu fideicommiſſum videri purum & abſolutum, quippe cui locus ſit etiam non exiſtente prohibitionis condicione. Sic enim ab Alciato & aliis nonnullis proditum eſt *ad dict. §. Diui*. At iam oſtendimus, voluntatem eum oſtendere qui cùm in familia fundum relinquere iuſſus ſit, patitur tamen vt ad extraneum perueniat ab inteſtato *ex l. penult. §. matre de leg. 2. l. 3. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.* Sed finge ſi volea ita eſſe vt prohibita alienatione extra familiam non cenſeatur prohibita ſucceſſio inteſtati, niſi eo demum caſu quo adiecta ſit ratio illa *quia volo fundum in familia remanere*, nego tamen rectam eſſe conſecutionem, ſi quis ex eo inferat, fideicommiſſum ergo purum eſſe. Nam ſi purum eſſet, non ſufficeret relinqui in familia, niſi proximioribus relinqueretur vt diximus. Quid igitur inferre poſſis? Hoc vnum duntaxat, Adiectam rationem illam facere vt augeatur, vel vt ita dicam multiplicetur fideicommiſſi condicio, hoc eſt, vt huic fideicommiſſo quod perpetuam illam condicionem habet, ſi teſtatoris voluntati non parebitur, non ea tàtùm condicio ineſſe videatur, quæ alioqui ſola ineſſet, ſi fundus in extraneum ex contractu alienabitur, aut ſi ex teſtamento, vel qua alia vltima voluntate transferetur in extraneum ab inteſtato non ſucceſſurum, ſed illa etiam, ſi ad extraneũ quemlibet fundus peruenerit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, vt omnibus his caſibus fideicommiſſi petitio familiæ competat. Ceterùm non ideò minùs condicionale eſt fideicommiſſum, imò eo magis quo pluribus abundat condicionibus. Et ſanè multum intereſſe fatendum eſt in prohibita alienatione extra familiã an teſtator rationem illam ſubiiciat, de qua noſtri tractant, *quia volo vt in familia mea relinquatur*, an potiùs ita ſcribat *quia fundum illum familiæ relinquo*. Hoc enim caſu admittam libentiſſimè videri fideicommiſſum purè & abſolutè relictum familiæ ita vt poſt nominatos quibus teſtator alienationem prohibuit omnimodo admittãtur proximiores, in caſum ſcilicet, vt diximus, vulgarem, nec ſit in poteſtate prohibitum eũ ordinē quem à teſtatore præſcriptum lex interpretatur peruertere, id eſt facere quin proximior ſuccedat cùm verbis diſertis fideicommiſſum familiæ relictum proponatur *d. §. in fideicommiſſo d. l. vlt. C. de verb. ſignific. l. codicillis 18. in princip. de annuis legat. d. l. heredes mei 57. §. peto D. ad S.C. Trebell. l. cùm pater 77. §. penultim. de legat. 2.* At cùm teſtator ita ſcribit *quia volo vt fundus in familia relinquatur*. etiamſi nulla præcedat alienationis prohibitio, non idcirco relinquit ipſe fundum familiæ, ſed heredis fidei committit vt relinquat, ac proinde in eius arbitrio ponit cui velit relinquere dummodò vni ex familia relinquat quantumlibet remotiori, acſi vnum ex familia eligere iuſſus eſſet *vt in d. leg. vnum ex familia 97. de legat. 2.* Quam diſtinctionē à noſtris animaduerſam non fuiſſe mirandum eſt, quos videas in quæſtione illa tractanda tam diligentes extitiſſe, & ſubtiles, vt diſtinguendum crediderint, an prohibitæ extra familiam alienationis rationem teſtator ſic conceperit *vt in familia relinquatur*, an ita potius *quia volo vt in familia*

relin-

relinquatur, quaſi plenior & exuberātior ſit hęc ſeriptura quàm illa. Quod tamen prorſus improbabile & abſurdum eſt. Si quo enim caſu fideicommiſſum purum induci poſſet ex prohibitione alienationis, induceretur vtiq; in ea ſpecie quā Scæuola tractat *in d.l.penult. §. inſtituto de lega.2.* vbi teſtator ita dixerat: *Volo ædes meas non vendi neq; fœnerari ſuper eas, ſed manere eas firmas ſimplices filijs meis & nepotibus per vniuerſum tempus*. Et tamen non niſi cōdicionale fideicommiſſum eſſe apertiſſimè ſcribit Scæuola cùm negat fideicommiſſi nomine teneri patrē filiis, niſi fideicommiſſi cōdicio extiterit. Adde Iuſtiniani cōſtitutionē *Nouell.119 Vt reſtit. fideic.* vſq; ad vnū gradū, quę hoc ipſū euidētius cōprobat. Nā cùm proponeretur quidā teſtamento prohibuiſſe alienationē fundi extra familiā & codicillis id cōfirmaſſe expreſſa clauſula his verbis, *propterea quòd hæc ſubſtitutā ſitáſque intra portā &c. per omnia & perpetuò volo permanere in familia mea neq; vnquā de nomine meo egredi*, negat Iuſtin. vllum ex iis verbis induci fideicōmiſſum, niſi ſecuta alienatione. Ideóq; nimirū cōtēdebatur in ea ſpecie An qui permiſſu Principis alienauerat videretur feciſſe contra voluntatem necne, vt ſciretur an poſſet alias voluntarias alienationes obiicere. Indeq; illud etiam, quod ibidem Iuſtinianus diſputat, An qui teſtamento ſubſtituerat impuberi filiæ matrem, videretur offendiſſe iudicium teſtatoris, quaſi non reliquiſſet in familia. Id enim ſignificant verba illa §. nos verò, *quamuis nemo ſucceſſorum glorioſæ memoriæ Hierij circa voluntatem eius deliquiſſet*. Sed & Iuſtiniano placet admittendas perſonas matris & vxoris tanquam quæ ſint de familia, adeóque præferendas Alexandro qui ſolus ſupererat de nomine defuncti. Cùm tamen ſi familiæ relictum eſſet fideicommiſſum purum, non eſſent illæ admittendæ quandiu alij ſupereſſent de nomine teſtatoris. Nō enim ſunt de nomine, quāuis conſtitutum ſit à Iuſtiniano vt computentur in familia & poſſint ex fideicommiſſo ſuccedere ſicut & gener & nurus poſt cęteros omnes extinctos *d.l.vlt. C.de verb. ſignif.* Itaq; cōcludendū eſt nūquā ex alienationis prohibitione induci præciſum fideicommiſſum purum & abſolutum, quibuſcumque tandem verbis iubeat teſtator, vt fundus in familia relinquatur. Niſi relinquat ipſemet familiæ.

Prohibitus extra familiam alienare an poſt denunciationem alienare impune poſſit.

CAPVT XV.

An autem purum ſit fideicōmiſſum, an condicionale permultùm refert ſcire: Non ob eam duntaxat differentiam, quam diximus quòd cùm purum eſt, omnimodo præferuntur proximiores, cùm verò cōdicionale, ſufficit relictum eſſe vni ex familia vt proximiores excludantur, Sed etiam quia cùm fideicommiſſum familiæ relictum eſt per verba tractum temporis habentia, puta cùm teſtator ita ſcripſit *Relinquo familiæ meæ fundum Titianum vt in familia perpetuò remaneat*, fideicommiſſum perpetuū eſt, nec quarto gradu concluditur, ſed in infinitum vſque extenditur. At cùm cōdicionale eſt, nec inducitur niſi ex contrauentione, non vltra quartum gradum extendi poteſt. Ita vt iis qui in quinto gradu ſūt alienare impunè liceat *Nouell.119 Vt reſtit. fideic. vſque ad vnū grad. Iunct. §. in fideicōmiſſo, leg. omnia ab hæred. l. cum ita 32. de legat.2. l.& lt. C. de verb. ſignific.* Subiiciunt noſtri exceptionem, Niſi teſtator prohibitionis cauſſam illam expreſſerit, quod velit fundū perpetuò remanere penes deſcēdētes ſuos. Quaſi latior ſit *deſcēdētiū* quàm *familiæ* appellatio *ex l. vlt. C. de ſuis & legit. her. l. cognoſcere 56. §. vlt. de verb. ſignific.* Omnium abſurde vt apparet *ex l. pronuntiatio 195 §. familiæ 2. eod.* Niſi ex aliis coniecturis alia probetur voluntas teſtatoris, vt puta ſi deficientibus deſcentibus ex familia ſua voluerit fideicommiſſum tranſire ad aliā familiam ordine ſucceſſiuo. Quod & ex interpretibus nonnulli tradiderunt. Alia etiam inter purum & condicionale fideicommiſſum differentia eſt, de qua hoc capite breuiter aliquid dicere viſum eſt. Cùm fideicommiſſum familiæ relictum eſt condicionaliter, ſi teſtatoris voluntati nō parebitur, Placet noſtris eum, cui prohibita alienatio eſt poſſe denūciare cæteris omnibus qui ſunt de familia paratum ſe vendere, vt emere ipſi poſſint ſi volent, Eo ſcilicet precio quod extraneus offerat ſi non excedat iuſtū ne quid in fraude fiat & dolo malo. Poſt quam denunciationem ſi nolint cæteri de familia emere liberum eſſe denunciāti vt vendat extraneo impunè *ex l. qui Romæ 122. §. coheredes. de verbor. obligat.* Cùm autem fideicommiſſum purum eſt, non poteſt huiuſmodi denunciatio facere, vt eo magis permittatur alienatio, quandoquidem inuito denunciante futurū ſit vt fundus ille in familia gratis aliquando relinquatur, aut ſi non relinquetur, fideicommiſſi perſecutio repetatur. Itaque fuiſſe creditur optimo Bartoli & Aretini *in d. § coheredes*. Mihi tamen probabilius videtur nō ſolum aliam fuiſſe eo loco Bartoli ſententiam, ſed etiā alia diſtinctione totā quæſtionē hanc cōcludendā eſſe. Nam ſi teſtator prohibuerit duntaxat alienari fundum extra familiam, nec iuſſerit vt in familia relinquatur, fateor poſſe prohibitum denunciare cæteris, iiſque recuſantibus extraneo vendere, quia cū nō ſint hoc caſu vocati per fideicōmiſſum cæteri de familia, niſi ſub ea cōdicione, ſi fundus inter viuos alienabitur extra familiā, vt diſputauimus in ſuperioribus, Conſequēs eſt vt ſi nihil imputari poſſit alienanti, nulla ex eiuſmodi alienatione naſcatur fideicommiſſi petitio *ar. l. vnū ex familia 67. §. ſed etſi fundū l. peto 69. §. prædiū de legat.2.* Quid porro imputare poſſis ei qui non prius alienet extra familiā, quàm requiſitis omnibus qui ſunt ex familia? *arg. d. §. coheredes.* Nam quod quidā obiiciūt nō aliā ob cauſſam prohiberi alienationē à teſtatore quā vt fundus in familia remaneat. Ideóq. prohibita ſolum alienatione idem iuris obſeruari debere acſi hoc ipſum expreſſum eſſet, vt fundus in familia remaneret, non puto verè dici. Poteſt enim fieri vt alienationem extra familiam teſtator prohibuerit ea mente vti ne liceret alienare in extraneum liberè, ignorantibus, & irrequiſitis illis de familia, quos ſcilicet voluerit in emptione præferri. Proinde iis requiſitis & recuſantibus, non offenditur voluntas teſtatoris ſi in extraneum venditio cōferatur. Quaſi pro impleta habenda ſit venditio familiæ oblata, cū per familiam ipſam ſteterit, quominus ſit impleta *ar. l. iure ciuili 24. de cōdic. & demōſtr. l. Labeo ſcribit 50. D. de contr. empt.* At ſi voluerit teſtator, vt fundus in familia relinquatur, non poſſum probare quod Dynus putabat licere prohibito vendere extraneis poſt denuntiationem, ſed eo libentiùs in ſententiam Bartoli, vt illi ipſi quoque quibus denunciatum fuit vt emerent, poſſint collatam in exterum venditionem retractare ex cauſſa fideicommiſſi *l. ſeruus legato 69. §. 5. de legat.2. l. vlt. C. commun. de legat.* Non quòd fideicommiſſum hoc purum ſit vt Bartolum ſenſiſſe vulgò autumant, ſed quia condicionem eam habeat ſi nō in familia fundus relinquetur, quæ condicio non eo minùs exiſtit quòd interpellati illi qui erant de familia emere noluerint. Cur enim cogantur emere quod eos gratis cōſequi voluit teſtator? Itaq. cùm nihil im-

putari eis poſſit cur nõ emerint, nõ poteſt perinde res haberi acſi emiſſent, indéque fit vt contra teſtatoris voluntatem feciſſe videatur is, qui fundum in familia non reliquit *d. §. fratre l. peto, & §. ſed etſi fundum l. vnum ex familia de legat. 2.* Sed etſi valeret denunciatio in præiudicium eorum, quibus denunciatum eſſet, aliis tamen quibus denunciatũ non fuiſſet nocere nõ poſſet, puta qui in familia poſt denunciationẽ cõcepti eſſent, & editi. Nã quẽadmodũ ſi omnes de familia cõſentirent vt fũdus vẽderetur extraneo, nõ noceret ea res naſcituris, ſed tãtũ cõſentientibus, vt noſtri tractant *ad l. quoties ab omnibus 11. C. de fideic.* Ita conſenſum illũ tacitum ex recuſata per eos, quibus denunciatum eſt, emptione inducendum, ſolis iis quibus denunciatũ eſſet, non etiã cæteris nocere oporteret. Cùm enim iuſſit teſtator fũdum in familia relinqui, aut remanere, aut cõſeruari, conſtat fideicõmiſſum hoc habere tractum temporis *l. filiã 16. in fin. de aur. & argent. legat.* cenſeriq; vocatos poſt mortem prioris honorati, etiã eos qui moriẽte teſtatore nondũ nati, at ne quidẽ concepti fuerint, ad decimũ ſaltem vſque gradũ ſi non repugnet voluntas teſtatoris, quia ſufficit vt natus ſit vel cõceptus fideicommiſſarius eo tempore quo condicionalis fideicommiſſi condicio exiſtit *l. cùm pater 77. hereditatẽ filius de lega. 2. l. intercidit 59. l. eũ qui poſt 104. de condic. & demõſtr. l. 1. §. ſed & eius de leg. 3. l. interuenit 24. de lega. præſt.* Quãuis ex ſupradicta Iuſtiniani cõſtitutione Nouell. 159. inductũ ſit contra iuris veteris rationem, vt fideicommiſſum huiuſmodi vltra quartũ gradum non extendatur. Ex quibus apparet denunciationem factam illis de familia iam natis, non poſſe nocere naſcituris, quominùs fideicõmiſſum quandocunque petant ſi fundus in familia non relinquetur, ac proinde nec prodeſſe denunciãti, quo magis liberum ei ſit poſt denunciationem extraneo vendere. Quòd ſi fideicõmiſſum purum eſſet puta ſi teſtator ipſe fundum familiæ reliquiſſet, ſanè multò magis admitterẽ quod noſtri volunt, non idcirco poſſe fundum vendi extraneo, quòd eum emere noluerint illi de familia, quibus ſcilicet omnimodo præſtandus erat ex fideicõmiſſo nõ vendẽdus. Neque habet meo iudicio hæc pars diſtinctionis vllã dubitationẽ.

Explicatio §. filiam l. pater 38. de legat. 3.

CAPVT XVI.

Differentia eſt inter fideicommiſſum graduale, & reciprocum. Quotieſcumq; teſtator prohibet alienari fundum extra familiam, cenſentur in caſum alienationis gradatim vocati ad fideicõmiſſum illi de familia hoc eſt proximiores primo loco deinde remotiores, ſiue iuſſerit teſtator fundum in familia relinqui, ſiue non. Ideóq; in caſum vulgarem non fideicommiſſarium, vt proximo capite diximus. Itaque huiuſmodi fideicommiſſum ſemper graduale eſt. Non tamen ſemper reciprocum, ſed inter eos duntaxat qui ſimul vocãtur, quòd ſint vel ęquè proximi vel ſimul vocati *l. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2.* Quod & Accurſius ſenſit ad §. inſtituto *l. pen. eo. tit.* Reciprocũ enim fideicõmiſſum non inter alios admitti poteſt quàm qui in fideicõmiſſo cõcurrunt, alioqui non eſſet duplex ſed ſimplex, nec videretur alteruter de portione ſua alteri reſtituenda rogatus: cùm inter eos, qui ordine & ſucceſſiuè admittuntur priores quidem de reſtituendo poſterioribus grauari poſſint, ſed non poſteriores de reſtituendo prioribus *l. peto 69. §. fratre eod. titu.* Dixi, reciprocũ eſſe fideicõmiſſũ ꝙ ex alienationis prohibitione inducitur inter eos, qui ſimul vocati ſunt, quoniam licèt ſint ex diſparib. gradibus, ſimul tamẽ admittuntur, non ſeruata graduum diſtinctione, quę alioqui inter illos, qui nominati non ſunt, ſeruanda eſſet, etiam ratione eorum, qui in eodem gradu cõſtituti eſſent quo ipſi nominati *in l. omnia 32. alias l. cùm ita §. in fideicommiſſo eo.* At videtur obſtare maximè quod Scæuola reſpondit *in l. pater 38. §. filiam de leg. 3.* Si fideicommiſſum ita relictum ſit *veto ædificium de nomine meo exire, ſed ad vernas meos, quos hoc teſtamento manumiſi pertinere volo*, Defuncta herede, & legatariis vernis vno tantùm ſuperſtite, ad vnum illum, qui ex vernis ſupereſſet virilem duntaxat pertinere. Cur non.n. totum ad eum pertineat, ſi fideicõmiſſum eſt reciprocũ, vt nos volumus? Quare nec poteſt Accurſius hoc concoquere, at quod mirũ eſt, ſic Scæuolã intelligi, vt ad vernam illum ſuperſtitem totũ ædificium pertineat, cũ tamen non niſi virilem pertinere Scęuola diſertè reſponderit. Abutitur autem eo quod *in l. virilis 145. de V. S.* ſcriptum eſt, virilis appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri. Pertinet enim ea lex, vt inſcriptio demonſtrat ad legem Iuliam Papiam, quę cùm de virili hereditatis parte locuta eſſet, monet Vlpianus poſſe virilis appellatione interdum totam hereditatem contineri, puta ſi tota hereditas ad vnũ peruenerit *arg. l. ſi duobus 16. §. 1. de leg. 1.* Cęterùm virilis nomine de ea tantũ parte Scæuolã ſenſiſſe, quæ ad vernam ſuperſtitem ex proprio fideicommiſſi capite peruenerat, ex illo apparet, ꝙ ſic propoſita erat quæſtio, An ad eum totum fideicommiſſum pertineret. Ad quam cùm reſpondeat virilem pertinere, adeóq; adiiciat *virilem partẽ* conſequens eſt, vt non totum pertinere crediderit, nec ſatis mirari poſſum tam abſurdam & improbabilem Accurſij interpretationem à Bartolo, & cæteris ferè omnibus melioris notæ interpretibus probatam fuiſſe. Subtilius videri poſſit quod Iacobus Cuiacius lib. 15. Obſeruat. cap. 4. tradidit, ea ratione niti reſponſum illud Scæuolæ, quòd proponeretur fideicommiſſum relictum veriùs nominatim, ſicut & ipſis nominatim relinquenda erat libertas ex lege Caninia. Nominũ verò nuncupationem facere partes ab initio, acſi ſingulis ab initio quaſi diuiſim partes adſcriptę eſſent *l. ſi Titio 7. de legat. 2. l. vxorem 41. §. agri plagam de legat 3. l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat. 1.* atque ideò impedire ius adcreſcendi, quod numquam locum habet niſi inter eos qui concurſu tantùm partes faciunt *l. 3. D. de vſufruct. adcreſc.* non etiã inter illos, qui ab initio partes habẽt, aut habere intelliguntur *dict. l. ſi duobus 16. in princip. de leg. 1. & d. §. ſi coniunctim.* Niſi, inquit ille, teſtator apertè inducat ius adcreſcendi, puta ſi adiiciat *donec ad vnum totum fideicommiſſum perueniat, vt in l. Lucius Titius 89. §. l. neius Titius de legat. 2. l. codicillis 34. in princip. de vſufruct. legat. l. libertis 108. de condic. & demonſtr.* Aut niſi teſtator iubeat eligi vnum ex familia, quo caſu fideicommiſſum quod omnes de familia petere poſſent nemine electo, ad vnum ſolum pertinere poteſt, nimirum ſi moriente eo qui eligere debuit ſolus vnus de familia ſuperſit *d. l. vnum ex familia §. rogo.* Sed tamen ſi ſubtiliùs intueare, non poteſt interpretatio hæc, & viri doctiſſimi opinio ſatisfacere propoſitæ dubitationi. Non enim de illo quærimus, cur ex his verbis *ad vernas meos quos hoc teſtamento manumiſi ædificium meum pertinere volo* non inducatur ius adcreſcendi inter colliberios, ſed cur ex illis generalioribus *veto ædificium de nomine meo exire*, non inducatur reciprocum fideicommiſſum inter omnes fideicommiſſarios, præſertim in caſum vulgarem ne alioqui eueniat vt fundus de nomine

exeat

exeat contra teſtatoris voluntatẽ. Id enim eſt quod facit dubitationem *ex dict. l. vnum ex familia § ſed etſi fundum* vbi ſcriptum eſt eiuſmodi verba inducere fideicommiſſum non modo reciprocum, ſi fortè plures ſimul eſſent vocati vt *in dict. §. libertis*, ſed etiam graduale in fauorem proximiorum de familia ſi ab eo fundus alienetur qui ſolus prior admiſſus fuerat vt & *in dict. §. fratre*. Potentius enim eſt ius fideicommiſſi quàm adcreſcendi: nec cùm teſtator iubet præmorientium partes ad reliquos pertinere *vt in dict. l. cùm pater §. volo de leg. 2.* idcirco inducit ius adcreſcendi, tametſi *adcreſcendi* verbum vſurpet *vt in l. codicillis 34. de vſufruct. legat.* ſed potiùs ius fidei cõmiſſi, vt ex ſupradictis locis apparet iunct. l. verbum *volo 1?. C. de fideic. & §. vlt. Inſtitut. de ſingulis rebus per fideicommiſſ. relict.* Non enim facere teſtator poteſt vt in portionibus agnitis ius adcreſcendi locum habeat, contra naturam & receptiſſimam regulã iuris adcreſcendi *l. vnic. §. his ita diffinitis C. de caduc. tollend. l. 1. §. interdum de vſufruct. adcreſcend.* nec niſi per viã fideicommiſſi poteſt grauari legatarius aut fideicommiſſarius vt rem ſibi iam acquiſitam alteri reſtituat: qua ratione inductum erat iã olim vt à legatario legare non liceret, ſed tantùm fideicommittere Tit. *De ſingul. reb. per fideicom. relict. apud Inſti.* quod etſi hodie correctum eſt vt videtur *ex l. 2. in fin. C. commun. de legat.* non in eo tamen inducta correctio eſt, vt hoc obiter moneamus, quod legari à legatario nunc poſſit, quaſi immutata natura & ipſa & ſubſtantia legati, ſed quòd ex illa Iuſtiniani conſtitutione factum ſit, vt quicquid legatum eſt, fideicommiſſum cenſeatur quoties fideicommiſſi natura amplior eſt, & ad conſeruandam defuncti voluntatem aptior: quomodo videtur ſanè aptior in propoſito, cùm ea fuerit teſtatoris voluntas vt in legato iã acquiſito legatarium oneraret, ac proinde in re ipſius legatarij propria: quod tamẽ cum per viam legati & imperatiuè fieri non poſſit, conſequens eſt vt fiat per viam fideicommiſſi & verbis precariis. Quod vereor ne à noſtris non ſatis benè perceptum ſi. Sed & cùm teſtator iubet eligi vnum ex familia, & fideicommiſſum, nemine electo, totum peruenit ad eum qui ſolus de familia ſupereſt, moriente eo qui eligere debuerat, non fit id, quòd huiuſmodi fideicommiſſum ſit reciprocum, ſed quia ſit familiæ relictum: familiæ autem appellatione alius contineri non poſſit, quàm qui ſolus ſuperſit eo tempore quo condicio exiſtat *d. l. vnicũ ex familia §. rogo, & d. l. cùm pater §. hereditatẽ filius de legat. 2.* Igitur reſpondendum eſt ad *dict. §. filiã*, Multum intereſſe an teſtator ita ſcribat *Veto ædificiũ de nomine meo exire ſed ad vernas meos pertinere volo.* an ita potius *volo vt ædificiũ meũ ad vernas meos pertineat, nec vnquã de nomine meo exeat*, aut quod idẽ eſt *ipſum q; de nomine meo exire veto*. His ſiquidẽ poſterior ib. caſibus induceretur ſanè inter collibertos vernas fideicõmiſſum reciprocũ, ita vt ad eũ qui ſolus ex ipſis ſupereſſet totum peruenire deberet, etiã ſi à præmortuis pro ipſorum partibus agnitum proponeretur, hoc eſt non in caſum vulgarem dũtaxat, ſed etiam in caſum fideicommiſſi, quantumuis nominati vernæ fuiſſent, quoniam ſpecialis ea nominum expreſſio impedire quidem ius adcreſcẽdi forraſſe poteſt [quod tamen an perpetuò verum ſit ſatis obſcurum eſt, & alio loco fuſiùs tractandum] ſed non ius reciproci fideicommiſſi, quod vel inter diſiunctiſſimos quoſqua locum habere poteſt. Priore verò caſu non cenſentur ea verba appoſita ad inducendum perpetuũ reale & reciprocum fideicommiſſum inter collibertos, quibus ſcilicet nihil teſtator prohibuit, ſed potius ad grauandam ſiliam heredem de ædificio illo poſt mortem ſuam vernis reſtituendo. Verum enim eſt quod & Cuiacius ſupradicto loco obſeruauit, videri in ea ſpecie ad fideicommiſſum vocatos vernas libertos, poſt mortem filiæ, *vt & in l. species 25. D. de aur. & argent. legat.* Cæterum vt in familia vernarum perpetuò fideicommiſſum remaneat, non idcirco iubet teſtator, quomodo ſanè iuſſiſſe videretur, ſi ab ipſis vernis petiiſſet ne vnquam de eorum nomine ædificium exiret *d. §. ſed etſi fundum*, & hac ipſa *l. pater §. duobus*, vbi cùm duobus heredibus inſtitutis Sticho & Erote libertis, teſtator ita cauiſſet *Fundum Cornelianum de nomine meo exire veto*, Reſpondet Scæuola Si vnus ex heredibus Stichus ancillam teſtamento liberam eſſe iuſſerit eidémque partem ſuam fundi legauerit, poſſe Erotem & cæteros Stichi collibertos ex cauſſa fideicommiſſi eius fundi partem à Stichi herede petere propterea quòd non contineatur liberta illa liberti appellatione libertorum teſtatoris *l. alimenta 16. §. 1. De alim. legat.* Hos enim ſolos ad fideicommiſſum inuitaſſe intelligitur *arg. d. §. fratre in fin. & l. ſi cognatis 19. de reb. dub.* Niſi ponerea libertũ liberti ex prioris teſtatoris voluntate libertatem conſecutum *d. l. cùm pater §. fidei heredum meorum 11. de leg. 2.* Sic enim & rectiſſime locos illos Accurſius, Bartolus, & cæteri intellexerunt. Illud tamen ſummopere notandum eſt, quod dicimus ex his verbis *veto ædificium de nomine meo exire* induci fideicommiſſum & graduale & reciprocum, ita accipiendum eſſe, vt nihilominus, qui ex reciproco admittuntur præferantur cæteris ex graduali admittendis, ſi non apertiſſima ſit contraria voluntas teſtatoris. Nempe quòd ex reciproco tacito ij demùm admittantur, qui ſimul vocati ſunt, hoc eſt qui vel in eodem aut pari gradu conſtituti ſunt, vel ſimul nominati, quos proinde cæteris in gradu remotioribus nec æquè nominatis præferri æquũ eſt *arg. l. coheredi 41. §. cum diſcretas de vulg. & pupill. ſubſtit.* Neque obſtat quod ſcriptum eſt *in d. §. duobus*, ad partem Stichi admittendos cum Erote cæteros collibertos non nominatos. Id enim fit quia perinde erãt illi de familia, nec remotiores in gradu, cùm inter plures eiuſdẽ teſtatoris libertos graduum diſtinctio nulla eſſe poſſit.

Ad l. hac edictali C. de ſecund. nupt.

CAPVT XVII.

IN huius conſtitutionis tractatu elegans illa occurrit quæſtio magnis inter noſtros contentionibus agitata. vtrum præcipuam legitimam habere debeat filius prioris matrimonij, tum in reliquæ hereditatis partem admitti pro virili. In qua magis communiter probatum eſt, diſtinguendum eſſe An filio nihil relictum ſit aut minus legitima, An tantum quantum ſecundo coniugi, an denique minus, ſupra legitimã tamen. Sic enim adiiciendum eſt, vt differat caſus hic tertius à primo. Si nihil filio relictum ſit, aut minus legitima, vix eſt ex interpretibus qui neget legitimam priùs detrahendam eſſe. Ratione illa quòd dubitari non poſſit quin hoc caſu legitimam habeat filius ex diſpoſitione legis, nõ ex iudicio teſtãtis. Proinde cùm lex prohibeat ne plus pater materve donet ſecundo cõiugi quàm filio prioris thori, abſurdũ putant imputari in portionem filij id quod vel inuito parente ex ſolo legis beneficio cõſequatur. Tertio caſu qui ad primum proximè accedit hoc eſt cùm filio minus relictum eſt quàm ſecundo coniugi, non tamen minus legitima, altercatio eſt, quibuſdam exiſtimantibus filium cui nullam pater in legitima iniuriam fecerit,

Digitized by Google

non poſſe de iudicio patris conqueri, nec proinde recuſare, quominùs in eam portionem quam cum vitrico aut nouerca æqualem habere debeat, imputet quicquid habet ex iudicio parentis. Frequentiore tamen noſtrorum calculo receptum eſt, vt hoc etiam caſu legitima priùs detrahatur, non ſolũ quòd vitricus aut nouerca minùs ſit fauorabilis, ſed etiam odio parentis, qui ad ſecunda tranſgreſſus vota, ſecundum coniugem plus quàm filium prioris thori dilexerit: quæ res facit vt nouercalibus delinimentis aut vitricalibus odiis eam voluntatem extortam eſſe ſuſpicandũ ſit. Secũdus ſupereſt caſus multo dubitabilior, ſi tantundem filio quantum ſecundo coniugi fuerit relictum. Plerique enim putant, legitimã quoque filio præcipuam eſſe debere, hac vna ratione, quòd perpetuò verum ſit deberi eam filio ex legibus, potius quàm ex iudicio teſtatoris, videatúrque beneficium iſtud legis ipſi adimi, ſi in ſuam portionem cogatur legitimam imputare, nec plus auferat ex bonis parentis quàm coniunx, cui nulla legitima debetur. Et ſanè fieri non poteſt vt computata legitima æquales ſint cõiugis & filij portiones, quin filius aut à lege aut à parente minus quàm vitricus vel nouerca conſequatur. Atque hunc ſenſum eſſe arbitrantur illius verſic. *ita tamẽ vt quarta pars quæ eiſdẽ liberis debetur ex legibus nullo modo minuatur.* Sed tamen receptior eſt contraria ſententia. Cuius illa potiſſimùm ratio affertur, quòd hoc caſu non poſſit filius conqueri ratione legitimæ, quam integram habeat, & plus quàm legitimam, qui ſcilicet, ſi ſolus ſit inſtitutus cum vitrico, vel nouerca, ſemiſſẽ hereditatis obtinet, nec rurſus agere cõdictione ex *l. hac edictali*, quia nihil à parente qui filiũ cum ſecũdo coniuge ex æquis partibus heredes ſcripſit, factum videri poteſt contra legem, quæ aliud nõ exigit, niſi vti ne plus ſecundo coniugi quàm filio prioris matrimonij detur. Quæ ratio ceſſat, cùm inæqualiter & minore ex parte inſtituto filio, & ſecũda vota cõtrahẽtis nuptias, & cõiuncta ſecundi coniugis odia inducunt poteſtatẽ cõſtitutionis. Tũc enim cùm certum ſit conſtitutioni locum eſſe, ſola illa quæſtio ſupereſſe poteſt, vtrum in legitimam imputare ſibi filius debeat quod accipit ex beneficio legis nouæ. In qua quæſtione verius eſt vt imputare non debeat, quod à ſola lege accipit in odium, & cõtra voluntatem parentis. Cui noſtrorum traditioni non valde diſſimile illud eſt quod vulgo tractant filium à quo fideicommiſſum in diem vel ſub condicione relictum eſt, duas quartas detrahere, qui ſi purè grauatus eſſet, non niſi vnam detrahere poſſet, Propterea quòd purè relicto fideicommiſſo, neſciri poſſit vtrã quartã priùs detrahere filius debeat, altera alteram concurſu præpediente, quod nõ cõtingit cùm fideicõmiſſi condicionalis vel in diem relicti ratio ſuſpendit Trebellianicæ detractionem, ſola adhuc debita legitima. Atque ita noſtri vt dixi ratiocinantur. Mihi tamen iuris rationem legiſque verba intuenti hæ diſtinctiones placere numquam potuerunt. Video enim & Imperatorum Leonis & Antemij *in d. l. hac edictali*, & Iuſtiniani *in §. optimè Nouell. 22. De nupt.* mentem illam eſſe, vt liceat marito ſecundam vxorem ducenti, vel mulieri ſecundo nubenti, donare ſecundo coniugi ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate tantum quantum filio ex prioribus nuptiis ſuſcepto, prohibeatur autem duntaxat ne plus ſecundo cõiugi quã filio relinquat. Item vt ſi parens contra fecerit & ſecundo coniugi plus quàm filio reliquerit, reuocetur quod immoderatè geſtum eſſet hactenus, vt legia poteſtate reducantur omnia ad eam æqualitatem quam obſeruare parens debuerat. Atqui negari non poteſt tãtundem debere filium, qui ex ſemiſſe inſtitutus eſt quantum vitricus ex alio ſemiſſe ſcriptus aut nouerca. Habent enim ſinguli ſemiſſem. Nec quod in ſemiſſe filij legitima ipſius portio confunditur, facere poteſt vt à parente minùs habere videatur, cùm haud dubiè hoc ipſum quod pro legitima habet à parente habeat, ſitque abſurdiſſimum dicere, ob hoc ſolùm quòd parens filio legitimam relinquere cogatur ex legibus, non eſſe imputandam eam portionem quam itidem cogitur parens filio relinquere *ex leg. hac edictali*. Alioqui eueniret vt duplicis portionis filio relinquendæ onere parens ad ſecunda vota tranſiens grauaretur, Vnius quæ ad legitimam quantitatem aſcenderet, alterius quæ ſupra legitimam conſtituenda eſſet, maior minórve ex comparatione portionis quæ ſecundo coniugi data proponeretur. In quo ſanè fieret iniuria parenti, cuio quo ſatis ſeuerè in eo agitur, quod non ſolùm inuitus legitimam filio non ingrato relinquere compellitur, ſed etiam ſecundo coniugi plus quàm filio dare prohibetur. Cùm tamen ſi extraneum prorſúſque ignotum hominem in tota hereditate inſtituere vellet, ſolâ legitima filio relictâ, idipſum facere impunè poſſet. Quid verò eſt quod amplius inducere aut extorquere debeat odium vitrici vel nouercæ niſi vt deterioris ſint illi condicionis quàm ſi eſſent prorſus extranei, adeóque ſi voles, de ipſo teſtante malè meriti? Et certè aliter poſito iure eueniret vt numquam æquales fieri poſſent filij ſecundíque coniugis portiones, filio ſemper præcipuam legitimam habente, ſequeretúrque neceſſariò abſurdum illud, quod nullri, quaſi abſurdum non ſit, fateri coguntur, vt ſi ſolam legitimam filio parens relinqueret, nihil planè ſecundo coniugi dare poſſet, quaſi nihil prorſus filio reliquiſſet, qui ſolam ei legitimam dediſſet. Quo tamen quid abſurdius quæſo dici poteſt aut iniquius? Taceo quod legis verba repugnant maniſeſtè. Neque enim id egit Leo aut Iuſtinianus vt per ſecundi coniugis perſonam filij legitima augeretur, ſed tantùm ne minueretur: vt conſtat ex ſupradictis illis verbis *vt quarta pars quæ eiſdem liberis debetur ex legibus nullo modo minuatur.* Tantúmque abeſt vt is verſiculus quo noſtri potiſſimùm mouentur, faciat pro filio, vt ex contrario apertiſſimũ ſit adiectũ eum eſſe pro vitrico & nouerca. Nam cùm in præcedentibus conſtitutum eſſet vt non plus ſecundo coniugi dari poſſet quàm datum eſſet ei ex liberis, qui minus haberet, conſequens erat vt ſi vni ex filiis aut nihil aut minus legitima donatum eſſet, nihil quoque poſterior coniunx habere deberet, aut ſaltem minus quàm ferat legitima quæ filio debetur. Id verò ne quis diceret, placuit Leoni itémque Iuſtiniano, vt quemadmodum non poteſt parens filio minus relinquere quàm ſit legitima, ita nec poſſit ea portio quæ ſecundo coniugi relicta eſt ad minorem reduci quantitatem quàm quantum in filij legitimam venire neceſſe eſt vt omni caſu ad concurrentem vſque ſaltẽ legitimã reducatur ex beneficio legis, quod nouercæ vel vitrico ſupra modum fuerat donatum. Itaque vel ex eo maximè verſiculo apparet, etiam cùm nihil aut minus legitima filio prioris thori relictum eſt, non tamen ex eo fieri vt plus conſequi filius debeat quàm ſi legitimam à patre integram habuiſſet, ſed vt contrà perinde maritus tantum habeat quantum eſt in filij legitima acſi nulla filio in legitima iniuria facta fuiſſet, quia nec pro facta habetur, quæ fieri non potuit. Quod ipſum non contingeret ſi filius eo caſu præcipuam legitimam habere deberet, quam di-

ximus

ximus ex receptiore noſtrorum ſententia non detrahi præcipuam cùm filius & vitricus, aut nouerca ſunt æqualiter inſtituti. Sed & falſiſſimum eſt, quod noſtri pro vero habent, legitimam quam filio pater in teſtamento reliquerit non tam ex patris iudicio, quàm ex legis prouidentia ad filium peruenire. Etſi enim lex facit vt filio qui ingratus probari nequeat, legitimam omnimodo relinquere pater compellatur, non tamen recta conſecutio eſt, ſi ex eo inferas filium cui patris teſtamento legitima relicta ſit, non videri eam habere à patre ſed à lege. Nam imò verò habet à patre qui eam reliquit, nec quicquam cauſſæ eſt, cur in legitima filio danda lex ſe interponat, cùm pater vltro pietatis officio functus eſt, vt taceam non eſſe credẽdum patrem filio legitimam relinquere voluiſſe, vt legis neceſſitati ſatisfaceret potiùs, quàm vt paternæ pietatis officium impleret. Hinc nimirum fit vt nouiſſima Iuſtiniani lege iubeatur pater filio relinquere legitimã titulo inſtitutionis *Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, nempe vt digniore ac pleniore titulo filius legitimam ex iudicio parentis conſequatur. Hoc verò cur ita? Aut quid referret an inſtitutionis, an legati iure filio legitimam parens daret, ſi à lege ſola, non etiam à parente filius legitimam habere intelligeretur? Quinetiam, quod magis mirum eſt ſi filio non quidem nihil ſed tamen minus legitima relictum ſit, placet noſtris, nec malè, ex teſtamento deberi id quod ſupplementi nomine debetur, & condictionem ex Iuſtinianea *l. omnimodo C. de inoff. teſtam.* quæ competit ad ſupplementum, actionis ex teſtamento, iure & nomine cenſeri. Quanto igitur magis verum eſt, ex teſtamento peruenire legitimam ad filium, ſi eam pater ipſe teſtamento integram reliquerit, ſiue ſub nomine legitimæ ſiue ſub nomine portionis hereditariæ legitimam aut adæquantis aut excedentis? Quod ſi fateare acquiri eam ex teſtamento, Rogo fierine poteſt vt quod ex teſtamento acquiritur, non etiam ex teſtantis iudicio acquiratur? Deniq. obſeruare noſtri debuerũt, non ſic Leonem aut Iuſtinianum locutos eſſe vt dicãt reducendã ſecundi coniugis portionem ad eam quantitatem quam habet is ex liberis qui minus habet ex parentis iudicio, ſed qui minus habet *ex parentis ſubſtantia.* Sic enim disertè Iuſtinianus loquitur *in d. §. optimè.* Porrò non eſt qui neget aut negare poſſit, habere filium ex patris ſubſtantia quod habet pro legitima etiam cùm ſolo legis beneficio legitimam habet vel inuito parente, hoc eſt cùm nihil prorſus ei parens reliquit. Ergo vel hæc vna ratio probat apertiſſimè, Omni omnino caſu legitimã filij in eam partem imputari oportere quã habére debeat æqualem cum vitrico aut nouerca *ex d. l. hac edictali*, nec præcipuam filio vnquam eſſe. Tametſi alio iure nos vti non ignorem, vt in Codice Sabaudico ſcribemus.

An doli exceptio bona fides iudiciũ faciat quod priùs fuit ſtricti iuris. Ad l. Seia 42. D. de mort. cauſſ. donat.

CAP. XVIII.

VIdeo clariſſimum virum, & primum ætate noſtra ſine controuerſia iuris magiſtrum Iacobum Cuiacium *libr. 3. Obſeruat. cap. 17. & lib. 8. cap. 16.* in ea eſſe ſententia, vt exiſtimet exceptionem doli, itémque replicationem, quæ ipſa etiam exceptio eſt, facere iudicium bonæ fidei ex ſtricto. Quæ fuit vetus Dorothei Græci interpretis adnotatio *ad leg. Seia 42. D. de donat. cauſ. mort.* ab eodem Cuiacio relata, & aduerſus alium Græcum interpretem, qui Dorotheum reprehenderat, defenſa. Quod ſi verè rectéque dicitur, illud ſtatim conſequens fieri videtur, non valde referre an contractum quemlibet bonæ fidei eſſe dicamus, an ſtricti iuris. Cùm in iis etiam quæ ſtricti iuris ſunt, exceptio itémq. replicatio doli locum habeat. Sic enim fiet, vt iudicia omnia quæ ſui natura ſunt ſtricta, fiant bonæ fidei, oppoſita duntaxat exceptione aut replicatione doli. Id verò mihi nunquam probabile viſum eſt, ſed longè durius quàm vt admitti poſſe putem: non ob id ſolùm, quòd ſecundum hanc ſententiam euenturũ ſit vt contractuum omnium iura & præſtationes confundantur, ſed etiam, quia iuris ratio nullo modo patitur vt doli exceptio quæ ſoli reo accommodatur, actori quoque prodeſſe debeat, ad conſtituendum bonæ fidei iudicium, quod alioqui ſtrictum eſſet. Nam extra cauſſam exceptionis doli quæ bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicitur *l. ſed etſi 21. D. ſolut. matr. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruũ de legat. 1.* nemo dubitat quin reo longè incõmodius, & oneroſius futurũ ſit ſi iudicio bonę fidei quã ſi ſtricto cõueniatur, propter præſtationes, quæ, vt dixi ex iudiciis bonæ fidei multo pleniores fiũt & vberiores, ſiue obligationis iure, ſiue officio etiã iudicis quod in actionib. bonæ fidei locum ſibi vindicat, non etiam in ſtrictis. Quis verò admittat, ob id meliorem actoris condicionem fieri debere, quòd aliquid dolo fecerit, & ex ea cauſſa paſſus ſit doli exceptionẽ? Non inficior doli exceptionem facere, vt condemnari non minus debeat actor qui dolũ admiſit, licèt ſtricto iudicio agat, quã ſi bonæ fidei iudicio experiretur. Sed nego id fieri ex vi & æquitate iudicij, quaſi quod bonæ fidei effectum ſit. Contendo fieri ex poteſtate & præſcripto formulæ, quę continet doli exceptionem: & in qua tamen non eo magis addi debeant verba illa *ex fide bona* quę in omnib. bonę fidei iudiciorũ formulis addebantur. Etſi. n. ideo addebantur, vt reo perinde atq. actori, quantùm ęquitas & bona fides poſceret, faueretur: tamen actoris potius gratia, & commodo addebantur, vt ampliorem ferret condemnationem: Abſurdum autem fuiſſet, ob additam & oppoſitam doli exceptionem pleniùs cõdemnari reum, cui exceptio doli prodeſſe omnino debuiſſet. Et verò cùm ex natura ſola negotiorum quę geruntur, deſcẽdat illa contractuum differentia vt alij bonę fidei, alij ſtricti iuris eſſe exiſtimentur, nemo non videt dolum, qui à ſtipulatore aut fœnebris pecunię creditore admiſſus fuit, quique doli exceptionem peperit, non vſque adeò negotij naturam immutare poſſe, vt non ſemper ſtricti iuris cõtractus manere debeat, qui ab initio talis fuit. Semper enim verum eſt agi ex ſtipulatione aut condictione certi ex mutuo, quę actiones nõ poſſunt eſſe nõ ſtrictę. Duo tamẽ iuris loci ſunt, qui virũ doctiſſimum fefellerunt, & de quorum ſententia nobis ideò breuiter dicendum eſt. Prior eſt *in d. l. Seia 42. D. de mort. cauſ. donat.* Alter *in l. 3. C. de except.* Papinianus eleganti illo reſponſo quod extat *in d. l. Seia*, propoſuit Seiam bonis ſuis omnibus Titio donationis cauſſa ceſſiſſe, traditionib. etiam factis: ſibi tamen vſumfructũ recepiſſe, & cõueniſſe vt ſi Titius ante ipſam vita deceſſiſſet, proprietas ad eã rediret: ſi poſteà ſuperſtitibus Titij liberis mortua fuiſſet, tũc ad eos bona peruenirent. Defuncto Titio viua Seia, duplex actio Titij heredibus cõpetere videbatur. Vna in res ſingulas, quæ vindicatio eſt, quam conſtat bonæ fidei non eſſe, quia neq; ex contractu naſcitur, cuiuſmodi quæ ſunt non poſſunt dari aut competere ex bona fide. Altera in res vniuerſas, quæ alia eſſe non poteſt quàm petitio hereditaria, per quam vniuerſa hereditas peti ſolet etiam contra eum qui vel minimam rem hereditariam poſſidet, quia hereditas eſt nomẽ iuris *l. regulariter*

g.cum l.ſeq.D.de petit hered. Vtraque vt dixi, competere Titij heredibus videbatur, quia prior donatio in perſona Titij perfecta fuerat per dominij tranſlatiooẽ, vt ſequitur apud Papinianum: ideóq. dominium rerum omnium, quas Seia donauerat & tradiderat, in Titij hereditate reperiebatur. Multum tamen intereſt, an vindicatione agatur, in petitione hereditatis. Si res ſingulas heredes Lucij Titij vindicent, doli mali exceptio erit neceſſaria, qoia vindicationi, quæ vt diximus bonæ fidei oon eſt, doli exceptio ineſſe nõ poteſt. Opponetur autem ea exceptio non inotiliter, quia licet dominium tranſlatum fuerit in Titium per traditionem in donatiooe factam, dolo tamen faciuot heredes Titij qui eas res vindicant, non tamen propter vſumfructum à Seia retentum [nihil enim prohiberet ſaluo vſufructu domioium vindicari] quàm propter coouentionem in donatione additam, vt ſi ante Seiã Titius moreretur, dominium rerum donatatum ad Seiam rediret. Quæ conuentio cùm Seiæ ſi non poſſideret, actiooem datura eſſet, multo magis dabit poſſidenti retentioneni oppoſita doli exceptione. At ſi petitione heteditacis agatur quæ bonæ ſidei actio eſt, non etit neceſſaria doli exceptio, quam diximus bonæ fidei iudiciis omnibus ineſſe ipſo iure: ſed ipſius iudicii æquitate citra exceptionem heredes Titii quaſi dolo malo & aduetſus placitorum fidem agentea repelleotur. At illa emetget quæſtio, An mulier boc caſu cogeoda ſit cauere ſe ea bona cùm morietur filiis Titii reſtituturain. Nam & bonæ ſidei iudiciorum natura illa eſt vt ex iis caotio etiam ante tempus exigi ſoleat *l.in omnibus* 41.D.*de iudic.* Quæſtionem in eo eſſe Papinianus purat, an donatio, quæ prior in Lucium Titium collata fuit, cenſeri debeat iure donatioois ioter viuos, quæ ab initio certam condicionẽ habuerit, ao potiùs iure donationis cauſſa mortis. Nam priore caſu cautio deberetur, quia prior donatio propter legem io exordio dictã retineri potiùs quàm ſecunda promitti aut extorqueri videretur. Poſteriore verò nulla cautio peti poſſet quia neque prior donacio ſubſiſteret, quæ ſcilicet prẹmortuo donatario ſublata & extincta fuiſſet, neque ſecundæ ratio vlla habenda eſſet, quippe quæ nondum in filiorum perſona initium accepiſſet. Cautionem verò conſtat ei non deberi, cui nihil omnino debetur, ſed ei demum qui ex bonæ fidei contractu ſit creditor in diem, licet dies oondum venerit *d. l.in omnibus l. pro ſocio* 38. *D.pro ſocio.* Io eam autem ſententiam Papinianus procliuior eſt, vt putet mortis cauſſa donationẽ factã videri. Ex quo infert ſolutã igitur eſſe priorem dooationem Titio prædefuocto. Non enim videtur perfecta donatio quæ mortis cauſſa facta eſt, priuſquàm mors inſequatur. *l.non videtur* 32, *eod.tit.De mort.cauſ.donat.* Eadémque ratiooe inferri etiaoi poteſt, non competere in propoſita ſpecie vindicationem heredibus Lucii Titii, ne quidem ſtricto iure, qooniam donatori potiùs viodicatio danda eſt, cùio is caſus contingit, in quem conuenerat, vt donata res ad donatorem rediret, etiamſi donatio ſic facta fuerit, vt ſtatim res fieret accipientis. *l.ſi mortis cauſſa* 29.*eod.titu.* Proinde neque neceſſariam eſſe doli exceptionem: Neque rurſus competere petitionem hereditatis contra Seiã, quia ſoluta priore donatione verum eſt nihil eam habere ex Lucii Titii rebus hereditariis, licèt habeat res à ſe donatas Titio, & ſubinde à Titio, ad ſe quoque reuerſas. Et hæc ni fallor Papiniani ſententia eſt nec valde obſcura, quam euideoter malè Coiacius accepit, cùm verba illa *Bonæ fidei autem iudicio conſtituto* quæ proculdubio aduerſatiuè iotelligenda ſunt, mauult intelligere ſubiunctiuè, de iudicio viodicationis, quod oppoſita exceptio doli mali, fecerit bonæ fidei, vt idem iudicium vindicationis, quod ſtrictum eſt, cùm obiicitur doli exceptio, fiat bonæ fidei poſtquàm ea exceptio oppoſita eſt. Secondum qoam iorerpretationem eueniet, vt Lucij Titij heredes, qui vindicando res ſingulas nullum ius habebant petendæ cautionis [neque enim iudicium vindicationis tale eſt, vt ex eo peti poſſit cautio, cùm oon ſit bonæ fidei] hactenus condicionem ſuam fecerint meliorem ob oppoſitam doli exceptionem, quòd ab eo tempore cauendi onere obſtrictam Seiam habuerint, quæ ſi doli exceptionem non obieciſſet, cauendi neceſſitate nulla teneretur. Ita fit vt doli exceptio ei commodum adferat, qui dolum fecit, noceat verò ei per quem oppoſita eſt: quod non modo iniquum, ſed etiam abſurdum eſſe, quis non animaduertit? Neque rurſum *videre* poſſum, qua ratione iudicium vindicationis aut aliud vllum poſſit ab initio ſtrictum eſſe, ſubindéque fieri bonæ fidei propter oppoſitã doli exceptionem: Cùm exceptio adiiciatur à prætore in ea ipſa formula per quam iudex datur, iudiciúmque cooſtituitur, & ante quam præſcriptam nec iudex vllus, nec iudicium vllum eſſe põt. Sed & verba illa *Bonæ fidei aũt iudicio conſtituto* non ſic accipienda eſſe quaſi iudicium vindicationis rerum ſingularum conſtitutum ſit bonæ fidei per oppoſitam doli exceptionem, ſed ad aliud iudicium vniuerſale referenda eſſe per quod petita ſint bona vniuerſa, quæ Lucio Titio Seia donauerat, apparet manifeſte ex ſequentibus illis Papiniani verbis *quærebatur an mulier promittere debeat ſe bona cùm moreretur filiis Titij reſtituturam.* Quænam. n. obſecro, bona, niſi ea ipſa, quæ per illud bonæ fidei iudicium petebantur? Atqui per vindicationem non bona petebantur, quorum appellatio generalis eſt, & vniuerſitatem quandam denotans, ſed res ſingulæ. Sic enim habent præcedentia, *Igitur ſi res ſingulas heredes Lucij Titij vindicẽt.* Neque verò plurium ſimul rerum vna vindicatio eſſe facilè poteſt, ſed ſingularũ. Singulis autem rebus petitis, tametſi maximè concederem euadere vindicationem in iudicium bonæ fidei propter oppoſitam doli exceptionem, non tamẽ poſſet ea res facere vt vniuerſorum bonorum nomine cautio poſtularetur, quia nec vniuerſorum bonorum nomine iudicium bonæ fidei eſſet, ſed earũ dontaxat quę vindicarentur. Ergo bonę fidei iudicium Papinianus ſine dubio intelligit petitionem hereditatis, per quã non res ſingulæ petuntur, ſed vniuerſitas boʼnorum, quæ ſunt ex hereditate, ſiue plures ſint penes reum, ſiue vna tantùm. Etſi namque videtur non ſatis conſtitiſſe inter veteres iuris autores, an petitio hereditatis eſſet bonæ fidei, quia non magis quàm vindicatio naſcatur ex contractu, ipſa tamen Iuſtiniani conſtitutio qua cautum eſt vt bonæ fidei iudiciis omnimodo connumeretur *l.vltim.in fin. Cod. de petit. hered.* §.*actionum* 28.*Inſtit.de action.* præſefert ſatis fuiſſe frequentiorem illam prudentum ſententiam, vt inter bonę fidei iudicia cenſeretur. Neque enim id conſtituit Iuſtinianus quaſi ius vetus abrogãs, ſed ne quid in poſterum dubitationis ſupereſſet. Eiúſque rei argumentum ſumi poteſt *ex l.plane* 38. *D.de petit.her.* vbi Paulus ſcribit in prędonis quoque perſona habendam eſſe rationẽ vtiliũ impenſarũ, ne petitor ex aliena iactura lucrũ faciat: Idipſum aũt officio iudicis contineri, nec doli exceptionem deſiderari, quod vtique falſum eſſet ſi petitio hereditatis ex eorũ eſſet iudiciorũ genere, quæ ſtricta appellantur. Nõ .n. eiuſmodi iudicia exceptiones doli inſunt. Nec ſanè vllus in toto iure locus eſt ex quo poſſit coniici Papinianum in diuerſa vnquam fuiſſe ſententia. Quod autem Cuiacius

obiicit,

Digitized by Google

obiicit, oon fuiſſe cur Papinianus ſuppri meret nomẽ petitionis hereditatis ſi de ea ſentiebat, parum certè vrget. Sciunt enim omnes, quàm ſibi Papinianus placuerit in ea loquendi ratione, quæ à vulgaribus aliorum etiam prudentum, verbis abhorreret. Neque facit eã res locum valde obſcurum cùm alia nulla actio eſſe poſſit præter hereditatis petitionem quæ & bonorũ vniuerſitatẽ continere, & bonæ fidei iudiciũ eſſe poſſet: Præſertim cùm Papiniani tẽporibus nemo eſſet tam parum in iute verſatus, qui poſſet credere vindicationẽ eſſe bonæ fidei ſiue ante ſiue poſt oppoſitã doli exceptionem. Paris ponderis eſt alia illa obiectio, quòd ſi de petitione hereditatis Papinianus intellexiſſet, oon dixiſſet *conſtituto* ſed vel *inſtituto* vel *propoſito*. Nã æquè eleganter dicere potuit *conſtituto*. Siquidẽ bonæ fidei iudiciũ conſtituitur, cùm inſtituitur, accedente ſcilicet autoritate iuris ad voluntatẽ actoris. Alius non valde diſſimilis, certè perinde improbabilis error fuit Iacobi Cuiacij, quod exiſtimauit arbitraria iudicia licèt neq. bonæ fidei ſint, neq. ſtricta, fieri tamẽ ex ſtrictis. Quem nos errorẽ alio loco reſellemus. Reſtat vt aduerſus eundem Cuiacium dicamus de ſententia *l.3.C.de except.* Non enim Cuiacij duntaxat, ſed cæterorum quoq. ferè omnium interpretum vox illa eſt, Bonæ fidei iudiciis replicationes doli ineſſe.

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur. Ad l.3.C.de except.

Capvt xix.

Replicationes oihil aliud ſunt, quàm exceptiones: in hoc tamen ab exceptionibus differentes, quod à parte actoris veniunt. Semper enim replicatio idcirco obiicitur, vt exceptionem impugnet: Cúmque omnis exceptio & replicatio excluſoria ſit, exceptio actorem excludit, replicatio reum *l.2.D.de except.* Hinc præceps errandi occaſio non vulgarib. duntaxat interpretibus, ſed etiam doctiſſimis pleriſque viris, imò ni fallor omnibus. Nam cùm certiſſimi iuris ſit doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, vt diſertè ſcriptum eſt *in l.ſed & ſi 21.D.ſolut.matr.l.huiuſmodi 84.§.qui ſeruũ de leg.1.l.ſi cui 71.§.1.D.de furt.* eadem iuris & æquitatis ratione fieri putarunt, vt doli replicationes credi debeãt etiã ineſſe, quaſi oihil hac parte replicationes ab exceptionibus diſtent. Ac quoniam nouum non eſt, vt oppoſita doli replicatio iudicium bonæ fidei faciat, quemadmodum ait *l.3.C.de except.* Inde viſum eſt eandem doli exceptionis poteſtatem eſſe debere, vt bonæ fidei iudiciũ faciat, quod alioqui eſſet ſtrictũ. Ego contrà ſic ſtatuo, doli exceptiones ineſſe bonę fidei iudiciis, Replicationes nõ ineſſe: Replicationes tamen doli facere bonæ fidei iudiciũ, Exceptiones non item. Moueor primùm, quia quod in libris noſtris ſcriptum eſt de exceptionibus doli, eas ineſſe bonæ fidei iudiciis, nuſquã ſimiliter de replicationibus ſcriptũ eſt, Et è cootrario quod de replicationibus proditũ legimus, facere eas iudicium bonæ fidei, nuſquam de doli exceptionibus traditum reperitur. Sed multo magis me mouet ratio ipſa iuris, quæ mihi præcipua, & ſuprema lex eſt, ſemperq. fuit, & erit. Nã ſi verum eſt quod diximus ex *l.2. D.de except.* replicationi nunquã locũ eſſe poſſe niſi præcedẽte exceptione, & replicationis vſum illũ eſſe vt exceptionẽ impugnet, cõſequens eſt, vt cùm replicatio obiicitur, nullum iam ampliùs bonæ fidei iudicium ſit, cui poſſit ea replicatio ineſſe. Exceptio enim quæ bonæ fidei iudicio non ioeſt, euertit, & vt ita dicam deſtruit iudicium bonæ fidei, quia noo poteſt videri ex bona fide agere is, qui iuſta exceptione repelli poteſt, uec bonæ fidei iudicium ſupereſſe cũ exceptio quæ actori obſtat, talis eſt, quæ ipſi iudicio ooo inſit. Finge eum, cui centum ex cauſſa venditi debebantur, pactũ fuiſſe de non petendo, & quidem ex interuallo. Nemo dixerit pacta ex interuallo facta de re ad contractus naturam non pertinente, ineſſe bonæ fidei iudiciis, licèt nõ eo minùs vtilia ſint ad producẽdã exceptionẽ *l.iuris gentiũ 7.§.quinimo & §.adeò D.de pact.* Ergo pacti exceptio neceſſaria erit emptori ad repellendũ venditorẽ preciũ ex vẽdito petentẽ. Cùm aũt erit oppoſita, deſinet iudiciũ eſſe bonæ fidei, quia naturalis & ciuilis illa æquitas quæ faciebat vt emptorẽ venditori ex bona fide cõdemnari oporteret ꝑpter conuentionem, cõtraria cõuentioõis contrariæ æquitate diſſoluitur *l.Stichũ aut Pãphilũ 95.§.naturalis D. de ſolut.* Nam & pacta ſeruari æquum eſt, quæ nec ſunt cõtra leges oec cõtra bonos mores. Si exceptio talis eſſet, quæ bonæ fidei iudicio ineſſe poſſet, vt puta pacti incõtinenti appoſiti, & reb. omnib. integris, déq. re ad cõtractus naturã pertinente, nõ eſſet neceſſaria exceptio, quoniam æquitas iudicij citra exceptionem ad id quoq. produceretur quod pacto cõprehenſum eſſet: Nec proinde replicatio locum habere poſſet, quãdoquidem vt dixi exceptionem præcedere neceſſe eſt vt replicationi locus eſſe poſſit. Etenim quæ æquitas poſſet inducere replicatiooem ad excludendam exceptionem ſi locus eſſet obiiciendæ exceptioni, ea facere debet, vt nihil eſſe videatur, quod æquitate iudicij ex parte rei ſit vindicandum. Itaq. cõdemnaodus eſt reus hoc caſu, non quaſi ex replicatione, ſed ipſius actionis iure, quaſi nullã habens pro ſe defenſionis & exceptionis ęquitatem. Deniq. cùm ad idem iudiciũ & exceptio ex parte rei, & replicatio ex parte actoris accõmodetur, non magis põt fieri vt eidem iudicio bonæ fidei inſit exceptio pacti, aut alia ex parte rei, & replicatio doli ex parte actoris, quam vt idem ipſum ius & æquum ſit & iniquum. Tunc ergo replicationi doli loc⁹ eſt, cùm exceptio præcedit quę actoris quãtumcunq. bonæ fidei iudicio agentis intentionem excludat, nõ ipſa iudicij ęquitate, ſed proprio auxilio, & ſeparato à contractu, Hoc verò cùm fit, ſicuti tota poteſtas iudicij bonę fidei elidebatur per extrinſecam exceptionem. Ita exceptionis vis & æquitas elidenda eſt per replicationem, Ea verò eliſa quid ſupereſt niſi vt iudicium bonæ fidei quod per exceptionem euerſum videbatur reſtauretur, & redintegretur? Hoc igitur ni mirum eſt quod ait *d.l.3.C.de except.* *Nam replicatio doli oppoſita bonæ fidei iudiciũ facit, & cõmẽtũ fraudis repellit.* Finge pactum illod de non peteodo quod ſuprà diximus à venditore factum ex interuallo, fuiſſe extortum per dolum. Exceptio pacti, quæ iudiciũ bonę fidei eneruabat elidetur ipſa per doli replicationẽ, atque ita cùm perinde futurum ſit acſi oppoſita non fuiſſet, quia replicatio datur nõ tã ad eam perimendã quàm ad excludendã, ſupererit iudicium venditi ſaluum & integrũ, cuius poteſtate reus condẽnetur, quaſi nulla exceptione ſubnixus, nec quæ inſit iudicio bonæ fidei, nec quæ extrinſecus peti poſſit. Ac nõ idẽ de doli mali exceptione dici poteſt, vt bonæ fidei iudicium faciat quod ab initio non fuit, quia in hoc ipſum competit exceptio vt actionem excludat. Excluſa autem actione tantum abeſt, vt fieri poſſit bonæ fidei iudicium, quod ab initio fuit ſtrictum, vt neque ſtrictum neque aliud vllum iudicium ſuperſit. Neque enim ſine actione iudicium vllum exerceri poteſt, neq; admiſſa exceptione aliæ poſſunt eſſe partes iudicis, niſi vt actorem condemnet quaſi agentem ſine actione. Etſi.n. actionem aliquã ipſo iure cõpetere neceſſe eſt vt exceptioni locus eſſe poſſit, tamen ex quo admiſſa exceptio eſt, oulla actioois ratio ha-

berit poteſt, non magis quàm ſi nulla ipſo iure vnquam competiiſſet. Non igitur eadem exceptionis,& replicationis ratio eſſe poteſt ad bonæ fidei iudicium conſtituendum. Et quamuis eadem eſſet ratio, non tamen inferre poſſes, Exceptionis doli eam vim eſſe debere, vt ex iudicio ſtricto faciat iudicium bonæ fidei, quia nec replicationis doli ea vis eſſe poſſet. Nam quod dicimus replicationem doli facere bonæ fidei iudicium, ad eum duntaxat caſum pertinet, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit conſtitutum vt in ſpecie *d.l.3.C.de except.* vbi agitur de iudicio tutelæ. Si enim poneres actum fuiſſe ex ſtipulatione, oppoſitam autem ſtipulatori exceptionem pacti, quæ per doli replicationem elidi poſſit, Non niſi abſurdè dixeris, iudicium ex ſtipulatu quod ſtricti iuris eſt, euaſurum in bonæ fidei iudiciũ propter oppoſitã doli replicationem. Quid.n.aliud facere poteſt replicatio, niſi vt elidat exceptionem? Eliſa verò exceptione quid ſupereſt niſi vt actio talis maneat, qualis erat ante oppoſitam exceptionem? Atqui erat ſtricta & ex ſtipulatu. Manet ergo ſtricta, quia & ex ſtipulatu actio ſemper eſt. Quę cùm ita ſint, non erat cur Cuiacius miraretur, & quæreret, quorſum *Imp. in d.l.3.* dixerit, per doli replicationẽ cõſtitui iudiciũ bonæ fidei, cùm de actione tutelæ tractaret, quæ ipſa per ſe bonæ fidei eſt. Illa verò multo ineptior ratio eſt, quam pro reſponſione ſubijcit, cùm ait non fuiſſe quidẽ in ea ſpecie neceſſariam exceptionem, nec replicationem, cùm bonæ fidei iudicium eſſet, ſed tamen ſi exceptio vel replicatio doli opponatur, iam actionem ipſam non tam per ſe quàm per exceptionem vel replicationem bonę fidei conſtitui. Debuit ex contrario dicere, fuiſſe neceſſariam pacti exceptionem, cùm de pacto ageretur, quod non poterat videri pendêre ex contractu, quando nec actio ipſa tutelæ naſcitur ex contractu, ſed ex quaſi contractu, nec proinde ineſſe actioni bonæ fidei à qua eſſet omnino ſeparatum. Non enim ſicut omnes doli exceptiones inſunt omnibus bonæ fidei iudiciis, ita & exceptiones omnes pactorum. Huiuſmodi autem exceptione contra bonæ fidei actionem admiſſa, atque ita euerſo iudicio bonæ fidei, neceſſariam fuiſſe doli replicationem, quæ exceptionis pacti vires ſubuerteret: quibus ſubuerſis iudicium priſtinum, quod per exceptionẽ ſublatum videbatur, reſtitui, & quidẽ tale quale anteà erat. Ergo bonæ fidei. Quod cùm fiat viribus, & poteſtate replicationis, non male dicitur per replicationem doli conſtitutum eſſe iudicium bonæ fidei, nempe quod alioqui nullum prorſus eſſet. Illud tamen omnino requiritur vt ab initio fuerit bonæ fidei, quia replicatio non tã illud conſtituit, quàm reſtituit, nec proinde nouam ei naturam, & firmam ingerit, ſed priſtinam, qualis fuit, conſeruat.

Cur teſtamentum non valeat ſine heredis inſtitutione, nec inſtitutio ſine aditione.

CAPVT XX.

QVoniam fieri non poterat vt qui dominus non eſſet, dominium transferret, neceſſe fuit lege duodecim tabularum induci factionem teſtamenti, ſi quidẽ qui teſtatur, volũtatem ſuã declarat, de eo quod poſt mortẽ ſuã fieri velit *l.1.D.qui teſtam.facer.poſſ.* & conſequẽter volũtatis ſuæ effectũ in id tẽpus confert, quo nõ erit ampliùs dominus, quod ex ratione iuris nõ fit niſi inutiliter *l.Stichus 39.D.de man. teſtam.* Neq. tamẽ ſola illa legia poteſtas ſufficere potuit, vt ſi quid fortè teſtator legaſſet, dominiũ rei legatæ à teſtatore in legatariũ trãsferretur. Omnis enim tranſlatio dominij neceſſariò requirit, eſſe aliquem à quo dominium transferatur, & eſſe alium in quem transferatur. Porro ſicuti non in alium transferri poteſt quàm qui non erat antè dominus [ſemel enim dominus magis dominus fieri non poteſt *l. non vt ex pluribus 159. de regul.iur.*] ita nec ab alio, quàm ab eo, qui illo ipſo inſtanti quo tranſlatio fit, dominus reperiatur. Inde fit vt cùm teſtator, qui quandiu vixit dominus fuit, morte amiſerit dominium, vt & cætera omnia, nequeat tranſlatio illa fieri mortuo teſtatore, quia qui mortuus eſt nullus eſt, vnde illud quoque euenit quod noſtri dicunt, Orcinum libertum nullius libertum eſſe, quia defuncti libertus eſt. Et quemadmodum viuo teſtatore dominium non poteſt transferri in legatarium, quòd nullus dùm eo tempore ſit legatarius in quem transferatur, ita nec teſtatore mortuo quia nullus tum amplius teſtator ſit, qui transferat. Et ſicuti teſtator viuus rei ſuæ dominium transferre noluit cùm poſſet. Ita nec mortuus poteſt, tametſi viuus voluerit. Denique vno caſu deficitur voluntate, alio poteſtate, vt & in ſpecie *l. quoties 9. D. de hered. inſtit.* Cùm tamen ad dominium transferendum & voluntatem & poteſtatem transferendi concurrere oporteat *l. multum intereſt 6. C. ſi quis alter. vel ſibi.* Nec verò lex vlla facere vnquam poſſit, vt dominium à non domino in non dominum transferatur. Ergo vt is cui legatus eſt fundus, fiat fundi dominus, neceſſe eſt induci perſonam, quæ dominium habeat. Eam verò perſonam, cùm defuncti eſſe nequeat, qui, vt dixi, nullus eſt, talem eſſe oportet, vt defuncti perſonã repræſentet, quandoquidem qui defunctus eſt, verè quandiu vixit, dominus fuit. Hinc ſcilicet ductum eſt ius & nomen heredis, cuius perſona eadem eſſe creditur, quæ defuncti, propterea quòd eiuſdem legis poteſtate, quæ legandi poteſtatem fecit, ſuccedit ille in omnia iura quæ defunctus habuit, ac illud ipſum idẽm que numero dominium ſuccedendo nanciſcitur, quod fuit morientis teſtatoris. Dato enim herede, id eſt vel nomẽ ipſum ſortito, domino *§.vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.* iam eſt perſona cui lex dominium rei legatæ poſſit adimere, vt transferat in legatarium. Dices, rei legatæ dominium non ab herede, ſed ab ipſo teſtatore tranſire rectà via in legatarium, quaſi nunquam factum heredis *l. à Titio 64. D. de furt.* Fateor, ſed id dico fieri propter interuenientem perſonam heredis, quæ ſi non eſſet, tranſlatio illa fieri nullomodo poſſet. Etſi.n. non trãsfertur dominium rei legatæ in legatariũ ab herede, quia nunquã cenſetur fuiſſe heredis, cùm perinde legatum faciat legatarij rem legatam, vt hereditas heredis res ſingulas *l. legatum 80. de legat. 2.* [ſiquidem vtrumque manat, & pendet ex eadẽ legis poteſtate] heredis tamẽ perſona ad hoc neceſſaria eſt, vt ſit cui adimi poſſit dominiũ eo tẽpore, quo transferendũ eſt in legatariũ. Tranſlatio nãq; fit in inſtãti, nec patitur mediũ & vacuũ tẽpus vllũ eſſe inter illud inſtãs quo dominium ex vna parte amittitur, & inſtãs quo ex alia parte cõparatur. Ex quo apparet mirã illã legis poteſtatẽ quæ totũ ius hoc teſtamẽtorum introduxit, nõ in eo ſolo elucere, quòd permiſerit homini de alienis quodãmodo rebus teſtari, id eſt de ſuis quidem, ſed in id tempus collata diſpoſitione quo nõ ſit ipſe futurus dominus: nec rurſum in eo duntaxat, quòd prætereà & hereditatem & heredis perſonam induxerit, quæ defunctũ repræſentaret, ſed in eo maximè quod inducta heredis perſona, vt eſſet cui dominium adimeret, nullum tamen heredis factũ requirit ad dominiũ transferendum, ſed ſolo teſtatoris facto cõtẽta eſt: vtpote in cõſequẽtiã neceſſariã, ita iam cõſtituto iure vt teſtatori liceat de rebus ſuis diſponere in id tempus quo erit mortuus, itémque vt heres eadem perſona ſit cum defuncto cuius factũ idcirco nõ ſolum improbare heres nequeat, ſed & perinde habendum

Digitized by Google

bendum ſit ſcſi ipſius heredis factum eſſet. Quod ſi rurſum obiicias, non magis fieri poſſe vt dominium rei legatæ quod numquàm fuit heredis, ipſi adimatur, quàm vt ab eo transferatur. [transferri enim poſſe iam negauimus] Reſpondebo imò faciliùs adimi, quàm transferri. Transferri enim non poteſt niſi quod iam fuerit quæſitum, adimitur verò etiam quod numquã quæſitum fuit, hoc ipſo, quod impeditur acquiſitio quæ alioquin omnimodo & ipſo iure cõtingeret. Nec mirum videri debet hanc ademptionis formam lege & iure conſtitutã eſſe, cùm eadem lex illa ſit quæ huiuſmodi acquiſitionis genus introduxit: cúmque in eo lex differat à natura, quòd lex operatur in inſtanti, natura autem, quia factum requirit, non niſi in tẽpore, quis miretur eodem inſtante fieri, vt & heres quis ſit, & dominium rei legatæ, quod alioqui ad heredem ex cauſſa hereditaria, & cum vniuerſa hereditate peruenturum eſſet, trãsferatur à teſtatore in legatarium? Ceterum adimi legatũ heredi, nec tamen ab herede ipſo transferri, apparet ex eleganti illa diffinitione legati à Iureconſulto tradita *in l. legatũ eſt, de leg.* 1. quæ habet nihil aliud eſſe legatum, quã delibationẽ hereditatis, cùm ex eo, quod vniuerſum heredis foret, alicui collatum quid teſtator voluit. Itaq. perſonæ heredis neceſſariò inducendæ ad validitatem teſtamenti ratio alia non fuit, quàm vt teſtator ipſe à quo fit dominij trãſlatio per legem, propemodũ adhuc viuere crederetur: ſuperſtite nimirũ, qui ipſius perſonã repræſentaret, ne quicquã deeſſet, cuius defectu trãſlatio impediretur: Vrgebis fortaſſe dominium ipſius hereditatis trãſire à teſtatore in heredem ſola legis poteſtate, neque in eam rem aliã induci perſonam, quæ defunctũ repræſentet, ne in infinitum res abeat, ſi heredis vnius habendi gratia alium heredem fieri oporteret, qui defuncti perſonam repræſentaret. At reſpõdeo dominij continuationem eſſe non tranſlationem illam quæ fit à teſtatore in heredem, quoniam teſtatoris & heredis vna eademq. perſona eſſe intelligitur: Trãſlatio autẽ ne intellectu quidem percipi poteſt, niſi ab vna perſona ad aliam. Cur autem teſtatoris, & heredis vna eademq. perſona eſſe credatur, non illa ſolùm ratio eſt, quæ ex ſuperiorib. colligitur, quòd ita induci neceſſe fuerit vt legata cæteráq. teſtamẽto relicta valerẽt, ſed etiã ne aliter poſito iure eueniret, vt morte cuiuſque bona ſtatim quaſi nullius facta fierẽt occupantis, atque ita inſequeretur iniuria non modò creditoribus, ſed aliis etiam omnibus, ad quos aut ex voto, aut aliqua miſerationis, vel ſucceſſionis ratione bona peruenire debuiſſẽt. Ceſſante.n. modo transferẽdi dominij, propter eas rationes quas attulimus, ſola ſupererat ratio continuationis, quæ impediret, ne dominium iacens videri poſſet. Dominia ſiquidem haberi non poſſunt, niſi aut continuatione, aut acquiſitione, nec acquiri niſi tranſlatione aut occupatione. Cõtinuatio porrò, vt dixi, eſſe non poteſt vbi plures ſunt perſonæ. Indéque nimirũ euenit, vt ſi de inteſtati ſucceſſione quæratur, nõ alia ratio reddi debeat, propter quam heredem aliquem eſſe neceſſe ſit, qui defuncti perſonam repræſentet, nõ ſecus ac cõdito teſtamento licèt eo caſu de legatis quæri nõ poſſit. At rurſus inſtabis, Quidni verò legis poteſtate factum eſt vt dominiũ legati cõtinuaretur in legatarium, nõ transferretur? Iam reſpõdi non poſſe continuationẽ fieri, niſi cùm vna eademq. perſona eſt. Atqui teſtatoris & legatarij perſonæ ſunt diuerſæ. Vnus.n. teſtator eſt: Plures verò poſſunt eſſe legatarij & re & verbis defuncti, quo caſu quot legatarij, tot ſunt legata: Et prætereà legatarius etiamſi maximè vnus, & ſolus ſit, nõ in vniuerſum ius defuncti ſuccedi, ſed in id tantum quod ad rem legatam pertinet: cùm tamen ſi eadem perſona eſſet, eadem ipſa omnino iura habere deberet, quæ defunctus habuiſſet. Eadem enim perſona, vt quid habeat, & nõ habeat, fieri nullomodo poteſt. Replicabis, Poſſe ſimiliter vnius teſtatoris plures eſſe heredes. Fateor, ſed tamen non ideo minùs repræſentant ſinguli vnius defuncti perſonam pro ſua quiſque portione: quoniam vna tantùm hereditas eſt, quæ priuſquàm adiretur, eiuſdem defuncti perſonam repræſentabat, licèt vbi diuiſa eſt inter plures heredes, tot ſint hereditates quot ſunt portiones hereditariæ, quia hereditas quid homogeneum eſt, aut potius vniuerſale, cuius partes æquè vniuerſales eſſe, id eſt in vniuerſo conſiſtere neceſſe eſt. Vnde illud quoque fit, vt vno herede repudiante aut pluribus, repudiantium portiones, coheredi qui ſolus adiit vel inuito adcreſcant. Nõ ratione illa quæ vulgo adſerri ſolet, ne quis pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur [quid enim ſi paterfamilias inteſtat⁹ deceſſerit?] Sed quia fieri nequeat vt non ſint qui perſonam defuncti in totũ & in ſolidum repræſentent, ſi quis vel minima ex parte repræſentet. Hominis.n. perſona indiuidua eſt, licèt ius ipſum hereditatis, per quod repræſentatio illa inducitur, diuiſionem recipiat ex portionib. hereditariis, quia ſicut fieri non poteſt, vt quis alterius perſonam ſolus & pro parte duntaxat repræſentet, ita nec illud, vt vnius eiuſdémque hominis perſonam plures in ſolidũ repræſentẽt. Cæterùm ex eo quod diximus non poſſe valere teſtamentum, in quo heres nemo inſtitutus ſit, illud etiam fit, vt neceſſaria ſit aditio ad hoc ne intercidant legata quę teſtamento relicta ſũt. Non.n. inſtitutio illa eſt, quæ heredem facit, ſed aditio, quæ quandiu ſecuta non eſt, verè dicitur neminẽ eſſe qui defuncti perſonam repræſentet, & cui dominium poſſit adimi, vt à teſtatore in legatarium transferatur. Itaque inſtitutio facit teſtamentum, ſed aditio confirmat, ſine inſtitutione teſtamentum nullum eſt, ſine aditione deſtituitur teſtamentum, quod fuit, & ab initio valuit. Apparet etiam ex ſuperioribus, cur conſtitutum ſit vt hereditas non heredis ſed defuncti perſonam repræſentet. Nam cùm heredis perſona ante aditionẽ non ſolùm nulla ſit, ſed etiã eius qui per aditionem aliquando futurus eſt, incerta, quis neſcitur quis heres, at nec an vllus futurus ſit, fieri non põteſt vt ad inducendam dominij continuationẽ, quæ prorſus neceſſaria eſt, perſonæ heredis ratio vlla habeatur cùm dominium non magis incerti, quàm nullius hominis eſſe poſſit. At defuncti perſona licèt reuera nulla ſit, tamen aliquando fuit, & quænam fuerit tam certum eſt, vt ad continuandum in ea dominium ſola fictione opus ſit, quę inducat vt ea perſona, quaſi adhuc eſſet, repræſentetur. Circa perſonam futuri heredis quæ ſẽper incerta eſt, nihil fingere lex poteſt propter incertitudinẽ, quia non minùs lex quã homo futuras res ignorat. Inde illud etiã factũ eſt vt ad heredis ius inducẽdũ, neceſſe fuerit induci hereditatẽ iſi neceſſariũ antecedẽs, vt cõiugi aliquãdo poſſet inſtãtia mortis & aditionis, Ne ſi vel minimo vllo inſtanti intermedio, dominium nullius fuiſſe videretur, poſſet fieri occupantis, nec ratio aliqua ſupereſſet aut continuandi eius aut transferendi in heredem. Hinc denique illud proficiſcitur, quod in ſuis & neceſſariis heredibus nulla eſt hereditas, nulláq. hereditatis aut aditio aut delatio, quia cùm ſtatim, & ipſo iure ſint heredes, continuatur in eos dominium, nec indigent auxilio illo quo cæteri heredes, vt domini fiant *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſth. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit.* Quod ſimiliter ad extraneos heredes porrigi non potuit, quib. vtiq; iniuria fieret ſi ſtatim & inuiti heredes eſſ

Digitized by Google

cerentur, & alterius perſonā quam nollent repræſentare cogerētur, quantumuis locuples eſſet hereditas *l.4.D.ad S.C.Trebell.* Suis heredibus nulla fit iniuria cùm iam viuo patre ſint quodammodo domini, Dominium autem ſemel acquiſitū facilè continuetur, & ſua ſponte duret acquiſitū. Seruis verò multo minùs, quandoquidem quod ad ius ciuile attinet, pro mortuis & nullis habentur *l. quod attinet 27. de reg. iur.* Bonique conſulere debēt, quòd per hanc neceſſariæ ſucceſſionis rationem conſequantur libertatem, iámque aliqui eſſe incipiant, qui anteà erant nulli.

NOBILISS. ET CLARISS. VIRO
FABRICIO DE CÆVA IN TAVRINENSI ACADEMIA VESPERTINO IVRIS CIVILIS
Profeſſori celeberrimo,

ANTONIVS FABER S. P. D.

AN non verò dignus tibi videor, doctiſſime Fabrici, *cui tu poſthac credas liberaliter, qui ſum adeò diligens in fide vt vides, liberandæ?* Támne citò, *inquies, qui tamdiu debes? At ego cùm meam oſtento diligentiam, non ad contracti debiti tempus reſpicio, quo vix aliud vllum mihi antiquius, ſed ad eam diem quam tu à me pro tua facilitate longiorem ſolutioni dictam eſſe voluiſti. Memini enim cùm tertio ab hinc anno* Ioannem Antonium *fratrem meum ſuauiſſimum ad ſcholam tuam proficiſcentem tibi per literas commendarem, eíque cum literis* Con*iecturarum mearum libros ad te perferendos traderem, recipere me facturum, vt ſi quid vnquam in hoc ſcribendi genere præſtare poſſem ornatius, & elegantius, id in perpetuum arctiſſimæ neceſſitudinis noſtræ monumentum nomini tuo aliquando inſcriberetur:* Te *verò fidem meam ſecutum, ab eo tempore, quaſi pro iam facto haberes, quod fieri iampridem debuerat, non deſtitiſſe facere omni officiorum & beneficiorum genere, vt ego fraterq́ meus intelligeremus quàm grata tibi futura eſſet exhibitio hæc ſtudij erga te mei. Quamquam vereor non mediocriter, ne non ſint hæc eiuſmodi vt eorum præſtatione videar fidem exſoluiſſe.* Sum *enim mihi conſcius quàm aliena ſint ab ea ſcribendi ratione quam ego tum ornatiorem pollicebar.* T*uo mihi in eam rem ingenio, mi* Fabrici, *tuoq́ ocio opus eſſet.* Nam *quæ à te prælectionibus tam eruditè, ſubtiliter, & eleganter enarrandis aſſidua cura impenditur, etſi parum tibi ad ſcribendum ocij relinquit, quantam tamen non librorum ſed voluminum, non* Coniecturarum *ſed ſententiarum certiorúmque interpretationum materiam præbere poſſet, ſi vel iis ipſis verbis quibus à te recitantur, in publicum eas exire patereris? Ego verò nullam niſi litibus, & iurgiis forenſibus tractandis operam nauando, quid aliud poſſum aſſequi niſi vt quātum mihi ex quotidiana iudiciorum exercitatione accedit moleſtiæ, tantum de ſcriptorum meorum elegantia, & ſubtilitate, ſi qua tamen vnquam fuit, detrahatur? Patere obſecro vt iſtam quæ tantopere te delectat, quámque ſemper in votis habui, iuris docendi artem & profeſſionem tibi inuideam, Aut vt mihi liceat quaſi aliud agenti interdum etiam ineptire:* Sed *ea tamen lege (quod te iterum atque iterum rogatum & exoratum volo) vt reſcribas cùm erit commodum, quid tu à me ſubtiliùs, quid etiam ineptiùs tractatum putes. Etſi enim id ago vt me amiciſſimum tibiq́ deuinctiſſimum, potiùs quàm vt acutum iuris interpretem agnoſcas, Erit tamen mihi non modo peroptatum, ſed etiam glorioſum, quem aliquando habui condiſcipulum, nunc habere magiſtrū.* Bene *vale, mi* Fabrici, *& Fabrum tuum planè* Fabricianum, *vt facis ama.* Dat. *Camber.* 4. *Cal. Maias* 1597.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus quintus.

De iudiciis bonæ fidei, ſtrictis, & arbitrariis generalia quædam, nec minùs tamen ſingularia.

CAPVT I.

VM nihil aliud ſit actio quàm ius perſequẽdi in iudicio quod ſibi debetur, indéque fiat vt ex obligationibus actiones tanquã effectus ex cauſſis producantur, apparet perſonales tantùm actiones propriè ac pariter loquẽtibus actiones dici poſſe. Nam quæ in rem comparatæ ſunt directæ vindicationes, non ex obligatione proficiſcũtur, ſed ex eo quod & dominus ſit is qui agit, Et qui conuenitur, hue poſſeſſorem propoœas, ſiue nudum detẽtorem, reſtituendæ rei quæ peritor habeat facultatem. Nec aliud de hypothecaria iuris eſt, licèt non competat niſi propter rem pignori obligatam. Illa enim obligatio afficit equidem rem ipſam quæ petitur, ſed non perſonam quæ conuenitur, Cuius cõuenîedæ nec alia ratio eſt, quàm quia poſſidet. Inde ſequitur differẽtia perelegans inter actiones quæ in perſonam, & eas quæ in rem ſunt, quòd ex illis ſit condẽnatio, ex his nõ itẽ. Qui enim obligatus eſt ad aliquid dandũ vel faciẽdũ, vt idipſum det vel faciat condẽnandos eſt. Is verò qui nullu modo obligatus eſt, tameſi rẽ ſiue alienam ſiue alteri obligatã poſſideat, quomodo aut ad quid fieri poteſt vt condemnetur? Itaque in rem actiones magis propriè appellamus petitiones ſi mere in rem ſint, aut perſecutiones ſi in perſonam quidem ſcriptæ ſint, ſed ad rem ipſam conſequendam *l. actio 28. D. de obligat. & actio. iunct. l. nihil aliud 51. eod. l. pecuniæ 178. §. actionis. D. de verb. ſignific.* Quid ergo? Pronũciare iudex debet petitam rem eſſe aut in petitoris dominio, aut petitori obligatam, atque ita iubere vt eam poſſeſſor cũ fructibus reſtituat. Si non pareat, tũ demum condẽnatio fit propter acceſſiones & fructus perceptos à tempore iudicati, de quibus nihil pronunciari tũc potuit cùm iudicatum eſt. Nam quod ad rem ipſam attinet ne tum quidem vlla fit condemnatio, cùm ſi reus eam habeat, manu militari ab eo auferenda ſit officio iudicis, & poſſeſſio in victorem transferenda. Planè ſi non poſſit reſtituere ſiquidem dolo fecit quominus poſſit, is quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione iurauerit condemnandus eſt. ſi verò nec poſſit reſtituere nec dolò fecerit quominus poſſet, non pluris quàm quanti res eſt, id eſt quanti reuera aduerſarij interfuit. *l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicat.* Quanquã is locus mihi valde ſuſpectus eſt, & Tribonianũ ni fallor magis quàm Vlpianum noſtrum redolens, vt ex iis quæ ſequenti fortaſſis libro dicemus, intelligetur. Inde illa etiã manat differentia, quòd iis qui perſonali actione conuenti ſunt, & condemnati, dilatio datur à lege & à iudice legem exequente, intra quam ſatisfaciant iudicato, Poſterioribus autem reſtituere rem iuſſis non item, niſi ex magna cauſa adeoque præſtita ſatiſdatione *§. & ſi in rem Inſtitu. de off. iudic.* quia non aliis quàm iis qui condemnati ſunt ea dilatio danda eſt, vt explicauimus libr. 7. cap. 1. Iſti autem non ſunt condemnati. Dicat aliquis, ſi is qui vindicatione conuentus eſt non poſſideat, alias iudicis partes eſſe non poſſe quàm vt reum abſoluat *d. §. & ſi in rem.* Cur non ergo poſſeſſorem condemnabit? Siquidem dici ſolet eius eſſe condemnare cuius eſt abſoluere. Reſpondeo, quod antè me fortaſſis nemo dixit, non ſic conceptam eſſe iuris regulam vt condemnare poſſit quiſquis poteſt abſoluere, ſed ex contrario, vt nemo qui condemnare poteſt, abſoluere etiam non poſſit *l. nemo 37. de regul. iur.* id eſt vt qui damnare poteſt, is abſoluendi quoque poteſtatem habeat, quomodo Paulus loquitur *in l. 3. D. de re iudic. facit l. penult. D. de confeſſ.* vbi Africanus quærit, ſi cùm fideicommiſſum peteretur, heres confeſſus ſit debere, & arbiter ad reſtituendum datus compererit nihil deberi, An poſſit heredem abſoluere. Et ait ſi ex ea cauſſa nihil debeatur, quia teſtator forte ſoluendo non erat aut quòd heres omne ſolutum eſſe apud Prætorem dixerat, cúmque controuerſia & computatio difficilior eſſet arbiter datus fuerat, ſaluo officio eũ abſoluturum: has enim partes eius eſſe vt ſi in cõputatione nihil inueniatur, poſſit abſoluere. Nec eſt cõtrariũ quòd ibidem addit, Si ex ea cauſſa cõpererit arbiter nihil deberi quòd nullum fideicõmiſſi fuerit non debere eum abſoluere ſed ad prætorem potius remittere vt abſoluatur. Id enim fit, quia non ad id arbiter datus fuerat, vt de fideicommiſſo cognoſceret an deberetur, aut vt heredem condemnaret, ſed in id duntaxat vt fideicommiſſum reſtitueretur, quod heres cõfeſſus in iure fuerat deberi. A quo tempore cùm iam pro condemnato reus haberetur *l. 1. D. eod.* conſequens erat vt condẽnari amplius nõ poſſet aut abſolui, præſertim ab eo qui non niſi in executione quaſi iudicati arbiter datus eſſet, Præterquàm eo caſu quo abſolui in iudicati executione etiam condemnatus poteſt, id eſt ſi ſatisfecerit, aut nihil ſit quod facere amplius poſſit. Cæterũ non quẽadmodum abſoluere poteſt quiſquis condemnandi facultatem habet, ita viciſſim poſſis dicere, condẽnandi ius habere, quiſquis poteſt abſoluere. Eóque fortaſſe ſpectabat quod vulgo antea dicebatur, iudicia omnia eſſe abſolutoria, vt intelligeremus non ſimiliter omnia eſſe condemnatoria, id eſt in omni iudiciorum genere abſolui reum poſſe, non æquè

Ss

condemnari, cùm quędam eſſent in quibus condemnationi locus fieri nullo modo poterat, illa nimirū quæ ſuper petitionibus & in rem actionibus non ſuper perſonalibus prǽterquam arbitrariis exercebantur, ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis parere reus vellet. Tametſi nō ignorem alio ſenſu nec fortaſſe tam probabili acceptum id fuiſſe à Iuſtiniano *in §. vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. actio.* Ita fit igitur, vt iudex datus in actione perſonali non facilè ſemper ſciat quid in cōdemnationem deducere debeat. Idipſum enim quod in obligatione eſt, aliter atque aliter pro negotiorum natura, variiſque circunſtantiis æſtimatur. Aliquando ſtrictius obligationē metimur ex eo quod verbis tantùm & diſertè comprehenſum eſt vt in verborum obligatione. Aliquando ex traditione aut facto & quatenus numeratum aut factum eſt, vt in mutuo, & cōtractibus innominatis. Eámque ob cauſam iudicia hæc ſtricta aut quod idē eſt ſtricti iuris appellantur. Aliquando autem obligatio recipit pleniorē & largiorem interpretationem & ex bona fide vberiores admittit præſtationes: Ita ferente & ſuadente qualitate negotij vt contingit in venditione, locatione, depoſito, cōmodato, aliiſque huiuſmodi iudiciis, quæ ob id bonę fidei iudicia dicere ſolemus. Quamquam probabilius mihi videtur, vt præſtationes, quæ ex huiuſmodi iudiciis fiunt, ab obligationis iure ſeparari oporteat. Nā quòd pleniores & vberiores eſſe ſolent, nō fit ex natura obligationis, ſed potiùs officio iudicis, Vt euenit cùm agitur de ſoluendis vſuris precij ex venditione debiti ſiue propter moram ſiue citra moram in fructuum vicem & compenſationem. *l. Lucius 47. §. vlt. l. qui per colluſionē 49. §. 1. D. de act. emp. l. curabit 5. C. eo. l. quæro 54. D. locati. l. in bonæ fidei. 13. C. de vſur. l. quia tantundem. 7. D. de negot. geſt.* Itaque pręcipua intēr bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia diſſimilitudo illa eſt, quòd in ſtrictis numquam fit condemnatio niſi ex iure obligationis, in aliis vt plurimùm officio iudicis, quoniam & obligationis natura illa eſt vt iudicis officium admittat, Cui ex cōtrario in ſtricti iuris actionibus numquam locus eſſe poteſt, Ne quidem quod pertinet ad præſtationes eius temporis quod ſequitur litis conteſtationem. Nam vt acceſſiones naturales eius temporis præſtentur, non aliqua iuris ratione conſtitutum eſt, ſed vulgo receptum, quemadmodum Papin. loquitur *in l. 2. de vſur.* id eſt ex æquitate *l. videamus 38. §. ſi actionē eo.* quāuis æquitas illum iuris colorē habeat, quòd quale quid eſt cū petitur tale dari debet *d. l. 2.* Haberétq; hodie actor fructus à tempore litis conteſtatæ perceptos, ſi tum cum egit tradita ei res fuiſſet. Fructus enim ex fundo percepti ipſi fundo accepto ferēdi ſūt *l. in fideicōmiſſaria 18. D. ad S. C. Treb.* Quare nec idē in vſuris quod in fructibus receptū eſt, quia non habent cauſſam naturalē. Nec cōſequens eſt habiturū fuiſſe creditorem vſuras ſi pecuniā pro cōteſtatione accepiſſet, quia nō ſicut fructus ex fūdo ita ex pecunia & natura vſuræ percipiūtur, ſed ex negotiatione, & iure vt ſcriptum eſt in *l. ſi nauis 62. D. de rei vindic. l. vſura 121. D. de verb. ſignif.* ob idq; nec cauſſæ appellatione continentur. Cauſſam enim rei appellamus, id omne quod habiturus foret actor, ſi eo tēpore quo iudicium accipiebatur reſtituta illi res fuiſſet *l. præterea 20. D. de rei vind.* Quę tamen inter fructus & vſuras differentia nulla prorſus eſſe deberet ſi in hoc quoq; iudiciorum genere officium iudicis propter moram induceretur. Neq; enim minus moram contrahit qui pecuniam, quàm qui fundum quem præſtare debuit retinere. licémque de ea re ſine ratione conteſtatur. Quod à pragmaticis noſtris non animaduerſum erroris materiem iis præbuit, induxitq; vt hodie paſſim à lite conteſtata non minus vſuræ quàm fructus etiam iudiciis ſtrictis, & petantur, & adiudicentur, cùm tamen fructuum fauorabiliorem quàm vſurarum cauſſam eſſe ex eo quoque appareat, quod in bonæ fidei iudiciis fructus etiam citra moram debentur, vſuræ verò non niſi poſt moram *dict. leg. 32. §. penul. de vſur.* At in iudiciis quæ nec bonæ fidei ſunt, nec ſtricti iuris, ſed arbitraria, longe aliter ſeruatur. In illis enim non poteſt fieri condemnatio iure obligationis, cùm nulla præcedat obligatio neque officio iudicis, quia officium iudicis neceſſe eſt vt verſetur circa ea quæ ad ius obligationis accedunt, ſiue ex natura negotij quo de agitur vt in bonæ fidei iudiciis, ſiue ex vi conteſtationis, quæ ipſa per ſe officium iudicis licet minùs plenum ſolet inducere, præcedente obligatione aliqua, vt in ſtrictis. Proinde vbi obligatio nulla præcedit, ſicuti nulla ex obligatione conteſtatio, ita nec iudicis officium ſequi poteſt. Adeò vt in bonæ fidei quoque iudiciis quæ vt diximus ſic comparata ſunt, vt iudicis officium non modò admittant ſed etiam implorent, ſi contingat ius obligationis perimi puta ſolutione eius quod erat in mera obligatione, nullus officio iudicis locus ſuperſit *dict. l. qui per colluſionem 49. §. 1. de action. empt.* Quo igitur iure in arbitrariis iudiciis fieri poteſt condemnatio? Arbitrio iudicis præcedente, quod obligationis vice ſit, vt in vicem illius obligationis ſuccedat autoritas iubentis, quemadmodum euenit licet alio ſenſu & in diſſimili ſpecie *in leg. 1. Cod. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Nam quæ ratio impedit ne officium iudicis implorari poſſit, non ſimiliter impedit ne arbitrio locus ſit, quippe cui inducendo ſufficiat ſola ratio æquitatis, nec obligationem ſubeſſe oporteat, quæ tamen neceſſaria eſt ad officium iudicis inducendū. Itaque eleganter Iuſtinianus *in §. præterea Inſtit. de action.* arbitrarias actiones definit illas, in quibus niſi arbitrio iudicis is cū quo agitur actori ſatisfaciat veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali cauſſa ſeruum dedat, cōndemnari debeat. Nō ait arbitrarias idcirco dici quod in iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, vt plerique malè putant, ſed in quibus non alia de cauſſa ſequitur condemnatio, quā quòd præcedenti iudicis arbitrio nō pareatur. Quid enim aliud facere poſſit iudex de ea re aditus quę nec obligatione vlla nec officio iudicis contineatur niſi vt arbitretur id dari aut fieri quod æquum putet? Quid verò æquius quàm vt iubeat te reſtituere rem quam videat petitoris eſſe non tuam, licet à te poſſideatur? aut quam tu ab aduerſario per vim aut dolum malum extorſeris? Quòd ſi arbitrio parere nolis, tum verò condemnandus es, & quidem officio iudicis cui ſcilicet contumacia tua locum facere cœperit. Nam quod ſupra diximus Eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret, vel manu militari priuandum ſua poſſeſſione ſi rem habeat, Vel ſi non habeat, dolo autem malo deſierit habere, condemnandum quanti actor ſine vlla taxatione in litem iurauerit, ſin dolus nullus interuenerit, quanti reuera intereſt petitoris, Hæc inquā ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones in rē, ſiue in perſonā ſint ex quibus arbitratu iudicis quid nō reſtituitur, locum habet *d. l. qui reſtituere 68. in fin. de rei vindic.* vbi propter hanc cauſſam lego addita negatione *nō reſtituitur*, quia quoties arbitratu iudicis reſtitutio fit, condemnationi locus nullus relinquitur, nec conſequēter de eo quod intereſt ſiue per

iuſiuran-

iuſiurandum in litem ſiue ex rei veritate æſtimãdo, quærendum eſt. Niſi malis eo verbo *reſtituitur* id intelligere quod reſtitui iubetur, nec tamẽ reſtituitur: quæ interpretatio ſi tibi arridere poteſt nõ prohibeo quin eam ſequare, ſed mihi ſane durior videtur quàm vt admitti debeat. Perinde enim eſt acſi interpretareris *reſtituitur* id eſt *non reſtituitur*. quod ipſum quid aliud eſſet, quàm aut delirare aut emendare, niſi malis totam illam clauſulam eſſe Triboniani, Eſt enim mihi valde ſuſpecta, vt iam ſum præfatus. Porrò vberrimas & pluriſſimas præſtationes recipiunt huiuſmodi iudicia arbitraria, nec minus plenas quã ea quæ bonæ fidei appellantur: quia quãtũ in ſtipulatione valet expreſſa verborũ conceptio, & in iudiciis bonæ fidei bona fides, tantundẽ poteſt & præſtat officium iudicis in arbitrariis *l. quia tantundem 7. D. de negot. geſt.* Id enim eſt quod Iuſtinianus ſcribit *in d. §. prætereà*, in iis actionibus arbitrariis quas exempli loco proponit, & cæteris ſimilibus permitti iudici ex bono & æquo, ſecundum cuiuſq; rei de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodũ actori ſatisfieri oporteat. Nimirũ ſicut in iudiciis bonæ fidei ſic cõcipiebatur formula, vt iudex datus omnia ex bona fide æſtimare, & definire iuberetur, ita in arbitrariis eam formulã vſurpari ſolitam eſſe certũ eſt, vt iudici poteſtas liceret æſtimãdi ex bono, & æquo qua potiſſimũ ratione actori cõſuli oporteret. Cõſtat.n. pro iudiciorũ bonæ fidei ſtrictorũ & arbitrariorũ differentia aliter atq; aliter cõcipi ſolitas dãdorum iudicũ formulas, propterea quod iudicibus à præſcripto formulæ in iudicãdo recedere nõ liceret: Formularum autem tã variè cõcipiendarum rationem ab ipſa negotiorũ quæ in iudicium deducebantur, diuerſitate, variáque condicione manaſſe.

Actiones arbitrarias ex ſtrictis fieri nunquam poſſe. Et obſeruata Triboniani manus in l. quod ſi Epheſi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.

CAPVT II.

INtelligi ex ſuperioribus poteſt quàm falſum ſit quod vulgo pleriq; iactitant Actiones arbitrarias fieri ex ſtrictis, id eſt inſpecto initio ſtrictas eſſe: poſtmodùm verò euadere in arbitrarias. Nã ſi verum eſt quod diximus ſtrictas aut quod idem eſt ſtricti iuris actiones ideo ſic appellatas, quòd ex ſtricto iure obligationis pendeãt, & æſtimẽtur, Arbitrarias autẽ eo nomine donatas, quia cum ex nulla proficiſcãtur obligatione nõ niſi ex præcedẽte iudicis arbitrio inducere poſſint cõdẽnationẽ, quanã, obſecro, ratione fieri poteſt, vt actio quæ primum fuit ſtricta, fiat aut ſit vllo tẽpore arbitraria? Nõ magis vtiq; quã vt vnã eãdẽq; actionẽ & aliqua præcedat obligatio, & nulla. Et vero ſi ad vindicationes ſiue directas ſiue vtiles, aliáſq; huiuſmodi in rem actiones reſpicias, quas Iuſtinianus primo loco recenſet inter arbitrarias *in § prætereà Inſtit. de action.* apparet nõ poſſe eas dici ſtrictas, quib. ſcilicet nõ obligatio vlla cauſſam det, ſed poſſeſſio ſola rei, qui reſtituẽdi habeat facultatẽ. Fateor poſſe videri non eſſe ab initio arbitrarias: ſiquidem arbitrariæ ſunt eæ dũtaxat in quib. niſi arbitrio iudicis reus ſatisfaciat cõdemnãdus eſt. Quid.n. ſi ſatisfaciat, & ita deuitet cõdemnationẽ? Sed tamen magis eſt, vt nõ eo minus arbitrariæ dici debeãt etiã initio inſpecto, non ſolùm propter præcedens illud arbitrium ex quo ſumunt nomen arbitrariarum, ſed etiam quia illo quoque caſu quo reus arbitrio iudicis ſtatim pareat, credẽdus eſt ita facere metu futuræ condemnationis: quã proinde ſufficit ſequi poſſe licet nõ ſequatur, vt actio arbitraria exiſtimetur. Idẽque in actione ad exhibendum, & de eo quod vi metuſve cauſſa & aliis eiuſmodi arbitrariis tractari poteſt, Excepta illa, quæ eſt De eo quod certo loco, quam nos alibi monuimus arbitrariam ἐμφατικῶς dici, quæ nõ in alio differre videtur ab actione ex ſtipulatu, aut à cõdictione certi ex mutuo, quas ſtricti iuris actiones eſſe cõſtat, niſi in eo quòd adiecti loci habet rationẽ. Inde vero errãdi occaſio veriùs quàm cauſſa interpretibus enata eſt: quaſi eadem actio ex ſtipulatu aut cõdictio certi ex mutuo quæ ſui natura ſtricta eſſet, fiat per loci adiectionem arbitraria. In quo ſanè errant turpiter. Nullo enim loco adiecto, actio quæ ſiue ex ſtipulatu ſiue ex mutuo cõpetit vſque adeo ſtricta eſt vt arbitraria fieri numquã poſſit. Loco autẽ adiecto, diſtinctio illa prorſus neceſſaria eſt, An in eo ipſo loco agatur in quo ſolui debuit an in alio. Si in loco deſtinato idem omnino iuris eſt quod ſuperiore caſu eſſe diximus, vt actio ſemper ſtricta ſit, quia ex contractu, & conuentione in eo ipſo loco & petendum & ſoluendum eſt. Nec quod locus adiectus ſit facit actionem arbitrariam & pleniorem, quia nec vtilitatis loci ratio vlla haberi pro ſtipulatore poteſt, cùm ibi ſoluitur vbi debetur. Sed ſi in alio quàm deſtinato ſolutioni loco agatur, nego actionẽ vllo caſu aut tempore ſtrictam eſſe ſed ab initio ita arbitrariam, vt nec aliud nomẽ quàm arbitrariæ habere poſſit, quia is qui certo loco dare promiſit ſicuti nullo alio loco quàm in quo promiſit ſoluere inuito ſtipulatore poteſt *l. ſi quis 9. D. de eo quod cert. loc.* ita neque alio loco ex ſtipulatione inuitus cõueniri ſi iuris rationem intueare. Id enim eſt quod Caius ſcribit *in l. 1. eod. titu.* Alio loco quàm in quem ſibi dari quiſque ſtipulatus eſt, agendi facultatem competere non poſſe. Sed quia iniquũ erat ſi promiſſor ad eum locum in quem daturum ſe promiſiſſet numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quoniã aliis locis diſtringeretur, non poſſe ſtipulatorem ad ſuum peruenire, Ideo viſum eſſe vtilem actionem in eam rem comparare: Vtilem inquam non ex ſtipulatu, (neque enim vtilis ex ſtipulatu comparari vllo modo potuit contra id quod ipſis ſtipulationis verbis, disertè cõprehenſum & cautum eſſet,) ſed arbitrariã, Arbitrari.n. bonus iudex & poteſt & debet ex officio boni viri vt alio etiam loco quàm qui ſolutioni deſtinatus fuerat conueniri debitor poſſit non priſtina ſed propria in eam rem, in eúmq; ſpecialiter caſum cõparata, Ne in debitoris voluntate & arbitrio poſitũ relinquatur an debeat, Sed ita tamẽ vt vtriuſq; tam actoris quàm rei vtilitatem pro loci mutatione intueatur. Vt ſi interſit rei loco deſtinato potius quàm alio ſoluere, nec per eum ſteterit quominus ſua die & ſuo loco ſolueret, minoris fiat pecuniæ cõdemnatio quàm intentatum eſt, ſin actoris interſit, fortè ſi traiectitiam pecuniam dederit, Epheſi recepturus, vbi ſub pœna debebat pecuniã, vel ſub pignoribus, & diſtracta pignora ſunt, vel pœna cõmiſſa propter moram debitoris, maioris pecuniæ cõdemnatio fiat *l. 2. in princip. & §. nunc de officio eod. tit.* Cæterùm quemadmodum fieri non poteſt, vt vna eadémque ſit ſtipulatio quæ loci certi adiectionem habeat & non habeat, quia non poſſunt duo contradictoria in vno eodemque eſſe ſubiecto, Ita nec fieri vlla ratione queat, vt actio quæ ex ſtipulatu competit ad exigendam ſolutionem in loco deſtinato, ſit illa ipſa quæ contra eundem debitorem vt alio loco ſoluat, exercetur: quoniã loci diuerſitas inducit neceſſariò diuerſitatem actionis; nec quod debitor ex ſtipulatione primùm obligatus fuit, facere poteſt vt

nunc ex ſtipulatu cõueniatur cùm alio loco conuenitur, quam in quo promiſerat ſe ſoluturum. Idque ita eſſe apparet euidentius ex eo quod qui ex ſtipulatu cõuenitur ſi verè debeat, abſolui nunquam poteſt, imò nec ſi pro ſe habeat æquitatem, & iuſta aliqua nitatur exceptione puta doli mali aut alia eiuſmodi, ſi nõ ea quoq; exceptio formulę iudicis inſerta ſit, quippe cùm nihil niſi ſtipulationis verba & præſcriptum formulæ ante oculos habere debeat iudex qui huic ex ſtipulatu actioni addictus eſt. Ob eámq; cauſſam creditorum vetus mos erat vt quicquid ſibi ex alia cauſſa debebatur in ſtipulatum deducerent, vt fortiore & ad condemnationẽ propenſiore iuris vinculo debitores obſtringerentur. At in actione arbitraria qua de agimus, interdum euenit vt qui de illa cognoſcit, cùm ſit arbitraria, etiam abſoluere reum debeat, cautione tantum ab eo exacta de pecunia ibi ſoluenda vbi promiſſa eſt. Quid.n. ſi ibi oblata pecunia dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſoluenda? In ſumma æquitatem ante oculos habere debet iudex qui vt de arbitraria cognoſceret datus eſt, vt Vlp. ſcribit *in l. quod ſi Epheſi 4. eo. tit.* vbi quod ait *cùm ſit arbitraria* ego ſic accipio atq; ſi adiectum eſſet *nõ ex ſtipulatu licet ex ſtipulatione primũ obligatus is fuerit, qui nũc alio loco cõuenitur* vt magis intelligamus quantũ interſit, an ex ſtipulatu agatur, an arbitraria, & cõſequenter neq; actionẽ ex ſtipulatu dici arbitrariam poſſe vllo caſu, neq; viciſſim actionem ex ſtipulatu eã, quæ ſit arbitraria. Quod tamẽ in eo §. ſequitur *cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſoluẽda vbi promiſſa eſt* vereor ne non tam Vlp. ſit quàm Triboniani, cui familiare eſt cautiones iſtas quas cautelas paſſim vocare ſolet, iis etiam caſibus exigere quibus iuris autores nunquam exigerent. Et verò quid magis cõtrarium eſt quàm abſolui reum, & condemnari vt caueat? Nam & ea condemnationis ſpecies eſt, ſi Papiniano credimus *in l. in omnibus* 41. *De iudic.* vbi ait, In omnibus bonæ fidei iudiciis cùm nondum dies præſtandæ pecuniæ venit ſi agat aliquis ad interponendam cautionem ex iuſta cauſſa condemnationem fieri. At Vlpianus in propoſita ſpecie eas iudicis partes eſſe ait vt abſoluere reum debeat, ídque iterum repetit ſequentibus illis verbis *nonne debebit interdum abſoluere,* nulla exigendæ illius cautionis adiecta mentione. Cui nec video ſanè quomodo locus eſſe poſſit eo ſaltem caſu quem inter cæteros Vlpianus tractat ſi debitor pecuniam actori obtulerit in loco ſolutioni deſtinato, eóque recuſante ſolutionem accipere, depoſuerit. An non enim liberatus eſt, aut ſaltem pro iam liberato habendus: cùm obſignatio quæ ritè facta eſt ſolutionis inſtar ſit ac proinde pariat liberationem *l. acceptam 19. C. de vſur. l. obſignatione 9. C. de ſolut.* Cur ergo cogatur cauere de pecunia ibi vbi promiſſa eſt ſoluenda quaſi adhuc eam debeat is qui amplius debitor non eſt? Sed etſi adhuc debitor maneret, puta nulla, aut, quod idem eſt, minùs ſolẽniter facta obſignatione, quanam obſecro de cauſſa onerãdus eſſet præſtãdæ cautionis neceſſitate, ſi nihil ei poſſet imputari, & per creditorẽ ipſum ſtetiſſet quominùs oblatã ſuo loco & tempore pecuniã acciperet? Quis æquũ putet ex creditoris mora & cõtumacia duriorem fieri debere condicionem promiſſoris? Aut quis neget duriorem eius condicionem fore, ſi cogatur cauere id eſt fideiuſſorem aut idonea pignora dare in eo loco in quo nec ſoluere debuit, nec fortaſſe aut bonorum aut amicorum copiam habeat ad cauẽdũ, tametſi maximè cauere vellet? Verũ hoc obiter magis quàm extra rem dictũ ſit. Illud igitur contendo, arbitrariam actionem licet contra eũ exerceatur qui ex ſtipulatu, vt certo loco ſolueret obligatus fuit, ex ſtipulatu tamen dici nullomodo poſſe, nec conſequenter ſtrictam aliquando fuiſſe, quæ nunc ſit arbitraria: quandoquidem nec priùs nata videri poteſt quã alio loco repertus & conueniendus fuerit is qui certo loco ſe ſoluturum promiſerat: quo demũ loco & tempore deficit poteſtas priſtinæ ex ſtipulatu actionis: Vt non malè quis dixerit ibi incipere arbitrariam vbi deſinit actio ex ſtipulatu, & contra ibi deſinere actionẽ ex ſtipulatu vbi incipit arbitraria: quod ſi ita eſt, apparet arbitrariam actionem nõ eſſe illam quæ anteà ex ſtipulatione competebat & ſtricta erat, ſed aliam prorſus diſſimilem, nec numero tantùm & ſpecie, ſed etiam cauſſa & origine omnino differentem. Ex quo illud factum videtur, vt quãuis arbitrariæ actiones permultæ ſint tam ex iis quæ in rem quàm quæ in perſonam aut mixtæ ſunt vt Iuſtinianus docet *in d. §. præterea Inſtit. de act.* hæc vna tamen quæ competit De eo quod certo loco dari debuit, magis propriè & vt dixi per emphaſim arbitraria dicatur, quod cùm aliæ ſuũ quæq; nomen & propriũ habeant, Vindicationis, Publicianę, Seruianę, ad exhibendum, De eo quod vi metúſve cauſſa, hæc vna tamen aliud nomen nullũ habeat. Cur.n. ex ſtipulata appelletur, cum ex ſtipulatu non competat, Nec minùs detur aduerſus eũ qui ex teſtamento aut ex mutuo aliquid certo loco ſoluere debuit? *l. ſi heres. 5. cũ l. ſeq. D. de eo quod cert. loco.* Nam ſi contendas actionem illam arbitrariam quæ datur contra heredem ad aliquid certo loco dandum vel faciendum quod eo loco dare vel facere teſtamẽto iuſſus ſit, poſſe dici actionem ex teſtamento, ego contrà negabo. Non enim fieri poteſt vt Romæ petatur ex teſtamento quod Epheſi teſtator dari voluit. Non magis quàm vt ex ſtipulatu quis Romæ petat, quod Epheſi ſolui debuit. Nimirum quia quod in æſtimanda verborum obligatione poſſunt verba ſtipulationis, id in quæſtionibus ex teſtamento dependentibus poſſunt verba teſtamenti. Niſi quod ea pleniùs interpretari ſolemus ad voluntatem teſtatoris adiuuandã, ſiquis interpretationi locus relinquitur. At nulla interpretatione poſſis aſſequi, vt quod teſtator Romæ dari iuſſit, Epheſi dari voluiſſe videatur. Ergo arbitraria in eã rẽ actio neceſſaria fuit, ne alioqui ſi heres ad locum quem teſtator ſolutioni deſtinaſſet, accedere nũquã vellet, teſtatoris voluntas facilè circumueniretur. In condictione autem certi quę ex mutuo cõpetit, hoc ipſum quod volumus apparet manifeſtius, non fieri ex ſtricta actione arbitrariam. Nam ſi mutua pecunia ſic data fuerit vt certo loco redderetur, illo quidem loco petetur per certi condictionẽ *Tot. tit. De reb. cred. ſi cert. pet.* Sed alio loco peti nõ poterit niſi per arbitrariã *l. aut mutua 6. de eo quod cert. loc.* quæ proculdubio nihil commune habet cũ certi condictione, quando iudex qui ex arbitraria cognoſcit, quantitati contractus ſeruire non cogitur, ſed vel excedere vel minuere quãtitatem poteſt, prout cõpererit intereſſe vel rei vel actoris, vt Vlp. ait *in d. l. 2. §. nunc de officio eo.* Quid.n. incertius quã id quod intereſt, aut quod adiecto vel deducto eo quod intereſt, cõputandum eſt? *l. ſtipulationum 74. cum l. ſeq. de verb. obligat. l. vlt. D. de prætor. ſtipul.* Vnde illa etiã differẽtia inter cõdictionem certi & actionẽ ex ſtipulatu, tametſi certũ quis fuerit ſtipulatus *l. ſi quis certum 24. D. de reb. credit.* Quãto igitur minùs fieri poteſt vt certi condictio euadat in condictionẽ incerti. i. nihil enim hac parte refert, in arbitrariã? Difficilius illud videri poſſit quod idem

Vlpianus

Vlpianus ſcribit *in l. ſi dno 16. §. 1. de conſt. pecun.* ſi quis certo loco ſe ſoluturum cõſtituerit, poſſe creditorẽ petere nõ ſolũ eo loci vbi ei conſtitutũ eſt, ſed etiã vbiq; *exẽplo*, inquit, *arbitrariæ actionis*. Ita namq; innuit actionẽ quæ aduerſus conſtitutorem competit vt alio loco ſoluat, quàm in quem fuerat ſolutio deſtinata, non eſſe arbitrariam, ſed priſtinam & illam ipſã quæ competeret, ſi in loco ſolutioni dicto conſtitutor vrgeretur. Et ſanè ita eſt. An quòd actio De conſtituta pecunia plenior ſit & efficacior actione ex ſtipulatu? Atqui abſurdum id videatur, cùm actio de conſtituta pecunia ſit prætoria, ex ſtipulatu autẽ ciuilis. *§. de cõſtituta. Inſt. de act.* Sed reſpondendum eſt, imò id abſurdum non eſſe, quoniam cùm actio illa de conſtituta pecunia ex æquitate inducta ſit, quòd graue eſſet fidem fallere *l. 1. ill. tit.* æquitas aũt ipſa adeóq. caſus neceſſitatis induxerit vt arbitrariã actionẽ comparari oporteret ad extorquẽdam alio quàm deſtinato loco ſolutionẽ, æquè fuit facile prætori ſolã æquitatẽ ante oculos habẽti, actionem de conſtituta pecunia dare aduerſus conſtitutorẽ vt vbiq; conueniri poſſet, atq; in eã rẽ ſpecialiter actionem aliã comparare, quæ nec niſi de conſtituta pecunia dici potuiſſet. Quid .n. aliud prętor feciſſet? aut quo modo arbitrariã actionẽ ciuili non prætorio iure ex æquitate & vtilitate comparatam ad actionis prętorię vſum applicaſſet, ac protraxiſſet? Inauditũ namq; eſt vt ciuiles actiones quantumuis vtiles ſeruiant, & ſubſidiariæ ſint prætoriis: Quinimò prætoriarum tam directarum quàm vtilium vſus & vtilitas in eo verſatur vt deficientib. ciuilib. non modò directis, ſed etiã vtilib. præſto ſint, eundémque ferè producant effectũ. Nec quemadmodũ vtilem actionem iure ciuili induci neceſſe fuit cùm directa deficeret, non patiente nimirum iuris ratione vt alio quàm vbi promiſſum eſset loco debitor conueniretur: Ita dici poteſt neceſsariã fuiſse vtilem aliquam actionem ſiue ciuilem ſiue prætoriam de conſtituta pecunia, quaſi deficiente prętoria directa. Quomodo enim illa deficeret etiãſi alio loco debitor conueniendus eſſet quàm in quo ſe ſoluturũ conſtituiſſet, cũ non deficeret ratio æquitatis, quę ſola directam induxerat? Ratio ſcil. iuris ſtrictior eſt, quàm æquitatis. Aequitas iuri tantũ, non etiã ſibi ipſi ſubſidiaria eſt. Directa actio ciuilis ex ſtricti iuris ratione æſtimatur. Vtilis ex ęquitate cũ ius deficit. Pretorię omnes tã directę quàm vtiles ex ſola æquitate. Deniq; arbitraria actio prætoria nulla eſt De eo quod certo loco, ſed ciuilis duntaxat, & quidem vtilis, vt ait lex 1. *de eo quod cer. loc.* i. ex æquitate, quippe quã ciuilis legiſlator, ſicut alibi monuimus, ex hominum vtilitate metiri ſemper ſolet. In eóque errarũt ſanè grauiter ex interpretib. ij qui adnotarũt quatuor eſſe actiones arbitrarias propter loci adiectionem, Ex ſtipulatione, ex teſtamento, ex mutuo, & ex conſtituto. Hæc .n. poſtrema actio prætoria eſt, non arbitraria. Cæteræ verò ſic arbitrariæ ſunt, vt aliud nomen non habeant, neq; aut ex ſtipulatione, aut ex teſtamento, aut ex mutuo dici poſſint, nec ſi adiicias nomen arbitrariarũ. Vna. n. omnium ſpecies eſt per quas id petitur quod certo loco debetur, vt non obſcurè Iuſtin. inſinuat *in d. §. præterea*, cùm inter alias arbitrariarũ actionũ ſpecies hãc pro vna poſuit, quę caſus omnes ex ſtipulatione aũt teſtamẽto, aut mutuo dependentes generalibus verbis complectatur. *Ite*, inquit, *cùm id quod certo loco promiſſum eſt, petitur*. Et verò non ex ſupradictis tantum tribus cauſis actionem arbitrariam competere exiſtimandũ eſt, ſed ex aliis etiam omnibus ex quibus certo loco debetur, dum ne ex bonæ fidei contractu debeatur. Nam in bonæ fidei iudiciis, ſola iudicij æquitas ſufficere poteſt, vt debitor etiam alio loco quàm in quo ſoluere debuit, conueniri & condemnari poſſit, quemadmodum ſequenti capite dicemus. Obiiciat aliquis, Cur ergo actiones iſtas per emphaſim arbitrarias appellamus, ac non potius ſpecialiori nomine, actiones De eo quod certo loco, quemadmodum dicimus actionem De eo quod vi aut metus cauſſa aut dolo malo factum eſt. d. §. præterea. Reſpondeo non potuiſſe ita vocari propterea quòd non omnes actiones De eo quod certo loco ſunt arbitrariæ ſed illæ dũtaxat ex quib. idipſũ quod certo loco debitũ fuit alibi petitur quàm vbi debebatur. Alioqui aut certi cõdictio, aut ex ſtipulatu aut ex mutuo aut alia eiuſmodi, nõ aũt arbitraria actio eſt, vt probauimus.

Non ſicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam.

Capvt III.

CONfutato vulgari interpretum vulgarium errore, quem politiores temerè & incautè magis quàm conſultò & ex propoſito ſecuti videntur, nunc dicendum nobis eſt, & demonſtrandum quàm grauiùs illi etiam errent, qui putant, non minùs temporis quàm loci ratione induci actionem arbitrariam. Sic namque pleroſque ſentire video, deceptos quantum coniicio autoritate viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij, qui primus ni fallor (neque enim laborare ſoleo in inueſtigãdo quid prior quis aut poſterior, ſed quid benè aut malè dixerit) tam improbabilẽ opinionem induxit. Etſi verò ex iis quæ proximè diſputauimus non eſt difficile intelligere quibus iuris rationibus in contrarium moueamur, operæ tamen pretium erit de tota quæſtione iſta latiùs dicere ac diſtinctius. Illud primùm ſciri & repeti volo quod docuimus, Actiones arbitrarias eas tantũ eſſe quæ non ex præcedente aliqua obligatione ſed ex mero iudicis arbitrio pendeant, & ex quibus condemnatio fit non iure aliquo obligationis, ſed ex ea duntaxat cauſſa, quòd arbitrio iudicis reus actori nõ ſatisfecerit *§. præterea Inſtit. de actiõ. l. iure ſi cùm 14. §. 1. D. de eo quod met. cauſ. l. arbitrio 18. D. de dolo. l. 3. §. 1. & §. ibidem l. Celſus 5. §. ſi quis non poſſideat & ſeq. D. ad exhib.* Proinde ſi quis obligatus ſit ex contractu, vel quaſi, aut ex delicto vel quaſi, ad dandum aliquid vel faciendum, dico arbitrariam aduerſus eum actionem competere nullo modo poſſe. Cur enim ad arbitriũ iudicis recurramus, aut quid obſecro iudex arbitrari poſſit, vbi præcedit obligatio quæ & actioni legem dat, & condemnationi? Obligatio ſiquidem omnis ſiue ex ſtricti iuris ſiue ex bonæ fidei contractu deſcendat ſuas leges habet & cõdiciones, quibus omnimodo ſatisfieri neceſſe eſt: Nec quod aliquãdo euenit, vt iudex multa ex bono & æquo æſtimare & conſtituere poſſit, quẽadmodũ in bonę fidei iudiciis, facere poteſt vt idcirco arbitraria actio exiſtimetur. Etſi enim commune ius illud eſt arbitrariarum actionum & earum quæ bonæ fidei appellantur *d. §. præterea Inſtit. §. in bona fidei prox. præced. eod. tit. de action.* hoc tamẽ intereſt, quòd in bonę fidei iudiciis ea res per officium iudicis expeditur, ſic ſuadente & ferente natura ipſa obligationis præcedentis, In arbitrariis verò non niſi per arbitrium iudicis, ſola æquitatis ratione, non etiam obligationis alicuius iure ſubnixum. Hinc eſt quod ſi quid ex bonæ fidei contractu, puta ex cauſſa emptionis aut locationis aliáve eiuſmodi certo loco dari debuit nec

datum eſt, poſſit debitor alio etiam loco ex eodem iudicio adeóque directa ex contractu actione conueniri, nec neceſſarium fuit auxilium arbitrariæ actionis De eo quod certo loco, quod eſſet neceſſarium ſi ex teſtamento aut ex ſtipulatu aut ex mutuo alióve contractu ſtricto deberetur *l.in bonæ fidei 7.D. de eo quod cert.loc.* Nempe quia ſufficit æquitas & natura iudicij bonæ fidei vt ſequi poſſit condemnatio, quando quidem ex bona fide eſt vt quod certo loco dari debuit, ſi non ibi ſoluatur, alibi peti poſſit: quoniam ex contrario alienum eſſet ab æquitate & à bona fide, vt debitor qui ad locum ſolutioni deſtinatum numquã accedere aut poſſet aut vellet, nullibi poſſet conueniri ob id ſolùm quòd certo loco ſoluturum ſe promiſiſſet. Et quemadmodum is qui aut nullo adiecto loco aut in omni loco ſolutioni ſe obſtrinxiſſet, ex ipſa ſtipulatione vbique conueniri poſſet, nec arbitrariæ actioni locus eſſet: ita & qui iudicio bonæ fidei conuenitur, perinde ex iudicij æquitate & officio iudicis cõdemnandus eſt, vbi conueniatur, atque ſi eo ipſo loco in quo ſoluere debuit vrgeretur, quia tantundẽ in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in ſtipulationẽ nominatim eius rei facta interrogatio *leg. quia tantundem 7.D. de negot. geſt. l. Titius 34. D.de præſc.verb.* Atqui cùm ſtipulationi dies adiectus eſt intra quem ſoluatur, non eò minùs agi ex ſtipulatu poteſt quòd præterierit dies, imo tanto magis, quia nec niſi præterito die agi poteſt *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. obliga.* Non igitur quemadmodum loci ita & temporis adiectio inducit arbitrariam actionem. Et diſſimilitudinis ratio apertiſſima eſt, quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco. Nam qui Epheſi petit quod Romæ dari debuit, proculdubio alio loco petit. At qui petit Calendis Februariis quod præcedentibus Ianuariis iam ſolui debuit, non alio tẽporẽ petit quàm quo debitum ſit: quoniam quod Calendis Ianuariis præteritis debitum fuit, multo magis debetur Februariis ſequentibus. Ibique ſicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo ſolo induci quod certo loco ſolui debuerit, niſi illud etiam accedat vt alio quàm deſtinato loco agere creditor velit, quemadmodum ſuperiore capite diximus, ita abſurdum ſit dicere, arbitrariam competere ob id tantùm quod ſtipulationi dies adiectus ſit, ſi non illud quoq; concurrat vt alio tempore petatur quàm quo debetur: quod ipſum tamen contingere nunquam poteſt. Nam creditor ſi ante diem petat, malè agit, cùm dies adiiciatur pro reo, non pro ſtipulatore *l.eum qui Calendis 41.§.quoties eod.l. quod quis 50. de obl. & act.l.cùm tempus 17.de regul.iur.* Poſt diem verò, non alio tempore agit quàm quo debetur, licet verũ ſit Calendas Ianuarias non eſſe Februarias, nec contrà. Vnde illud etiam fit vt quamuis ex ſtipulatione agi non poſſit, niſi quatenus ipſiſſima ſtipulationis verba patiuntur & præſcribunt, nullum tamen aut ciuilis aut honorarij iuris auxilium ei neceſſarium ſit, qui poſt diem ſtipulationi inſertum agit ex ſtipulatu: Ne alioqui eueniat vt nullo tempore poſſit agere, ſi poſt diem non ei liceat, quod nec ante diẽ nec in die ipſo licet. Totũ.n. vt dixi, diẽ præteritũ eſſe neceſſe eſt, vt ex ſtipulatione quæ certum diẽ habuit, agi poſſit. Quid ergo illud fuit quod tantæ eruditionis & iuriſprudentiæ virum fefellit? Hoc vnũ videlicet quod Vlp. ſcribit *in l.quòd ſi Epheſi 4. in princip. de eo quod cert.loc.* Si Epheſi petatur quod Epheſi ex ſtipulatu ſolui debuit, ipſã ſolã ſummã in petitione fore, nec quid amplius, niſi ſiquid creditor eſſet ſtipulatus *vel ſi tẽporis vtilitas interuenit.* Sic.n. poſtrema hæc verba vir doctiſſimus accepit, quaſi Vlp. ſentiat, non minùs nec alio modo debere iudicem habere rationem vtilitatis actoris quæ propter adiectionẽ tẽporis interuenit, quàm ſi propter loci adiectionem interueniſſet, vt inferat, quemadmodũ vtilitas loci non niſi per arbitrariam actionem æſtimatur, ita ad æſtimandã vtilitatem tẽporis, arbitraria actione neceſſariò vtendum eſſe. Sed ſunt iſta longè diſſimilia, & illatio hæc ab Vlp. ſenſu quã maxime remota. Quamquam enim ſiue temporis ſiue loci ratione interſit actoris vtilitatem eius æquè inſpici & æſtimari oportet, non tamen eodem modo, nec eadem actione. Vtilitas loci per arbitrariam actionem petitur, quia nec alio loco priſtina ex ſtipulatu actione agi poſſet, in eámq; rẽ arbitraria prorſus neceſſaria eſt. Vtilitas verò tẽporis per arbitrariã nõ petitur, quia ſufficit actio ex ſtipulatu, nec arbitrariæ locum relinquit. Quorſum enim dies certus in ſtipulatione adiectus videri poteſt, niſi quò promiſſor intelligat futurum ſi ad diem non ſoluet vt eo nomine in id omne quod ſtipulatoris intereſſet, teneatur? Eóq; pertinet quod *in l.ſi fundum 114. de verb.oblig.* idem Vlpianus ſcribit, ſi fundum certo die præſtari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit quominus ea die præſtetur, conſecuturum me quanti mea interſit moram factam non eſſe. Quaſi vi ipſa paria ſint: Obligari te vt ſoluas certo die, Et vt ni ſoluas, præſtes quanti intererit mea, quod & ſcriptũ eſt *in l.ſi Calendis 11.D.de re iudic.* Nec illud obſtat, quod dici ſolet ex ſtipulatione agi non poſſe niſi quatenus verbis expreſſum & comprehenſum eſt *l. quicquid adſtringendæ 98. D. eod. tit.* Satis enim expreſſum videri debet vt non ſolutâ ad diem pecuniâ tenearis in id omne quod ſtipulator ex ea cauſſa intereſſe ſua probauerit, propter expreſſam diei adiectionẽ quæ alioqui ſuperuacua videretur. Nã ſi obiicias quod modò dicebamus, diem in ſtipulationibus adiici pro reo ſi non pro ſtipulatore, Reſpondebo id verè quidem dici, ſed hactenus vt totum medium tempus liberum ſit promiſſori ad ſoluendum: Non etiã vt poſt diẽ melior aut nõ deterior condicio ſit promiſſoris quàm ſi dies adiectus non eſſet. Quanto enim magis fauemus promiſſori priuſquàm dies venerit ne intereà vrgeri poſſit, tanto durius cum illo agi æquũ eſt poſt diẽ ſi nõ ſoluerit. Similiter.n. dicimus iudicati faciendi tempus pro condemnato non contra eum conſtitutum eſſe *l.intra 7.D.de re iudic.* ideóque nec toto eo tempore vſuras vllas debere *l. 3. De vſur.* & tamen poſt id tempus tãto durius cum illo agitur ſi non ſatisfecit vt centeſimas quoque vſuras præſtare teneatur *l.vlt.C.de vſur.rei iudic.* Itaque veniens dies obligationis non illud tantùm facit vt ex eo tempore obligatio pro pura & præſenti habeatur, ſed inducit neſcio quid amplius & promiſſori oneroſius, vt ex eo die moram cõtraxiſſe exiſtimetur: Et quidem talem cuius grauiores pœnas luat quàm ſi ea per interpellationem contracta eſſet. Etenim ſi is qui fundum purè dare promiſerat congruo loco, & tempore interpellatus vt daret, non dederit, moram equidem committit, cuius ille effectus eſſe poteſt vt ſi ſubinde fũdus chaſmate pereat, non eo minùs ille ex ſtipulatione conueniri poſſit *l. ſi ex legati 23.l.nemo rem ſuam 82.§.1.l.ſi ſeruum 91.§. vlt.eod.l.promiſſor 23.de conſtit.pecun.* ſed tamen non faciet ea mora vt ſi quid ſtipulatoris interſit quod eo die fundus datus nõ fuerit, ſiue propter fructus ſiue qua alia ratione, eius vtilitatis ratio vlla habeatur, niſi à tẽpore demũ litis cõteſtatæ, idque ex equitate duntaxat, non ex vi & poteſtate ſtipulationis

l.videamus

l. videamus 38. §. si actionem. D. de vſur. Cùm tamen ſi dies ſtipulationi adiectus fuiſſet, id quod ſtipulatoris intereſſet, poſt diem deberetur, propter moram, nec alio quàm ſtipulationis iure, quia ſtipulatio diē certū habuit, cuius adiiciendi nec alia ratio pro ſtipulatore fuit. In quo videor mihi differentiam obſeruare non inelegantem inter ea quę ex teſtamēto, & ea quæ ex ſtipulatu in diem certum debentur. Nā ſi teſtator ad diem aliquid dari vel fieri iuſſerit, nec heres dederit vel fecerit, non idcirco videri poteſt in mora conſtitutus: non magis quàm ſi purè legatū necdum interpellatus heres fuiſſet, quia diei aut cōditionis euentus ne quidem illud inducit vt legatū acquiratur legatario, ſed duntaxat vt acquiri poſſit quaſi nunc primùm purè relictum, *l. ei qui 13. de condic. inſt.* Tantum abeſt vt proſit ad heredem in mora conſtituendum. At is qui ad diem ſe datutū promiſit, ſi ad diem non ſoluat hoc ipſo moram cōtrahit, ſéque obligat in id omne quod propter moram intereſt ſtipulatoris. Et ratio diuerſitatis eſt, quia in teſtamentis ſolam teſtatoris voluntatē ſpectamus, qui vtiq. adiiciēdo diem legato, ſoli heredi fauere & proſpicere voluit ne ſtatim vrgeri poſſet, nō etiam legatario, cui abundè conſultum putat, quod eo demum die legatum conſequi poterit. In ſtipulationibus verò inſpicimus quod inter contrahentes actum eſt, nec minus quod commodum ſtipulatori quàm quod promiſſori, dum ne à verbis ſtipulationis recedamus, cùm ſtipulatio ex interrogatione & reſponſione æſtimetur, reſponſio autem quæ vt plurimum vnico illo verbo *ſpondeo*, aut alio ſimili cōtinetur ad interrogationem quæ ſtipulatoris eſt, tota referatur. In eo tantùm par heredis & promiſſoris condicio eſt, quòd quandiu dies non venit, totū intermedium tempus vtrique liberum eſt ad ſoluendum. Atque hoc modo accipienda eſt *dict. l. cum tempus 17. de regul. iur.* non autem ita, vt heredis & promiſſoris eadem in omnibus hac parte ratio conſtituatur, ſi ad diem neuter ſoluerit. Ea namque vis eſt adiectionis diei in ſtipulatione, vt quamuis de eo, quod intereſſet præſtando nihil dictum ſit, perinde tamen ac ſi dictum eſſet, præſtādum ſit. Quemadmodum & cùm quis alium ſiſti promittit nec adiicit pœnam, dicimus id quod ſtipulatoris intereſt, ſtipulatione contineri *l. quoties 81. de verb. oblig.* ex vi ſcilicet, & natura obligationis quæ in faciendo conſiſtit *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic.* Non eſt diſſimile, quod quamuis ratione numorum ex quacunque cauſa purè debitorum numquam debeatur id quod intereſt, ne alioqui facilè res excurreret in infinitum, aliud tamen admiſſum ſit, ſi agatur de numis qui certo die ſolui debuerint, nec ſint ſoluti. *l. 3. D. de in lit. iurand.* quia diei adiectio nō ſolùm facit vt eius quod intereſt rationem haberi oporteat, ſed etiā impedit ne ſupra modū id æſtimetur, quia non tā pecuniæ quā tēporis vtilitas, æſtimanda eſt. Item, quod ad diē ſub pœna pecunia promiſſa, & ante diē mortuo promiſſore cōmittitur pœna, licet nō ſit hereditas eius adita *l. ad diē 77. de verb. obl. & l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Cū tamē ſi pura ſtipulatio fuiſſet, neq; mora citra interpellationē cōtrahi, neq; interpellatio ante aditā hered. fieri potuiſſet. *l. nulla 88. de reg. iur.* quia nec habuiſſet promiſſor cui ſolueret *l. 4. §. vlt. D. de leg. commiſſ.* Grauior igitur & oneroſior eſt promiſſori ſtipulatio quæ diem certum habuit, vbi dies ſemel venit, quàm quæ ab initio pura fuit. Vt proinde mirandum non ſit, ſi ex vi ſua poſſit inducere petitionem eius quod intereſt ſtipulatoris ſuo die ſolutum eſſe, licèt nulla eius quod intereſt, mentio facta fuerit in ſtipulatione. Quod cū ita ſit, quid neceſſe eſt vt cōtra iuris rationē & regulas pro certi cōdictione aut actione ex ſtipulatu inducamus arbitrariā? Quippe quæ nec vnquam niſi ex neceſſitate inducitur, deficiente, vt dixi toties, obligatione, aut obligationis præcedētis, ſi qua eſt, poteſtate. Quare nec Vlpian. *in d. l. quod ſi Epheſi* ſic loquitur vt dicat vtilitatē tēporis induci ei arbitrariā, ſed illud tantū ait ſi Epheſi petatur quod Epheſi dari debuit, ipſā dūtaxat ſummā quæ debita eſt, peti. i. nō idē euenire quod eueniret ſi alio quā deſtinato loco ageretur, quo caſu paulo antè dixerat officium iudicis eſſe vt quantitati cōtractus nō ſubſeruiat, ſed vel excedere, vel minuere debeat, prout actoris vel rei propter locū intereſſe cōpererit. Hoc verò cur ita? Niſi quia cū alio loco petitur, arbitraria actione experiēdum neceſſariò eſt, quę tota in arbitrium iudicis refertur vt ait *lex 3. eo. tit.* Cùm autem deſtinato loco agitur, arbitraria ceſſat, & ſufficit priſtina quæ pendet ex obligatione ſuam quantitatē ſuaſque leges habente. Subiicit *nec amplius quid petetur, niſi quid eſſet ſtipulatus.* Rectè. Nam ſi præter quantitatem debitam creditor quid aliud ſtipulatus ſit, puta pœnam, idipſum quoq; tanquam debitum eadem actione petēdum erit: Nec inducemus arbitrariam pro re quæ in ſtipulationem deducta eſt. Quod ergo ſequitur, *vel ſi temporis vtilitas interuenit* eandem interpretationē recipere debet, vt ſi obligatio in tempus fuit, & ratione temporis interſit ſtipulatoris, ea vtilitas veniat in petitionem & condemnationem, eo prorſus modo quo veniret ſi in ſtipulationem nominatim deducta eſſet, & conſequenter vi priſtinæ actionis, non per arbitrariam. Alioqui cum Vlpianus hos duos caſus coniungat, *ſi quid amplius creditor ſtipulatus ſit, & ſi temporis vtilitas interuenit,* æque dicendum eſſet priore caſu quo idipſum peteretur quod ſtipulatione comprehenſum fuiſſet, inducendā eſſe arbitrariam, atque poſteriore induceretur. Et verò ſi propter adiectionē temporis ſicut & loci arbitraria fieri poſſet, Cur arbitrarias huiuſmodi actiones ſemper dicimus De eo quod certo loco: nunquam autē De eo quod certo tempore? Cur non & titulus ipſe ſic cōceptus eſt, De eo quod certo loco vel tēpore dari oportet? Cur Iuſtinianus in d. §. præterea ita ſcripſit: *Item cùm id quod certo loco promiſſum eſt petitur:* de tempore autem nihil dixit? Deniq; idem ille Vlpianus noſter *in l. ſi duo 16. §. 1. de cōſt. pec.* poſtquàm ſcripſit poſſe quem certo loco & tēpore conſtituere, cùm ſubiicit creditorem nō ſolùm eò loci petere poſſe vbi conſtitutum eſt, ſed etiam vbique exemplo arbitrariæ actionis, cur non adiicit *& quandocunque* ſi arbitrariæ actionis exemplum non minorem temporis quàm loci rationem haberi ſuadebat? aut ſaltem ſi dubitari poterat, an quod certo tempore ſoluendum ex conſtituto eſſet, eadem actione poſt tēpus peti poſſet. Sed ſunt hæc apertiora, quam vt in iis confirmandis diutius immorandum videatur. Neq. verò tandiu immorati fuiſſemus niſi ſciremus tanti Doctoris autoritatem non ſine multis magniſq; rationibus conuelli poſſe: apud eos præſertim iuris noſtri ſtudioſos quib. nos & ſcribimus & ſtudemus. Cæterum quæ toto hoc capite de actione ex ſtipulatu, aut certi condictione generali diximus, ea omnia de condictione certi ſpeciali ex mutuo dicta intelligi debent, ſi fortè conuenerit, quod fieri aſſolet, vt mutua pecunia certo tempore redderetur. Idemque de actione ex teſtamento iuris eſt, quia licet ea proximè accedat ad bonæ fidei actiones, quod ad præſtationes attinet, quas pleniſſimas habet, vt teſtatoris voluntati quę latiorē interpretationē recipit, ampliſſimè

quantum fieri poteſt ſatisfia: *l. vſura 34. ff. de vſur. l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2. l. in teſtamentis 12. de R.I.* actionibus tamen bonæ fidei non adnumeratur *in §. actionum Inſt. de act.* neque fieri poteſt vt adnumeretur, quia non agitur in ea de fide bona, ſed de ſola teſtatoris voluntate, quæ cùm ex teſtamenti verbis petenda ſit, non patitur ſanè vt quod Epheſi dari teſtator voluit Romæ petatur: Ideóque indiget arbitrariæ actionis auxilio quoties alio loco agendum eſt. Non ſecus acti ex ſtipulatu certo loco deberetur, quod alio loco petitur. Proinde actioni ſtrictæ ex ſtipulatu rectiùs quàm bonæ fidei iudiciis hac parte comparatur.

Obſeruata Triboniani adnotatio in l. promiſſor 21. §. 1. D. de pecun. conſtit.

CAPVT IIII.

ACcidit mihi neſcio qua ſorte, quoties ferè in Pandectarum libris lego, vt ij ſtatim & primũ loci occurrant, quos Tribonianus additionibus ſuis corrupit. Prodam nunc aliquos, ſed precipuos duos, qui occurrerunt *in Tit. De conſt. pecun.* Primus eſt *in l. promiſſor 21. §. 1.* vbi non dubito quin ſic Paulus ſcripſerit *ſi ſine die conſtituas, verius eſt te non teneri, licèt verba edicti latè pateant, Alioquin & confeſtim agi tecum poterit ſi ſtatim vt cõſtituiſti non ſoluas.* Sed cum id paulo durius Triboniano videretur, plus ſemper æquitati commentitiæ quàm germanæ rationi iuris tribuenti, voluit ille aſperitatem iuris temperare tota hac clauſula addita, *ſed modicum tempus ſtatuendũ eſt non minus decem dierum vt exactio celebretur.* Vt verò locus temperamento inducendo relinqueretur, neceſſe habuit priora illa Pauli verba emendare & pro iis *verius eſt* aliiſve ſimilibus affirmatiuum abſolutũque ſenſum habẽtibus reponere *poteſt quidem dici.* Videamus autem an nõ ſit multo verius & æquius quod Paulo placet ſi ſine die conſtituas, te non teneri. Ratione illa quam ipſe ſubiicit, quòd licèt verba edicti latè pateant *ſi appareat eum qui conſtituit neque ſoluere neque feciſſe l. ſi duo 16. §. ait prætor. eod. tit.* nec diſtinguant vtrum ſine die an in diem conſtitutum ſit, ſi tamen admitteremus valere conſtitutum quod ſine die factum eſſet, conſequens fieret vt confeſtim & ſine vllo interuallo tecum agi poſſet, Actione ſcilicet de conſtituta pecunia, ſi ſtatim atque conſtituiſſes, non ſolueres: quod tamen non modò abſurdum, ſed etiam iniquum eſſet. Quid? inquies, Abſurdum ne eſt ſtatim & incontinẽti nullo interpoſito temporis momento ad ſolutionem vrgeri eum qui ſine die, aut condicione, at purè ſoluere promiſerit? Minimè verò. Sic enim Papiniano placet *in l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig.* vbi defendit hoc ipſum admittendũ eſſe non ſolùm ſi purè quis promiſerit, ſed etiã, quod difficilius videbatur, ſi *hodie dari* ſpoponderit, nec videri præmaturiùs agi nõdum finito ſtipulationis die, quod in aliis temporibus iuris eſt, Nam peti non debere, quod intra tempus comprehenſum ſolui poteſt. In propoſito autem non differendæ actionis cauſa diem inſertum videri, ſed quò præſens oſtendatur, eſſe reſponſum. Sed quamuis abſurdum non ſit vrgeri te ſtatim ad ſolutionem eius quod purè & ſine die promiſeris, tamen abſurdum & vt dixi iniquũ eſſet teneri te in id quod ad uetſarij intereſſet, ob id quod non ſtatim ſoluiſſes. Ita námque fieret vt omnimodo condemnandus eſſes, non ad ſoluendum, ſed ad id præſtandum velut pœnæ nomine, quod præſtare non deberes ſi ſtatim ſoluiſſes. Neque enim fieri poteſt, vt ſtatim ſoluas, atque ita promiſſioni tuæ ſatisfacias, ni eo ipſo inſtãti quo promiſſum eſt ſoluas: quando aliter futurum ſit vt inter inſtans promiſſionis & inſtans ſolutionis alia multa inſtantia intercedant, quæ impediant, ne ſtatim ac debuiſti ſoluiſſe videaris. Atqui cùm quis conſtituit ſe ſoluturum quod debet, vis & poteſtas conſtituti non in eo elucet, vt obligetur ad ſoluendũ, [Quid .n. ſi iam obligatus erat ex ſtipulatione?] ſed vt ſi fidẽ fregerit nec eo ipſo tẽpore ſoluerit quo ſoluere debuit, teneatur actione de cõſtituta pecunia, *quanti res eſt,* id eſt quanti eius intereſt cui fuit conſtitutum. Errat enim ſi quis exiſtimat actionem hãc in id dari vt quod conſtitutum eſt fiat: Nam ſi ita eſſet, nihil illa adderet, nullámq. adferret vtilitatem quoties is conſtituiſſet, qui iam antea non tantùm honorario, ſed etiam ciuili iure ad idipſum dandum obligatus fuiſſet. Datur ergo vt cæteræ ferè omnes prætoriæ in id quod intereſt, vt conſtat *ex l. qui autem 14. §. ſed etſi quis eo. tit.* Quod eſſet apertius ſi integrum edicti contextum haberemus. Sed tamen ex reliquiis illis quæ ſuperſunt in d. §. ait Prætor, *ſi appareat eum qui conſtituit neque ſoluere neque feciſſe neque per actorem ſtetit quominus fieret quod conſtitutum eſt,* facile eſt conijcere prætorẽ grauius quiddam ſanxiſſe in eum qui conſtituti fidem fefelliſſet, quàm vt ſoluere teneretur quod nondum ſoluiſſet. Etſi enim *quanti res eſt,* rem ipſam quæ debetur, aut eius preciũ continet vt & *in l. promiſſor hominis 23. eo. tit.* interdum tamen excedit & egreditur rei precium *l. 1. ff. de act. empt. l. in interdicto 6. ff. de vi, & vi arma.* puta ſi aliunde pluris interſit. Id ergo ſibi vult Paulus, non poſſe conſtitutũ valere quod ſine die factũ ſit, quoniam alioqui dicendũ eſſet ex eo teneri conſtitutorẽ ad præſtandũ omnimodo creditori quanti ipſius intereſſet, quaſi rupta per conſtituentem fide ob id ſolùm quod in eo ipſo inſtanti quo conſtituiſſet non ſoluiſſet. Denique licèt verba prætoris conſtituta omnia ex conſenſu facta cuſtodire volẽtis latiſſimè pateant, voluit tamẽ ille vt in poteſtate conſtituentis eſſet ſatisfacere, ad hoc vt quis non ſatisfeciſſet, teneri de conſtituto poſſet. At fieri nequit vt in eius poteſtate ſit ſatisfacere, qui ſine die conſtituit ſe ſoluturũ, niſi tum etiam cùm loquitur, & conſtituit ſoluat. An non verò implicat contradictionem, vt in ipſo actu conſtituendi ſoluat, qui per verba futuri temporis conſtituit ſe ſoluturum? Et verò non niſi in diem fieri conſtitutum potuiſſe apparet ſatis ex *d. l. ſi duo §. vlt.* vbi Vlpianus quærit, an verba illa Prætoris, *neque feciſſe reum quod conſtituit,* ad tempus conſtituti pertineant, an potiùs ad litis vſque conteſtationem trahenda ſint. Et magis probat vt ad tempus conſtituti pertineant. Tempus enim conſtituti intelligitur in diem in quẽ, non in quo conſtitutum eſt, *vt & in l. ſtemilla 18.* in illis verbis, *& puto & hac ad diem conſtituti referenda,* vt apparet ex iis præcedentibus, *ſi fortè ad diem conſtituti per actorem non ſteterit, ante ſtetit vel poſteà.* Quomodo enim potuit ſtare per actorem ne cõſtituto ſatisfieret ante diem, quo conſtitutum factum eſſet? Idque & Paulus exprimit apertius *in l. ſed etſi 15. eod.* cùm ait verba illa, *neque feciſſet,* hoc ſignificare, vt neq. in diem in quem conſtituit, fecerit, neq; poſteà. Quæ cùm ita ſint, quis admittat temperamentum illud Triboniani, vt ſi quis ſine die conſtituat ſe ſoluturum, teneatur ex conſtituto, ſed hactenus tamen, vt modicũ ſpacium ſtatuendũ ſit, & quidem non minus quàm decem dierũ, vt exactio celebretur? Quid enim ſi quod iam debebatur in eo erat, vt ante decẽ dies ſolui deberet? Quis probet eum cui cõſtitu-

tum

tum fuit, admittendo conſtitutum putum, & ſine die conditionem ſuam in eo duriorem feciſſe, vt tardiùs debitum exigat, quod nullo facto conſtituto citius exigere potuiſſet? Sed etſi quoties dicimus ſtatim quid & incontinenti fieri debere, placet prudentibus ciuili interpretatione latiùs & pinguius id accipiendum, ac vt græco vocabulo exprimunt ἐν πλάτει *l. penultim. De condict. tritic. l. ſi arbiter 28. ff. de probat. l. ratum autem 13. l. quod dicimus 105. de ſolut. l. 1. §. item ſi ita legatum. ff. ad leg. Falcid. l. Diuus 7. de in integ. reſtit. l. ſi ita quis 135. §. Seia de V. O. l. quo enim 12. §. Iulianus rat. rem hab.* quis tamen prudentum induxit vnquam tale temperamentum, vt ſtatim factum diceretur quod intra decem dies proximos factum eſſet? An non ex contrario pleriſque locis ſcribunt temperamentum illud quod & laxamentum vocant, nihil aliud eſſe quàm modicum temporis ſpacium nec maximum nec minimum, & quod magis intellectu percipi quá elocutione exprimi poſſit? *d. l. ratum 13. de ſolut. & d. §. Iulianus.* An verò tale eſt, obſecro, temperamentum illud Tribonianeum decem dierum? Taceo quod illa locutio, *exactio celebretur*, pro eo quod prudentes dicunt, *agi poſſe*, tam frequens & celebris eſt Triboniano, vt ex Iuſtiniani conſtitutionibus apparet, quàm inſolens eſt & inuſitata Iureconſultis. Sed neque conuenit actioni De conſtituta pecunia de qua Paulus tractat. Neque enim per eam exigitur id quod ante conſtitutum debebatur, ſed ad hoc agitur, vt ob nō ſolutum vel factum id quod conſtitutum fuit, præſtetur quanti res eſt. Cæterùm ex eo ſolo quod ſine die factum eſt conſtitutum, non inducitur, vt præſenti die exigi poſſit, quod alioqui nondum debebatur, ſed tantùm producitur actio de conſtituta pecunia, ad obtinendam condemnationem eius quod intererit creditoris. Itaque non erat cur Tribonianus inepto illo ſuo temperamento prouideret, ne tam citò fieret exactio, ſed potius ne actio de conſtituta pecunia tam citò naſceretur aduerſus eum cui nihil poſſet imputari cur conſtituti fidem non impleuiſſet. Atqui nec verendum hoc erat, cùm Paulus dixiſſet non valere conſtitutum. Ineptus ergo Tribonianus, qui contra iuris regulas vult valere, vt oneret & obliget conſtituentem. Ineptior verò ſibique parum conſtans, qui vt conſtituenti parcat, non vult ab eo ante decem dies exigi quicquam poſſe. Quid enim neceſſe eſt, Triboniane, vt conſtitutū valere dicas fauore creditoris qui imputare ſibi debeat, cur nō in diem certum cōſtitui ſibi curauerit? Aut ſi fauere vis creditori, cur in decimum vſque diem differs non ſolùm actionem de conſtituta pecunia, de qua tantùm dubitari poterat, ſed etiam exactionem omnem, & conſequenter illam quoque quæ ex priore obligatione ante decimum fortaſſis diem fieri potuiſſet, ac de qua minimè dubitabatur? At quid ſi quis hodie ſoluturum ſe conſtituerit? Ferè eſt vt ſine die conſtituiſſe videatur, ac proinde vt nec valeat conſtitutum. Sic enim Papinianus ſenſiſſe videtur *in d. l. liber homo* 118. *§. decem hodie de verb. obligat.* nihil intereſſe an quis ſine die, an hodie dare promittat, quoniam vtroque caſu ſtatim & eo ipſo die conueniri poteſt. Sed tamen quod ad propoſitam de conſtituto quæſtionem attinet, non ita eſt. Quin potiùs conſtitutum valere dicendum eſt, quod non valeret ſi ſine die conſtitutum factum eſſet. Hæc cur tam variè? Quia cum de ſtipulationis viribus agitur, nihil refert an hodie an poſtridie promiſſor conueniatur vt ſoluat quando vtroque caſu eſt obligatus, & vtraque valet ſtipulatio, nec niſi de exactione dubitari poteſt, an eo ipſo die cōpetat quo ſtipulatio interpoſita eſt, an in alium diem differenda ſit. Cùm verò de conſtituto diſputatur, refert valde an in diem factum ſit, an ſine die. Priore caſu valet, poſteriore non valet: ea ratione, quia ſi valeret, ſequeretur eodem inſtanti & obligatum fuiſſe conſtitutorem, & fidem fefelliſſe, & actioni de conſtituta pecunia ob fractam fidem obnoxium factum eſſe: quę tamen omnia ſiue naturæ ſiue iuris ordinem ſpectes, fieri nō poteſt vt vno eodémq; inſtanti perficiantur. Quæſtio igitur eo recidit, An qui hodie ſe ſoluturū conſtituit, ſine die conſtituiſſe exiſtimetur. Et conſtat non ſine die conſtitutum dici poſſe quod præſenti die conſtitutum eſt: Ideóque & hoc caſu ceſſare rationem, quæ conſtituto ſine die facto obſtaret, quia quandiu dies ille præteritus non eſt, non poteſt videri fidem fregiſſe qui præſenti die ſoluturū ſe conſtituit, ob idque nec ante naſci poteſt actio De pecunia conſtituta quàm dies ille præterierit, quoniā non dat prætor eam actionem aduerſus conſtitutorem ob id ſolùm quod conſtituerit, & conſtituendo ſe obligauerit, ſed ob id potiſſimum quod conſtituti fidē fregerit *l. 1. d. l. ſi duo 16. §. ait prætor. de pecun. conſtit.* In quo differt manifeſtè hæc actio ex conſtituto ab ea quæ competit ex ſtipulatione. Illa enim vt naſcatur & detur ſufficit purè obligatum eſſe promiſſorē, nec requiritur vt fidem iam fefellerit. Quare & ſi quis hodie dari ſpoponderit, vtiliter ex ſtipulatu conuenitur, eo ipſo die, non ſecus ac ſi purè & ſine die promiſiſſet, quia purè obligatus intelligitur: quáuis negari non poſſit quin ſi vel vltima eius diei hora ſoluat, fidem impleuiſſe videatur. Stipulatio. n. ob id dūtaxat interponitur, vt promiſſor obligetur ad ſoluēdum: Conſtitutum autem ad hoc vt qui iam debet, ſi non ſoluat eo modo quo ſe ſoluturum conſtituit, grauiùs & citiùs eo nomine ob fidem ruptam condēnetur, quaſi in pœnam, licet actio ipſa rei perſecutoria ſit, non pœnalis *d. l. item illa 18. §. pen.* Idq; eſt, ſi benè video, quod Vlpianus tractat *in l. 3. eo. tit.* Si is qui iure ciuili & prætorio debebat in diem ſit obligatus, poſſe cū conſtituendo obligari, quia propter has potiſſimùm pecunias quæ nōdum peti poſſunt cōſtituta ſint inducta, *quam ſententiam*, inquit, *non inuitus probarem. Habet enim vtilitatē vt ex die obligatus conſtituendo ſe eadem die ſoluturū teneatur.* Eadem enim die intelligo, non in quam, ſed in qua conſtitutum fuit: vt accommodata ſit ratio illa pręcedens quòd conſtituta ob eas præſertim pecunias inducta ſint, quę alioqui nondum peti poſſent. Nam ſi aliter interpreteris. Vt nimirum quis conſtituerit ſe ſoluturum eadem die qua vt ſolueret iam obligatus erat, non facilè poſſis dicere cuius vtilitatis futurum ſit conſtitutum, Niſi illius fortaſſe, vt elapſa die qua ſolui ex ſtipulatu debuit, videatur conſtitutor fidem fregiſſe, & idcirco teneri incipiat actione De conſtituta pecunia eo ipſo inſtanti quo ex ſtipulatu actio naſcitur. Quod quanquam ita eſt, fateri tamen te oportet multo maioris vtilitatis fore conſtitutū ſi ſic factū proponatur vt eo ipſo die ſoluturum ſe quis conſtituerit quo conſtituit. Quidni ergo potiùs ea interpretatio accipietur? Triboniano tamen alia magis placuit, qui verba illa *eadē die* interpretatus de die in quā collata erat prior obligatio, ſubiecit ex Paulo tāquā diuerſū quid & magis mirabile, *ſed etſi citeriore die cōſtituat ſe ſoluturū, ſimiliter tenetur.* Deniq; nihil intereſſe arbitror an quis ſoluturū ſe conſtituat eo ipſo die quo conſtituit, aut quo iam ex anteriore obligatione vt ſolueret obligatus fuit: Nec rurſum an conſtituat id ſe ſoluturum quod purè debebat, an quod in diē ſiue longiorē, ſiue cite-

rioſem, dummodo nõ conſtituat ſine die. His enim omnibus caſibus valet conſtitutum, quia ſufficit debitum aliquo modo ſubeſſe id quod conſtituitur, & ſic fieri conſtitutum vt cõſtitutori liceat fidem implere ſi velit. Quod verò in diem debetur, nemo neſcit perinde deberi ex quo die ſtipulatio interpoſita eſt atque ſi iam dies veniſſet. Sufficit enim quòd dies ceſſerit. In quo obſeruanda eſt differentia illa elegans & perpetua inter diem certum & conditionem, quòd ea quæ ſub conditione debentur ſi modo non ſit illa omnino extitura, nullo modo deberi intelliguntur, vtpote quorum diẽs nec venerit nec ceſſerit. Inde enim illud eſt quod Paulus noſter ait *in l. id quod 19. eo. tit.* Id quod ſub conditione debetur ſiue purè ſiue certo die conſtituatur, eadem conditione ſuſpendi, vt exiſtente conditione teneatur, deficiente vtraque actio depereat. Nimirũ quia certi iuris eſt conſtitutum non valere niſi præcedens aliqua ſubſit iam nata obligatio, quamuis vt ea obligatio ſit efficax ad agendum non ſit neceſſe *l. 1. §. debitum & ſeq. l. hactenus 11 eo. tit.*

Alia quædam obſeruata, & emendata in eo. tit ff. de conſtit pecun. & ad l. ſi heres 73 ff. ad S.C. Trebell.

Capvt v.

ALter locus eſt qui nobis videtur à Triboniano in eod. tit. immutatus, *in l. ſi poſt conſtitutã 22.* vbi ex Paulo proponitur, Si poſt conſtitutam tibi pecuniam hereditatem ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtitueris, quoniam ſortis petitionẽ tranſtuliſti ad alium, denegandam eſſe tibi pecuniæ conſtitutæ actionem, Idemq; eſſe in hereditatis poſſeſſore poſt euictam hereditatem: id eſt vt de conſtituta ſibi pecunia eo tempore agere non poſſit. Tum ſubiicitur, *ſed magis eſt, vt fideicommiſſario vel ei qui vicit decernenda eſſet actio.* Hunc verò verſiculum ego Triboniani eſſe contendo. Nam neq; Paulo conuenit neq; iuris rationi. Non Paulo, quia non de illo dubitabat, an fideicõmiſſario vel ei qui hereditatis poſſeſſorem viciſſet, danda eſſet actio conſtitutę pecunię poſt reſtitutam aut euictam hereditatẽ [quis enim prǽter Tribonianum dandam putaſſet iis quibus conſtitutum non fuiſſet?] ſed de illo tantùm an iis ipſis quibus cõſtitutum fuerat dari deberet. Nam cùm ab initio conſtitutum tenuerit, nec ea actio in fideicommiſſarium aut in victorem tranſlata ſit, videri poterat non eſſe iis deneganda quibus vtiliter quęſita ſemel fuiſſet. Quòd ſi ea actio in fideicõmiſſarium aut in victorem tranſlata fuiſſet, dubitationi ſanè locus nullus relinquebatur, quin iis à quib. trãſlata eſſet competere ampliùs nõ poſſet. Nec debuerat Paulus eam rationẽ prætermittere quęerat longè efficacior quàm illa quę expreſſa eſt, *quoniam ſortis petitionem tranſtuliſti ad alium.* Siquidem multo plus eſt actionem ipſam conſtitutæ pecuniæ de qua quæreretur, quàm ſortis petitionem ex cauſa priſtinæ obligationis hereditariæ ad alium tranſtuliſſe: Cùm neq. nouum ſit, vt quod vni debetur alteri cõſtituatur, alieno ſcilicet nomine non eius cui conſtituitur. *l. enim qui 5 § quod exigimus eod. tit. iunct. l. ſed etſi 7 §. 1. & l. & licet. 15. eo.* Nouum autem ſit adeoq; impoſſibile, vt actio in alium trãſlata illi ipſi adhuc competat qui trãſtulit. At ſola ratio illa placet Paulo propter quam actio de conſtituta pecunia deneganda ſit heredi poſt reſtitutam hereditatem, quòd is petitionem ſortis in alium tranſtulerit. Nam cùm nec aliter valeat conſtitutum quàm ſi debeatur id quod cõſtituitur, licet ei ipſi cui conſtituitur deberi non ſit neceſſe, conſequens eſt vt ſi is cui tanquam creditori cõſtitutum eſt cùm re vera eſſet creditor, priſtinam veterẽmq; obligationem in alium trãſtulerit, conſtituti beneficium abieciſſe videatur, ſiue vltro ſiue ex neceſſitate ea tranſlatio facta ſit, quia ſuperueniens mutatio efficit, vt credendum ſit debitorem non fuiſſe conſtituturum heredi quod ei debebat tanquam heredi, ſi hoc ipſum debitum in alium mox tranſlatum iri ſperaſſet, quia nec ei cõſtituendi cauſſa vlla ſatis iuſta fuiſſet. Cur enim eiuſdem pecuniæ nomine duobus ſe debitor obligaſſet? Itaq. minus iuris heredem hoc caſu habere æquum eſt quàm ſi iam reſtituta ex Trebelliano hereditate, atq; ita tranſlata in fideicõmiſſariũ ſortis petitione, heredi ipſi conſtitutum fideicommiſſarij nomine fuiſſet. Ceſſaret enim eo caſu ratio illa quæ iſto potiſſimùm heredi nocet, quod conuentiones omnes eam tacite interpretationem recipiant ſi res maneat in eodem ſtatu: ſibiq. imputare debitorem oporteret, cur quod vni debere ſe ſciret, alteri cõſtituiſſet. Cæterum neq. ex eo quod Paulus ait tranſlatã fuiſſe ſortis petitionem ab herede in fideicommiſſarium, neq. rurſum ex eo quod infert denegandam idcirco heredi actionem de cõſtituta pecunia, inferre rectè poſſis, ſic viſũ Paulo vt actio illa conſtitutæ pecunię in fideicommiſſarium tranſlata videatur. Obſtat ẽ mera rectáq; ratio iuris. Nam cũ tota illa tranſlatio de qua tractamus, facta ſit autoritate Senatuſcõſulti Trebelliani, Senatuſconſulto autem non aliæ actiones transferantur quàm quæ heredi aut in heredem ex hereditaria cauſa competierunt *l. 1. ff. ad Senatuſ. Trebell.* apparet actionem hanc pecuniæ conſtitutæ quæ numquam fuit hereditaria, ſed heredi ex proprio facto acquiſita, licet occaſione debiti hereditarij, transferri in fideicommiſſarium non potuiſſe. Et verò cum ea reſtitutio quæ fit ex Trebelliano ſit neceſſaria, & talis quam vel ab inuito herede fideicommiſſarius extorquere poſſit, nihil cauſſæ eſt cur eam ita interpretemur vt plus faciat, quàm neceſſe ſit ad hereditatis commoda in fideicommiſſarium transferenda. Atqui ſola petitione ſortis non etiam actione conſtitutæ pecuniæ in fideicommiſſarium tranſlata habet ille quicquid iuris heres tanquam heres & ex hereditate habuit. Cur ergo illud prætereà inducamus vt actionem quoque de conſtituta pecunia quam non à teſtatore nactus eſt, ſed aliunde ſibi quæſiit ex ſola conſtituentis voluntate, in fideicommiſſarium tranſtuliſſe exiſtimetur? Eóque pertinet quod Marcellus ſcribit *in l. ſi heres 73. D. ad S.C. Trebell.* Si heres pecuniam hereditariam crediderit, & in eam cauſſam pignora acceperit, actiones ei cui reſtituta fuerit hereditas aduerſus ipſa pignora competere non poſſe. Sed etſi in eum contractum qui à defuncto fuerit interpoſitus heres antequàm reſtitueret hereditatem pignora acceperit, quamuis caſus hic paulo maiorem dubitationem habeat, nec hic tamen admittendum eſſe ex fideicommiſſo, ſed habiturum duntaxat aduerſus heredem actionem, vt extorqueat ceſſionem. Ceſſio igitur neceſſaria eſt non ſufficiente tranſlatione illa quæ fit per vniuerſalem hereditatis reſtitutionem. Quamquam & illud quoque mihi valde ſuſpectum eſt vt fideicommiſſario actionem demus per quam adigat heredem vel inuitum ad ceſſionem hypothecariæ quam ſibi heres propria conuentione acquiſiuerit. Quænam enim actio illa eſſe poteſt niſi ex teſtamento aut vt Marcellus loquitur, & quod idem eſt, ex fideicommiſſo? Qua verò ratione fieri poteſt vt ex teſtamẽto detur actio ad id conſequẽdũ quod neque penes teſtatorem, neq. in hereditate vn-

quam

quam fuit, neque in fideicommiſſi reſtitutionẽ quæ ex Senatuſconſulto Trebelliano pleniſſima fit, venire potuit? Sed & quomodo fieri queat, vt poſt reſtitutam hereditatem tranſlatáſque ipſo iure actiones omnes quæ heredi & in heredem ex cauſſa hereditaria competierant & conſequenter poſt tranſlatam actionem pecuniæ à defuncto ipſo creditæ, ſuperſit hypothecaria in perſona heredis, qui ipſe pignora in eam cauſſam acceperat ante reſtitutionem, vt actionem illam hypothecariam cedere ex poſtfacto poſſit, tametſi maximè velit? Quis neſcit actionem hypothecariam vſque adeò acceſſoriam eſſe debiti principalis, vt nec ei cui nihil debetur acquiri, nec ei cui aliquando debitum fuit, vel momento vno temporis poſtquam deberi deſiit, ſalua manere poſſit? Nimirũ, cùm eius debiti etiam intereſſe. Nam ſi ipſius interſit, fateor hypothecariã durare quandiu ſolutũ aut aliter ſatisfactũ nõ eſt, licet neque principalis obligatio vlla, neque vinculũ & ius ipſum pignoris ſuperſit, vt docuimus lib.7.c.18. Atqui heredis qui aut pecuniam hereditariã credidit eiúſque nomine pignora accepit, aut in cauſſam cõtractus à defuncto interpoſiti etiã de pignore cõuenit, nihil poteſt intereſſe poſt reſtitutam ex Trebelliano hereditatem. Qui ergo fieri poteſt vt pignora quæ acceperat maneant ipſi obligata? *arg. l. Granius 71. de fideiuſſ.* in illis verbis *vt quemadmodũ incipere alias non poſſunt ita nec remaneant.* Nam ſi dicas vel ob id ſaltem ipſius intereſſe quod futurum ſit vt ad eam actionem cedendam fideicommiſſario teneatur, Reſpondebo, Imò verò prius eſſe vt actionem ſuo iure habeat, quàm vt ad eam cedẽdam obligetur. Nemo .n. ex eo ſolùm poteſt ſibi actionem quærere aut retinere, quod eam ſi haberet, alteri cedere cõmodè & vtiliter poſſet. Sed ex contrario dicimus cogi quẽ cedere & præſtare actionem quam habeat, quoties aut ſine vllo ſuo diſpendio id facere poteſt *l. in creditore 38. D. de euict.* aut ob id dũtaxat tenetur quod actionem habeat *l. item veniunt 20. §. ait Senatus placere. D. de petit. hered. l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul. l. 2. §. perueniſſe. D. de hered. vel act. vendit.* Eiúſq. rei exemplum accommodatũ non pro fideicommiſſario ſed cõtra fideicommiſſarium ſumi poteſt *ex l. quod ſi in diem 16. §. vlti. D. de petit. here.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit, Si quis ex cauſſa fideicommiſſi reſtituerit hereditatem, vel ſingulas res præſtiterit, peti ab eo hereditatem poſſe, quoniam habet condictionem earum rerum quæ ſunt ex hac cauſſa ſolutæ, & veluti iuris poſſeſſor eſt, ſed etſi precia rerum quas diſtraxit ex cauſſa fideicommiſſi ſoluerit, peti ab eo hereditatem poſſe quia repetere poteſt: Verùm his caſibus actiones ſuas duntaxat eũ præſtaturum cõtra fideicõmiſſarium, Nẽpe quia nec ob aliã cauſſam tenetur vt cedat actiones, quàm quòd eas habeat. At vt contrà permittendum ſit heredi rogato hypothecariam retinere poſt reſtitutam hereditatem aduerſus iuris rationem, ob hoc tantùm vt eã cedere fideicommiſſario ex interuallo poſſit, neque vſpiam ſcriptum eſt, neque ſcribi potuit. Itaque ſi quis totum illum verſiculum *tamen habet aduerſus heredem actionem vt ei cedat pro pignoris cõmodo actionem.* qui Marcello tribuitur, Triboniani eſſe dixerit, is meo iudicio nõ errauerit. Videtur .n. Tribonianus eò duntaxat æquitatis colore motus, quòd neque interſit debitoris qui pignora dedit vtri ſint illa obligata an heredi an fideicõmiſſario quandiu ipſe manet obligatus (cùm vnica ſolutione totam pignoris obligationem ſit extincturus, tantóq. facilius ſi in fideicommiſſariũ, cui omnimodo ſoluendũ eſt, vtraq. actio & perſonalis & hypothecaria tranſlata proponatur) neque heredis qui iam hereditatem reſtituit quando in ipſius perſona non poſſit non inutilis eſſe hypothecaria poſtquàm deſiit eſſe creditor. Et ſanè id non inuitus probarẽ ſi qua poſt reſtitutionem actio hypothecaria penes heredem ſupereſſet. Sed cùm nulla ſuperſit, conſequens eſt nullam quoq. fieri ceſſionem poſſe. Priuſque erat vt Tribonianus inſpiceret an aliqua eſſet actio quæ cedi poſſet, quàm vt quæreret vtrum debitoris aut heredis aut fideicõmiſſarij intereſſet. Alioqui æquè poſſis cõtendere, fideiuſſori qui pro debitore ſoluit cedendam eſſe aut cedi poſſe à creditore ex interuallo actionem aduerſus confideiuſſores, aut debitorem, quia nihil interſit creditoris, ac ne quidem debitoris, poſſit autem permultum intereſſe fideiuſſoris qui ſoluit. Et tamẽ ratio iuris obſtat ne id admittendũ ſit, quia fieri nequit vt poſt extinctã ſolutione obligationẽ omnẽ, actio quæ nulla amplius ſupereſt, aliqua cedatur, vt nos contra Carolũ Molineum plurib. diſputauimus *lib. 11. ex l. Modeſtinus 76. D. de ſolut. & l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Ergo neque illud admitti poteſt vt poſt reſtitutam ex Trebelliano hereditatẽ hypothecaria cedi poſſit ab herede, cui deberi & cuius intereſſe deſiit. Etſi .n. debiti obligatio principalis ſupereſt quæ in fideicommiſſarium tranſlata fuit, nõ põt tamen ea res ſufficere vt hypothecaria heredi ſalua maneat poſt reſtitutionem. Nullo .n. iuris loco reperias fieri poſſe vt perſonalis obligatio vni, hypothecã alteri acquiratur. In quo differt ius hypothecæ à iure pecuniæ cõſtitutæ. Nã licèt vtrumq. ius ſit acceſſoriũ nec poſſit aut hoc aut illud ſubſiſtere ſi nulla præcedat obligatio, tamẽ cõſtitui, vt diximus, etiã ei põt cui nihil debetur, dũmodo alij debeatur, & alieno nomine cõſtituatur. At pro alieno debito pignus ei dari cui nihil debetur, nunquam poteſt, ne alieno quidẽ nomine. Neque tamen huic conſequens eſt, vt actio de conſtituta pecunia facilius quàm hypothecaria in fideicommiſſarium transferatur, aut poſt reſtitutionem ei cedi poſſit. Eſt .n. multo difficilius vt actio conſtitutæ pecuniæ acquiratur ei cui non fuit conſtitutum, quàm vt conſtituatur ei cui non fuit debitum. Planè ſicuti non putarem dubitãdum quin hæres qui pignus ſiue pro ſuo ſiue pro hereditario cõtractu accepiſſet, hereditatem reſtituendo, hypothecaria quoque actione fideicommiſſario vtiliter cedere ſi vellet, poſſet. Quid enim obſtaret? Ita & in ipſa hereditatis reſtitutione fieri poſſe putem, vt fideicommiſſaria cedatur actio conſtitutæ pecuniæ, ipſi heredi proprio iure pactóque quæſita: Neque enim difficilius ceditur actio perſonalis quàm hypothecaria. Neque in ea ceſſione voluntas exquirenda eſt conſtitutoris, dicturi fortaſſe, conſtituiſſe ſe heredi, nec æquè fuiſſe cõſtituturum fideicommiſſario: Tritum enim eſt debitorem etiam inuitum cedi poſſe *l. 1. C. de nouat. & delegat.* Cæterum poſt reſtitutionem fieri non poteſt, vt vel hæc vel illa cedatur, cum neutra competat heredi: qui vtiq. nec fideicommiſſarij procurator cenſendus eſt *l. poſtulante 44. in fi. D. ad S.C. Treb.* Sed etſi pro procuratore haberetur, non eò magis tamen actio de cõſtituta pecunia aut ipſo iure tranſlata videri poſſet aut per ceſſionem transferri. Nam quemadmodum quod placuit, procuratori conſtitui poſſe. ita interpretandum eſt vt ipſi procuratori cõſtitui oporteat, non domino *d. l. eum qui. §. Iulianus lib. D. de conſt. pecun.* Ita & actionem illam quam procurator ſibi non domino quæſierit, ſpecialiter cedi neceſſe eſt vt

in dominium transferatur *arg. l. poſſeſſio 40. §. vlt. de acq. poſſ.* Sera autem & inutilis ceſſio eſt quæ fit poſt reſtitutionem & eo tempore quo cedens ipſe agere ſi vellet non poſſet, tranſlata ſcilicet iam per eum petitione ſortis in alium. Obſeruandum autem eſt loqui Paulum de hereditatis reſtitutione facta ex SC. Trebelliano, ad differentiam eius quæ olim fieri poterat ex Pegaſiano, id eſt deducta quarta. Ex Trebelliano enim fieri dicebatur, cùm tota hereditas ſine vlla deductione reſtituebatur. Quo caſu abſolutè dici poteſt denegandam pecuniæ conſtitutæ actionem ei qui totius ſortis petitionem in alium tranſtulit: Non etiam ſi ex ea ſorte aliquid penes heredem pro Falcidiæ iure remanſerit. Nam & pro ea parte ſaluam illi manere actionem de conſtituta pecunia dicẽdũ eſſet: Ceſſante nimirũ pro ea parte, ratione illa qua Paulus mouetur, *quoniam ſortis petitionem tranſtuliſti, ad alium.* In poſſeſſore hereditatis à quo euicta ſit hereditas licet idẽ iuris Paulus conſtituat, non tamen videtur eadem ratio locum habere. Nihil enim ei poteſt imputari cùm nihil fecerit, nec ſortis petitionem in aliũ ipſe tranſtulerit. Sed cùm nullo iure poſſederit hereditatem, non debet melioris eſſe conditionis quàm heres fiduciari⁹ qui ſuo iure & ex teſtatoris voluntate hereditatem poſſedit, in tẽpus vſq; factæ reſtitutionis. Nec quod poſſeſſoris condemnati factum nullum interuenerit ad transferendam petitionem ſortis in verum heredem, facere debet vt de conſtituta pecunia poſt cõdemnationem ſalua ipſi manere debeat actio. Non enim tranſlatione vlla opus fuit, cùm in hereditate nullum ille ius haberet. Quominus dubitari poterat quin ei deneganda eſſet actio eius pecuniæ nomine quam ſibi proprio nomine & tanquam heredi cùm heres nõ eſſet conſtitui paſſus fuiſſet. Nam & ſi quid ille putans ſe verum heredem, cùm heres non eſſet, conſtituiſſet, de conſtituta pecunia conueniri non poſſet *l. vlt. eo.* Illa fanè dubitatio erat probabilior, An cõſtitutum ipſi factum prodeſſe vero heredi deberet. Plus enim iuris habere videbatur ex cõſtituto quod falſo poſſeſſori, quàm fideicommiſſarius ex eo quod vero heredi factum eſſet, ſiquidem conſtituti tempore hereditas cui debebatur, iam ad eũ pertinebat. Sed tamen verius eſt, vt quod poſſeſſor alienę hereditatis pactus ſuis heredi qui poſteà vicerit, prodeſſe nõ debeat, ſicut nec nocere, vt apertè idem Paulus noſter ſcribit *in l. ſi ſibi decẽ 17. §. pen. de pact.* Ex quo loco fit apertius, non poſſe eiuſdẽ Pauli verba eſſe quæ nos Triboniano adſcribim⁹ *in d. l. ſi poſt conſtitutam.* Eadẽ namq; ſolet eſſe ratio pacti & conſtituti *l. qui autem 14. §. vlt. de conſt. pecun. iunct. l. 2. ff. de pact.* Sicut & eadẽ ratio æquitatis prætorem mouit vt & pacta & conſtituta defenderet *l. 1. eod. tit. l. 1. de conſt. pecun.* quod graue ſit fidem fallere, nec quicquam magis bonæ fidei conueniat quàm pacta ſeruari. Et verò quid aliud eſt conſtitutum quàm pactum de pecunia iam debita ſoluẽda interpoſitum? Itaque non poſſum mihi temperare quin rideam, mirérque ſimul, quoties lego virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium vt hos Pauli locos conciliet diſtinguere pactum à conſtituto. Conſtitutum, inquit, eſt acceſſio principalis obligationis, ſequitur ergo heredem, penes quem eſt ſortis obligatio. Pactum autem acceſſio dici nullomodo poteſt. Imò, inquã, pactum acceſſio eſt, cùm pecuniæ conſtituendæ gratia factum eſt, quando, vt dixi, conſtitutum pactum eſt, ceteris tamẽ fauorabilius in eo quod parit actionem prætoriam, quia non interponitur ad inducendam obligationẽ, ſed ad eam quæ iam ſubſiſt fouendam augendámq; Sed & falſum eſt conſtitutum eſſe acceſſionẽ debiti principalis, nec ſi quis pro alio cõſtituat. Is enim pro fideiuſſore quodammodo habetur quidẽ in quibuſdam, ſed non in omnibus vt eodem iure paſſim vtatur, iiſdémq. beneficiis & exceptionibus ſemper gaudeat. Cùm autem idem eſt & debitor & conſtitutor, apertius eſt vtramque obligationem tam priſtinam quàm quæ ex conſtituto naſcitur, æquè principalem eſſe. Adeò vt dubitatum ſit, an qui vna egit alteram conſumpſerit *l. item illa 18. §. vlt. de conſtit. pecun.* Inde eſt quod ſi ex duobus reis ſtipulandi vni conſtitutum, alteri poſteà ſolutũ ſit, tenetur condictione indebiti is cui ſolutum eſt, quia loco eius cui ſolutũ ſit haberi debet is cui conſtituitur *l. idem eſt 10. enim l. præced. eo. tit.* quod vtiq; rationem nullam haberet ſi conſtitutum acceſſionis iure cenſeretur. Neq; enim acceſſio tollere poſſet obligationem principalem quæ in perſona vtriuſque ex correis ſtipulandi par & eadem eſt: quam tamen conſtitutum tollit, quia duplicis obligationis vinculũ fortius & potentius eſt. Enimuerò quis dicat reum promittendi liberatum intelligi ab altero ex reis ſtipulandi, ob id ſolùm quòd alteri dederit fideiuſſorem? Nec quod aliam obligationem præcedere neceſſe eſt, facit vt conſtituti obligatio acceſſoria dici debeat. Niſi eadem ratione dicas obligationes omnes ex conuentionalibus ſtipulationibus profectas, eſſe acceſſorias quia pendent ex negotio contracto *l. 5. §. conuentionales de V. O.* Conſtitutum enim à ſtipulatione non differt niſi animo promittentis *l. 1. §. eum qui de conſtit. pecun.* ſicut & pacta cætera *l. iuriſgentium 7. §. quòd ferè. ff. de pact.* Et verò ſi conſtituti obligatio tanquam acceſſio ſequeretur ipſo iure petitionem ſortis tranſlatam in fideicommiſſariũ per hereditatis reſtitutionem: An non ineptus eſſet Paulus qui quæreret vtrum poſt reſtitutam hereditatẽ aut euictã deneganda eſſet heredi aut poſſeſſori actio quæ iam alteri fuiſſet quæſita? Taceo quod verba illa, *ſed magis eſt vt fideicommiſſario vel ei qui vicit decernenda eſſet actio* demonſtrant ſatis non eam Triboniani ſentẽtiam eſſe, vt actio hæc fideicõmiſſario aut victori competat ex iuris ratione, ſed vt potiùs danda ſit ex æquitate. Nã quę actiones ipſo iure competunt, eę non decerni, ſed vel cõpetere, vel dari dicuntur. Poterat aũt ea ſententia, ſi vera eſſet, commodius ſublici, & ſuperioribus connecti vt rationis loco eſſet, quæ probaret denegandam eſſe heredi fiduciario, actionem de conſtituta ſibi pecunia, itémq. poſſeſſori hereditatis, poſt hereditatẽ vel reſtitutam vel euictã, ſi ita ſcriptũ fuiſſet, *quoniam & fideicommiſſario & ei qui vicit huiuſmodi actio competit.* Neque dubito quin ita Paulus ſcripſiſſet, ſi hac de re idem ille quod Tribonianus ſenſiſſet. Verùm hęc ad Paulum ſufficiant. *In l. vtrũ 27. eo. tit.* puto erratum eſſe in illis verbis, *dominus ei denunciet,* & pro *dominus* legendum *debitor.* Tractat enim Vlpianus eo loco de debitore, pro quo vel pręſente, vel abſente, vel inuito alius conſtituerit. Et ait ex Pomponij ſententia his omnibus caſibus valere conſtitutũ: ideóq. falſam eſſe opinionem Labeonis exiſtimantis, Si poſtquàm conſtituit quis pro alio, debitor ei denũciet ne ſoluat, in factum exceptionẽ conſtituenti dandam: quaſi nõ debeat prętor fauere conſtituto quod pro alio factum eſt, inuito eo pro quo factum ſit. *Nec immeritò, inquit, Pomponius Labeonem reprehendit.* Nã cùm ſemel ſit obligatus qui conſtituit, factũ debitoris non debet eum excuſare: quæ ratio magis ac magis probat noſtram emendationem. De domino enim fruſtra tractemus niſi eũ

aut

aut ſeruo aut à ſeruo conſtitutum fuit, vt *in d.l. cum qui §.vlt.eod.* nec rurſum domini appellatione poſſis debitorem intelligere. Nam quod eſt principalis debitor, conſtituẽs vero vice acceſſionis, nõ facit vt tãto magis dominus dici debeat, præſertim reſpectu eius qui non mandaũe, ſed aut abſente aut inuito illo cõſtituit. Potuit autẽ error naſci ex inſcitia librarij cùm prima tantùm dictionis litera *D* extaret, qua dictiu *debitor* ſignificaretur, id ſatis inſinuante reliquo legis contextu. *In l.id quod ſub condicione 19.§.vlt.eo.tit.* locus ſanè mancus & mutilus eſt, ac ni fallor ita reſtituendus vt legamus *ſi pater vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum quod fuit in peculio, non minuitur obligatio, licet minueretur peculium eo quod ex ea cauſſa obſtrictus eſſe cœperit.* Sequitur namque *& licet peculium interierit non liberatur.* Id enim vnum eo loco agitur vt intelligamus, quod dici ſolet creſcere peculium, & decreſcere & mori, non pertinere ad conſtitutoriam actionem, quemadmodum traditum eſt *in l.ſequenti.* An quòd ſufficiat debitum fuiſſe tum cùm conſtituebatur licet deberi deſierit? Minimè: Sed quia, quod decreſcente peculio minuatur obligatio patris aut domini nõ alia ratione fit, quàm ex priuilegio actionia de peculio, ex parte eorũ qui conueniuntur: vt ex eo apparet quod ſi poſtea idem peculium creuerit, actio quoque de peculio creſcit etiã poſt rem iudicatam licèt nullus ex ea cauſſa interponendis cautionibus locus fiat *l. quoties 47.§.ſi ſemel De pecul.* Item ex eo quod tenet actio de peculio etiamſi nihil tùm fuerit in peculio cùm ageretur ſi modo ſit eo tempore quo iudicatur *l.quaſitum 30. eod.l.Fulcinius 7.§.ſi quis actione D.quib. ex cauſ. in poſſeſſ.eat.* Id autem priuilegium actio de conſtituta pecunia non habet, in ſolidũ enim tenetur quiſquis ex ea conuenitur, id eſt in ſolidam illam quantitatẽ quæ tùm fuit debita cùm conſtitutum factum eſt *l. 1.§.vlt.eod.tit.* vbi hoc ipſum apertè ſcriptum eſt in patre & domino conſtituente id quod debet actione de peculio. Inſpicitur enim tempus conſtituti & quantum eo tẽpore fuerit in peculio, non quid creuerit aut decreuerit. Ex quo manifeſtiùs apparet verum eſſe quod diximus aduerſus Cuiaciũ, Non poſſe conſtitutoriã obligationem acceſſionis iure cenſeri. Alioqui non poſſet obligari pater ex conſtituto niſi quatenus rei iudicandæ tempore in peculio reperiretur ſi peculium poſt cõſtitutum decreuiſſet, exẽplo eius quod in ſimili ſpecie obtinet in fideiuſſore *l.cùm fideiubet 35.D.de fideiuſſ.* Illud enim commune eſt vniuerſis qui tanquam acceſſiones obligãtur vt in duriorem cauſſam accipi nunquam poſſint, acceptique nullo modo obligentur *l.Græcè 8 §.illud commune l.hi qui 34.eod.* Durior autem proculdubio cauſſa eſt patris, qui ex conſtituto tenetur præſtare centum quæ conſtituti tempore in peculio fuerunt, cùm ſi priore actione de peculio conueniretur non niſi quinquaginta deberet quòd nõ plus in peculio rei iudicatæ tempore reperiretur. Sic dicimus, Cùm Stichus aut Pãphilus in principali ſunt obligatione, nõ obligari fideiuſſorem qui Stichum dũtaxat promittat, ſicut nec eũ qui promittat purè quod in diẽ principalia debeat, quia hi omnib. caſibus durior ſit condicio fideiuſſoris *d.l. Græcè §.item accepto & ſeq.* At ſi illud aut illud debitum fuit, nõ eo minus alterum purè & abſolutè cõſtitui poteſt *l. illud aut illud 25.de conſt.pecu.* Et quod in diem longiorem debebatur ſi citeriore adeóque præſenti die cõſtituatur, ex conſtituto debetur vt ſuperiore capite diſputauimus *ex l.quod ſi 3.§.vlt.cum l.ſeq.eod.* Item quod Epheſi ſolui debuit ſi quis alio loco ſe ſoluturum cõſtituerit, tenetur ex cõnſtituto *d.l. cùm qui in princ.* qui tamen ex fideiuſſione ſi ſic fideiuſſiſſet non teneretur quaſi in aliam cauſſam acceptus. Nam nec teneretur ſi in eo ipſo loco ſoluturũ ſe promitteret à quo remotior eſſet quàm reus, vt puta ſi Epheſi fideiuſſor fuiſſet, reus autem Romæ qui Capuæ dari promiſiſſet *l. fideiuſſor. 16.§.ſed & ſi reus de fideiuſſ.* Denique ne ſingula cõgeram quæ eſſent penè innumera, Pro eo qui decẽ promiſit non poteſt accipi fideiuſſor qui promittat decem aut Stichum, quamuis hoc caſu nõ ſit durior eius condicio, imò melior in eo quod habet electionẽ: Quoniã ſcilicet alia cauſſa obligationis eſſa intelligitur *d.l. Græcè § ſi quis Stichum.eod.* Et tamen ſi pro centum debitia frumentũ eiuſdem precij conſtituatur, placet valere conſtitutum *l.1.§.an poteſt de conſtit.pecun.* vbi ratio redditur quòd cùm iam placeat rem pro re ſolui poſſe, nihil etiã prohibet quominùs aliud pro debito cõſtituatur, vt intelligamus conſtitutũ pro ſolutione potiùs haberi *d.l.idem eſt 10.eod tit.* Falſóq; & ridiculè traditum à nonnullis Ioannem Fabrum ſecutis (pace tanti nominis dixerim) omnia quæ in iure diſponũtur de fideiuſſore, locum etiam habere in conſtituẽte. Concludamus igitur conſtitutum adiectionem obligationis eſſe (quia licet ſolutionis inſtar ſit, non tamen perimit priorem obligationem quam perimeret ſolutio aut delegatio *l.vbi quis 28.eo.*) acceſſionem verò nõ eſſe. *In l.& licet 15.eod.tit.* manifeſtum eſt deeſſe negationem in illis verbis *non erit impedimentum quod per liberam perſonam acquirimus* legẽdúmque *non acquirimus.* Siquidem vulgatum eſt nõ poſſe nos per liberam perſonã quæ iuri noſtro ſubiecta ſit nobis acquirere. Eáq; dubitandi cauſſa erat propter quam videbatur non eſſe ferendum vt ſi libera perſona eſſet per quam ego tibi conſtituiſſem, id eſt cui tuo nomine, conſtitutum à me factũ fuiſſet, vlla tibi actio ex eiuſmodi conſtituto acquireretur. Sed reſpondetur, liberam perſonã hoc caſu non nobis acquirere, ſed nudum tantùm miniſteriũ præſtare: quia & paciſci etiam abſentes poſſumus, & per nuncium, & per epiſtolam. Eóq; faciliùs admitti hoc debet in conſtituto quàm in cęteris pactis, quòd cõſtitutum non ſit niſi præcedente iam alia obligatione; & quidem iuſta, id eſt quæ nulla æquitatis exceptione elidi poſſit, licet non ſit neceſſe, vt iure ciuili efficax ſit ad agendum *l.1.§.vlt.& l.3.§.1.eo.* vbi quod ſcriptum eſt *quia debita iuribus non eſt pecunia quæ conſtituta eſt*, non ſic accipi debet vt vtroque iure & ciuili & honorario debitum eſſe oporteat id quod conſtituitur (ſufficit enim vt iure honorario debeatur) ſed ita vt non ſufficiat debitum eſſe iure ciuili ſi iure prætorio, id eſt propter exceptionem aliquam non debeatur. Prætor enim maximè in actione prætoria ex æquitate inducenda plus tribuit iuri honorario quàm ciuili, quoniã nihil niſi æquitatis rationem intuetur. Alia etiam ratio eſt quæ facit vt alij noſtro nomine conſtitui poſſit, nec idcirco tamen nobis per liberam perſonam actio quæri videatur. Nimirum quoniam is cui conſtituitur, neque dicit neque facit quicquam, ſed tantùm admittit conſtitutum patiendo ſibi conſtitui, in quo potiſſimum differt conſtitutum à ſtipulatione ex parte creditoris, vt iam à nobis explicatum eſt pluribus ad *l. pen. hoc tit.lib.5.c.3.* Non enim ſicut in admittendo conſtituto, ita & in ſtipulando nudum miniſterium præſtare dici poteſt in cui noſtro nomine promittitur.

Potuit autem naſci error quem emendamus ex eo quod fortè ſcriptum erat *per liberam perſo. non acquirimus.*

De differentijs inter condicionalem legatarium & creditorem condicionalem.

CAP. VI.

NEc paucæ nec incognitæ ſunt differentiæ inter condicionalem legatarium, & creditorem cōdicionalem, ſed quarum tamen ratio ſatis obſcura eſt. Præcipuæ ſunt hæ: In ſtipulationibus condicionalibus id tempus ſpectatur quo contrahimus *l. ſi filiusfam. 78. de verb. obl.* In legatis tempus euenientis cōdicionis *l. ſi vxorē 5. C. de cond. inſert. l. quæ legata 18. de reg. iur.* Obligationes ex ſtipulationibus cōdicionalibus trāſmittū tur in heredes mortuo ante cōdicionis euētū ſtipulatore *§. cōdicionalis Inſt. de verb. obl.* Legata cōdicionali nō trāſmittū tur *l. 4. 5. & tot. tit. D. quand. dies legat. ced.* Condicionali creditori vſque adeò nihil debetur pendente condicione, vt nec ei cauendum ſit. Legatario autem cauere heres debet de legato ſoluendo exiſtente quandocunque condicione *l. 1. & tot. tit. Vt legat. ſeu fideic. nomin. caueat. D. & C.* Vnde illa etiam differentia, quòd legatarius condicionalis ex edicto prętoris in bona heredis mitti poteſt, creditor autem condicionalis nō poteſt, quia is mittitur, qui poteſt bona ex edicto vēdere *l. pen. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Harum differētiarum ratio ideò potiſſimùm obſcura eſt, quod ex iis apparet meliorem legatarij quā creditoris cōdicionalis rationē in quibuſdā eſſe, in quibuſdā verò deteriorem. Inde namque fit vt defendi non poſſit quod quidam dixerunt legatarium tanto fauorabiliorem eſſe ſtipulatore, quanto fauorabiliores ſunt & pleniores actiones ex teſtamento deſcendentes, quā quæ ex contractu ſtricti iuris. Nam ſi quis hac in re fauori potiùs quàm iuris rationi locus eſſet, an non in eo pręcipuè faueri legatario debuit, vt ſtipulationis exemplo legatum condicionale trāſmitti in heredem poſſet, legatario ante condicionem impletā defuncto? Id enim vel maximi erat momenti, eóque vt videbatur faciliùs admittendum, quòd cùm trāſmittendæ obligationis condicionalis alia ratio non ſit, quàm quia ſpes eſt debitum iri *l. condicionales 54. de verb. ſignif.* [ipſa enim ſpes eſt quæ tranſmittitur *d. §. ex cōdicionali*] negari non poteſt quin legatarius quoque condicionalis ſpem habeat conſequendi legati, condicione ſcilicet eueniente *l. ſi filiofamilias 11. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* vbi Paulus ſcribit, ſi filiofamilias legatum vel fideicommiſſum relictum ſit ſub cōdicione, dicendū eſſe tam ipſum quàm patrem in poſſeſſionem mittendos eſſe, quia ambo ſpem commodi habent. Pater quidem propter ius poteſtatis ſi volet ſibi acquiri. Ac proinde non ratione vſusfructus quem ſolum habet in bonis filij aduentitiis ex Iuſtiniani cōſtitutionibus vt vulgo noſtri interpretantur (fuit enim Paulo ius illud incognitum) ſed ratione dominij, quod olim patri per filium ex omnibus cauſſis acquirebatur. Filius autem, vt hoc etiam obiter moneamus, & quia capax erat iam olim acquiſitionis ſi pater nollet ſibi per filium acquiri vt probauimus lib. 7. cap. 9. Et quia ſperare poterat futurum fortaſſe vt ſui iuris fieret ante condicionis euentum, non quidem patris morte, quæ ſpes deſperationi proxima eſſet, malique ominis plena, ſed emancipatione iuſta, quæ non minus patri quàm filio honorifica eſſe exiſtimatur. Cùm igitur ſpes illa legati condicionalis conſequendi non ſolùm competat, ſed etiā priuilegium habeat miſſionis in poſſeſſionem (quod non habet ſpes nata ex condicionali ſtipulatione vt diximus) nec tantùm in filiifamilias legatarij perſona, ſed etiam, quod magis mirum eſt, in perſona patris qui non eſt legatarius, cur non tranſmittitur in heredem legatarij qui eadem cum defuncto perſona eſſe cenſetur? Auget dubitationem quòd non magis debiti condicionalis quàm legati dies cedit antequàm condicio euenerit *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Item quod ſcriptum eſt in *l. is cui 42. D. de oblig. & action.* eum cui ſub condicione legatum eſt pendente condicione non eſſe creditorem, ſed tunc demum cùm extiterit condicio: eum verò qui ſtipulatus eſt ſub condicione etiam ea pendente creditorem eſſe. Nam ſi ita eſt, cur ergo legatario magis quàm creditori condicionali fauemus vt & ei cauendum ſit pendente condicione & in poſſeſſionem mitti poſſit? Nuſquā n. ſcriptū reperias caueri condicionali creditori, vno illo caſu excepto, *ſi bonorum ſeparatio fiat l. 4. D. de ſeparat.* vbi Papinianus tractans de creditoribus quibus in diem aut ſub cōdicione debetur, ſcribit æquè dari eis ſeparationem *quoniam & ipſis cōmuni cautione conſuletur.* Nimirum quia cautio illa non à debitore aut eius herede præſtatur, ſed à cæteris creditoribus defuncti bona per ſeparationē quaſi in ſolutū accepturis: ne alioqui nulla prorſus videretur haberi ratio eorū creditorum, qui licet ante diē, aut pendente cōdicione nihil adhuc petere poſſint, in eo tamen ſunt vt aliquādo poſſint, exiſtente ſcilicet die vel cōdicione. Nam & ratio hæc facit, vt quāuis in poſſeſſionē mitti cōdicionalis creditor nō debeat, ſi quis ſit qui intercedere & prohibere velit, quia is demū ſic mittitur qui miſſus poteſt bona ex edicto vendere, quod non poteſt creditor condicionalis, vtpote cui nihil debeatur quandiu pendet condicio *d. l. penul. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* in poſſeſſionē tamē mitti ſoleat *l. in poſſeſſionem 6. eod.* quia poteſt ea miſſio vtilis eſſe ſi forte à nemine prohibeatur. Sic enim duos illos Pauli locos qui inuicem pugnare maximè videntur, conciliandos arbitror, non quomodo Iacob. Cuiacius qui libr. 10. Obſer. capit. 32. exiſtimat mitti creditorem condicionalem in poſſeſſionem ſi initium inſpicias, nō etiam ſi effectum. Quaſi verò non poſſit illa miſſio ſufficere, ſuúmque effectum habere ad peragendā bonorū vēditionem ſi poſteà cōdicio exiſtat. Quis enim dicat noua miſſione opus fore? Aut quis creditorem condicionalem ei cōparet qui vel ob falſum creditū vel ob falſam petitionem miſſus eſt in poſſeſſionē, vel qui exceptione potuit ſummoueri? Illi ſiquidem propter nullā cauſſam miſſi dicuntur, quia nec iuſti ſunt creditores *l. 1. §. hac verba ff. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.* At creditor condicionalis verè creditor eſt propter vinculum obligationis iam cōtractum, ex quo futurum omnimodo eſt vt exiſtente quandocumq; cōdicione debitor vel inuitus obligatus reperiatur, licet nihil interim re vera debeatur, quia fieri poteſt vt condicio nunquam exiſtat, *d. l. is cui de oblig. & action. l. creditores 10 de verb. ſignif.* Nec eo magis tamen huic quàm illis prodeſſe poteſt edictum prætoris quo vim fieri vetat ei qui in poſſeſſionem miſſus ſit: quoniam ea verba edicti *quanti ea res fuit ob quā in poſſeſſionē miſſus erit* tempus illud præcisè demonſtrant quod fuit cùm miſſio fieret. Quo tēpore inſpecto non poteſt videri quicquam intereſſe creditoris condicionalis, imò nec creditoris in diem *l. Fulcinius 7. §. ſi in diem quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* cuius tamē ſolet alioqui lōge melior in quibuſdā eſſe cōdicio quā creditoris cōdicionalis. Illud n. vtriq; commune eſt vt neuter actionem habeat, & petitionem niſi poſteaquam venit dies aut condicio extitit. Difficilis itaque inueſtigatio eſt rationis, propter quam tot, támque diſcrepantes differentiæ inductæ

ſint

ſint inter legatarium & creditorem condicionales. Scio Accurſium & vulgares interpretes *ad d. l. quæ legata*, eam rationem reddere, quod in contractibus factum filij verſetur, in legatis non æquè. Sed ratio illa præter id quod iuri conſentanea non eſt (neque enim plus iuris habet pater in iis quæ per filium ex filij ipſius facto, quàm in iis quæ aliunde ſibi quæruntur) in illo etiam laborat quod nõ eſt generalis. Ad eas namque ſtipulationes duntaxat pertinet, quę à filiisfamilias interponuntur. Nos autem de omnibus generaliter quærimus, Cur in iis tempus contractus ſpectetur, non, vt in legatis, exiſtentis condicionis: aut, vt interpretum more loquamur, Cur in contractibus condicio exiſtens retrotrahatur ad tempus contractus, in legatis autem non retrotrahatur ad tempus teſtamenti vel mortis? Placet pleriſq. differentiã inde profectam eſſe quòd cõtractus omnes nõ niſi interueniente duorũ plurium ve cõſenſu perficiantur, ideóq. maiorem vim habere debeãt ad retrotrahendum, quàm legata quæ ex vnius tantũ hominis. i. teſtatoris pendent voluntate. Sed illa diuerſitas noua potius dicenda eſt quàm ratio diuerſitatis. Quis. n. neſciat tãtæ poteſtatis eſſe voluntatem teſtatoris in iis quę pendent ex teſtamento, quãtæ eſſe poteſt volũtas contrahentium in cõtractibus æſtimãdis? Nimirũ eadem legis autoritate quæ contractus fouet, ſupremas quoq. defunctorũ volũtates & confirmante, & adiuuante. Nec ſubtiliores ex recentioribus ij, qui nullam inter legata & ſtipulationes differentiã agnoſcunt ſtricto iure inſpecto, ſed tantùm ex æquitate vno illo caſu quo agatur de re per filiumfamilias quæſita patri ex legato aut ex ſtipulatione: rationem illam æquitatis afferẽtes, quòd in acquirendis legatis nulla ſit induſtria filij, quam tamen in ſtipulando interuenire neceſſe eſt: æquiſſimum autem ſit induſtriam filij deberi patri. Nam imò verò differentia hac parte manifeſta conſtituitur inter ſtipulationes & vltimas voluntates *in d. l. quæ legata*. Et ratio illa Pauli *in d. l. ſi filiusfam. 78. de verb. oblig. quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur quo contrahimus* proculdubio iuris ſtricti ratio eſt nõ æquitatis, quæ nec iuri ſtricto hîc vllo modo repugnat. Cur verò *in ſtipulationib.* niſi ad differentiã vltimarũ voluntatũ? Vtique enim dici nõ poſſit ita ſcriptum ad differentiam cæterorum contractuum, quandoquidem in eo ſimiles ſunt omnes ſtipulationibus *l. 1. l. qui balneum 9. verſ. amplius, l. potior. 11 §. videamus. D. qui potior. in pignor. habean.* In illo etiã ratio iſtorum manca eſt quod ſtipulationibus omnibus nõ cõuenit, ſed iis dũtaxat quæ per filiosfamilias interponũtur, cũ tamen Pauli verba illa quę retulimus ſint generalia ad omnes omnino ſtipulationes. Nec diſſimilis aliorum error eſt qui diſſimilitudinis cauſſam ex eo adferunt, quod contractus ex re patris fieri præſumatur, eáque præſumptio ceſſet in legatis. Sed contrarius illorum qui Iacobum Cuiacium ſecuti aut potiùs Alciatum & Corraſium, dicunt præſumptionem eſſe quòd defunctus velit cõdicionis euentum expectari, cõtrahẽtes verò ab ipſo cõtractus initio velint obligari: huius rurſum præſumptionis rationem illam comminiſcentes, quòd is qui contrahit non tantùm ſibi, ſed etiam poſteritati ſuæ proſpicere velit *l. ſi pactum 9. D. de probat.* contractus autem condicionalis poſteritati nõ proficeret, ſi non ab initio vires caperet, mortuo ante cõdicionis euentum promiſſore. Is autem, inquiunt, qui legat, ſolum legatarium ſpectat, non, etiam illius poſteritatem. Vnde illud quoque fieri volũt vt pendẽte cõdicione mortuo legatario legatum extinguatur, nec in legatarij heredẽ trãſmittatur. Quæro enim, Cũ filiusfamilias ſtipulatur (de illo namq; Paulus loquitur *in d. l. filiusfa.*) an dicemus velle eũ proſpicere ſuo heredi quẽ nec habere vllũ põt quandiu filiusfamilias manet? An nõ potiꝰ id agit vt acquirat patri in cuius ſcit ſe eſſe poteſtate? Alia igitur ratio inueſtiganda eſt propter quam hoc etiã in caſu non minùs quàm in cæteris ſpectandum ſit tempus ſtipulationis, non euenientis condicionis: eámque rationem talem eſſe oportet, quæ certi non præſumpti iuris nitatur autoritate.

Vera ratio differentiarum de quibus proximè dictũ eſt.

Capvt vii.

EGo, vt tandem dicam quod ſentio, ſic exiſtimo, quæſtionis huius difficultatem non in eo eſſe vt laboremus, cur in ſtipulationibus cæteriſque contractib. inſpiciendũ ſit tempus quo contrahimus, ſed in eo potiùs cur in legatis condicionalibus aliter conſtitutum ſit, ſpecteturque dies euenientis condicionis. Nam quod ad cõtractus pertinet, quodnam, obſecro, aliud tẽpus inſpicere poſſis, quã quo cõtractũ eſt? An aliud vllũ eſt, in quo cõtrahatur vinculũ obligationis, ne ſit in poteſtate promittẽtis, aut aliter ſe obligantis facere vt exiſtente quandoq; condicione ex eo contractu non ſit obligatus? Id ſiquidẽ vnum eſt, ex quo vinculũ obligationis æſtimatur quod inducit neceſſitatem alicuius rei dandæ vel faciendæ, eo ſcilicet tempore aut caſu qui obligatione continetur: qua neceſſitate non poſſit inuito aduerſario ſe liberare is qui ſemel ſe obſtrinxit, niſi iis modis quibus placuit obligationes iure tolli poſſe, vt apparet ex ea obligationis diffinitione quã Tribonianus poſuit Titul. de obligat. in ſtit. Et id eſt, ni fallor, quod Africanus ait *in d. l. qui balneum 9.* illis verbis *licet enim eo tẽpore homo pignori datus eſſet, quo nondũ quicquã pro conductione deberetur, quoniã tamen iam tunc in ea cauſſa Eros eſſe cœpiſſet vt inuito locatore ius pignoris in eo ſolui non poſſet, potiorẽ eius cauſſam habendam.* Etſi enim ratio illa eo loco accõmodata eſt ad pecuniam quæ in diem certum, non ſub condicione deberetur, nõ minus tamen conuenit obligationi cõdicionali, quia nõ magis eſt in poteſtate illius qui ſub condicione promiſit vt ſe liberet inuito ſtipulatore quandiu cõdicio pendet, quàm ſi in diem certum deberet. Ac ne quis de eo dubitare poſſet ſubiicit ſtatim *Amplius etiam ſub condicione creditorem tuẽdum putabat aduerſus eum cui poſteà quicquam ſub eodẽ ſcilicet* pignore *deberi cœpit* non quòd paullo maiorem dubitationem res non haberet in eo creditore cui ſub condicione, quã in eo cui in diem certũ deberetur, ſed vt intelligeremus idẽ tamen hac parte in vtroq; iuris eſſe: Nec rationẽ aliam ſubiecit vt appareret priorem illam ſufficere, & vtriq; caſui communem eſſe. Quod & apertiùs probat exceptio illa quæ ſequitur *ſi modò non ea condicio ſit quæ inuito debitore impleri nõ poſſit.* Nẽpe quia in eo genere condicionũ, quas vulgo poteſtatiuas appellant, cùm in poteſtate debitoris ſit facere ne condicio exiſtat, puta non accipiendo pecuniam, vt in ſpecie *l. pen. D. quæ res pig. obl. poſſ. l. 1. in fi. D. qui potior. in pig. hab.* ferè eſt vt nec vlla obligatio præcedere, contractaq; eſſe videatur. At in cæteris condicionib. omnib. ſiue merè caſuales ſint, vt vocant, ſiue mixtæ, ſicuti negari nõ poteſt contractam ab initio obligationẽ quæ faciat ne impedire debitor poſſit quominùs debeat quotieſcumque condicio exiſtet: ita fatendum eſt tempus illud contractæ obligationis inſpici debere, nec aliud vllum eſſe quod ſpectari poſſit. Quid enim aliud adfert

euentus condicionis, niſi vt cùm ſemel condicio extitit perinde habeatur acſi illo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, purè facta fuiſſet? vt Caius docet *in d.l. potior 11. §. videamus eod. tit.* Siquidem condicio priuſquam exiſtat, priuatio tantùm eſt puritatis, vt ita loquar, id eſt quid eſſiciens ne obligatio pura dici poſſit, & conſequenter nihil eſt, quia nec priuatio, ſi philoſophis credimus, quicquã eſt. Poſteaquã verò extitit, cõdicio amplius nõ eſt, ſed ſublata priuatione illa, apparet ſtipulatio talis qualis eſt, id eſt pura: In eóq; diſpar cõdicionis & diei ratio. Et ſi.n. diei æquè ac condicionis adiectio facit ne obligatio pura dici poſſit, tamen dies certus aliquid ponit, & aliquid eſt, adeò vt poſtquàm ſemel venit, non magis videri poſſit obligatio pura ab initio fuiſſe, quã illud induci vt Calendæ Sextiles in quas concepta fuerat obligatio, ſint Ianuariæ in quibus contracta fuit ſtipulatio, Dies enim ex ſeipſo dies eſt, id eſt nõ idcirco fit dies quod obligationi ſit inſertus. At cõdicio illa *Si Titius Conſul factus erit*, non aliam ob cauſam condicio eſt, quàm quia ſic à contrahentibus per modum condicionis expreſſa eſt. Nã hoc ipſum *fieri Titium Conſulem* non eſt condicio nec quid cõdicionale, ſed poſitiuum, & facti exiſtentis: Fuit tamen condicio priuſquàm Titius Conſul fieret, quia in eum caſum & euentum qui incertus erat contractum eſt: & ideò vbi factum accedit, condicio deficit, ipſáq; obligatio pura remanet. Quare nec improbo quod noſtri iactare ſolent diem certum numquã retrotrahi ad tempus obligationis, quia nec poteſt. Sed illud non æquè probo, quod addunt, Conditiones retrotrahi, etſi me aliquando & ſępiùs ea loquendi formula vſum eſſe memini. Quomodo enim, aut qua arte, quibus denique machinis poſſis retrotrahere id quod nihil niſi nihil eſt? Vulgatum illud eſt noſtrorum brocardicum, nullas eſſe non entis qualitates: At vt quid ſit retrotrahibile qualitas eſt. Efficit enim id quale. Non ergo fieri poteſt vt condicio quæ iam extitit retrotrahatur, cùm eo tẽpore nec condicio ampliùs, nec aliud quicquam ſit. Nec quod dicimus in ſtipulationibus condicionalibus ſpectari tempus contractus vllam inducit retrotrahendæ condicionis neceſſitatem. Nam & idem euenit in ſtipulationibus quę diem certum habent vt in iis idem quoq; tẽpus contractæ ſtipulationis ſpectari oporteat, tanto magis quanto propiùs accedũt puris cùm ex iis dies debiti ſtatim cedat, & tamen nemo eſt qui dicat diem certum retrotrahi vnquam poſſe aut debere. Proinde quis iam miretur in ſtipulationibus cæteriſque contractibus condicionalibus inſpici tempus contractus? Aut, quod fit in conſequentiam, mortuo ante condicionis euentum ſtipulatore, tranſmitti in heredem ius illud quod iam inde ab interpoſiti contractus tempore quæſitum defũcto fuit vt obligatum haberet aduerſarium exiſtẽte quandocumque condicione? Quis denique non fateatur creditorem condicionalem verè dici creditorem, eo inſpecto quod debitorem iam habet obligatum: nec alio vllo facto ſuo indiget vt ei vinculum iniiciat obligationis? Sed tamen quia fieri poteſt vt condicio deficiat, atque ita appareat nihil vnquam debitum fuiſſe, cùm obligatio ſic contracta ſit vt ab initio condicionẽ habuerit, quæ non modò effectum, ſed etiam natiuitatem obligationis ſuſpẽderet, illud quoq; fatendum eſt, creditori condicionali quandiu condicio pendet, neque pecuniam neque cautionem deberi, ſed ſpem tantùm competere vt aliquando debeatur, ſi condicio exiſtet. Id enim facit ius ipſum iam natum & ſubſiſtens obligationis ea lege cõtracta. Vnde illud quoq; fit quod ſupra diximus, vt in poſſeſſionem miſſi non poſſit ex edicto ſi aut à debitore aut ab alio prohibeatur: miſſus tamen nec prohibitus poſſit bona ex edicto vendere poſt impletam condicionem, neq; noua miſſione indigeat, qua vtiq; indigeret ſi prior illa miſſio nullo iure facta videri poſſet. Eóq; pertinent leges omnes quæ negare videntur debitorem, eſſe eum qui ſub condicione debeat, aut creditorem illum cui ſub cõdicione debeatur *l. debitor 108. de verb. ſignif. d. l. Fulcinius 7. §. ſi in diem D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. cum ſimilib.* Atque hæc quidem, vt prædixi, in ſtipulationibus cæteriſq; contractibus per ſe ſunt ſatis expedita. Sed illud difficile eſt, Cur in legatis condicionalibus aliud ſit conſtitutum. An non enim ſicut ex ſtipulatione alióve contractu naſcitur actio quę creditori competit poſt exiſtentem condicionem, ita & ex teſtamento illa quæ competit legatario condicionali poſtquàm legati condicio extitit? An non in legatis ſicut & in contractibus exiſtens condicio legati facit vt legatũ pro puro habeatur? An verò legato inſerta condicio eandem condicionis naturam non habet quam haberet in ſtipulatione, vt aliquid eſſe exiſtimetur, & quidem tale quod ſuum certumq; tempus habeat, cuius ratio aliqua duci poſſit? Vtiq. Sed differentia legatorũ & cõtractuum condicionaliũ tota ex eo petẽda eſt, quòd ius ipſum legati condicionalis quãdocumq; exſtente condicione petendi, non naſcitur eo tempore quo teſtamentum fit, licet poſt impletam condicionem petatur legatum ex teſtamẽto. Nẽpe quia tametſi teſtamẽtum ex præſenti vires accipiat, & iam tùm valere debeat cùm fit, nõ tamẽ poteſt ius vllũ ex eo acquiri aut heredi aut legatario priuſquã per legẽ confirmatum ſit, quod non fit niſi mortuo demum teſtatore, non ſolum quod ante id tempus mutari reuocariq; teſtamentum poſſit, ſed etiam quia nec eius qui teſtatur, voluntas illa eſt, vt vel heredem vel legatarium vllum habeat niſi poſt mortem ſuam vt ipſa teſtamenti diffinitio probat. Mors igitur teſtatoris expectanda eſt per quam teſtamentũ confirmetur. Nec proinde eſt quod quis iam quærat, Cur condicio inſerta legato non retrotrahatur ad tempus teſtamenti, ſi interpretum more loqui volumus. Sed illa tantùm dubitatio ſupereſt, Cur non tempus ipſum mortis hac parte ſpectetur. Nam quod in obligationibus condicionalibus tempus contractus eſt, id in teſtamentariis cauſis eſt tẽpus mortis. Puto autem neq. mortis tempus ſpectari, quia quod teſtamenta morte confirmantur nõ fit ex ſola teſtatoris voluntate, id eſt ob id tantùm quòd teſtator eo demùm tempore ſupremam voluntatem ſuam ratam eſſe, ac manere voluerit, ſed præcipuè ex legis autoritate & poteſtate, ſine qua, vt ſæpius à nobis tractatum eſt, teſtari nemo poſſet. Quandoquidem is qui teſtatur id agit vt bona ſua omnia in alium transferat, ſed ita tamen vt translationem conferat in id tempus quo ipſe rerum ſuarum dominus amplius non erit, quod neque gentium, neque ciuilis iuris rationi conuenit *l. Titius cum morietur 5. D. de vſufr. l. Stichus 39. de manum. teſtam.* In quo differunt ſanè contractus à teſtamentis. Contractus enim omnes ſiue iure gentium ſiue ciuili inducti ſint, eo ipſo tempore confirmantur quo fiunt: adeò vt nec confirmari vnquam poſſent ſi eo tempore non valerent: quæ ſententia eſt *l. obligationum 27. D. de oblig. & action.* Tantúmque abeſt vt poſſit vtiliter concipi ſtipulatio in caſum inutilẽ, vt etiamſi ab initio conſtiterit, placet tamen pleriſq. inutilem eam effici & reſolui, ſi in eum caſum recidat à quo incipere non

potuit

potuit *l. exiſtimo 98. de verb. oblig. l. pro parte 11. D. de ſeruit. l. quia in eum caſum 16. D. ad leg. Aquil.* quāuis perpetuum id non ſit *l. in ambiguis 85. §. no eſt nouū de reg. iur.* Teſtamenta verò neq; cōfirmari poſſunt eo tempore quo fiunt, neq; fieri eo tempore quo confirmātur: quamquam valere ea iā inde ab initio neceſſe eſt, & viuo teſtatore, vt eius morte confirmari poſſint. Ex eo autem quod ſola legis poteſtate confirmātur, id eſt eo tempore quo nihil eſt ex parte teſtatoris iam defuncti quod cum lege poſſit concurrere: dico fieri vt quęcūq; teſtamēto continentur eo ipſo modo valeant quo ſcripta ſunt, & cōſequenter vt legatario condicionali nullum omnino ius aut in præſens aut in futurum tempus acquiratur, ante quā condicio euenerit. Neq. n. neceſſe eſt: cùm defuncto iam teſtatore tam facile ſit legi ſuſpendere voluntatem teſtatoris, totumq; ius legati condicionalis in id vſque tempus quo exiſtat condicio, quàm eo ipſo inſtanti quo primùm teſtator mortuus ſit, ius aliquod præſens futuræ obligationis inducere. Teſtamentum quidem ipſum eo primo inſtāti confirmari oportet, quia non poteſt ea confirmatio vel minimo temporis momento manere in ſuſpenſo, propter præciſa illa verba legis 12. tabul. *Paterfamilias vti ſuper rē pecuniáve ſua legaſsit, ita ius eſto l. verbis legis 120. de verb. ſignific.* Nam ſicuti legis auxilium neceſſarium fuit ad cōfirmāda teſtamenta, ita neceſſariò applicari debuit eo ipſo inſtāti quo neceſſariū eſſe inciperet, id eſt quo volūtas poteſtáſq; teſtatoris deficeret. Inſtās autē illud, inſtās mortis eſt, aut quod inſtāti mortis proximè ac immediatè ſuccedit. Sed quod pertinet ad legata, fideicōmiſſa, cæteráq; huiuſmodi quę vires accipiūt ex teſtamēto, eiúſq; cauſſam & ius ſequuntur, nulla indigent ſpeciali confirmatione, ob idq; nec de iis tractandū eſt priuſquàm dies eorum ceſſerit, qui porro condicionalium non cedit, niſi exiſtente demum condicione. Quoniā autem lex confirmat ſupremas defunctorū voluntates ad eum prorſus modum qui teſtamento præſcriptus eſt, dum ne quid contra leges aut bonos mores factum ſit, nihil cauſſæ eſt cur legatarium condicionalem creditoris loco habeamus priuſquàm cōdicio extiterit, aut cur non eadem lex ipſa condicionale legatum in ſuſpenſo retinere tantiſper poſſit & debeat, quia nec teſtator ante id tempus quicquam iuris in legato aut pro legato eum habere voluit. Quare mirum non eſt ſi nec mortis tempus ſpectemus cùm quæritur de legato condicionalis, nec admittamus vt defuncto ante cōdicionem exiſtente legatario, in ipſius heredem tranſmittatur. Vtrumq; enim fieret non modò contra volūtatem teſtatoris, ſed etiam citra auxilium legis, quod ſicuti non interuenit niſi vbi neceſſarium eſt, ità nec niſi quatenus neceſſarium eſt. Neq; hac parte legatū in diem ſimile eſt legato condicionali. Nam quod in diem certum debetur, morâ tantùm ſuſpenditur, iámq; deberi intelligitur, quia certum eſt diem vēturum eſſe. Itaq; ſiue verus ſiue nouū ius inſpicias, dies huius legati perinde cedit à morte teſtatoris atq; ſi purè relictū fuiſſet, & ex eo tempore mortis teſtatoris legatū hoc cōfirmatur. Condicio autem tota ex incerto euentu pendet. De illa enim loquimur, quę poteſt non exiſtere, non de ea quæ ſit omnimodo extatura, quę nec condicio propriè dici debet *l. quòd ſi ea condicione 18. D. de condict. ind. deb.* Cur ergo, inquies, legatario condicionali cauetur non ſecus ac ei cui in diem certum legatum eſt? Reſpondeo id fieri non ſolùm elegāti, ſed etiam neceſſaria ratione. Nam cùm dominium rei legatæ ſiue purè ſiue in diem, aut ſub condicione legatū ſit, transferri debeat à teſtatore in legatarium per legem, idq; inuito herede (neq; enim obligatus videri poſſet heres, ſi in eius arbitrio eſſet an obligari vellet) lex autem facere nequeat, vt quæ res heredi pleno iure ſemel quæſita fuit, ei inuito auferatur, obſtante nimirum iuris regula *l. id quod noſtrum 11. de reg. iur. l. ſi ego 9. §. 1. D. de iur. dot.* neceſſe fuit eiuſdem legis poteſtate induci, vt legati dominium aut rectà via transferretur in legatarium, quaſi numquam factum heredis *l. à Titio 64. D. de furt.* (quod euenit illo tantùm caſu quo purè non in diem vel ſub condicione legatum proponatur *l. legatum ita 80. de legat. 2.*) aut ſaltem pleno iure heredis fieri prohiberetur ſiue in diem certum aut incertum, ſiue ſub condicione legatum eſſet, vt eueniente quandocunq; die vel condicione translatio illa dominij commodè & ex teſtatoris voluntate fieri poſſet quę anteà fieri non potuiſſet. Neq; ſanè ratio patitur, vt quod in diem aut ſub condicione legatum eſt pendente die aut condicione tam pleno iure ſit heredis quàm ſi nullo modo legatum eſſet, licet neq; quod in diem, neque quod ſub condicione legatum eſt, acquiri intereà legatario poſſit. Spes. n. ſubeſt, & quidem certa venturæ diei certæ, incerta verò extituræ condicionis. Inde fit, vt non ſine cauſſa iubeatur heres cauere legatariis omnibus, id eſt iis etiā quib. in diem aut ſub cōdicione legatum eſt, ac ni faciat, pati vt legatarij mittantur in poſſeſſionem bonorum teſtatoris, edicto prætoris in eam rem propoſito, de quo *in tit. D. vt legat. ſeu fideicom. nomin. caueat. & C. vt in poß. legat. vel fideic. ſeruand. cauſ. mittat.* Etſi enim iuris prætorij nō ciuilis cautio illa eſt, ex eo tamen proficiſcitur, quòd lex non patitur heredis pleno iure eſſe rem quæ quomodocunq; legata eſt ſiue purè ſiue in diem, ſiue ſub condicione, ne ſibi ipſa præripiat facultatem confirmādæ & exequendæ voluntatis defuncti, in eum caſum & in id tempus quo teſtator voluit, quandoquidem eadem lex eſt quę hereditatis dominium tribuit heredi, adeóque iiſdem verbis *d. l. 80. de legat. 2.* & quæ legatum condicionale in ſuſpenſo, vt iam diximus, manere vult, quandiu condicio ipſa pendet. Alioqui quanam obſecro ratione cogi heres poſſet cauere eius rei nomine quā pleno dominij iure poſſideret? Idque ex comparatione ſtipulationis condicionalis apertiùs intelligitur. Nam qui fundum ſub condicione ſibi dari ſtipulatus eſt, licèt iam obligatum habeat promiſſorē vt exiſtente quandocunque condicione fundus dari debeat, non poteſt tamen petere vt pendente condicione ſibi caueatur, aut prohibere ne fundum intereà promiſſor alienet, eiúſque dominium transferat in accipientem licet poſteà condicio exiſtat. Quia verum eſt pendente condicione fundum quamuis ſub ea condicione promiſſum, pleno tamen iure eſſe promiſſoris. Ex ſtipulatu vero contractam obligationem non niſi perſonam afficere, vt cum cōdicio extiterit conueniri promiſſor poſſit ad dandum fundum, id eſt ad fundi dominium in ſtipulatorem transferendū *l. ſi ita diſtrahatur 25. §. 1. de cont. emp. l. vbi autē 75. §. vl. de verb. obl.* condemnari autem debeat fundo iam alienato ad præſtādam fundi veram æſtimationem, ſicuti, ſi fundus poſt moram chaſmate periiſſet *l. ſi ſeruum 91. §. vlt. eo. l. promiſſor hominis 23. D. de conſtit. pecun.* Legatum verò rem ipſam quæ legata eſt afficit tametſi in diem aut ſub condicione legata ſit non vt eam obliget legatario (ius enim illud pignoris noua Iuſtiniani conſtitutione inductū eſt *l. 1. & 3. C. commun. de legat.* nec aliud pignus in legato habere olim legatarius potuit niſi quod vel à

teſtatore ipſo conſtitutum eſſet, vel à prætore per miſſionem in poſſeſſionem, de quo accipi debet *d.l. 4. de ſeparat. ex l. 3. l. qui legat. 5. C. vt in poſſ. legat.*) ſed vt impediat, quemadmodum dictum eſt, ne intereà res legata pleno iure ſit heredis. Cui conſequens eſt vt in eo quoq. legatarius cõdicionalis plus iuris habeat, quã creditor cõdicionalis, quod pẽdente legati condicione, ſi nõ caueatur, mitti poteſt in poſſeſſionẽ bonorum defuncti, & ſiue ab herede ipſo ſiue ab alio prohibeatur actionem habet ex alia edicti parte in id omne quod ſua intereſt ſibi cautum eſſe, in quo ipſa etiam rei legatæ æſtimatio continetur *d. l. penult. D. quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. quia*, vt Paulus inquit, *intereſt eius cautum habere*. Siquidem cautio ei debetur vel ob hoc maxime vt appareat rem legatam non eſſe intereà heredis pleno iure. Itaque licet id quod ſub condicione legatum eſt nondum legatario debeatur non magis quàm ſi nullomodo legatum eſſet, tamen dici non poteſt nihil ẽi deberi cui cautio debetur. Ac quemadmodum in poſtliminij fictione dicimus filium eius qui apud hoſtes eſt re vera quidem eſſe ſui iuris, quia eius pater re vera ſeruus hoſtium eſt, ſed tamen quandiu pater viuit non videri pleno iure aut vt Papinianus loquitur *in l. pen. de ſuis & legit.* in plenum patria poteſtate liberatum propter ſuſpenſi iuris conſtitutionem, quæ facit vt iura quæ pater in ciuitate habuit, in ſuſpenſo retineantur, non abrumpantur *l. illa inſtitutio 32. §. 1. de hered. inſtit.* Ita dicendum eſt rem ſub condicione legatam nullomodo interea debitam eſſe legatario, ac proinde reuera heredis eſſe cuius eſt hereditas, *l. arboribus* 12. *§. vl. D. de vſufr. l. omnia* 32. *§. 1. de legat.* 2. [ponimus enim legatam rem hereditariam aut quæ ſit heredis ipſius non alterius] ſed tamen nõ videri pleno iure ad heredem pertinere propter poteſtatem legis, quæ cùm in ſuſpenſo retineat legatũ condicionale, facit hoc ipſo vt quandiu condicio pendet, legatarij quoq; ius ſuſpenſum potius quàm omnino nullum eſſe intelligatur: adeo vt ſicut legatum interim ſibi acquirere non poteſt, ita nec repudiare poſſit: *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub condicione de legat.* 2. ſed tãtùm ſpem futuri iuris ſibi iam competẽtem per pactum remittere ſi velit, *l. 1. C. de pact. l. de fideicõmiſſo* 11. *C. de tranſact.* Quod in ſtipulatione condicionali non ſimiliter tractari poteſt. Ius enim ſtipulatoris competens ex ſtipulatione condicionali, tametſi condicio pendeat, non eſt in ſuſpenſo, ſed ab ipſo interpoſitę ſtipulationis tẽpore ſubſiſtit, quia quæcunq. gerimus, cùm ex noſtro contractu originem trahant niſi & ex noſtra perſona & ex eo ipſo tempore quo contractus ſit initium ſumãt, inanem actum noſtrum efficiunt *l. quæcunque* 11. *D. de obligat. & action.* Quomodo enim fieri poſſet vt poſt exiſtentem condicionem obligatio ex contractu naſceretur quæ ab ipſo contractus tempore initium nullum ſumpſiſſet? An non ita fieret vt ex non contractu potius quàm ex contractu obligatio naſceretur? Neq. enim dici poteſt tum videri contractum cùm ſtipulationis condicio impleta eſt, non magis quã illud adipiſci vt tum impleta cõdicio videatur cùm ſub condicione contractũ fuit. Implicarent enim iſta contradictionem. Neq. tamen conſequens eſt vt ab ipſo interpoſitæ ſtipulationis die, debiti condicionalis cedat dies qui cõdicione ipſa ſuſpenditur *l. cedere diem 213. de verb. ſignifi.* Cur verò debiti condicionalis diem cedere aut non cedere diceremus, ſi debitum nullum eſſet, priùs etiã quã dies cederet? Atqui, dicat aliquis, de legati condicionalis die cedente ſimiliter tractari poteſt priùs etiã quàm condicio extiterit *tot. ti. quand. dies legat. ced.* Reſpõdeo, Inde nimirum rectè inferri poſſe: Legatum ergo vt fuerit, eſſe neceſſe: ſed non fore rectam conſecutionem ſi quis dicat Legatum eſt, Ergo debitum eſt. Poteſt enim legatum eſſe nec tamen vllomodo debitum, nempe ſi legatũ ſit ſub cõdicione. Vtrumque ſiquidem verum eſt, Legatum condicionale, & legatum eſſe, & debitum non eſſe. Nimirũ quia non eodem tempore legatum ſit & deberi incipit. Fit à viuo teſtatore. Deberi autem incipit poſt mortem teſtatoris, quia vt debeatur fit per legem, quæ poteſtatem & autoritatẽ ſuam non priùs accommodat, quàm teſtator deceſſerit, quando nec alia teſtatoris voluntas fuit. At vt id quod ſub cõdicione debitum eſt nullomodo debeatur, adeóque vt quod rectè ratéque, licet ſub aliqua condicione, promiſſum eſt, prorſus interim indebitum ſit, non magis fieri poteſt quàm vt quid idem ſit & non ſit: & omnino neceſſe eſt vt debitum eſſe incipiat eo ipſo inſtãti quo fit, id eſt, quo contrahitur: quia nec alio tempore lex approbat ſtipulationem alióſve contractus condicionales, vt obligationem parere poſſint quàm eo ipſo inſtanti quo fiunt, vt ſupra diximus *ex d. l. obligationes 27. de oblig. & action.* Denique exiſtens condicio ſtipulationis non tam obligat promiſſorẽ quã efficit vt ex die contractæ ſtipulationis obligatus reperiatur. Prius autem eſt vt quis obligetur, quã vt obligatus appareat. Inde eſt quod ſi Titius tibi decẽ ſub condicione debeat & ego nomen eius abs te emam, confeſtim venditio ſubſiſtit, adeóque non expectato euentu condicionis poſſum ex empto agere vt vel acceptum ei facias *l. multum 19. D. de hered. vel act. vend.* Nam ſi nullum adhuc nomen, nulla obligatio eſſet, neq; fieri poſſet vt valeret venditio ſine re quæ veniret *l. nec emptio 8. de contr. empt.* neq; vt per acceptilationem liberaretur qui nondũ eſſet obligatus, quomodo nec per delegationem liberari poteſt is qui legatum ſub condicione debet *l. legata 41. de cõd. & demõ.* Illud non eſt prætermittendũ, *in d. l. quæ legata 18. de reg. iur.* erratum videri in illis verbis *etiamſi liberatus nobis poteſtate domini condicio extiterit*. Habet enim lex ſententiam generalem & quæ ad filiosfamilias cõmodiùs quàm ad ſeruos referri poſſit. Sed non probo quod Franciſcus Hotomanus in obſeruat. docuit expungendam eſſe dictionem illam *domini*. Potius enim dicerem pro *domini* legendum eſſe *demum*, eſſétq; multo probabilior emendatio. Quamquã ſi quis pertinaciùs velit cõtendere, Põponium eo loco de ſeruis duntaxat locutum eſſe, quemadmodum & de filiofamilias tantùm Paulus agit *in d. l. 78. de verb. obl.* cùm tamen eadem hac parte ratio ſit filiifamilias & ſerui, ego non valde repugnabo. Sicque ſenſiſſe videntur ij qui poſt *d. l. quæ legata*, ſubiecerunt eadem ipſa Pauli verba quæ extant *in d. l. 78.* quæ tamen lex in Florentina & Haloandri editione deeſt. Fuimus longiores in his explicandis, quia ſunt ſubtiliſſima, & ex intimis iuriſprudentiæ noſtræ medullis deprompta.

Peſſimè à compoſitoribus corruptum Caij reſponſum in §. ſi reo l. ſi a reo 70. D. de fideiuſſor.

CAPVT VIII.

SI reo in fundum obligato, fideiuſſor in vſumfructũ accipiatur, quæſitum eſt verũ obligetur fideiuſſor quaſi in minus, an nõ obligetur quaſi in aliud. Certũ n. eſt fideiuſſoris obligationẽ licet ſit acceſſoria, non tamen vſq; adeò ſequi naturam principalis obligationis vt nõ poſſit eſſe leuior, ſed illud duntaxat prohibitum eſſe ne qua ratione durior cõſtituatur:

tur. Neque rurſum ſufficere vt non ſit durior, ſed illud etiam requiri vt ne in aliam cauſam fideiuſſor acceptus videatur. Nam ſi is qui decem tibi debuit, fideiuſſorem dederit à quo tu decem aut Stichum ſtipulatus ſis, dicimus fideiuſſorem nullo modo obligari quaſi in aliam cauſam acceptum, quamuis durior non ſit, quin potius leuior eius conditio *l. gracè 8. §. ſi quis Stichum in fin ff. de fideiuſſ.* Ad propoſitam verò quæſtionem reſponſurus Caius *in l. ſi a reo 70. §. ſi reo eod. tit.* ſic præfatur: *Nobis in eo videtur dubitatio eſſe, vſusfructus pars rei ſit an proprium quiddã.* Quibus verbis haud dubie inſinuat, ſi vſusfructus pars rei ſit, vtiliter acceptum videri fideiuſſorem, ſin proprium quiddam, non æquè. Si enim admittas vſumfructum partem eſſe fundi qui principali obligatione continetur, ſtatim conſequens erit neq; in aliã neq. in duriorem cauſam acceptũ fideiuſſorẽ, qui vſumfructum promiſit. Nam & minus promittit qui partem, quàm qui ſolidum, & in eandem non in aliam cauſam accipitur, qui in eiuſdem rei quæ iam debetur partem ſe obligat. Quæſtio igitur, ſi Caio credimus, in eo eſt, An vſusfructus pars fundi ſit, an ius quoddam fundi abſtractum, vt ita dicam, & per ſe ſubſiſtens. Quid enim magis aliud, & diuerſum, quàm ius fundi ab ipſo fundo? Siquidem fundus res corporalis eſt, ius verò fundi res incorporalis. Vtrum verò probabilius ſit, id eſt, an vſusfructus à fideiuſſore promiſſus fundi pars, an fundi ius cenſeri debeat, non eſt difficilis & obſcuræ inueſtigationis. Etſi enim qui fundum dicit non nudam proprietatem intelligit, ſed plenam, id eſt cum vſufructu coniunctam *l. ſi alÿ 19. de vſufr. legat.* non tamen perinde ex contrario qui dicit vſumfructum, vnam dominij partem intelligit, quæ proprietatem fundi ex nuda plenam faciat, ſed ius quoddam ſeruitutis ab ipſa proprietate omnino ſeparatum. Idque eſt quod Papinianus eleganter & apertè ſcribit *in l. Mænius 66. §. pen. de legat. 2.* vſumfructum licet emolumentum rei contineat in iure tamen non in parte conſiſtere. Cui non diſſimile illud eſt quod idem Papinianus *in l. ſi Titio 33. §. 1. De vſufr.* monet vſumfructum in quibuſdam caſibus non partis, ſed iuris effectum obtinere, vt puta, inquit, ſi fundi vel fructus portio petatur, & abſolutione ſecuta poſteà pars altera quæ adcreuit vindicetur, in lite quidem proprietatis obſtabit exceptio rei iudicatæ, in fructus verò non obſtabit, quoniam portio fundi velut alluuio portioni, vſusfructus verò perſonæ adcreſcit, quod & ſcriptum eſt *in l. & an eadem 14. §. 1. De excep. rei iudic.* Elẽgantior autem eſt in eandem rem ſpecies illa à Pomponio tractata *in l. ſi cùm argentum 21. §. ſi fundum eo. tit.* vbi ait ſi fundum meum eſſe petierim, deinde poſtea vſumfructum eiuſdem fundi petam qui ex illa cauſa meus ſit ex qua meus eſt fundus, obſtaturam mihi rei iudicatæ exceptionem. An quòd vindicem nunc partem eius rei quã anteà totam vindicaui? Minimè. Sed ex contrario, quia, vt Pomponius ait, qui fundum habet, vſumfructum ſuum vindicare non poteſt. At ſi vſumfructum cùm meus eſſet vindicaui, deinde proprietatem nactus iterum de vſufructu experiar, poteſt, inquit, dici alia res eſſe, quoniam poſtquam nactus ſum proprietatem fundi, deſinit meus eſſe prior vſusfructus, & iure proprietatis quaſi ex noua cauſa meus eſſe cœpit. Ergo vſusfructus non eſt re vera pars fundi. Nam ſi eſſet, vtiq; non poſſet facere mutata cauſa vſusfructus vt alia videretur eſſe pars eius rei, quæ eadem maneret. Nemo enim dixerit alium eſſe fundũ ſiue in totum ſiue pro parte. Quomodo autem fieri queat, vt eadem res maneat, cuius pars aliqua vel minima mutatur, & alia eſſe incipit? Partem namque hic integralem intelligo, non homogeneam & numericam, de qua *in l. proponebatur 76. ff. de iud.* Nam qui dicunt vſumfructum partem fundi eſſe, non ad aliud reſpicere poſſunt, quàm ad id quod fundus ex proprietate nuda & ex vſufructu tanquam ex partibus integralibus conſtet. Itaq; cùm verum ſit quod eleganter Adſenus concludit *in d. l. proponebatur*, eandem rem exiſtimari debere cuius eadem ſpecies conſiſteret, dico eandem ſpeciẽ conſiſtere non poſſe cuius partes integrales mutantur, ſiue ſpecie, ſiue etiam numero tantùm mutentur: ac proinde ſi poſt eiuſmodi mutationem eadem nihilominus res & ſpecies maneret, ex eo intelligi, Non igitur partem integralem eius rei fuiſſe id quod mutatum eſt. Quod ſi quis, vt hinc ſe euoluat, probabilius putet vſumfructum fundi partem eſſe homogeneam, is multo abſurdius errauerit. Homogeneas enim partes eas appellamus, quę eiuſdem prorſus cum ſuo toto ſunt & naturæ & nominis, quomodo dicimus partem hereditatis eſſe hereditatem, & quod magis ad rem noſtram pertinet, Partem quamlibet fundi fundum eſſe. Quis autem vſumfructum ſolum exprimere volens, fundum ſimpliciter vnquam dixit? Sed & cùm tria ſint corporum genera de quibus tractat Pomponius *in l. rerum mixtura 30. de vſuca.* ἡνωμένα, συνημμένα, διεστῶτα, conſtat certè fundum eſſe ex primo genere, quod eſt vnitorum, cuiuſmodi etiam eſt homo, tignum, lapis & ſimilia: quorum proprium illud eſt, vt non vnita eſſe non poſſint, quin diſſoluantur, & ſeparata diuerſáq; corpora, diuerſæ res efficiantur. Atqui vſusfructus & plerumq; & commodè ſeparatur non ſolùm à fundi proprietate nuda, ſed etiam à fundo ipſo, & quidem ita vt idem tamen fundus maneat, idémque fundi nomen retineat. Quia rectè dicimus eum fundum totum noſtrum eſſe etiam cuius vſusfructus ad aliũ pertineat. Quidni enim totum meum id dicatur cuius non poteſt vlla pars dici alterius eſſe? quemadmodum ſubtiliter & verè Paulus ex Iuliano diſputat *in l. rectè dicimus 25. de verb. ſign.* vbi illa etiam ratio additur, *quia vſusfructus non dominÿ pars ſed ſeruitutis ſit.* ſic enim legendum eſt non vt vulgo *ſeruitutis* cũ ſeruitutis quæ prorſus indiuidua eſt, pars nulla vſquam eſſe aut intelligi poſſit. Nec eſt contrarium quod ex eodem Iuliano proponitur *in l. qui vſumfructũ 58. ff. de V. O.* eum qui vſumfructum fundi ſtipulaẗ, deinde fundũ ſimilem eſſe ei qui partem fundi ſtipulatur, deinde totum, *quia*, inquit *fundus dari non intelligitur ſi vſusfructus detrahatur*, & è contrario eum qui fundum ſtipulatus eſt deinde vſumfructum, ſimilem eſſe ei qui totum ſtipulatur, deinde partem. Nam reſpondeo vel ex eo maximè loco probari potius, vſumfructum reuera fundi partem non eſſe. Si enim eſſet, conſequens planè fieret, vt qui vſumfructum primùm deinde fundum ſtipulatus fuiſſet, priore ſtipulatione partem, poſteriore totum ſtipulatus diceretur, & contrà vt qui fundum primùm deinde vſumfructum ſtipulat⁹ eſſet, priore ſtipulatione totum, poſteriore partem complexus dici deberet. At non ita Iulianus loquitur, ſed hunc ſimilem eſſe ait illi qui primùm partẽ deinde totũ, aut qui totum primò deinde partẽ ſtipulatur. Quod ſi non niſi ſimilis eſt, ergo idem non eſt. Quid enim aut vulgatius aut verius, quàm nullũ ſimile idẽ eſſe? Cur verò ſimilis eſt? Quia vſusfructus licet pars & portio fundi nullomodo ſit, partis tamen & portionis inſtar obtinet, quomodo loquitur Papi. *in l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2.* Hoc ipſum verò cur ita? Nimirũ quia partis effectũ habet vt idem ille ait *in*

d.l.ſi Titio 37.§.1.de vſufr. quoniã ſcilicet rei emolumẽtum continet *d.§.dominus & l.Mæuius.66.§.pen. eo.tit.de leg.2.* Itaq; quòd vno tantum iuris loco,id eſt *in l.4.ff.de vſufr.* ex Paulo ſcriptum eſt vſumfructum dominij partem eſſe, non ſemper & abſolutè, ſed in multis cauſis,neceſſariò ſic accipiendum eſt, vt in iis ipſis cauſis partis effectum obtineat, quomodo Paulus cum Papiniano *in d.l.ſi Titio §.1.* loqui debuerat, non vt re vera pars ſit *d.l.rectè dicimus.* Dominus enim abſolutè & verè dicitur quiſquis habet proprietatem,licet vſusfructus alienus ſit *l.1.§.1.ff.ad SC.Silan.* Et verò quænam obſecro alia dubitandi cauſa eſſe potuit apud Papinianum ſupradictis locis, niſi illa quòd vſusfructus in iure tantùm nun etiam in parte conſiſtat? Videbatur enim ea ratione legatum fundi abundè præſtitiſſe heres qui fundum etiam ſine vſufructu præſtitiſſet. Sed obſtat ratio voluntatis quæ non patitur, vt videatur teſtator ſenſiſſe de eo fundo cuius fructũ ſiue heres ipſe ſiue alius retineret,quia vſusfruct⁹ portionis inſtar obtinet,nec immeritò,cùm totius rei emolumentũ contineat. Qua de cauſa Marcus Tullius in quadam epiſtola multò audaci⁹ & à iure noſtro alieniùs ſcripſit, Id cuiuſque proprium eſſe quo vtitur fruitur. Quò etiam pertinet ratio illa Iuliani *in d.l.qui vſumfructum.quia fundus dari nõ intelligitur ſi vſusfructus detrahatur:* vbi tamen obſeruari volo non ſic Iulianum loqui vt dicat fundum non dari ſi detracto vſufructu detur, [re vera enim datur ſi nihil niſi nominis vim & propriam ſignificationem intueare, *d.l.rectè dicimus,*]ſed ait *dari non intelligitur,* vt hoc ipſum ad contrahentium potiùs voluntatem referamus,quæ illa proculdubio fuit cùm in ſtipulationem fundum deduxerunt,vt de fundi etiam cõmodo & emolumento cogitarent. Nã in ſtipulationib. etſi ſtricta interpretatio fieri ſolet ne promiſſor vltra quã diſertis verbis expreſſerit obligetur. *l.quicquid adſtringenda 99.eo.tit.* ſemper tamen id ante omnia ſequimur quod actum eſt *l.ſemper in ſtipulationibus 38.de reg.iur.* Hinc illud etiam eſt quòd ſi pactus ſim de non petendo fundo, poſteà verò vſumfructum petam,pacti conuenti exceptio contra me aptanda ſit *l.ſi vnus 27.§.pen.ff.de pact,* nempe ex interpretatione pacti potius quàm ex vi verborum, vt dictio illa demonſtrat *aptanda.* Item quod Paulus ſubiungit idem eſſe ſi pactum interuenerit ne nauem aut ædificium peterem, & diſſolutis his ſingulas res petam. Quis .n. putet ſingulas res ex quibus nauis aut ędificium conſtat,nauim vel ędificium dici debere? Item quod ſubiicit, *niſi ſpecialiter aliud actum eſt.* Neq; enim id agi poteſt, vt de qua re non petenda paciſcor,eius partem aliquã petere adhuc poſſim:& plus valeret proculdubio hoc caſu quod dictum, quàm quod actum eſſet,vt & in eleganti illa nec valde diſſimili ſpecie *d.l.ſi alij 19.ff.de vſufr.legat.* Inde illud quoq; eſt,quòd ſi cùm fundi vſumfructum haberẽ eum fundum tu volente & conſentiente me vendideris, & ego poſteà meum in eo fundo vſumfructum vindicare velim,obſtare mihi debeat exceptio doli *l.apud Celſum 4.§.quæſitum eſt ſi cùm fundi.ff.de dol.except.* quia non eſt dubitandum quin per venditionem, cui ego conſenſi, id ageretur inter te & emptorem vt fundi commodum & emolumentum totũ à te in emptorem transferretur. Cæterùm doli exceptio neceſſaria eſt, quia ſtricto iure vſusfructus mei vindicatio mihi perinde competit, ac ſi venditioni non conſenſiſſem.quia non conſenſi vt vſumfructum,ſed vt fundum venderes, cuius pars vtique cenſeri vſusfructus non poteſt. Alioqui certum eſt non fore mihi ſaluam vindicationem eius rei cuius venditioni conſenſiſſem, ne quidem ſtricto iure, quandoquidem is qui rem ſuam ab alio vendi ſcit & conſentit,perinde eam alienat ac ſi ipſe venderet. In propoſito autem, cùm fundi tantùm in quo vſumfructum habebam venditioni conſenſerim, pugnat iuris ſtricti ratio cum æquitate, & proprietas verborum cum voluntate contrahentium,ob idque doli exceptione vtendum eſt: cuius videlicet inducendæ ratio alia non fuit quàm ne cui dolus ſuus per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatẽ prodeſſet *l.1.eod.titul.* Illud quoque ſuperioribus accommodatè ſubiici poteſt, quod ſcriptum eſt *in l.ſuæ rei 16.& ſeqq.ff.de contr.empt.* ſuæ rei emptionem non valere ſiue ſciens quis ſiue ignorans emat, nec tamen obſtare emptioni, ſi in ea re vſusfructus duntaxat ementis ſit. Atqui ſi ea res communis emptori cum venditore fuiſſet, dici deberet ſciſſo precio proportione,pro parte emptionem valere,pro parte non valere. Quid enim apertius, quàm ex eo probari vſumfructum partem fundi non eſſe? Nam ſi eſſet, ſequeretur, emptionem pro parte vtilem pro parte inutilem eſſe, preciúmque ſcindi oportere. Sed tamen quia verum eſt vſumfructum portionis inſtar obtinere, quoniam rei emolumentum continet,illud etiam æquitate iudicij bonæ fidei admittendum eſt, officio iudicis minui precium debere vt ait *l.17.eod.titul.* Sunt autem hæc contraria, Scindi precium, & minui officio iudicis. Scinditur ipſo iure cùm pro parte duntaxat emptio valet. Minuitur officio iudicis, cùm totius rei venditæ emptio ſubſiſtit, ſed tamen æquum eſt alicuius rei rationem haberi,vt *in l.non quocunque 82.§.fundus de legat.1.* Denique ne ſingulos iuris locos qui ad hanc rem pertinent,conquiramus,vrget maximè pro noſtra ſententia, *quod in l.4.§.1.De in diem addict.* Vlpianus ex Iuliano quærit ſi res in diem addicta interciderit, vel ancilla deceſſerit, an partus vel fructus eius nomine adiectio admitti poſſit. Et negat admittendam adiectionem: quia alterius rei quàm eius quæ diſtracta eſt non ſolet adiectio admitti. Alia ergo res eſt fundus ipſe,alia fundi vſusfructus. Et vſumfructum partem fundi non eſſe ex eo apparet, quòd ſi rei venditæ pars perierit poſt addictionem in diem,poteſt reliquæ partis adiectio admitti, vt idem Vlpianus ex eodem Iuliano ſubiicit *in §.ſeq.& in l.quod autem 11.in fi.eo.tit.* iunctis duabus ibidem ſequentibus. Quæ cùm ita ſint,vt iam ad Caium noſtrum redeamus, cùm pro reo in fundum obligato fideiuſſor in vſumfructum accipitur,& quęrimus an fideiuſſor obligetur, ſi tota dubitatio in eo eſt, vt eſt, an vſusfructus pars rei ſit, an proprium quiddam, quemadmodum Caius ſcribit,quid aliud concludere poſſumus quàm quòd à Caio reſponſum fuiſſe credibile eſt, fideiuſſorem in propoſita ſpecie nullomodo obligari? Quippe qui in aliam rem ſit acceptus quàm quæ à reo principali debeatur. Sed tamen longè aliter Triboniano & compoſitoribus cæteris viſum eſt,qui pro Caij reſponſo ſuam nobis ſententiam ſubiecerunt his verbis *ſed cùm vſusfructus fundi ius eſt,inciuile eſt fideiuſſorem ex ſua promiſſione non teneri.* Quæ ſententia non ſolùm inepta eſt, ſed ineptiore etiam ratione fulcitur. Nam ſi admittas quod illi fatentur,& verum eſt, vſumfructum ius fundi eſſe,conſequens ſtatim fiet,vt fundi pars non ſit. Opponimus enim hac in re *ius partis,& partem iuris d.l.rectè dicimus.25.de V.S. d.l.Mæuius 66.§.fundo de leg.2.* Itaq; quiſquis in hac ſpecie volet defendere,vtiliter acceptum eſſe fideiuſſorem, eum neceſſe eſt probare vſumfructum fundi partem eſſe. Alioqui ſi ius eſt,licet fundi ius ſit, propriũ tamen quiddam eſt

à fundo

à fundo ſeparatum, vt & cætera omnia iura ſiue ſer-
uitutes ſint ſiue alia eiuſmodi tanquam incorpora-
lia à corporalibus. Nec eſt quod cum interpretibus
duplicem vſum conſtituamus, cauſſalem, vt vocant,
& formalem. Nam neuter fundi pars eſt: ſed forma-
lis quidem ius eſt & ſeruitus perſonalis. Cauſſalis ve-
rò non tam pars quàm acceſſio dominij plenæque
proprietatis dici debet. *l. cum in fundo* 78. vbi eſt tex
tus perelegans *D. de iur. dot.* Quamquam ea diſtin-
ctio mihi propiùs intuenti prorſus abſurda & ridi-
cula eſſe videtur. Siue enim vſumfructum in abſtra-
cto, quem formalem: ſiue in concreto, quem cauſſa-
lem appellant, conſideres, idem ius eſt, quod rei cõ-
modum & emolumentum continet: ſed in eo tamẽ
differentẽ habẽs rationem, quod priore caſu ius eſt
fundi adeóque ſeruitus, & quidẽ perſonæ, nõ fundi.
Poſteriore verò ſeruitus non eſt, quia nemini res ſua
ſeruire poteſt *l. in re cõmuni* 26. *De ſeruit. vrb. præd.*
ius tamen eſt, & non fundi, ſed dominij quod quis in
eo fundo habet, quia quiſquis fundi dominus eſt, is
iure ſuo & quaſi dominus vſumfructũ percipit dum
ne ſit ille alienus *d. l. cũ in fundo. d. l. ſi cum argẽtũ* 21.
§. ſi fundum. De excep. rei iud. Indéq; fit vt maritus i-
démque proprietarius fundi Corneliani, ſi vſumfru
ctum eius fundi in dotem acceperit ab vxore ſoluto
poſteà matrimonio cogatur aut illius heres ſuper-
ſtiti mulieri fundũ in eodẽ fundo cõſtituere, & qui-
dẽ nouũ. i. qui ſit penes mulierẽ iure nouæ ſeruitutis
quia prior illa ſeruitus per cõſolidationem ſublata
fuerat, fructus autẽ penes maritũ toto matrimonij
tempore pleni dominij iure remanſerat *d. l. cum in
fundo. & l. vſusfructu* 57. *D. ſolut. matrim.* Et, vt dicam
apertiùs, qui plenam proprietatem habet, is vſum-
fructũ propriè nullum habet, vt probãt verba illa *d.
l.* 78. *maritus tamen non vſumfructũ habet, ſed ſuo fun-
do quaſi dominus vtitur.* Adeò vt ſiue pactione ſiue
teſtamento in alium transferre vſumfructum velit,
quod facere vtique poteſt, dicatur trãsferre id quod
ſuum non eſt *l. quod noſtrum* 63. *D. de vſufr.* Quem lo
cum qui de nudæ proprietatis domino intelligũt ex
l. ſi dominus 72. *eod. tit.* faciunt hercle parum ſubtili-
ter, cùm neq. ſoleat abſolutè & ſimpliciter intelligi
fundum habere qui non niſi nudam habet proprie-
tatem *d. l. ſi aliy* 19. *De vſufr. legat. d. l. qui vſumfructũ*
58. *de verb. obli.* neque vſumfructũ cedere poſſit per
contractum inter viuos. Nam quod *in d. l. ſi dominus*
ſcriptum eſt, Si dominus nudæ proprietatis vſumfru
ctum legauerit, valere legatum nõ ad ceſſum, ſed ad
legatum vſumfructum pertinet, ſicque accipiẽdum
eſt vt ſi fortè in vita teſtatoris vel ante aditam he-
reditatem, adeóque quod plus eſt poſt aditionẽ pro
prietatis acceſſerit, ad legatariũ pertineat, vt eadem
ipſa lex interpretatur. Quę interpretatio in ceſſionẽ
quę inter viuos facta ſit cadere nequaquã poteſt: ne-
que illud rurſum fieri vt qui nudum vſumfructũ ha-
bet. i. à proprietate ſeparatum poſſit eum cedere al-
teri quàm proprietario *l. ſi vſusfructus* 66. *D. de iur.
dot.* Quod etſi poſſet, non tamen eſſet exemplum ac-
commodatum ad id probãdum quod lex vult, Poſſe
nos etiam id quod noſtrum non eſt ad alium tranſ-
ferre. Neceſſariò igitur locus ille intelligendus eſt
de domino plenę proprietatis, qui cùm fundum ha-
beat, non etiam vſumfructum, nihilominùs vſum-
fructum etiam ſine fundo poteſt cõſtituere & con-
ſtituendo trãsferre, qui tametſi vſumfructum habe-
ret, transferre illum non poſſet. Separandúmque eſt
ius vſusfructus à fructibus, aut ſi manis ab ipſa fru-
ctuũ perceptione *d. l. ſi vſusfructus. & l. 4. D. de pact.
dotal.* de qua ſcripſimus lib. 6. c. vlt. Quare ſi quæras
quid plenæ proprietatis appellatione contineatur,
nõ dicã ſignificari proprietatẽ quæ ſit cũ vſufructu
cõiuncta (nulla. n. vſpiã talis proprietas eſt) ſed eam
quæ fructuum commodo & emolumento gaudeat,
vel, ſi mauis, à qua vſusfructus nõ ſit ſeparatus. Vſuſ-
fructus. n. nõ niſi per ſeparationem conſtituitur, &
conſequenter cum proprietate coniunctus eſſe nun-
quam poteſt, licet ſeparari poſſit, quia hoc ipſo quo
ſeparatur fit vſusfructus qui anteà non erat. Duplex
itaque Triboniani & aliorum compoſitorum error
fuit *in d. §. ſi reo.* Vnus in eo, quod vſumfructum ius
fundi eſſe ſcripſerunt. Nam ſi de vſufructu cauſſali
intellexerunt, quomodo intellexiſſe eos neceſſe eſt,
quandoquidem formalis cùm ſit ſeruitus, alia planè
res eſt à fundo, is vtique fundi ius non eſt ſed domi-
nij vt diximus. Alter in eo quod fideiuſſorẽ acceptũ
in cauſſam vſusfructus vtiliter obligari voluerunt
ratione illa *quoniam vſusfructus fundi ius eſt*, cùm ea
ratio contrarium potius probet, in aliam ſcil. rem,
ac proinde inutiliter acceptum fideiuſſorem, quãdo
fieri nequeat, vt fundus eadem res ſit cum iure fun-
di. Quod. n. ſcriptum eſt *in l. quid aliud* 86. *De verb.
ſign.* nihil aliud eſſe iura prædiorum quàm ipſa præ-
dia, qualiter ſe habentia, κατα χρηστικως minúſq; pro-
priè dictum videri debet. Quamquam nec fundus
ipſe cuius plena proprietas ad aliquem pertinet, po-
teſt dici qualiter ſe habere quod ad vſumfructum,
quia neq. domino neq. ſibi ipſi ſeruire prædium vllo
modo põt *l. cũ eſſent* 33. *§. vlt. de ſeru. ruſt. præd.* Præ-
termitto quod locutio illa *inciuile eſt fideiuſſorem ex
ſua promiſſione non tenere* Tribonianum apertè pro-
dit, cui nihil tam familiare eſt, quàm inciuile dicere
quicquid putat ille minùs cõuenire æquitati, licet iu
ris ciuilis rationi prorſus conueniat: miróque non
ſic ab eo ſcriptum fuiſſe *ſatis inciuile eſt* aut *ſatis in-
humanum* quomodo loqui eum ſolere aliis quam-
plurimis locis iam oſtendimus. Illa autem æquitatis
ratio generalis Tribonianum mouere aut potiùs
fallere potuit, quod æquiſſimum ſit ex ſua quenque
promiſſione obligari & conueniri. Quod ſi tam ge-
neraliter verum eſſet, æquè poſſes concludere cogẽ-
dum fideiuſſorẽ vt promiſſioni ſuæ ſatisfaciat, etiãſi
in duriorem aut in aliam cauſſam ſit acceptus. Quaſi
verò ſola ſtricti iuris ratione, ac non potius ſumma
æquitate à prudentibus conſtitutum ſit, vt fideiuſ-
ſor, qui non niſi velut acceſſio obligatur, nec in du-
riorem nec in aliam cauſſam accipi poſſit. Cùm igi-
tur æquitas in hoc caſu à iuris ratione non abhor-
reat, nihil cauſſæ eſt cur non pro fideiuſſore pronun
ciari debeat vt vſumfructum promittendo pro eo
qui fundum debebat quaſi in aliã cauſſam acceptus
nullomodo obligetur. His verò quæ hoc capite di-
ximus iungenda ſunt ea quæ nos ſimiliter de vſu-
fructu contra Tribonianum diſputauimus lib. 5. cap.
vt hominis inſcitia & faciliùs & apertiùs detegatur.

Ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.

CAPVT IX.

AButuntur interpretes, neq; ex antiquioribus
tãtùm, ſed etiam quod magis mirari ſoleo, ex
recentioribus & politioribus plerique celeberrima
illa Iuſtiniani cõſtitutione quę extat *in l. vl. C. de inſt.
& ſubſt.* dũ ea paſſim trahũt ad omnes ferè ſpecies in
quibus de pupilli hereditate inter ſubſtitutum pu-
pillarem & matrem pupilli contenditur vt matrem
præferant ſubſtituto. Nam extra eum caſum quo pu
pillaris ſubſtitutio expreſſim facta proponatur (qui
caſus nullam omnino dubitationẽ recipere poteſt)
vix eſt vt nõ potiores matris quàm ſubſtituti partes
eſſe arbitrẽtur, ſiue tacita pupillaris ſit ea ſubſtit. de

qua quæritur, ſiue vt loquuntur, compendioſa: quaſi his caſibus verba ſubſtitutionis admittant dubitationem hoc ipſo quo admittunt interpretationem, ſatiſq; matri ad vincendum eſſe debeat, ſi de ſubſtituti iure dubitari poſſe videatur. Illud primùm pro cõſtãti & explorato habet, ſic facta impuberi ſubſtitutione, *ſi filius meus heres nõ erit, Sempronius ei heres eſto*, qui vulgaris ſubſtitutionis caſus eſt, licet ex Diui Marci conſtitutione pupillo in vtrúq; caſum ſubſtitutus datus intelligatur, vt teſtamentarium heredem omnimodo pupillus habeat *l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ſi tamen pupilli mater in medio ſit, conſtitutioni Marci locũm non eſſe, prorſúſque excludi ſubſtitutum, vt matri ab inteſtato locus fiat. Id enim eſt quod aiunt tacitam pupillarem non admitti contra matrem. Tacitam vocantes eam quæ cùm per ſolitam ſubſtitutionis pupillaris formulã expreſſa non ſit, inducitur tamen ex legis poteſtate. Goueanus multo rectiùs à lege ſubintellectam dici debere docuit, quia tacitum propriè illud demũ dicendum ſit, quod in expreſſo vi ipſa expreſſi continecatur propter tacitam eius qui aliud expreſſit voluntatem, vt cùm tacita pacta dicimus de quibus *in l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Aut in dãdo mutuo tacitè id agi vt eiuſdem bonitatis & qualitatis res reddatur *l. 3. ff. de reb. cred.* At pupillaris illa ſubſtitutio quæ ex vulgari inducitur in caſum non modò diſſimilem, ſed etiam prorſus contrarium, non poteſt videri vllo modo contenta in vulgari expreſſa, ſiue vim verborum ſpectes ſiue ſolam patris ſubſtituentis voluntatem, ideóq; legem & conſtitutionem ferri in eã rem fuit neceſſe, quæ defuncti voluntatem illam pupilli fauore nõ tam interpretaretur, aut adiuuaret, quàm suppleret, q̃ per ſe facere prudentes nunquam certè potuiſſent. Quanquam nec nouum eſt, vt tacitum dicamus id quod ſola iuris poteſtate cõſtituitur. Nam & ſic Iuſtinianus, alioquin ſatis malus latinitatis autor, tacitam ſtipulationem dicit eam quam in dotibus fauore mulierum induxit *l. vn. §. accedit C. de rei v. x. act.* & tacitam hypothecam quam æquè mulieribus pro dotibus dedit *l. aſsiduis 12. C. qui potio. in pig. hab. §. fuerat Inſt. de act.* Sic & tacita pignora vocamus illa etiam quæ nulla omnino pignoris conuentione præcedente ſola iuris legúmq; poteſtate conſtituũtur *l. 1. 3. 4. & paſs. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrah.* Quo exemplo facilè feram vt pupillarem quoque ſubſtitutionem quam Marcus ex caſu vulgari expreſſo inducendam putauit, tacitam appellemus. Hanc igitur tacitam pupillarem negant interpretes admittendam eſſe contra matrem, moti tantùm *ex l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* quaſi hoc ipſum Iuſtinianus eo loco generaliter conſtitueret, ea potiſſimùm ratione ne matri miſeræ filio amiſſo luctuoſa filij hereditas auferatur. Niſi, inquiunt, proponas ſubſtitutum aliquem ex liberis teſtatoris, quem teſtator veriſimiliter magis quàm vxorem ſuam dilexerit, aut alias adeſſe voluntatis coniecturas ex quibus probabile ſit voluiſſe teſtatorem vt mater omnino excluderetur, ſubſtitutus præferretur, vt puta ſi matri aliquid legauerit quo contentam eam eſſe iuſſerit, vetueritque ne quid ampliùs ex pupilli ſuiſve bonis conſequi poſſet. Quòd ſi pater impuberi filio ſubſtituerit non in vulgarem caſum, aut in pupillarem expreſſim, ſed compendio verborum ſine vllius ætatis præfinitione, hoc modo *Filius meus heres eſto, Quandocunque is deceſſerit, Sempronius ei heres eſto*, nemo quidẽ dubitat quin defuncto intra pupillares annos filio ſubſtitutio pupillaris dicẽda ſit, quia dictio *quandocunque* ſicuti cætera omnia tempora cõtinet, ita & illud quod intra decimumquartũ pupilli annũ eſt. Sed quoniã ætas ipſa pupillaris diſertè expreſſa nõ eſt, dubitãt interpretes an tacita pupillaris hæc dicenda ſit, an potiùs expreſſa, quãdo negari nõ poteſt aliquomodo expreſſam eſſe, verbis ſaltem generalibus. Quæſtionis verò effectũ in eo totum conſtituunt vt ſi tacita ſit, per eam mater non excludat, ſin expreſſa, excludatur. Eum autem caſum præcipuè interpretes exagitant ſi ſubſtitutio facta ſit non verbis merè directis, qualia illa ſunt, quæ nos vſurpauimus, *Semproni⁹ ei heres eſto*, ſed communibus, vt vocãt, veluti per verbum *ſubſtituo* quod illi commune eſſe volunt non ſolùm ad vulgarẽm & ad pupillarẽ ſubſtitutionem, quo ſolo ſenſu commune dicitur, ſi tamen dicitur *in d. l. iam hoc iure*, ſed ẽt ad directam ſubſtitutionem & ad fideicommiſſum, vtramq. ſubſtitutionẽ appellantes. Et poſt multas altercationes ad eam tandem ſententiam crebrioribus votis tanquã æquiorem & mediam decurſum eſt, vt quia ſubſtitutio nec omnino expreſſa, nec prorſus tacita dici poteſt, mater quoq; nec in totum excludat ſubſtitutũ nec in totum excludatur à ſubſtituto, ſed legitimã portionẽ ſibi in bonis filij debitam conſequatur, reliqua hereditas ſubſtituto relinquatur: ſub iiſdem tamen exceptionib. quas ſupra retulimus: id eſt niſi ex aliis teſtamenti partib. coniectura capi poſſit quòd matrem in totum excludi teſtator voluerit, quomodo haud dubiè voluiſſe creditur, ſi quem ex propriis liberis ſubſtituerit, ſiue is fratri impuberi conſanguineus fuit ſiue vtrimque coniunctus. Mihi verò traditiones iſtæ prorſus commentitiæ & à ratione iuris noſtri alienæ ſemper viſæ ſunt, ſiue prudentum reſponſa ſiue Iuſtinianum cõſulamus. Nam quemadmodum ante Marci conſtitutionem certum ius erat ſubſtitutionem quæ pupillo facta eſſet in vnum caſum, ad alium trahi non debere, nec voluntatis quæſtio relinquebatur, quia iuris ratio faciebat, vt caſum omiſſum pro omiſſo haberi oporteret *l. commodiſsimè 10. de libe. & poſth.* Ita poſt eam conſtitutionem quæ proculdubio ius nouum fecit, dubitari non poteſt quin is qui pupillo in vnum caſum ſubſtitutus fuit, in alterum quoque ſubſtitutus intelligatur, *d. l. iam hoc iure.* Nec magis hodie quàm olim voluntatis quæſtio vlla relinquitur in re quam certo perpetuóque iure diffiniri placuit. Niſi quid aliud interueniat quod ex veriſimili teſtatoris voluntate contrariam ſuadeat interpretationem. Cùm enim Marci conſtitutio non aliam rationem habuerit quàm vt voluntas teſtatoris suppleretur, coniicienda ſcilicet ex eo, quod teſtatorem animo agitaſſe veriſimile erat cùm filio ſuo impuberi ſubſtitutum daret, rationi adprimè conſentaneum eſt vt ſi alia teſtantis voluntas fuit, quam vt ſubſtitutio in vnum caſum facta in vtrunq. facta videatur, nullus ſit locus cõſtitutioni. Quid verò eſt, obſecro, quod teſtatoris voluntatem obſcuram & dubiam faciat vt ceſſet cõſtitutio cùm filio impuberi ſubſtitutus in vulgarem caſum datus eſt matre in medio exiſtente, ſi aliud nihil concurrat? An fauor matris quam à luctuoſa filij hereditate excludi non ſolùm inciuile, ſed etiam inhumanum videatur? Neq. enim aliud quicquam pro matre comminiſci poſſis. Atqui patris filio ſubſtituentis alium quàm vxorem, licet in vulgarem duntaxat caſum, apertiſſima voluntas illa eſt vt ſubſtituto mater obſtare non poſſit. Cur enim alium quàm matrem ſubſtituiſſet, ſi ſucceſſionem inteſtati ſaluã matri eſſe voluiſſet? An non verè pupillaris ſubſtitutus eſt etiam matre in medio exiſtente is qui in caſum vulgarem ſubſtitutus fuit? Vtique vt ex eo apparet, quòd ſi mater poſt teſtatorem ante pupillũ defuncta eſſet, aut filio ſuccedere noll et.

nollet, aut etiam non poſſet, puta excluſa per coniecturam aliquam voluntatis, ſubſtitutus admitteretur, & quidem ex pupillari ſubſtitutione & in caſum pupillarẽ. Aliud ergo quidpiam interuenire neceſſe eſt ad excludẽdum ſubſtitutum, nec ſufficere poteſt, quòd pupillo mater ſuperſit. Alioqui noua ſubſtitutionis formula excogitãda erit quæ non minùs matris quàm pupilli mortem in condicione ponat, vt ſubſtituto locus fiat. Et verò cùm poſt Marci conſtitutionem quiſquis ita teſtatur vt filio ſuo impuberi non niſi in vnum caſum det ſubſtitutum, conſultò id feciſſe credendus ſit, quia non dubitaret futurum ea ratione, vt perinde in alterum quoq. caſum ſubſtitutus admitteretur, ac ſi in vtrumq; ſubſtitueret, quid hodie intereſſe quæſo poteſt, an in alterum duntaxat caſum ſubſtitutus datus ſit, an in vtrumque? Aut quomodo fieri poteſt, vt non cogitauerit de matre in totũ excludenda, qui de alio pupillari ſubſtituto impuberi dãdo cogitauit? Perinde id eſt ac ſi quis diceret eum, qui extraneum heredem proprio teſtamẽto ſibi ſcripſiſſet, de legitimis heredibus, qui alioquin ab inteſtato ſucceſſuri erant, excludẽdis nõ cogitaſſe. Pupillaris ſiquidem ſubſtitutio teſtamentum eſt filij licet à patre factũ ſit, quinimò hoc ipſo potentius ad excludendam matrem non ſolùm à legitima inteſtati ſucceſſione, ſed etiã à querela inofficioſi teſtamenti quòd pater ille eſt qui filio teſtamentum fecit *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſta.* Nam de mariti teſtamento inofficioſo conqueri vxor non poteſt, ſicut nec ab inteſtato ſuccedere ipſi poſſet. Itaq; tantũ abeſt vt iuris prudẽtes fauore matris recedere voluerint ab eo iure quod Marci conſtitutio indiſtinctè, ac generaliter induxerat, vt ex contrario ſubſtitutũ matri prætulerint illo etiã caſu quo pupillaris ſubſtitutio inutiliter facta eſſet, vt puta in codicillis hactenus ſaltem vt directa ſubſtitutio flecteretur in fideicõmiſſum materq; ab inteſtato ſuccedens hereditatem pupilli ſubſtitutis pupillaribus ex fideicommiſſo reſtituere rogata videretur. Sic enim Scæuola reſpondit *in l. Scæuola 76. ad SC. Treb.* vbi additur, quod magis mirum eſt, id fieri benigna interpretatione, vt intelligamus multo benignius eſſe, ac teſtatoris voluntati conuenientius, vt ſubſtituto quàm vt matri faueamus, tùm etiã cùm ſtricti iuris ratio potiùs quàm teſtatoris volũtas pro matre facit. Quanto igitur magis fauendum eſt ſubſtituto vt matrẽ in totum excludat, cùm ſubſtitutio pupillo facta non ſolùm valet ſummo iure, ſed ẽt pro eo habetur ex Diui Marci conſtitutione ac ſi in pupillarem caſum expreſſim facta eſſet? An dicemus benignam interpretationem, eam, quæ & teſtatoris volũtatem, & ſubſtituti adeóq; ipſius teſtamenti ius euertat, vt matri non niſi ab inteſtato ſuccedere valenti faueatur? Vna tamen eáq; vnica ſpecies eſt & valdè ſingularis in qua matrem ſubſtituto præferẽdã eſſe Iuſtinianus credidit, & ante Iuſtinianum Papinianus, à Iuſtiniano autor laudatus *in d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* Finge Titium cùm Semproniã vxorem prægnantem haberet ſcripſiſſe heredem illam ex ſemiſſe, ventrem verò ex alio ſemiſſe, tùm ſi poſthumus natus non eſſet, Meuiũ ſubſtituiſſe: poſthumum autem natum fuiſſe, ſed poſtmodum in ætate pupillari ante matrem deceſſiſſe. An ſubſtitutũ matri præferemus? Placebat Vlpiano & Papiniano voluntatis eſſe quæſtionem, id eſt non ſatis apertè ex iuris regula & Marci reſcripto apparere quid in hac ſpecie reſponderi deberet. Vlpianus tamen, vt Iuſtinianus innuit, à Papiniano diſſidebat, & ſubſtituti partes tuebatur. Papinianus contra vt pro matre reſpõderet, ex eo mouebatur quod veriſimile eſſet teſtatorem qui ſubſtantiæ ſuæ partem vxori chariſſimæ reliquiſſet, multo magis id curaſſe aut animo agitaſſe, vt & luctuoſa filij hereditas ad matrem perueniret. Vlpianus ſola Marci conſtitutione nitebatur: quæ licet de eo teſtatore locuta videatur qui filio impuberi ſubſtitutum dederit in vulgarem caſum generalem, *ſi filius heres non eſſet*, ad eũ tamen porrigenda ẽt eſt qui ſubſtituit in vulgarẽ caſum ſpecialem, *ſi filius heres nolet*, aut *ſi filius heres eſſe non poterit*, & conſequenter ad illũ ſpecialiorem, *ſi filius poſthumus non naſcetur*, vt quamuis poſthumus natus ſit, videatur pater ei pupillariter ſubſtituiſſe, nec ſolũ ſi heres ille eſſe aut noluerit aut non potuerit, ſed etiam ſi heres fuerit & in pupillari ætate deceſſerit. Ita enim ius eſſe nec Papinianus negabat, & Iuſtinianus fatetur cùm in propoſita ſpecie ſubſtitutum admittendum eſſe vult, non modò ſi poſthumus editus non fuerit, ſed etſi eo nato mater prior deceſſerit. Difficilius quidem videtur vt caſus ille ſpecialiſſimus, *ſi poſthumus nõ naſceretur*, trahatur ad alium in ſpecie contrarium, *ſi poſthumus naſcetur & heres non erit*, tũ hic rurſus ad illum, *ſi heres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, quàm vt vulgaris tantùm caſus generalis, qui ſpeciales omnes in ſe vi ſuâ continet, trahatur ad pupillarem. Sed tamen cũ extenſio & protractio hæc fiat ſolius legis poteſtate reſpicientis ad fauorẽ pupilli cui pater proſpicere ſine dubio voluit, non eſt difficilior hoc caſu quàm illo. Omnia enim quæ circa vltimas voluntates verſantur, perinde facilia ſunt legi, quę ipſa ſupremis defunctorũ iudiciis vim totam, & robur confert. Papinianus autem illam potiſſimùm ex iure vetere rationem adferre poterat, quod caſus ille tantùm expreſſus eſſet, *ſi poſthumus nõ naſceretur*. Omiſſus verò ille qui euenerat, *ſi poſthumus naſceretur & in pupillari ætate decederet*. Proinde caſum omiſſum pro expreſſo haberi non debere *d. l. commodiſſimè l. Gallus 29. §. 1. de liber. & poſt.* Neq; verò id Vlpianus ipſe negaret, ſi Marci conſtitutio non eſſet. Ad eam porro conſtitutionem Papinian[9] reſpõdebat, non alia de cauſã ſic a Marco fuiſſe cautũ vt ſubſtitutio in vnum caſum facta, in vtrumq; facta intelligeretur, quàm vt mãcam teſtamenti ſcripturã ex eo ſuppleret quod credibile eſſet à teſtatore cogitatum. Non enim eſſe dubitandum, quin teſtator ſi eo tempore quo ſuprema condebat interrogatus fuiſſet an ſubſtitutum quem in vnũ caſum dediſſet, in vtrumq; datum vellet, reſpõſurus fuerit, ſe id maximè velle. Eadem nimirum volendi ratione impellente, vt heredẽ ex teſtamento pupillus omnimodo haberet, nec legitimæ inteſtati ſucceſſioni locus relinqueretur. Conſequens ergo eſſe, vt ſi qua probabilis coniectura ex teſtamento ipſo emergeret, quæ diuerſam teſtatoris voluntatem ſuaderet, conſtitutioni locus eſſe non poſſet, ne quod pro adiuuanda ſupplendáve voluntate inductum fuiſſet, in voluntatis euerſionem retorqueretur. Idq; eſt quod Modeſt. ſcribit *in d. l. iã hoc iure in fin. ita .n. in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi volũtas parẽtis nõ refragetur.* In propoſito a. coniecturã voluntatis pro matre aduerſus ſubſtitutũ, Papinian[9] ex eo ſumebat q̀ teſtator vxorem dediſſet filio coheredem. Inde ſiquidẽ colligi poterat nõ ſolùm fuiſſe illã teſtatori chariſſimam, quod non ſufficeret ſi fortè legatis duntaxat quantumcunq. ampliſſimis eam honeſtaſſet, verùm etiam non cogitaſſe teſtatorem de luctuoſa filij hereditate auferenda matri, cui propriæ ſubſtantiæ, id eſt hereditatis ſuę partem reliquiſſet. Id enim cauſæ eſt cur ſubſtitutis pupillaribus magis quã legitimis

heredibus fauere ſoleamus, quòd pater ſubſtituẽdo pupillariter ſatis declaret nolle ſe pupilli hereditatem ad legitimos heredes peruenire. At quis in dubio credat noluiſſe teſtatorem alienam hereditatẽ ab inteſtato peruenire ad eam perſonam cui propriam ipſe ſiue in totum ſiue pro parte relinquat? Præſertim verò hereditatem luctuoſam, quæ in ſolatium amiſſi pupilli ſi nõ iure, ſaltem miſerationis ratione matri debeatur. Quanquam autem coniectura hæc, ſi aliud nihil vrgeret, leuior videri poſſet quàm vt à certo conſtitutóq. iure propterea diſcedi oporteret: tamen in propoſita ſpecie vires maximas ex eo accipit, quod per huiuſmodi coniecturam id agit Papinianus vt redeat res ad ius vetus, caſúſque omiſſus pro omiſſo habeatur. Itẽ ex eo, quòd condicio illa negatiuè cõcepta *ſi poſthumus non naſceretur*. dupliciter defecerat, & quia poſthumus natus fuerat, & quia patri heres extiterat: neq; .n. qui nõ naſcitur, heres eſſe poteſt. Nõ quòd difficilius hoc caſu inducatur cõſtitutio Marci quã ſi ſubſtitutus datus fuiſſet in caſum illũ vulgarem generalem *ſi poſthumus non eſſet heres* (nihil enim meo iudicio intereſſet ſi ſubſtitutus non cum matre, ſed cum alio quolibet legitimo herede contenderet,] ſed quoniam, quod ad matrem pertinet, multum ſanè intereſt, quibus verbis concepta ſit condicio, & an natus ſit poſthumus, an non natus. Nam cùm is tantùm caſus expreſſus eſt, *ſi poſthumus non naſcetur*, dici non poteſt teſtatorem qui poſthumo ſubſtitutum dedit, cogitaſſe de luctuoſa filij hereditate matri auferenda: quando nec vlla filij hereditas eſſe poteſt ſi non naſcatur. Proinde nulla fit iniuria matri ſi in ea portione ex qua poſthumus heres ſcriptus fuerat, ſubſtituatur extraneus & admittatur in eũ caſum quo poſthumus nõ naſcetur. At nato poſthumo ſicut incipit vxor habere filium, ita & iuſtam habere querelam ſi ab eius mortui ſucceſſione repellatur in eum caſum qui ſit omiſſus, quiq. tam diuerſam & ſeparatam ab expreſſo habeat rationem. Et hæc ſanè meo iudicio pręcipua obſeruatio eſt quę Papinianũ mouere potuit & debuit vt contra ſubſtitutum reſponderet. Quam ſi ille vt Tribonianus, prętermiſit, fecit fortaſſe, vel quòd facilè & ex ipſis teſtamenti verbis ſtatim occurreret, vel quòd ſola minus ſufficeret ad excludendum ſubſtitutum, etiã matre in medio exiſtente. Sed ſi aliam coniungas quam Iuſtinianus his verbis expreſſit, *ſi enim ſuæ ſubſtantiæ partem vxori dereliquit, multo magis & luctuoſam filij hereditatẽ ad matrem venire curauit* fortiſſimam ſanè voluntatis coniecturam ex duabus collectam, iuriſq; veteris ratione corroboratam pro matre effeceris. Cæterùm non eam Papiniani, aut Iuſtiniani ſententiã eſſe, vt generaliter & extra eã ipſam ſpeciẽ de qua tractam° ſubſtitutus excludatur propter matrem, apparet maniſeſtiſſimè ex illis verbis, *in huiuſmodi caſu*, quorũ nõ alius ſenſus eſſe poteſt quàm vt in ea ſpecie quæ proponitur, ſubſtitutionem reſpuamus, id eſt ita demum ſi & mater ſit in medio, & coheres filio data, & ſubſtitutus in eum nominatim caſum vocatus, *ſi poſthumus non naſcetur*. Nam quod ſtatim ſequitur, *vbi poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit*, non pro eo accipi debet quaſi ſit interpretatio eius quod præcedit *in huiuſmodi caſu*, ſed vt ſit prior pars diſtinctionis qua vtendum eſt cùm quæritur, an in propoſita ſpecie ſubſtitutus admittendus ſit necne. Aut .n. poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſit, & his duobus interuenietib. ſi cętera omnia concurrãt de quibus diximus, ſubſtitutus excluditur. Aut poſthumus editus non eſt, vel editus quidem eſt, ſed matri ſuperſtes fuit, & his caſibus ſubſtitutus admittẽdus eſt. Itaq; melior condicio eſt ſubſtituti quàm matris. Illa enim non niſi vno caſu admitti poteſt, & ita demum ſi duo concurrant. Hic autem duobus caſibus admittitur, quorum vterque ſimplex eſt nec alium caſum admixtum habet. Quid ergo ſi mater filio coheres data non ſit? Non excludetur ſubſtitutus licet poſthumus adhuc natus viua matre impubes deceſſerit. Ceſſat enim hoc caſu coniectura illa quę Papinianum & Iuſtinianum pręcipuè mouit, quod credendus non ſit pater luctuoſam filij hereditatẽ adimere voluiſſe matri, cui ſuæ propriæ partem dederit. Quid rurſum ſi coheres data ſit, at non vẽtri, ſed filio iam nato ſub ea condicione, *ſi heres non eſſet*? Neq. hoc caſu ſubſtitutus excludetur, quia difficilius eſt, vt non cogitauerit hic pater de inteſtati ſucceſſione matri auferẽda, quàm ſi poſthumo nondum nato ſubſtituiſſet ſub ea condicione, *ſi non naſceretur*. Quid ſi pater compendio verborum ita ſubſtituerit, *quandocunque poſthumus deceſſerit, Sempronius heres eſto*. Admittã ſubſtitutũ eodẽ modo, eadémque ratione, quia compendium illud verborum licet plura tempora contineat, non tamen diuerſos illos caſus *ſi poſthumus naſcetur* & *ſi non naſcetur*. Natum enim eſſe omninò neceſſe eſt vt poſſit decedere. Itaque perinde eſt ac ſi iam nato filio, ſi is heres non eſſet, ſubſtitutus datus fuiſſet. Nec aliud reſpondebo ſi ventri facta ſubſtitutio ſit his verbis *ſi poſthumus naſcetur* & *heres non erit*. Nam ſtatim atque apparet teſtatorem nato quoque poſthumo ſubſtituere voluiſſe, nullus interpretationi pro matre faciendæ locus relinquitur, tametſi coheres filio data proponatur. Quid denique ſi non mater ipſa in medio ſit, ſed frater aliúſve legitimus heres poſthumi idémque cum poſthumo ex patre inſtitutus, eique ſubſtitutus, ſiue naſcetur poſthumus ſiue non naſcetur? Subſtituto locus erit, quia non ſicut matri ita fratri aut alij cuilibet legitimo heredi luctuoſa pupilli hereditas videri poteſt. Nec auiam quidem excipio ſiue paternam ſiue maternam, licet interpretes vulgo excipiant, eandémque matris & auiæ rationem hac parte conſtituant. Etſi enim aſcendentibus omnibus pro cuiuſque gradus prærogatiua deſcendentium hereditates deferri ſolent ratione miſerationis *l. nam etſi 17. D. de inoff. teſt. l. ſcripto 7. §. vlt. vnd. liberi*. luctuoſior tamen eſt matri quàm auiæ hereditas pupilli, longéque maiore commiſeratione mater quàm auia digna eſt, non ſolum propter coniunctum dolorem ex caſu amiſſi patris, ſed etiam propter partus periculum quod ipſa, non auia, pro pupillo ſubiit. *argument. l. aſsiduis 12. verſ.* quis enim earum non miſereatur? *C. qui pot. in pign. hab*. Denique non patiar vt caſus ille adeò ſingularis qui Iuſtiniani conſtitutione diffinitur, ad alium vllum caſum porrigatur, quia nec ſimilem alium vllum comminiſci poſſis, ſi vel minimam demas ex iis facti circũſtantiis, quæ in propoſita facti ſpecie occurrunt. Sanè in eo ipſo caſu plus fauebo matri quã fauere interpretes ſoleant, qui ſubſtitutum ei præferunt ſi ſit ex liberis teſtatoris. Præferam enim matrem ſiue filius teſtatoris idémque ſubſtitutus conſanguineus tantũ frater pupillo fuit, ſiue vtrimque coniunctus, non ob id ſolũ quòd eadẽ commiſerationis, ęquitatis, & voluntatis rationes pro matre vrgeãt quę vrgerẽt ſi ſubſtitutus omnino extraneus fuiſſet (nam ſi filius ſubſtitutus nõ niſi conſanguineus pupillo fuit, poſtponitur omnino matri in pupilli inteſtati ſucceſſione, ſin vtrimq. coniunctus fuit, concurrit quidem cum matre, ſed tanto æquius

ferre

ferre debet, quod ex ſubſtitutione non admittitur) verum etiam quia Iuſtiniani verba ſunt taxatiua & præciſa, nõ tam aduerſus ſubſtituti perſonam, quàm aduerſus ipſam ſubſtitutionem. Sic enim ſcribit *ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tãtummodo ſubſtitutionem admittimus cum poſthumus minimè editus fuerit vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.* Nato igitur poſthumo & ante matrẽ defuncto nulla ſubſtitutio eſt: quod cum ita ſit, quid attinet de ſubſtituto quærere an ſit ex liberis necne? Nã vbi ſubſtitutio nulla eſt, nec ſubſtitutus quiſquam eſſe poteſt. Quare nec diſtinguam vtrum filius ille ſubſtitutus, eodẽ teſtamẽto inſtitutus fuerit cum matre & impubere, an exheredatus. Quamquam in exheredato minorem dubitationem res habet, cùm veriſimile non ſit voluiſſe patrem à legitima pupilli ſucceſſione excludi matrem per filium quem ipſe à propria repulerit hereditate. Nec quicquã apertius eſt quàm Iuſtinianum, vt matri faueret contra ſubſtitutum, ad ipſius matris perſonam & fauorem duntaxat reſpexiſſe, non etiam ad id quod extraneus ſubſtitutus proponeretur. Et verò, quiſquis tandem ille ſit, qui ſubſtitutus eſt, idem matris fauor eſſe debet cùm non de teſtatoris, ſed de pupilli bonis & hereditate agitur, quandoquidem æquè vno ac alio caſu luctuoſa ei eſt hereditas filij, nec magis hoc quàm illo dici poteſt de ea excludenda cogitaſſe teſtatorem qui ventri ſubſtitutum dederit in eum duntaxat caſum *ſi poſthumus non naſceretur*. Sicuti nec quicquam refert an ex dimidia hereditatis parte, an ex tertia tantùm aut alia minore vxor fuerit inſtituta. Sufficit enim quòd teſtator ſubſtantiæ ſuæ partẽ ei reliquerit, nec vt pars illa dimidia ſit, Papinianus exigit aut Iuſtinianus. Vnus tãtùm iuris locus eſt quo mouentur interpretes vt pro matre contra ſubſtitutum reſpondeant, & Iuſtiniani conſtitutionem locum habere putent illo etiam caſu quo vxor nulla ex parte à marito heres ſcripta proponatur. Is eſt *in l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis ſubſtit.* De cuius ſententia, quoniam hîc iam longiores fuimus, dicendum nobis eſt ſeparatim, totáque hæc diſputatio ſequenti capite abſoluenda.

Ad l. precibus 8. *C. de impub. & aliis ſubſtit.*

Capvt x.

CVm maritus idémq; miles filium impuberem teſtamento heredem ſcripſiſſet, eíque ſubſtitutum dediſſet, tùm defuncto pupillo de ipſius hereditate inter matrem ſuperſtitem & ſubſtitutum cõtrouerteretur conſulti Imperatores quid iuris conſtitui placeret, reſcripſerunt diſtinguendum eſſe vtrúmne in primum caſum, an in ſecundum ſubſtitutus datus eſſet. i. an in vulgarem an in pupillarẽ. Nõ enim eſſe incerti iuris, quòd ſiquidẽ impubes in patris militis poſitus poteſtate primo tantùm caſu huic ſubſtitutũ & patri heres extitit, defuncto eo, ad matrẽ omnimodo pertineat ſucceſſio. Si verò ſubſtitutio in ſecundum caſum, vel expreſſa, vel cõpendio verborum, id eſt non vſque ad certã ætatem facta reperiatur, ſiquidẽ intra pubertatem deceſſerit, eos habeat heredes quos pater ei conſtituit. Sed ſi poſt pubertatem, mater equidẽ ab inteſtato filij ſui ſucceſſionem obtineat, ab ea tamen, bona omnia quæ patris cùm moreretur fuerunt, per ſubſtitutum velut ex cauſſa fideicommiſſi peti poſſint. Priore diſtinctionis parte noſtri abutuntur, vt probent Iuſtiniani cõſtitutionẽ *in l. vlt. C. de inſt. & ſubſtit.* de qua proximè diximus, non minùs locũ habere vt mater ſubſtituto præferatur, etiãſi coheres illa filio data nõ ſit, quàm ſi data eſſet. Nam in ſpecie *l. precibus*, ſolus filius impubes, & conſequenter ex toto aſſe ſcriptus proponebatur. Sed & illud pro ſubſtituto faciebat, quòd non in caſum illum ſpecialiſſimum *ſi poſthumus non naſceretur* datus erat, ſed in vulgarem generalem *ſi filius heres non eſſet*, qui caſus vt pote minus remotus à pupillari facilius ad illum trahi poteſt ex conſtitutione Diui Marci, quàm ſi poſthumo in eũ duntaxat caſum quo non naſceretur ſubſtitutus datus eſſet, quẽadmodũ in ſuperioribus diſputauimus. Et tamen nõ dubitant Imperatores quin ab inteſtato mater ſubſtituto præferenda ſit. Sed mirum eſt non fuiſſe ab interpretibus animaduerſum, aut ponderatũ quod ipſa legis verba bis inculcant, de teſtamento militis eo loco diſputari. Inde enim, nec aliunde fit vt ſubſtituto in caſum duntaxat vulgarẽ dato non poſſit prodeſſe ſubſtitutio caſu pupillari eueniente, & quod eſt cõſequẽs vt matrem ab inteſtato potiorem eſſe ſit neceſſe. Certum namq; eſt cõſtitutionem Diui Marci quæ primũ ius illud induxit vt ſubſtitutio filio impuberi in vnũ caſum à patre facta in vtrumq; facta intelligeretur, nõ pertinere ad teſtamẽta militum: quoniã cùm de militis teſtamento agitur, nudã militis voluntatẽ intuemur, id eſt qualis ſcripta eſt, nulla ſcripti admiſſa interpretatione, tantum abeſt vt caſum omiſſum ſuppleamus & pro expreſſo habeamus: In quo militis aliud ius eſt, quàm pagani. Teſtamẽtum .n. pagani hominis diffinimus iuſtã ipſius ſententiam, id eſt non nudam vt militis, ſed iuris rationi & regulis conuenientem; adeóque ex iure & legibus aut Principum conſtitutionibus interpretandam *l. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ. l. 1. l. in fraudem* 15. §. 1. *l. miles ſi teſtamentum* 35. *D. de teſtam. milit.* Atqui vt in vnum caſum facta ſubſtitutio in vtrumque facta intelligatur, non fit citra interpretationem, imò ſuppletione opus eſt, vt ſupra diximus. Mirum igitur non eſt ſi ea Marci conſtitutio ad militũ teſtamenta non pertineat. Nam & permittitur iis decedere pro parte teſtatis, pro parte inteſtatis *l. ſi miles* 6. *eo.* pro parte, inquã, non modò bonorum, ſed etiã temporis *l. ex militari* 15. §. *vl. & l. miles ita* 41. *eo.* & cũ teſtamento imperfecto, vt perfecti poteſtatẽ obtineat, adeóque cum pluribus teſtamentis *d. l. miles* 35. Denique miles etiam notis teſtamentum dictare poteſt *l. Lucius* 40. *eod.* & filio impuberi teſtamentum facere, licèt ſibi ipſi non faciat *d. l. miles ita* §. *vlt.* Vt cætera taceam quæ ex principalibus conſtitutionibus propria atque ſingularia iura in militum teſtamentis obſeruantur *l. 2. & paſſ. eo. tit.* Porro ceſſante Marci conſtitutione quid aliud relinquitur, niſi vt qui in vulgarem duntaxat caſum ſubſtitutus fuit, pupillari eueniente non admittatur, legitimiſque heredibus, quicumque tandem illi ſint, locus fiat? Quare nec aliud eſſet tametſi vnus ex liberis teſtatoris ſubſtitutus proponeretur, quo tamen caſu putant interpretes potiorem ſubſtituti cauſſam eſſe debere. Nõ enim quod ſubſtitutus ſit ex liberis facere poteſt vt eo magis conſtitutio locum obtineat in teſtamento militis, quod neque coniecturam, neque interpretationem admittit. Et magis miror quod Iacobus Cuiacius in obſeruationibus ſcripſit nihil hac parte differre teſtamentum militis à teſtamento pagani. Hoc enim ſi ita eſt, cur adiecta ſunt in principio legis verba illa *miles defunctus* & paulo pòſt *in patris militis poſitus poteſtate*? Sanè quod ad hanc rem pertinet, nihil intereſt an mater ſit quæ ab inteſtato ſuccedat pupillo, an alius agnatus. Quiſquis enim ille ſit, præferetur ſubſtituto, quia in pupillarem caſum ſubſtitutio nulla eſſe intelligitur. Idque *non incerti iuris eſt* vt lex ait, ſed certiſſimi & exploratiſſimi, cùm tamen ſi à

Digitized by Google

pagano factum eſſet teſtamentum, datúſque ſubſtitutus ſub ea condicione *ſi poſthumus non naſceretur*, fatendum eſſet vel ſubſtitutum vincere debere, vel ſaltem voluntatis eſſe quæſtionem, vt Vlpianus & Papinianus putabant *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Subſtitutione verò in vulgarem caſum generalē facta *ſi poſthumus heres non eſſet*, nulla eſſet quęſtio voluntatis, ſed omnimodo ſubſtitutus vinceret propter Marci conſtitutionem, ſi non contraria patris volūtas probaretur *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. quamuis 4. C. eod.* Non igitur eadem eſſe poteſt ſententia Iuſtiniani *in d. l. vlt.* & Imperatorum Diocletiani & Maximiani *in d. l. precibus*, vt mater præcipuo quodam fauore excludat pupillarem tacitam ſubſtitutionē ſiue filio coheres data ſit ſiue non ſit. Quod verò ad compendioſam attinet, quę ſecunda pars eſt diſtinctioois poſitæ *in d. l. precibus*, multo magis ridiculum eſt quod noſtri volunt, ſic eam interpretandam quoties mater in medio eſt vt fideicommiſſaria ſit potiùs quàm directa ſi per verbum commune facta ſit, vt pota, inquiūt, per verbum *ſubſtituo*. Nam imò verò nihil prorſus intereſt an filio ſubſtitutus datus ſit in caſum quo heres erit, pupillari ætate expreſſa, id eſt adiectis his verbis *& in pupillari ætate deceſſerit*, an verò cōpendio verborum non vſque ad certam ætatem hoc modo *quandocumque deceſſerit*. Vtroque enim caſu pupillaris ſubſtitutio eſt, & quidem expreſſa & vtilis, ſi modò pupillus intra pubertatem moriatur, ſiue directis verbis ſubſtitutio facta ſit vt *in d. l. precibus*, quod apparet ex iis verbis *ſecūdum heredem ſcripſiſſe*, ſiue communibus, vt noſtri appellant. Nam & volūtas teſtatoris & ratio iuris facit vt ſubſtitutio quæ duplici iure valere poteſt, id eſt tanquam directa aut tanquam fideicōmiſſaria, directa potiùs quàm fideicommiſſaria cenſeatur *cap. ſi pater de teſtam. in 6.* Quamquam, ſi verū amamus, abſurda eſt & à prudētum traditionib. aliena diſtinctio illa verborum vt quædam directa ſint, quędam obliqua, quædam communia. Summa enim omnium diuiſio eſt quod quędam directa ſunt quæ & ciuilia & imperatiua vocantur, quædam obliqua quæ & precaria, & inflexa, communia verò nulla prorſus. Vnde illa etiam diuiſio voluntatum quòd omnes aut directę ſunt aut precarię *l. verbis ciuilibus 7. l. centurio 15. D. de vulg. & pupil. ſubſt. l. cùm proponebatur 64. de legat. 2. l. 2. C. commun. de legat. l. quoniā indignum 15. C. de teſtam.* Sed illud multo abſurdius eſt quod vno ore noſtri omnes iactitant, verbum *ſubſtituo* eſſe commune ad directam & ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem, abutentes in hanc rem Modeſtino *in d. l. iam hoc iure*, nec animaduertentes cōmune eo loco dictum eſſe ratione vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis duntaxat, non etiam ratione fideicōmiſſi, de quo tota ea lege ne verbum quidem. Quamquam malim quod eo loco de communi verbo ſcriptum eſt referri non ad verbum *ſubſtituo*, ſed ad dictionem *inuicem*: illa enim eſt quæ communem facit inter inſtitutos, & duplicē ſubſtitutionem, idque ab interpretibus aut à nobis ante hūc diem animaduerſum non fuiſſe miror. Enimuerò ſi verbum *inſtituo* merè directum eſt vt iidem omnes fatentur, quidni *ſubſtituo* etiam directum erit, cùm ſubſtitutio, ſi Vlpiano & Caio credimus, nihil aliud ſit quàm inſtitutio ſecunda aut ſecundi heredis? Nec ſanè memini vllo iuris loco legere me ſubſtitutum dici à prudentibus eum qui nonniſi per fideicommiſſum ſit vocatus. Quin ex contrario à Papiniano ſcriptum video *in l. tutores 39. §. heres inſtitutus D. de admin. & peric. tutor.* heredem inſtitutum qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit, nullum tamen habere ſubſtitutum. Quare nec vnquam Iureconſulti ſubſtitutionem ſimpliciter dicunt vt fideicommiſſum exprimant, ſed vel addunt fideicommiſſariam, quo modo etiam homioem mortuum qui homo re vera nō eſt, hominem appellamus, & ſubſtitutionē quoque precariam dicimus *in l. quærebatur 19. D. de teſta. mil.* vel ſubſtitutionis nomine vtuntur cùm fideicommiſſum in legato aut fideicommiſſo factum eſt, vt dubitari non poſſit directamne an precariam ſubſtitutionem intelligant, quemadmodum à Papiniano quoque factum eſt *in l. cùm pater 77. §. volo de legat. 2.* Tribonianus certè pleriſque locis ſubſtitutionem dixit pro fideicommiſſo vt *in l. generaliter 6. §. cùm autem C. de inſtit. & ſubſtit. & alibi paſſim.* Ideò fortaſſe quod ſubſtitutionis nomen generale & æquiuocum eſt. Nam & arbores ſubſtitui dicimus in locū demortuarum *l. agri vſufructu 18. D. de vſufr.* Sed vt teſtator qui ſubſtituendi verbo vſus eſt de fideicōmiſſo ſenſiſſe vllo caſu videatur, nuſquā à prudentibus, ac ne quidem à Triboniano ipſo proditum reperias. In eámque rem textus eſt, vt mihi videtur, & elegans & apertus *in l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* vbi cùm proponeretur pater filio impuberi codicillis ſubſtituiſſe, negat tamen Scæuola ſubſtitutionem valere, quòd eſſet merè directa, codicillis autem hereditas directo dari non magis quàm adimi poſſit. Nec quod eam flecti vult ad fideicommiſſum, quicquam obſtat. Fatetur enim ad eā ſententiā ſe decurrere *benigna interpretatione*, id eſt contra vim verborum ſtrictámque iuris rationem, pro tuenda duntaxat patris volūtate quæ pupillo fauorabilior videretur. Quid verò benigna interpretatione opus eſſet ſi verbum *ſubſtituo* quo teſtator vſus erat, commune eſſet ad directam & fideicommiſſariam ſubſtitutionem? An non enim ex vi quoque verbi defendenda eſſet ſubſtitutio iure fideicommiſſi, præſertim quæ & in codicillis facta eſſet, in quibus fideicommiſſa relinqui ſolent, & directo iure defendi nullo caſu poſſet? Hic tamē error vt verbum *ſubſtituo* commune eſſe exiſtimetur tam ad precariā quàm ad directam ſubſtitutionem dici non poteſt quantas apud interpretes controuerſias, & perplexitates pepererit. Hinc ſiquidem inextricabiles illæ quæſtiones De compendioſa ſubſtitutione verbis communibus facta: An directa cenſenda ſit an fideicommiſſaria, præſertim matre in medio exiſtente, an verò directa vſque ad tempus pubertatis, poſt id tempus precaria. Inde tot etiam lites & contentiones in tribunalibus, quoties ferè ſubſtitutio aliqua teſtamento continetur, an vulgaris aut pupillaris cenſenda ſit, an fideicommiſſaria. Inde tot diuinationes in coniicienda aut potiùs comminiſcenda defuncti hominis volūtate, an de fideicommiſſo inducendo ſenſerit is, qui ſubſtituendi verbo vſus eſt. Quæ omnia ceſſarent, & iure longè certiore vteremur ſi verbum *ſubſtituo* quod re vera ſemper merè directum eſt, numquā pro communi haberetur. Sed quid rogo abſurdius, quàm quod noui iſti iuris & æquitatis arbitri induxerunt, vt per compendioſam ſubſtitutionem verbo communi factam mater excludatur quidem ab hereditate pupilli, non in totum, ſed ita vt legitimam ſaluam habeat? Nam ſi ſubſtitutio merè directa eſt, vt eſt, & conſequenter pupillaria, atque ita ipſius pupilli teſtamentum, quomodo fieri poteſt vt legitima quæ teſtamento matri relicta non eſt vlla ei debeatur? Aut vt citra querelam inofficioſi teſtamenti, legitima detur matri præteritæ, cui nec querela vllo cō-

petere

petere poſſit *d.l. Papinianus 8.§. ſed nec impuberis D. de inoff. teſtam.* Nam quod pro ratione adferunt ſubſtitutionem hãc pupillarem neque omnino expreſſam eſſe neque omnino tacitam, ſed expreſſam verbis generalibus, tacitam ſpecialibus, ob idque mediam ſententiam ex æquitate ſequendam eſſe, vt neque in totum excludatur mater quæ ſi ſubſtitutio omnino tacita eſſet, in totum admitteretur, neque in totum admittatur, quæ ſi ſubſtitutio expreſſa omnino eſſet in totum excluderetur: hoc, inquã, adhuc ineptius eſt. Vt enim taceam quod iam in ſuperioribus dixi & probaui, per tacitam pupillarem perinde ac per expreſſam excludi omnino matrem extra caſum illum ſingularem de quo *in l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* quis non videt longè tolerabilius eſſe, vt tacita pupillaris contra matrem nõ admittatur, quàm vt tacita eſſe exiſtimetur ea quę cõpendio verborũ expreſſa eſt? Aut vt tacita pupillaris admittatur contra matrẽ ad excludendam eã ab hereditate, non admittatur quod ad legitimã attinet? Quis poſſit credere eandem ſubſtitutionem pro parte expreſſam cẽſeri, pro parte tacitã? An nõ idem illud eſt acſi quis diceret pupillũ videri deceſſiſſe pro parte teſtatũ, & pro parte inteſtatum? Teſtatum quatenus ſubſtitutũ admittimus, inteſtatum quatenus matri omnino preteritæ legitimam damus citra querelam, quaſi portionẽ quãdam ſucceſſionis quam ab inteſtato eſſet habitura. Quamquã, quod magis mirandum eſt, nõ poſſint interpretes quotquot ineptiam hanc ſequuntur, dicere quo iure legitima hæc matri adiudicetur, an ex teſtamento an ab inteſtato. Ex teſtamẽto enim quomodo habeat mater cui nihil prorſus teſtamento relictum eſt? Scio Iuſtiniani conſtitutione *in l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.* inductum eſſe vt ei cui legitima debetur, ſiue ex aſcendentibus ille ſit, ſiue ex deſcendentibus ſi quid relictum ſit minus legitima competat actio ad ſupplementum, quæ ipſa ex teſtamento eſſe exiſtimatur, licet detur ad plus cõſequẽdum quàm teſtamento relictum ſit: nimirum quia nec per modum querelæ datur, neque tanquam ab inteſtato, cùm ob hoc ipſum inducta ſit vt ſalua maneat cauſſa teſtamenti, quod alioqui per querelam rumperetur. Sed ei cui nihil prorſus teſtamẽto relictum ſit nego actionem vllam competere poſſe quę ſit ex teſtamento, præſertim ad legitimã conſequendam, quam nec relinqui fuerit neceſſe. Ab inteſtato autem legitimam deberi quis vnquam dixit, vel audiit? Legitima ſiquidem nihil aliud eſt quàm triens, vel ſemis portionis ab inteſtato contingentis. Aut quis locus ſucceſſioni inteſtati reliquus eſſe poteſt, eo caſu quo ſubſtitutus pupillaris ex ipſa pupillari ſubſtitutione admittitur? An nõ pupillaris ſubſtitutio teſtamẽtũ pupilli eſt? An vero quãdiu cauſſa teſtati ſubeſt, inteſtati ſucceſſio vlla ex parte locũ habere poteſt? Somnium igitur ægroti hominis eſt diuiſio iſta iuris & voluntatis, in re, quæ cõmodam nõ recipit diuiſionem. Atqui, inquiunt, ſi ſubſtitutio illa compendioſa per verbum commune facta cenſeretur, fideicõmiſſaria etiam intra pupillares annos fauore matris, poſſet mater non ſolùm legitimam ex fideicommiſſo detrahere, ſed etiam Trebellianicam. Ergo boni conſulere ſubſtitutus pupillaris debet quod matri nõ niſi vnius legitimæ detractio permittatur. Reſpõdeo neceſſarium omnino eſſe vt valeat ſubſtitutio vel tanquam directa prorſus vel tãquam fideicommiſſaria. Nam vt valeat tanquam directa, & tanquam fideicommiſſaria ſimul, admitti nullo modo poteſt. Si tãquã directa, fieri iniuriã ſubſtituto, cui portio hereditatis pro legitima matris auferatur, cũ vniuerſa pupilli bona obtinere debeat. Si tanquam fideicõmiſſaria, fieri iniuriam matri quæ totam ſucceſſionem ab inteſtato habere debet ſub onere fideicommiſſi, ſalua ex fideicommiſſo duplicis quartæ detractione. Itaque dum noſtri quaſi in iure incerto vagantes id agunt vt neutri iniuriã faciant, faciunt proculdubio alterutri, quod ruſticorum, vt trito fertur prouerbio, non prudentum iudicium eſſe ſolet. Sed apertiùs iniuriam faciũt ſubſtituto, quem fatentur ex directa pupillari, non ex fideicõmiſſaria ſuccedere: quando nec negare poſſunt, quin ſubſtitutio cõpendioſa, vt vocant, perinde ſit directa pupillaris pupillo intra pubertatem decedente, acſi pupillaris ætas expreſſa eſſet, etiam ad matrem excludendam, quod omnium apertiſſimè probat d.l. precibus in verſiculo illo *Si verò ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa vel cõpendio non vſque ad certã ætatem facta reperiatur, ſiquidẽ intra pubertatẽ deceſſerit, heredes eos habeat quos pater ei cõſtituit.* Illud verò non minùs abſurdum eſt, quod de hac cõpendioſa ſubſtitutione ſic noſtri tractãt, quaſi tertia ſit ſpecies ſubſtitutionis differens à vulgari & pupillari, continens in ſe expreſſas verbis generalibus cæteras omnes ſubſtitutiones, adeóque fideicommiſſariã ſi teſtator vſus ſit verbo cõmuni. Nihil enim aliud eſt quàm pupillaris ipſa ſubſtitutio, diuerſam tamen in eo formulã habens, quod ſit ſine temporis præfinitione, & iis verbis quæ apta ſint comprehendere tempus pupillaris ætatis, ſicut & id tempus quod ſequitur pubertatem. In quo tamen non plus iuris acquirit ſubſtituto, quàm ſi pupillares annos non egrederetur: cùm poſt eam ætatem verbis directis filio ſubſtituere pater non poſſit *l. verbis ciuilibus 7. de vulg. & pup. ſubſtit.* Niſi militem proponas eum qui teſtatur, cui ius competit ex generali militum priuilegio vt poſt quamcunque ætatem ſubſtituere non ſolùm liberis, ſed etiam quibuſcumque aliis heredibus directo poſſint, quoniam & ea tempore & ad tempus heredes ſcribere poſſunt vt ſequenti capite dicemus. Quo caſu non inficior ſubſtitutionem hanc habere propriam quandam naturam, & conſtituere tertium genus ſubſtitutionis, quam qui militarem appellarunt, eius vim & condicionem percepiſſe mihi videntur. Cæterùm ſi à pagano facta ſit, dico pupillarem tantùm eſſe, non vulgarem, non fideicommiſſariam. Etſi enim ſe abſtinente pupillo cui facta fuerat, ſubſtitutus ex ea in vulgarem caſum admittitur, id tamen ob eam rationem fit, quod idẽ contingeret etiamſi pupillaris expreſſa non compendio verborum facta eſſet, ſcilicet ex Marci Imper. conſtitutione, non quòd proprio quodam iure tam vulgarẽ quàm pupillarem ſubſtitutionem in ſe contineat, & vtramque æquè principaliter. Argumento eſt, quòd ſi filio impuberi miles ita ſubſtituerit, filius verò hereditate patris ſe abſtinuerit, dicendũ eſt non admitti ſubſtitutum, vtpote qui non in caſum illum vulgarem ſubſtitutus fuerit, ſed in pupillarem, qui caſus nõ poteſt ex Marci conſtitutione trahi ad vulgarem in teſtamento militis, nullam, vt prædiximus, interpretationem, aut ſuppletionem admittente. Quod non ſimiliter eueniret ſi vulgaris ſubſtitutio æquè ac pupillaris in compendioſa ſubſtitutione vi verborum contineretur, quãdo nulla opus eſſet interpretatione. De fideicommiſſaria verò quia differat toto genere à cõpendioſa ſicut & à pupillari, nec proinde in compendioſa contineatur, dubitari iam non poteſt, ſi verũ eſt quod probauimus neque verbum *ſubſtituo* neq; aliud vllum eſſe commune, quod captari poſſit ad directã & ad precariam ſubſtitutionem.

De breuiloqua, vt vocant, & reciproca ſubſtitutione, ad l. in teſtamento 6. C. de teſt am milit.

CAPVT XI.

NOn diſſimilis alius noſtrorum error in eo eſt, quod quartã directæ ſubſtitutionis ſpeciẽ cõſtituũt, quã vulgo *breuiloquã* dicũt, quæ ſui natura, vt omnes fatentur, ſit directa, id eſt vulgaris aut pupillaris, ſed quę tamen ex cõiecturis poſſit eſſe fideicõmiſſaria, cùm fieri ſoleat per verbũ cõmune *ſubſtituo*. Illius nãq; formula hæc eſt *eóſq. inuicẽ ſubſtituo* cùm pluribus inſtitutis alter alteri ſubſtituitur. *l. iã hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſt*. Vbi Modeſtinus hoc tertium genus ſubſtitutionis appellat, quæ res erroris occaſionem veriùs quàm cauſſã præbuit. Iis ſiquidem verbis tertiam ſpeciem concipiendæ formulæ ſignificare voluit, potiùs quàm tertiam ſubſtitutionis ſpeciem à vulgari & pupillari differentem. Neque enim fieri poteſt quin ſit aut vulgaris aut pupillaris. Vulgaris ſi inter eos facta ſit quibus pupillariter ex vtraque parte ſubſtitui non poteſt, aut etiã inter pupillos quorum alter ſe hereditate abſtinuerit. Pupillaris ſi inter pupillos quorum alteruter heres extiterit patri, & in pupillari ætate deceſſerit. Quod ſupradicto loco Modeſtinus explicat ſatis cũ ſtatim ſubiicit, *nam ſi pater duos filios impuberes heredes inſtituat, eóſque inuicem ſubſtituat, in vtrumque caſum reciprocam ſubſtitutionem factam videri Diuus Pius conſtituit*. Cur ergo tertiã aut quartam ſubſtitutionis ſpeciem dices, cùm vulgarem illam aut pupillarem eſſe neceſſe ſit? Nam vt aliquando ſit etiam fideicommiſſaria, non magis admitti poteſt quàm in cõpendioſa: propter eaſdem rationes. Eſt enim perſimilis compendioſæ in eo quod vtraque verborum cõpendio plures ſubſtitutionum caſus potiùs quàm plures ſubſtitutiones complectitur: ſed in eo tamen diſſimilis, quòd cõpendioſa non tam actu quàm potentia plures caſus comprehendit, nec niſi ratione temporis, quia nec aliam ob cauſam dicitur compẽdioſa, quàm quòd fiat ſine temporis præfinitione. Breuiloqua verò numquam apta eſt vnã ſubſtitutionem cõprehendere, quin actu ipſo plures comprehẽdat, tot nimirum quot perſonæ ſunt inter quas fiat: plures autem nõ ſpecie, ſed numero duntaxat. Eiuſdem enim ſpeciei vt omnes ſint, oportet *l. in teſtamento 6. C. de teſta. milit. l. Lucius 45. de vulg. & pupil. ſubſtit*. Ideóque rectiùs & elegantiùs à Iureconſultis reciproca appellatur *d. l. iam hoc iure*, aut mutua vt à Papiniano *in l. cùm proponebatur 64. de leg. 2*. Eſt & in eo potiſſimum diſſimilis quòd compendioſa non fit niſi in ſecundum caſum, id eſt pupillarẽ *d. l. precibus*. Reciproca verò non niſi in vulgarem: vt ex eo apparet quod *in d. l. 4.* ſcriptum eſt per extenſionem conſtitutionis Diui Marci factũ eſſe vt huiuſmodi ſubſtitutio reciproca in vtrumque caſum facta intelligatur. Nam ſi vi ſua vtrũque caſum æquè principaliter cõtineret, quid neceſſe erat ad hanc quoque ſubſtitutionis formulam protrahere ius cõſtitutionis? Itaque ſicuti compendioſa ſubſtitutio quæ iure pupillaris valere poterat, ſi pupillaris caſus contigiſſet, trahitur ad vulgarem caſũ cui filij abſtentio locum fecerit, ſcilicet ex conſtitutione Marci Imperatoris, ſic reciproca quæ ſui natura nõ niſi vulgaris eſt (tametſi vulgarẽ caſum nõ magis exprimat quã pupillarẽ) trahitur ad pupillarẽ ſi alteruter ex filiis impuberibus quibus pupillariter poteſt ſubſtitui, heres patri extiterit & in pupillari ætate deceſſerit. Quemadmodũ igitur diximus compendioſam ſubſtitutionem, ſi à milite facta ſit, non trahi ad caſum vulgarẽ, quia Marci conſtitutio ad militum teſtamenta non pertinet, ita contendo reciprocam à milite factam ſiue pluribus impuberibus, ſiue vni impuberi alteri puberi (nihil enim refert in milite) nõ trahi ad caſum pupillarẽ aut pupillari ſimilẽ, id eſt aditæ hereditatis ſi nõ eam militis voluntatem fuiſſe probet ſubſtitutus. Eadem vtroque caſu ratione, quòd non poſſit ea protractio fieri citra interpretationem, cui in militis teſtamento locus nullus eſt. Quæ mihi ſententia eſſe videtur *d. l. in teſtamento 6. C. de teſtam. milit*. vbi differentia inter paganũ & militem hęc cõſtituitur, quòd ſi paganus liberos ſuos quorum alter impubes, alter pubes fuit, inuicem ſubſtituerit, non intelligitur ſubſtituiſſe ne pupillo quidem niſi in vulgarem caſum: quia non niſi eo caſu potuit vtrique pari ratione ſubſtituere. Sin miles fuit, poteſt vtriq; directò ſubſtituere non quidem in caſum pupillarem cùm alter tãtùm impubes fuit, ſed in ſecundum caſum, aditæ videlicet hereditatis: ideóq; ſi nihil aliud obſtaret, ſuperior ratio facere non poſſet quominùs vulgaris caſus traheretur ad pupillarem in perſona & portione impuberis. Sed tamen quia id fieri non poteſt ſine auxilio conſtitutionis Diui Marci, quæ in teſtamento militis locum non habet, propterea quòd nuda & ſimplex militis volũtas intuenda eſt, negat Imperator admitti debere ſubſtitutum niſi probet ita ſenſiſſe teſtatorem vt ſubſtitutio illa reciproca, & conſequenter in vulgarem duntaxat caſum facta ad vtrumque caſum traheretur. Dices ſecundum hanc interpretationem futurum vt differentia nulla ſit inter militem & paganum: quandoquidem etiamſi à pagano facta ſubſtitutio eſſet liberis diuerſæ ætatis, vtrumque tamen caſum cõtineret ſi ea patris volũtas probaretur, *d. l. iam hoc iure*. Fateor nullam fore differentiã quod ad ſubſtitutionis effectum attinet, cùm ſubſtitutio diuerſę ętatis liberis facta eſt. Nam ſiue miles, ſiue paganus teſtator fuit nec alia teſtatoris voluntas probetur, ſubſtitutio non niſi in caſum vulgarem valet: probata autem volũtate teſtatoris valere poteſt etiam in ſecundum caſum. Sed differentia erit in cauſſa & ratione effectus. Nam in pagano idcirco non valet, quod conſtitutio Diui Marci non niſi inter eos locum habet, quibus pari ratione potuit ſubſtitui, id eſt in eundem caſum. In milite autem non eadẽ ratione id fit, ſiquidem miles heredibus ſuis licet extraneis in eum quoque caſum quo heredes extiterint ſubſtituere ex priuilegio poteſt: ſed quia etiamſi vterque ex iis quibus reciproca ſubſtitutio facta eſt, impubes reperiretur, non poſſet tamen conſtitutio Diui Marci vires ſuas exercere in teſtamento militis, ni ea militis voluntas probaretur. Itaque ſi ponas vtrumque ex liberis inuicem ſubſtitutis, fuiſſe impuberem, differentia hæc eadem quidem, ſed tamen apertior erit etiã quod ad effectum ſubſtitutionis, quoniam in teſtamento pagani conſtitutio locum habebit, niſi contrariam defuncti voluntatem legitimus heres quiſquis ille ſit probet, in teſtamento autem militis locum non habebit, niſi eam voluntatem fuiſſe probet ipſe ſubſtitutus. Illo igitur caſu probandi onus incumbit legitimo ſucceſſori, iſto caſu incumbit ſubſtituto. Qua ex re magis apparet quàm verum ſit quod nos contẽdimus, tacitam pupillarem admitti etiam cõtra matrem. Nã cùm pupillaris illa quæ in reciproca continetur æquè tacita ſit atq; illa quæ in vulgari vulgarib. verbis expreſſa, vt modò probauimus, cõſtat tamẽ pupillo cui reciproca ſubſtitutio facta eſt, intra pupillares annos decedente, ſubſtitutum ſuccedere præferrique matri, vt apertiſſimè probat *lex Lucius 45. De vulg. & pupil. ſubſtit*. quæ matrem non alia ratione admittit, quàm quòd in ea ſpecie conſtitutioni Marci locus eſſe

non

non poſſet: idipſum autem ideò, non quòd tacita dũtaxat pupillaris eſſet ex qua ſuccedere volebat ſubſtitutus, ſed quod filio naturali quem non habebat in poteſtate pater in ſecundum caſum ſubſtituere non potuiſſet. Idque fiet apertius ſi vulgatam lectionem ſimúlque Iacobi Cuiacij emendationem ſequare, quæ ad Florentinam ſic addit *Aliter ſi eiuſdem condicionis & ætatis liberi inſtituti, inuicémque ſubſtituti fuiſſent. Tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius ſucceſſio non ad matrem, ſed ad ſubſtitutũ eius deuoluitur.* Quanquam totum id gloſſema interpretis eſſe malo, cùm ea illatio ex præcedentibus Pauli verbis ſatis manifeſtè colligeretur, nec veriſimile ſit Florentinum codicem adeò mancum & mutilum eſſe vt tam multæ lineæ deſint. Errant verò peregregiè qui in interpretatione *d.l. in teſtamento*, comminiſcuntur neſcio quid de mutata patris militis voluntate: quaſi lex innuat teſtatorem qui diuerſæ ætatis liberis reciprocè ſubſtituit ſiue is miles ſiue paganus fuit, non ea videri eſſe voluntate vt in vtrumque caſum ſubſtituat impuberi, ſed tamen inter paganum & militem hoc intereſſe quod ſi poſt teſtamentum mutata probetur voluntas militis, ea ſequenda erit, quando nuda quæque voluntas militis teſtamentum eſt, quod in pagano non ſimiliter dici poſſet. Etenim quod lex ait *ſed tibi probandum eſt an ita frater tuus ſenſerit* non ad aliud tẽpus referri poteſt quàm ad tempus teſtamenti, & hunc proculdubio ſenſum habet vt qui ſupereſt ex iis quos miles reciprocè ſubſtituit, non aliter admittendus ſit ex reciproca ſubſtitutione in ſecundum caſum hereditatis aditæ, quàm ſi probet ita ſenſiſſe militem cùm teſtabatur, vt in hũc etiam caſum ſubſtitutus admitteretur. Fateor poſſe ſufficere vt ea militis voluntas ex poſtfacto ſuperuenerit, & ſuperueniſſe probetur, nec idẽ in pagano dici poſſe, quippe cuius voluntatem ſollennem eſſe oporteat quæcumque poſt teſtamentum ſuperuenit. Sed dico, etiamſi voluntatis mutatio nulla ſuperuenerit, differre in eo militem à pagano quod ſubſtituendo reciprocè inter eos quibus in vtrumque caſum aditæ & nõ aditæ hereditatis ſubſtituere potuit, tamen nõ niſi in primum caſum eos ſubſtituiſſe intelligitur, ſiue pupillarem impuberi, ſiue puberi aut extraneo, militarem ſubſtitutionem in ſecundum caſum fecerit, niſi per ſubſtitutum probetur alia fuiſſe voluntate. Paganus verò in vtrumq; caſum ſubſtituere voluiſſe creditur, quoties perſonarum inter quas ſubſtitutio facta eſt, par ætas, & condicio eam voluntatis interpretationem admittit, niſi contrariam eius voluntatem ij probent, qui volunt excludi ſubſtitutũ vt ab inteſtato præferantur. Itaque finge paganum æquè ac militem directo ſubſtituere poſſe etiam puberi aut extraneo heredi in caſum quoque aditæ hereditatis, atq; ita diuerſæ cõdicionis & ætatis perſonas inuicem ſubſtituiſſe: dicerem perinde in vtrumque caſum ſubſtitutionem factam intelligi, acſi inter impuberes facta fuiſſet, ſi non contraria pagani volũtas per legitimos heredes probaretur. Quid enim poteſt intereſſe an impubes quis ſit an pubes, an filius an extraneus vt ſubſtitutio in caſum nõ aditę hereditatis, qui vulgaris caſus eſt, facta trahatur ad cõtrarium caſum aditę hereditatis ſi modò teſtator ius habuerit directo ſubſtituendi etiam puberi, etiã extraneo, etiam poſt aditam hereditatem? E contrario quoq; quid intereſt, an miles inter filios impuberes reciprocam fecerit ſubſtitutionem, an inter filium impuberem & extraneum heredes ſcriptos, vt de illius volũtate aliter atq; aliter ſentiamus? Nam quod priore caſu poteſt ſubſtitutio vtrimque pupillaris eſſe non etiam poſteriore, nec voluntatis nec iuris diuerſitatem inducit, quia nec Marci conſtitutio ſic loquitur vt caſus vulgaris trahatur ad pupillarem, ſed, quomodo refert Modeſtinus *in d.l. iam hoc iure*, vt cùm pater impuberi filio in alterũ caſum ſubſtituerit, in vtrumque ſubſtituiſſe intelligatur. Duo enim caſus ſunt quorum primus non aditæ hereditatis ſemper vulgaris eſt, primúſq; dicitur, quoniam vt eleganter Baldus docuit, nõ eſſe præcedit eſſe, priúſq; eſt vt quis heres non ſit, quàm vt heres ſit & poſteà decedat. Secũdus verò caſus eſt aditæ hereditatis, qui non ſemper pupillaris eſt, ſed ita demũ ſi pupillo ſubſtitutum ſit. Nã ſi quis filio puberi aut extraneo inſtituto ſubſtituerit ex priuilegio militum, vt ſi inſtitutus heres extiterit tum deceſſerit, Sẽpronius heres ſit, caſus hic non poteſt eſſe pupillaris, & tamen ſecũdus æquè caſus eſt, aditę ſcilicet hereditatis. Ergo & in eo locũ haberet conſtitutio Marci quæ induxit vt in primum caſum ſubſtitutus, in vtrũque ſubſtitutus videatur, id eſt etiam in ſecundum, niſi vim & poteſtatem conſtitutionis illud impediret, quòd cùm de militis teſtamẽto agimus, nudã ipſius & ſimplicem non interpretatã ſuppletámque voluntatem intuemur. Qui autem plurib. heredibus ſiue impuberibus ſiue puberib. ſiue vno pubere, altero impubere inſtitutis ita ſubſtituit *eóſq; inuicẽ ſubſtituo*, is ſanè in primũ duntaxat caſum ſubſtituit, ſi verba inſpicias, licet nõ exprimat cõditionem non aditę hereditatis quę vulgo pluribus verbis exprimi ſolet *ſi heres nõ erit*. Nã & ob id breuiloqua ſubſtitutio appellatur, quòd nõ ſolùm duplicem ſubſtitutionem tribus verbis contineat, ſed etiam quod duplicis eius ſubſtitutionis caſum, qui duplex quoque numero eſt, non etiã ſpecie, vt ipſa cõplectatur: ſicuti compendioſam ſubſtitutionem dicimus quę verborũ compendio ſecundum caſum complectitur & conſequenter pupillarem quoq;, licet pupillaris ętatis mẽtio facta non ſit. Nam quod interpretes breuiloquam dici volunt quod & vulgarem & pupillarem ſimul caſum contineat, ridiculũ eſt. Quid enim ſi duobus puberibus à pagano facta ſit? Nemo dixerit valere eam poſſe in alium quàm in vulgarem caſum, & tamen non eo minus breuiloqua eſt & reciproca, quoniã tribus verbis duplicem habet ſubſtitutionem, licet vtrãque vulgarem. Breuiloquã facit paucitas, vt ita dicam, verborum, reciprocam verò duplicitas ſubſtitutionis, quamuis non niſi numero duplex ſit ſubſtitutio, ſpecie autem vna eadémque, id eſt vulgaris. *d.l. Lucius 45. de vulgar. & pup. ſubſt.* Ceterùm quemadmodum qui ſic loquitur *Titio Caium ſubſtituo* non niſi in vulgarem caſum ſubſtituit, quia nec aliter poteſt [pono enim teſtatorem paganum & heredem extraneum] ita qui pluribus inſtitutis etiam impuberibus ſic ſubſtituit *eóſque inuicem ſubſtituo* non niſi in vulgarem primúmque caſum ſubſtituere intelligitur. Nec quod iiſdem etiam in pupillarem ſubſtituere poſſit, ad rem facit. Nam & ſimiliter in caſum pupillarem ſubſtituere poteſt, qui vulgari tantùm expreſſo ſubſtituit impuberi, neque tamen idcirco in pupillarem quoque ſubſtituiſſe dici aut videri poſſet ſi Marci conſtitutio non eſſet. Neque rurſum mouet, quòd poſt eam conſtitutionem reciproca ſubſtitutio in vtrumque caſum facta intelligitur. Nam & idem contingeret, ſi non reciproca, ſed ſimplex vulgaris, ſolo caſu vulgari expreſſo facta proponeretur. Quo tamen caſu fatentur omnes pupillarem quæ in vulgari expreſſa tùm ineſſet, non expreſſam dicendam fore, ſed vel tacitam, vel, vt alij malunt, à lege ſubintellectam. Et hęc quidem de breuiloqua ſubſtitutione dixiſſe ſufficiat,

quæ ſanè veriſſima eſſe fatebitur quiſquis cogitabit caſus omnes qui poſſunt poni in condicione cuiuſlibet ſubſtitutionis ſiue directæ ſiue precariæ, hos tantùm eſſe, vulgarem, pupillarem, militarem, exemplarem aut ſi mauis quaſi pupillarem & fideicommiſſarium. Quorum omnium nullus eſt quem breuiloqua poſſit ſuũ dicere præter vulgarem ſiue in hereditate, ſiue in legato mutua ſubſtitutio facta ſit *d. l. cùm proponebatur 64. de legat. 2. l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* Quare ſi fingas militẽ extraneis heredibus inſtitutis ita ſubſtituiſſe *eóſque inuicem ſubſtituo* dicam in vulgarem duntaxat caſum videri eum ſubſtituiſſe, nõ etiã in militarem, non quòd æquè non potuerit, ſi voluiſſet, ſed quia non creditur voluiſſe cùm vulgarem dũtaxat caſum expreſſerit, nec in eo locum habeat cõſtitutio Diui Marci. Nam ſi haberet, vtique tam facile admitterem vt ſubſtitutio reciproca in militarem caſum quàm vt in pupillarem facta videretur, quãdoquidem caſus vnus & idẽ eſt aditæ hereditatis, qui & ſecundus dicitur, licet pro diſtinctione perſonarum & temporum ſubſtitutionis, idem caſus aliquãdo pupillaris dici debeat, aliquãdo militaris, vt ſuprà diximus. Quemadmodum etiam ceſſante Marci conſtitutione perinde dicendum eſſet militarem ſubſtitutionem in breuiloqua & reciproca contineri atque pupillarem ſi pupillaris ex vi verborum in ea cõtineretur. Nã cùm vtraq; ſubſtitutio ſit directa, & miles non minùs extraneo cuilibet in quacũque ætate ex priuilegio, quàm propriis liberis intra pupillares annos ex iure communi ſubſtituere directò poſſit, nihil cauſſæ eſt cur reciprocæ ſubſtitutionis verba faciliùs pupillarẽ quàm militarem ſubſtitutionem, in ſuo quãque caſu, continere debeãt. Sed neutram continent ſi vim verborum inſpicias, ſin poteſtatem conſtitutionis, in pagano cõtinent pupillarem, in milite nõ magis pupillarẽ quàm militarẽ. Supererat vt paulo interruptam interpretationẽ legis precibus abſolueremus, quod ad vltimam reſcripti partẽ attinet, in qua ſcriptum eſt, ſi filius cui miles pater cõpendio verborum in ſecundum caſum ſubſtituerat, poſt pubertatẽ deceſſerit, ſuperſtite matre, ſucceſſionẽ ad matrẽ eius pertinere, ſed veluti ex cauſſa fideicommiſſi bona quæ patris cùm moreretur fuerunt ab ea per ſubſtitutum peti poſſe. Sed quoniam id obſcurius eſt & ſubtilioris diſceptationis, ſeparatim de eo nobis tractandum eſt.

Subſtitutionem directam ſiue à pagano ſiue à milite factam in caſum agnitæ hereditatis, numquam cenſeri fideicommiſſariam. Ad l. verbis 7. & l. centurio 15. de vulg. & pupil. ſubſtit.

CAPVT XII.

FAtentur omnes interpretes & admittunt differẽtiam illam eſſe inter paganum, & militem, quòd verbis ciuilibus & directis poſt decimum quartum annum ſubſtituere paganus non poteſt *l. verbis ciuilibus 7. D. de vulg. & pupill. ſubſti.* miles verò poteſt *l. centurio 15. D. eod.* vbi Papinianus ſcribit ex militum priuilegio ſic comparatum eſſe. Sed quomodo id accipi debeat, non æquè in confeſſo, & explorato eſt. Sunt enim qui putent ſubſtitutionem directam à pagano factam nõ valere poſt pubertatem iure directo, ſed tamen flecti ad fideicommiſſum voluntatis conſeruandæ gratia, ſi facta ſit per verbum *ſubſtituo* aut aliud ſimile, quod illi commune vocant. *ex l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebel.* In eóque elucere priuilegium militis, quod etiamſi vltra pubertatis annos directo, id eſt per verba merè directa ſubſtituerit, ſubſtitutio tamen tanquam directa defenditur *Ex d. l. centurio,* niſi cùm mater in medio eſt *ex l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Alij contrà ſubſtitutionem directam, quæ à pagano poſt decimum quartũ ætatis annum facta ſit, vſque adeò inutilem eſſe volunt, vt nec fideicommiſſi iure defendatur. Eam verò quæ à milite, in eo tantùm habere priuilegium vt in fideicommiſſi cauſſam flectatur, ſiue mater in medio ſit, ſiue alius agnatus quilibet aut cognatus. Quam ſententiam mordicus paſſim defẽdit Iacobus Cuiacius *ex d. l. precibus,* in qua hoc ipſum expreſſim ſcriptum eſſe exiſtimat iis verbis *veluti ex cauſſa fideicommiſſi.* Mihi vtraque ſententia non modò improbabilis, ſed etiam apertè falſa ſemper viſa eſt. Nam quod ad ſubſtitutionem à pagano factam attinet, non puto dubitandum, quin verũ ſit quod Papinianus ſcribit *in d. l. verbis ciuilibus,* ſubſtitutionem à pagano verbis ciuilibus fruſtra fieri poſt ætatis annum decimum quartum. Quis enim fruſtra eam fieri diceret ſi fideicõmiſſi iure defendi poſſet? Quare de illo tantùm Papinianus dubitat, an qui non admittitur vt ſubſtitutus, admittendus ſit ſaltem tanquam coheres: an autem admittendus ſit tanquam fideicommiſſarius, ne dubitat quidem. Adeò certi iuris eſt verba directa numquam trahi ad fideicommiſſum, ne tum etiam cùm directo iure valere non poſſunt, nec vnquam potuerunt: niſi idipſum teſtator nominatim cauerit vt per fideicommiſſum valeat quod ipſo iure, id eſt directo valere non poteſt *l. quærebatur 19. de teſtam. milit. l. 1. l. illud enim 13. §. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. C. eod. l. ex ea ſcriptura 29. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Nam & ſi quis teſtamento facto à legitimis heredibus quos heredes ſcripſiſſet, fideicommiſſa reliquiſſet, non vt à legitimis heredibus, ſed vt à ſcriptis, & teſtamentum aliquo caſu irritum factum eſſet, legitimi ſucceſſores ab inteſtato veniẽtes fideicommiſſa præſtare compelli non poſſent. *l. ſi quis teſtamento 81. de legat. 2.* Quantò minùs igitur ſaluo ratóque manente teſtamento fideicommiſſum debebitur ab herede ſcripto, à quo fideicommiſſum nullum relictum eſt? Aut cur teſtatoris voluntatem quæ contra leges eſt adiuuemus vt benigna interpretatione inducat fideicommiſſum, de quo non apparet teſtatorem cogitaſſe? Neque enim vt quid valeat iure fideicommiſſi ſufficit tale id eſſe quod iure fideicommiſſi valere poſſet ſi teſtator voluiſſet, niſi voluerit *d. l. 1. de iur. codicill. l. quidam cùm filiumfam. 46. D. de hered. inſtit.* Eſtque valde ſingularis caſus ille de quo reſpondit Scæuola *in d. l. 76. ad S.C. Trebell.* qui vnus locus præcipites egit quotquot ferè vnquam fuerunt iuris interpretes. Si pater, inquit Scæuola, filium ſuum impuberem ex aſſe ſcripſerit heredem, eíque codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licèt ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi poteſt, tamen benigna interpretatione placet vt mater quæ pupillo ab inteſtato ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur. Ergo, inquiunt interpretes, ſi ſubſtitutio directa valere iure directo non poſſit, valebit vtique iure fideicommiſſi benigna interpretatione. Ego verò planè nego, niſi ſolo illo caſu quo directam ſubſtitutionem pupillarem illud tantùm irritam faciat quod alieno loco, id eſt in codicillis facta ſit. Qui caſus quam rationem habeat, quoniam hucuſque nemo dixit, & longiore tractatione res indiget, docebimus capite 14. Nunc dixiſſe ſufficiet, quòd ad hanc rem attinet, nullo iuris loco proditum eſſe quod noſtri volunt, ſubſtitutionem directam impuberi factam poſt decimumquartum annũ flecti ad fideicõmiſſum: quin Imo contra manifeſtiſſimè à Papiniano reſponſum *in d. l. verbis,* quæ licèt loquatur de ſubſtitutione facta verbis ciuilibus & directis, ad differẽtiam eius quæ facta

ſic

ſit verbia precariia & inflexis: non poſſis tamen cum interpretibus dicere alud eum ſenſiſſe in ſubſtitutione facta verbis communibus, quando, vt iam à nobia in ſuperioribus probatum eſt, communia verba prorſus nulla ſunt: ac ne quidem verbum *ſubſtituo* niſi cõmune intelligas ad vulgarem, & pupillarem duntaxat, non etiam ad precatiam ſubſtitutionem. In eámque rem apertiſſimus textus eſt *in d. l. Scæuola.* vbi licet teſtator eo verbo *ſubſtituo* vſus proponeretur, & ſubſtitutionem directam in codicillis feciſſe quæ ſcriptura fideicommiſſorum propria eſſe ſolet, negat tamen Scæuola valere ſubſtitutionem iure fideicommiſſi ex vi verborum aut ex ſumma ſtricti iuria ratione, cùm vult eam defendi benigna interpretatione. Cur enim benigna interpretatione opus eſſet, ſi iuris ratio adeſſet id eſt ſi ea interpretatio ex vi ipſa & verbis ſubſtitutionia induci poſſet? Cæterùm ne quid prætermittam, vereor ne quod Papinianus *in d. l. verbis ciuilibus.* ita ſcribit *ſed qui non admittitur vt ſubſtitutus, vt adiectus heres quandoque non erit* malè à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio perceptum ſit. Ita enim ille accipit, quaſi dubitari poſſit an ſaltem poſt mortem impuberis extra pupillares annos defuncti admittendus ſit ſubſtitutua tanquam coheres, cùm eo demum tempore nihil fiat contra voluntatem teſtatoris, qui filium interim, id eſt quandiu viueret, totum habere voluit. Et quamquam veriſſimè negat admittendum eſſe ſubſtitutum, mouetur tamen inepta ratione. Illa videlicet quòd coheres coheredi non ſuccedat niſi coheres heres non ſit: quoniam, inquit, vbi ſemel coheres heres extitit eius portio non adcreſcit coheredi, ſed tranſmittitur ad heredes: nec ius adcreſcẽdi locum habet niſi in caſum vulgarem non agnitæ hereditatis. Quæro enim, cur tractamus de iure adcreſcendi ſi coheres non eſt? An non priùs probare oportet coheredem eſſe, quàm de illo diſputare vtrum ius adcreſcendi habere poſſit necne: Siquidem vulgatum eſt quoties de hereditate agitur, non eſſe locum iuri adcreſcendi niſi inter coheredes. Ratio igitur vera & germana quam adferre debuit hæc eſt, quòd fieri nequeat vt pupillo qui ab inſtanti ipſo mortis heres ex aſſe fuit, coheres ex die aut ex conditione detur: non magia quàm vt pupillua ex aſſe heres ſit ad tempus vſque mortis ſuæ, poſt mortem verò ſuam non niſi ex ſemiſſe heres fuiſſe retrofingatur. Id enim eſt quod dici ſolet, hereditatem neque ad diem neque ex die rectè dari *l hereditas ex die* 34. *D. de hered. inſtit.* At quoniam ibidem additur vicio temporia ſublato manere inſtitutionem: inde nimirùm dubitandi cauſſa naſcebatur, propter quam dicendum videretur, ſublato etiam vicio temporia in ſubſtitutione quæ ipſa inſtitutio eſt, quamuia ſecunda, cum qui malè & viciosè ex tempore pubertatem excedente ſubſtitutus eſſet, pro purè inſtituto habendum, atque ita coheredem datum videri filio qui ipſe quoque purè heres ſcriptus fuiſſet. Sed Papinianus eleganter ac ſubtiliter, vt omnia, obſeruauit non ęquè conuenire ſubſtitutioni hanc iuris regulam ac cõuenit inſtitutioni. Nam cùm ſubſtitutio pupillaris condicionem illam habeat neceſſariã *ſi filius deceſſerit*, fieret contra voluntatem patris ſi filius interim, id eſt quandiu viueret, non haberet totum quod ei pater teſtamento dedit, cùm de ſubſtituto admittendo non cogitauerit niſi in id tempus quo filius defunctus eſſet. Itaque teſtatore ſic locuto *ſi filius meus poſt decimumquartum annum intra viceſimum deceſſerit, Sempronius heres eſto*, duo ſunt quæ obſtant ſubſtituto ne ſtatim admitti poſſit. Vnum illud, quòd non niſi poſt filij mortem vocatus eſt tanquam ſecundo duntaxat loco & gradu inſtitutus. Alterum, quòd ſubſtitutus eſt certo tempore expreſſo quod in condicione ſubſtitutionis à pagano factæ exprimi non potuit. Proinde ſublato vicio illo temporis non poteſt ſubſtitutio illa pura remanere, quia cùm remaneat ſubſtitutio, neceſſe eſt vt ſit condicionalis inſtitutio, & quãuis ea res non faceret quominùs exiſtente quandoque condicione inſtitutio illa pro pura haberi deberet ſi nihil aliud eſſet, ne tamen id fieri poſſit impedimento illud eſt quod eiuſmodi inſtitutio non tantùm condicionalia eſt, ſed etiam ſecunda, id eſt in ſecundo gradu facta, ſubſtitutiones ſiquidem omnes ex gradu æſtimantur. Fieri autem numquam poteſt vt qui diuerſia gradibus vocati ſunt concurrant in eodem gradu *leg. 2. D. de manum. teſtam.* obſtante nimirum teſtatoris voluntate qui inſtitutum prætulit ſubſtituto *l. cùm in teſtamento* 37. *D. de hered. inſtituend.* Idque eſt quod Papinianus *in dict. l verbis* ſcribit, *ne fiat contra voluntatem ſi filius non habeat totum interim, quod ei teſtamento pater dedit.* Nec enim ſalua teſtatoria voluntate fieri poteſt vt ſubſtitutio quæ iure ſecundæ inſtitutionis valere non poteſt, valere debeat tanquam inſtitutio prima, & primo gradu facta. Itaque in præcedente illo verſic. *ſed qui non admittitur vt ſubſtitutus, vt adiectus heres quandoque non erit* dixit Papinianus *quandoque non* pro *numquam*: vt intelligamus, eum qui vocatus fuit tanquam ſubſtitutua numquam pro inſtituto & coherede habendum fore. Numquam autem, id eſt, non poſt mortem pupilli [quis enim tam abſurdam opinionẽ inuehere vnquam poſſet?] Sed ne ſtatim quidem poſt mortem patris, & viuo adhuc pupillo, quo demum tempore de coherede illi dando quærendum eſſet, non ipſo iam defuncto. Quod verò ad eam ſubſtitutionem attinet quæ à milite in ſecundum caſum facta ſit ſiue compendio verborum certa nulla ætate expreſſa, ſiue ea ætate expreſſa quæ pupillares annos excedat, dico longè improbabilius eſſe quod idem vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius tam conſtanter, ne dicam obſtinatè, defendit, valere eam iure fideicommiſſi duntaxat, non etiam directo. Nam cùm & ea mente facta ſit vt valeret iure directæ ſubſtitutionis, & ab eo qui ex militari priuilegio potuit ſubſtituere directò etiam puberi filio adeóque extraneo heredi, in caſum quoque aditæ hereditatis, *l. milites* 5. *D. de teſtam. milit.* quid, obſecro, eſt quod impediat ne iure directo valere poſſit, aut quod faciat vt ſi iure directo valere poteſt, tamen eo iure valere non debeat, ſed in fideicommiſſi cauſſam conuerti? Nullam ſanè rationem afferre poſſis, niſi ſubtilior ſis Cuiacio, qui nullam habuit quam proferret, aut ſi quam habuit, eam nobis inuidit. Si enim verum eſt vt eſſe putant interpretes omnes, fieri poſſe vt eadem ſubſtitutio iiſdem verbis concepta valeat iure directo, & iure fideicommiſſi, eóque caſu accipiendam potiùs interpretationem quæ directam ſubſtitutionem faciat quàm quæ obliquam *ex cap. ſi pater de teſtam. in* 6. Quis non admittat multo libentiùs ſubſtitutionem merè directam quæ directo iure valere poſſit, ad fideicommiſſum flectendam non eſſe? Cúmque ea ſubſtitutionis ſpecies militum propria ſit non ex aliqua iuris ratione, ſed ex mero priuilegio, quid vetat valere directo iure directam ſubſtitutionem? Quemadmodum & directo vtique iure valet inſtitutio quam miles ex tempore aut ad tempus fecerit *leg. in fraudem* 15. *§. miles & ad tempus leg. miles ita* 41. *D. de teſtam. milit.* & ſubſtitutio pupillaris quam filio impuberi fecerit, licèt ſibi ipſe teſtatus non ſit *d. l. miles ita §. vlt. & dict. l. in fraudẽ §.*

item tam ſibi. Quidni verò cùm poſſit etiam decedere pro parte ſiue boorum ſiue temporis teſtatus, pro patte inteſtatus? *l. ſi miles 6. l. ex militari* 11. §. *vlt. d. l. miles ita in princip. eod.* Nam ſi dicas reſtringenda eſſe priuilegia potiùs quàm amplianda: ſatiſque amplũ fore priuilegium militis ſi directa ſubſtitutio ab eo facta puberi aut extraneo defendatur iure fideicommiſſi, cùm in paganis nullomodo valeat, ne per fideicommiſſum quidem, Reſpondebo, Imò verò maioris, licet non dignioris, priuilegij illud eſſe vt directa ſubſtitutio quæ tanquam directa valere non poteſt defendatur iure fideicommiſſi, quàm vt valeat iure directo ea quæ directis verbis facta eſt. Minùs enim recedit à verbis & voluntate teſtatoris qui directam ſubſtitutionem directo iure valere patitur, quàm qui eam flectit ad fideicommiſſum. Prinſque eſt vt probetur non poſſe valere quaſi directam ex priuilegio, quàm vt admitti poſſit valere illam ex priuilegio quaſi fideicommiſſariam: alioqui cùm vulgare noſtrorum brocardicum illud ſit *ſi non valet quod ago vt ago, valere debet vt valere poteſt* de quo tractant ad *l. 1. D. de iur. codicill.* dicendum è contrario eſſet ſecundum Cuiacij ſententiam, priuilegium militia in eo elucere, vt quod agit licet valere poſſit vt agit, valere tamen debeat eo modo quo valere non poteſt. Vtrum enim rogo difficilius eſt, an vt miles heredem ſibi ex tempore aut ad tempus inſtituat, an vt filio puberi etiam poſt pupillares annos, aut extraneo poſt aditam quoque hereditatem ſubſtituat, dummodò de ſuis tantùm bonis teſtetur? An non ea ſubſtitutio, inſtitutio ex tempore eſt? Finge militem ita ſcripſiſſe *Titius poſt Sempronij mortem heres eſto* cùm tamen Sempronium heredem anteà non inſtituiſſet: mortuo poſt decem fortè annos Sempronio certum eſt Titium heredem fore & quidem directo iure & ex eo tantùm tẽpore quo Sempronius deceſſerit. Toto ergo præcedẽti tẽpore quo inſtitutus Titius admitti non potuit, fatendũ eſt inteſtati ſucceſſionem legitimis heredibus delatam & acquiſitam fuiſſe *dict. leg. miles ita.* Cur non igitur perinde admittamus Titium iure directo ſi non inſtitutus ille ſit poſt Sempronij mortem, ſed Sempronio ſubſtitutus, Sempronius verò quoad viueret inſtitutus? Nulla enim inter hos caſus differentia eſt niſi quod hoc poſteriore caſu nulla ex temporis parte dici poteſt miles inteſtatus deceſſiſſe. Quæ res tanto fauorabiliorem facere debet cauſſam Titij vt directo iure admittatur. Multo namque difficilius eſt & à iuris ratione alienius vt poſtquam inteſtati ſucceſſioni locus eſſe cœpit, admittatur quis ex teſtamento ad hereditatem iure directo, quàm vt puberi aut extraneo qui ex teſtamento heres fuit, aliquis directo ſubſtituatur: ſiquidem hoc caſu ſola teſtati ſucceſſio locum habet tam in puberis aut extranei cui ſubſtitutus datus fuit, quàm in ipſius ſubſtituti perſona. Et verò cùm omnia priuilegia teſtantibus militibus conceſſa eò pertineant, non vt voluntates duntaxat illorum, ſed vt ipſa etiam teſtamenta conſeruentur, id eſt rata ſint & valeant iure teſtamentorum *leg. 1. leg. Lucius* 40. *D. eod.* An non apertè priuilegium militis corrumpit & deſtruit quiſquis directam ſubſtitutionem à milite factã ſic interpretatur vt nõ valeat niſi iure fideicommiſſi? Ita enim efficit vt etiam poſt tempus à milite præſtitutũ, heres maneat is quẽ miles exinde heredẽ eſſe noluit: quomodo autem is qui ampliùs heres non eſt, hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere poteſt? Nec tantùm militi Iniuriam facit, dum id agit, à iure communi minùs recedat, ſed etiam ipſum ius commune magis lædit, quàm ſi directam ſubſtitutionem directo iure tueretur: quia flectendo directam in fideicommiſſariam inducit fideicommiſſũ ab eo præſtandum qui heres ampliùs non ſit: quod multo difficilius fieri poteſt quàm vt ei qui ex teſtamento iam heres fuit, ſubſtitutus directò detur. Quòd ſi admittas, vt veriſſimum eſt, heredem ad tempus ſcriptum à milite ſtatim atque tempus illud aduenit deſinere ipſo iure eſſe heredem, & tamen negeа eum qui ex illo ipſo tempore ſubſtitutus ſit ſuccedere iure directo, neceſſariò fateri te oportebit militem ex eo tempore fieri inteſtatum, & fideicommiſſum illud quod tu comminiſceris à legitimo militis herede præſtandum fore. Secundum quam ſententiã non modò militi iniuriam feceris qui inteſtati ſucceſſionem omni tempore excludere voluit, ſed etiam multo magis à iure communi receſſeris legitimum heredem inducendo ei qui iam habuit teſtamentariũ. Quamquam enim nec hoc quidem in milite nouum eſt, tamen tanto difficilius videri debet quanto fauorabilior eſt cauſſa teſtati, præſertim quæ iam ſemel effectum ſortita eſt, quàm cauſſa inteſtati. Nam & inde fit vt ſi paganus ex tempore aut ad tempus heredem ſcripſerit, quod non niſi inutiliter facere poteſt, inſtitutio tamen non corruat, ſed ſubſiſtat, ſolo vicio temporis ſublato, ne inteſtati ſucceſſio aut ab initio aut poſt cauſſam teſtati ſemel admiſſam locum habeat. Et hinc quoque petenda eſt dubitandi ratio perelegans in quæſtione illa quam Vlpianus tractat *in l. quærebatur* 19. *eod. tit.* Nam cùm miles qui habebat iam factũ teſtamentum, aliud feciſſet, ac in eo cõprehendiſſet fidei heredis ſe committere vt priores tabulæ valerent, & quæreretur quid iuris eſſet, videbatur eam voluntatem quæ prioribus tabulis expreſſa eſſet, valere debere iure directo, id eſt iure teſtamenti, quaſi duobus factis teſtamentis, cùm liceat militi plura facere teſtamenta, adeóq; codicillos ante factos per teſtamentum ſequens cauendo in poteſtatem inſtitutionis redigere, directámque efficere inſtitutionem quæ erat precaria. Denique voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l. eius militis* 34 *in fin. eod. titul.* vbi ſic legendum eſſe iam alio loco docuimus non vt vulgo *voluntas quoque militis teſtamenti eſt*. Quidni ergo admittamus valere in propoſita ſpecie prius teſtamentum cùm eo animo miles fuerit vt valeret? Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt, quòd, inquit, miles teſtator fidei heredis committendo vt valeret prius teſtamentum, ſatis declarauerit velle ſe vt non ipſo iure valeret, ſed magis per fideicommiſſum, conuerſa ſcilicet vi & poteſtate prioris teſtamenti in cauſſam fideicommiſſi & codicillorum. Nec tantùm quòd ad legata, fideicommiſſa & libertates attinet, ſed etiã quod ad ipſam heredis inſtitutionem. Ne alioqui priuilegia militum ad eorum Iniuriam trahamus, ſi quod fideicommiſſi & codicillorum iure valere miles voluit, iure teſtamenti directæque Inſtitutionis valere defendamus. Non enim ob id quod militis teſtari volentis nuda quæque voluntas teſtamentum eſt, conſequens fit vt inuitus miles teſtari cogatur, nec poſſit fideicommiſſum in codicillis relinquere ſi malit codicillos facere quàm teſtamentum. Cæterum vel ex eo maximè apparet quantum diſtet Vlpianus à Cuiacio. Vlpianus. n. dubitat an voluntas quam miles iure fideicõmiſſi valere voluit, valere poſſit iure directo ex priuilegio militum, quaſi hoc ipſo quo miles dicit ſe fideicommittere, teſtetur, directamque faciat ſubſtitutionem: adeò illi difficile viſum eſt non defendi iure directo, & quaſi teſtamentũ, quãlibet militis volũtatẽ: quo etiã pertinet quod Antoninus Pius reſcripſit, ſi miles libertatem & hereditatẽ per fideicõmiſ-

ſum

ſum dederit ab inſtituto, & ſubſtituto qui incõtinenti deceſſerint, perinde liberum & heredem eſſe fideicommiſſarium acſi vtrumque directo accepiſſet *leg. Antoninus 42. de fideicommiſſ. libert.* Niſi quod illud Antonini reſcriptum rationem eam habet quod voluntas militis in ea ſpecie valere non poſſit iure fideicommiſſi. Nam ſi poſſet, vtique nõ valeret iure directo contra ipſius militis voluntatem. Cuiacius contra in ea hæreſi eſt vt directam ſubſtitutionem à milite in teſtamento directis verbis factam nolit valere iure directo & ex teſtamento, ſed ab inteſtato tantùm, & iure fideicommiſſi. Quam ſententiam ex illo etiam refellere libet quod ſequitur apud Vlpianum *in dict. l. quærebatur.* Si quis à milite heres ad tempus ſcriptus ſit & alius ex tempore [quod ipſum nihil aliud eſt quàm ſubſtitutionem directam à milite factam eſſe in caſum aditæ hereditatis] poſteriorem heredem legata à priore relicta non debere, niſi alia voluntas militis probetur. Id enim falſum eſſet ſi ſecundus hic heres fideicommiſſi iure, aut ad exemplum fideicommiſſarij admitteretur. Siquidem certiſſimi iuris eſt onus legatorum ab herede relictorum ad fideicommiſſarium pertinere, & quidem in ſolidum ſi totam hereditatem ſine diminutione ex Trebelliano acceperit, aut pro qua parte hereditas reſtituta eſt, ſi heres deducta quarta reſtituerit *l. 2. C. ad S.C. Trebell. l. 1. §. penult. & vlt. D. eod. l. ſi ex cauſſa 4. l. etiam 15. §. 1. D. vt legat. nomin. caueat.* Hanc eãdem noſtram ſententiam probat etiam elegantiſſimè *lex in teſtamento 6. Co. de teſtam. milit.* de qua proximo capite diximus. Ibi enim apertiſſima differẽtia conſtituitur inter militem & paganum, quòd ſi reciproca ſubſtitutio à pagano facta ſit inter liberos diſparis ætatis, id eſt quorum vnus pubes ſit, alius impubes, non intelligitur facta niſi in caſum vulgarẽ, quia ſolo eo caſu potuit pater vtrique ſubſtituere *pari ratione*, id eſt pari genere ſubſtitutionis directæ. Sin autẽ à milite talis ſubſtitutio facta ſit, alia ratio quærenda eſt quæ impediat ne in ſecundum quoque caſum reciproca ſubſtitutio facta eſſe videatur. Nam cum liceat militibus proprio priuilegio etiam extraneis heredibus poſtquàm heredes extiterint mortuis ſubſtituere, negari nõ poteſt quin ſubſtitutio reciproca in vtrumq. caſum valere poſſit *pari ratione.* Ergo æquè directo ex vtraque parte. Si. n. ex parte pupilli duntaxat valeret iure directæ pupillaris, ex parte autem extranei in caſum aditæ ab eo hereditatis, non niſi in vim fideicõmiſſi, nemo ſanè diceret vtrique pari ratione factam eſſe. Tametſi namque in vtriuſque ex inſtitutis perſona duplex eſſet ſubſtitutio etiam ſecundum Cuiacij ſententiam, ſi admittam, quod nolo, ſubſtitutionis appellatione fideicommiſſum quoque contineri: non tamen pari ratione in vtrumque caſum duplex illa ſubſtitutio facta videbitur. Nam ex parte pupilli vtraque erit directa, vulgaris vna, pupillaris altera: ex parte autem extranei vna erit directa, altera fideicommiſſaria, quæ toto genere differt à directa: etiam cùm ex teſtamento competit, multo magis ſi ab inteſtato. Taceo quòd in effectu ipſo multo magis diſcrepant: quia per directam ſubſtitutionem ſubſtitutus conſequitur hereditatem totam & pleno iure, per fideicommiſſariam verò non niſi deducta Falcidia *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* etiamſi à milite facta proponatur, ſiquidem teſtantibus duntaxat, aut teſtati codicillos facientibus militibus non item ab inteſtato fideicommittentibus priuilegium datum eſt vt Falcidiam non vereantur. *l. ſi certarum 17. §. vlt. cum l. ſeq. D. de teſtam. milit. l. ſi poſt miſſionem 17. cum l. ſeq. l. ſi miles 92. D. ad legem Falcid.* Obiicies pro Cuiacio, Neq. in effectu militarẽ ſubſtitutionem pupillari ſimilem eſſe, quoniam militaris non niſi ea bona quæ patris fuerunt cum fructibus in hereditate repertis, pupillaris verò etiam pupilli bona comprehendit, *dicta l. precibus & d. l. centurio. iunct. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos eo. tit.* Fateor, ſed nego inde fieri vt non pari ratione ſuccedãt qui ex pupillari & ex militari ſubſtitutione ſuccedunt. Vterque enim ſuccedit iure directo, nec quod ad bona teſtatoris attinet, differentia vlla eſt. Itaque ſicuti duobus impuberibus inſtitutis ex diſparibus portionibus, non eo minùs ſubſtitutio reciproca facta in vulgarem caſum traheretur ad pupillarem, quod ex pupillari plus commodi ad vnum quàm ad alium peruenire potuit, ita nec illud ſufficit ad conſtituendam hac parte differentiam inter pupillarem, & militarem ſubſtitutionem, quod pupillaris vtilior eſſe poſſit ſubſtituto quàm militaris. Nã præter id quod, vt philoſophi dicũt, plus & minus nõ faciũt differre ſpecie, ſpeciem appellantes quod prudentes noſtri genus dicere ſolent, addo fieri etiam poſſe, adeóque vt plurimũ contingere vt non plus commodi ex pupillari ſubſtitutione quàm ex militari ad ſubſtitutum perueniat. Puta ſi non aliunde quàm à patre bona pupillus habuit, neque ex fructibus ab eo perceptis medio tempore, ſupereſt cùm moritur, quicquam. At contra fieri nunquam poteſt vt fideicommiſſaria ſubſtitutio eundem effectum habeat, quem directa, non modò propter incommodum aut periculum legis Falcidiæ & legatorum onus quod fideicommiſſariũ ſequitur, non item ſubſtitutum militarem, vt diximus, ſed etiã propter ius adcreſcendi, & honorem illum qui ex titulo inſtitutionis plenior deferri creditur *l. filium 5. §. ſed etſi portio De legat. præſtand.* & ex teſtamento maior, quàm ab inteſtato. Quod ſi rurſum obiicias pro Cuiacio, in ſpecie *d. l. in teſtamento*, ſubſtitutionẽ reciprocam à milite factam inter fratrem & filium impuberem non trahi ad ſecundum caſum, ſed in vulgari duntaxat locum habere, Reſpondebo id fieri non ea ratione quam idem Cuiacius tradit Obſeruat. 17. *cap.* 16. quòd facta eſſet ſubſtitutio perſonis diuerſæ ætatis & conditionis, ſed quia conſtitutio Diui Marci, quæ ius illud primùm induxit, vt ſubſtitutio in vnum caſum facta, in vtrumque facta eſſe intelligatur, ad militum teſtamenta non pertinet *d. l. precibus.* Adeò vt nec aliud dicendum eſſet tametſi inter filios impuberes ea ſubſtitutio reciproca facta proponeretur: ſicuti pluribus à nobis ſuperiore capite tractatum & probatum eſt. Nec ſanè dici poteſt, qua alia ratione explicanda ſit differentia quæ in *d. l. in teſtamento*, apertiſſimè conſtituitur inter militem & paganum. Quod autem Cuiacius ſententiam ſuam cõprobat ex *d. l. cẽturio 15. De vulg. & pupil. ſubſtit.* facit certè quàm inſubtiliter, cùm vel ex eo præcipuè loco refelli poſſit. Nam cùm centurio filiis ſuis ſi intra quintum & viceſimum ætatis annum decederent, directò ſubſtituiſſet, ait Papinianus *intra quatuordecim annos etiam propria bona filio ſubſtitutus iure communi capiet. Poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militũ, patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hereditate.* Ergo vtroque caſu ſubſtitutus bona patris capiet, & conſequenter iure directæ ſubſtitutionis. Nam quod iure fideicommiſſi percipitur aut debetur, fideicommiſſarius nõ capit ſimpliciter, ſed per manus eius qui reſtituere rogatus eſt. Quod & vetus formula legatorum quæ per vindicationem, aut perceptionem relinquebãtur, demõſtrat, ſi Vlpiano credimus *in princ. tit. De legat.* Ne illud etiam addam quod paſſim noſtri interpretes in ore habent, Verbum vnũ determinãs poſitũ inter multa determinabilia, debere omnia

illa æqualiter determinare, *ex l.iam hoc iure 4.ea.tit. De vulg.& pupill.ſubſtit.* Vnico enim verbo *capiet* Papinianus vſus eſt vt ſubſtituti ius exprimeret, ſiue is pupillo ex pupillari ſubſtitutione ſuccederet, ſiue ex militari. Quemadmodum igitur nemo dubitat quin ſuccedendo ex pupillari ſubſtitutione capiat bona omnia & patris & pupilli iure directo, ita fatendum eſt ſuccedentem illum ex militari capere bona patris ſolius eodem iure directo, quamuis non iure communi, vt cùm ſuccedit ex pupillari, ſed ex priuilegio militum. Diuerſæ ſunt ſanè ſpecies ſubſtitutionis pupillaris & militaris, quia pupillaris non fit niſi pupillo, finitúrque pubertate: militaris autem fit etiam puberi filio, adeóque extraneo, ſed à ſolo milite, nec alio tempore finitur quàm quod ei finiendæ miles præſtituerit. Sed tamen côueniunt in eo, quòd vtraque fit in caſum acquiſitæ hereditatis, & vtraque tamen iure directo: in quo etiam, vt hoc obiter moneamus, idem Cuiacius errauit, & eum ſecuti ex recentioribus plerique exiſtimantes duo tantùm genera eſſe ſubſtitutionum ſi ius ſuccedendi ſpectetur, vulgarem & pupillarem, debuit enim addere tertium genus, militarem ſubſtitutionem, aut caſus duntaxat, non etiam nomina ſubſtitutionum exprimere. Verum enim eſt duos tantùm eſſe caſus, ex quibus ſubſtitutiones omnes conſtare neceſſe eſt, delatæ, & acquiſitæ hereditatis: quorum prior idem ſemper eſt, eoſdémque ſemper producit effectus, licèt ſubdiſtinguatur in caſum duplicem, voluntatis, vt vocant, & impotentiæ: poſterior verò alias leges & condiciones habet in pupillari ſubſtitutione, alias in militari, alias deniq; in exemplari [quæ & pupillari propius accedit] pro perſonarũ quibus fit varietate. Aliud enim ius in perſona impuberis conſtituendum eſt, aliud in perſona puberis aut extranei cuiuſlibet, aliud denique in perſona dementis aut furioſi filij iam puberis facti. Indéque fit vt pupillari & militari ſubſtitutioni eadem formula ſufficiat *d.l.centuria, cum l.in pupillari 14.ea.* quoniam idem caſus eſt adquiſitæ hereditatis, idémque genus ſubſtitutionis, nimirum directæ. Nam ſi militaris, non niſi fideicommiſſaria eſſe poſſet, quemadmodum pupillaris ſemper directa eſt, fieri nullomodo poſſet vt ad vtramque eadem formula accommodaretur. Nec pro Cuiacio quicquam facit quod ex fideicommiſſaria ſubſtitutione æquè ac ex militari futurum ſit vt ſubſtitutus omnia bona quæ patris morientis fuerunt conſequatur cum fructibus inuentis in hereditate, *l. coheredi 41.§.cùm filia eo.* non enim conſequens eſt vt ſubſtituto militari vtilius non ſit & honorificentius ex militari ſubſtitutione & directo iure ſuccedere, quàm ex fideicommiſſo, propter eas rationes quas ſuprà attulimus, & ſequenti capite fuſiùs trademus. Et quicquid cauſetur Cuiacius, vera & genuina ratio quæ facit vt ſubſtitutus militaris non niſi militis bona capiat, illa eſt quam Goueanus reddidit, Quòd priuilegium militis non debeat cuiquam fraudi eſſe. Nam ſi pupilli quoque bona in eam ſubſtitutionem venirent, ſicut veniũt in pupillarem, vtique fieret iniuria pupillo, qui etiam pubes factus atque ita teſtamẽti factionem adeptus, teſtari tamẽ de bonis ſuis quæ aliũde quàm à patre habuiſſet, prohiberetur, aut eos ſibi ab inteſtato ſucceſſores eligere quos teſtamẽto heredes ſcribere ſi poſſet, vellet. Eáque ratio placuit eidẽ Papiniano in *leg.impuberi 40. D.de adminiſtr.& pericul.tutor.* vbi ſcribit ille, impuberi datum à cẽturione curatorem ſi decretum prætoris ſecutum non ſit, & nihil ipſe adminiſtret, periculo contumaciæ vel negligentiæ non adſtringi, propterea quòd priuilegium militũ ad alienam iniuriam porrigi non oporteat. Addit etiam quod ſummoperè notandum eſt *nec in aliis circa ſupremam voluntatem imperitiæ venia datur, quam in bonis militum.* Vt intelligamus quemadmodum militum imperitia tot priuilegia extorſit quòd arma magis quàm leges ſcire exiſtimentur, ita eorum priuilegia in eo elucere omnia, quod imperitiæ venia datur, id eſt, vt quicquid ab iis imperitè & cõtra iuris rationẽ factũ eſt, eodem iure cenſeatur ac ſi peritè factũ eſſet. Cui conſequens fit vt ſubſtitutio quam miles verbis directis fecerit etiam puberi aut extraneo in caſum adquiſitæ hereditatis, iure etiam directo defendatur, non autem iure fideicommiſſi: alioqui non daretur omnino venia imperitiæ militia, ſi non eo prorſus modo valeret ſubſtitutio quo valere miles voluiſſet. An verò non voluit valere iure directo, qui verbis directis ſubſtituit? Sed & nonne imperitior milite eſt quiſquis ſubſtitutionem directis verbis factam valere vult iure fideicommiſſi? Augere & adiuuare imperitiam hoc eſt, non excuſare. Placuit etiam illa eadem ratio Vlpiano in *l.cùm filiusfamilias 28.D. de teſtam.milit.* in cuius ſpecie cùm filiusfamilias miles deceſſiſſet filio impubere herede inſtituto, eique ſubſtituiſſet in aui poteſtate manenti, tutorẽſque dediſſet, admittit quidem Vlp. ſubſtitutionem valere, ſed tutoris dationem valere negat ex reſcripto diuorum fratrum, *quia,* inquit, *hereditatis ſuæ miles qualem vellet ſubſtitutionem facere poteſt, verumtamen alienum ius minuere non poteſt.* Cui conuenit quod à Tryphonino ſcriptum eſt *in l.miles ita 43.§.nec tutorem eod.tit.* & ab eodem Vlp. *in l.2. De teſtam.tutel.* Quid verò tu Cuiaci ad verba illa *qualem vellet ſubſtitutionem facere poteſt?* An non ſatis apertè videtur tibi Vlp. docere ius eſſe militi directo ſubſtituendi cuilibet ſi directam militarem facere malit, quàm vulgarem aut fideicommiſſariam? Et quod iam dixerat *ſubſtitutionem valere* an non iſtam fideicommiſſi interpretationem prorſus excludit? Nulla ſiquidem ratio eſt flectendæ directæ ſubſtitutionis in fideicommiſſariam, verbis fideicommiſſi omnino deficientib. niſi ſaltem vbi ſic faciendi neceſſitas aliqua eſt, *vt in dict.l. Scæuola 76. D.ad S.C.Trebell. l generaliter 24. §.ſi quis ſeruo D.de fideic.libert.* Atqui neceſſitas nulla eſt cùm ſubſtitutio directis verbis facta valet. Reſpondeamus iam ad *l. precibus 8.C. de impub. & aliis ſubſtit.* quę ſola virum doctiſſimum nulla alia lege aut ratione perſuaſum fefellit.

Tribus locis corruptam eſſe l.precibus 8.C.de impub.& aliis ſubſtit.ac quomodo emendanda ſit, Et ad l.Papinianus 43.D.ad S.C.Trebell.

CAP. XIII.

POſtrema legis huius verba, de quorum interpretatione contendendum nobis nunc eſt cum Iacobo Cuiacio cæteriſque ferè omnib. interpretibus (nã quæ præcedunt omnia iam ſatis nos in ſuperioribus explicauimus) hæc ſunt, *ſi verò poſt pubertatem, iure eius te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſſa fideicommiſſi bona quæ cùm moreretur patris eius fuerunt, à te peti poſſunt.* Sic enim à viro doctiſſimo accepta ſunt vt ſubſtitutio à milite facta verbis directis ſiue puberi filio ſiue cuilibet extraneo, flectatur ad fideicommiſſum nec niſi fideicommiſſi iure defendatur. Quæ ſententia vulgaribus quoque interpretibus placuit, ſed cum hac diſtinctione, ſi mater in medio ſit quæ de ſubſtitutionis iure contendat cum ſubſtituto, non item ſi alius ſiue cognatus ſiue agnatus. Quæ tamen omnia quàm non modò falſa, ſed etiam abſurda & ridicula ſint, tam liquidò ex iis quæ proximè diſputauimus conſtare arbitror, vt ei qui ex vera rectáque

iuris

iuris ratione æſtimare rem velit, nulla ne vel minima quidem dubitandi cauſſa ſupereſſe videatur. Scio poſſe reſpondere quod Antonius Goueanus vir numquam ſine laudis præfatione nominandus, ante nos dixit, nec improbabiliter, verba illa *veluti ex cauſſa fideicommiſſi*, non ſic eſſe intelligenda vt ſubſtitutus militaris ſuccedat iure fideicommiſſi, ſed ſic potiùs vt ſuccedat iure directo, ad exemplum tamen fideicommiſſarij, propterea quòd ſicut is qui per fideicommiſſum ſubſtitutus eſt, ſolius teſtatoris bona ex fideicommiſſo capit cum fructibus in hereditate repertis, non etiam ſi quid aliunde rogatus heres habuit *l. coheredi 41. §. cùm filia D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio 67. de legat. 2.* Ita & qui ex militari ſubſtitutione ſuccedit, militis duntaxat, non etiam heredis, cui directò ſubſtitutus eſt, bona conſequatur *l. centurio 15. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Secundum quam interpretationem quæ & verbis aptiſſimè conuenit, perinde omnino eſt acſi apertiùs ſcriptum eſſet *quemadmodum ſi ex cauſſa fideicommiſſi ſuccederetur.* Ex quo apparet tãto manifeſtius fideicommiſſi iure ſubſtitutũ hîc non ſuccedere, ſed directò. Alioqui ſimpliciter ſcribendum erat *ex cauſſa fideicommiſſi* nõ addita dictione illa *veluti* quę ſimilitudinis & improprietatis magis quàm veritatis nota eſt. Sed tamen ſi verum amamus, nec illud ferendum eſt vt ſubſtitutus militaris ad exemplum fideicõmiſſarij ſuccedere dicatur. Sunt enim omnia diſſimilia, vt in ſuperioribus probauimus. Subſtitutus militaris ſuccedit ex teſtamento, Fideicommiſſarius, quoties directa inſtitutio aut ſubſtitutio flectitur in fideicõmiſſum ſuccedit ab inteſtato *l. quærebatur 19. D. de teſtam. milit. d. l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* Ille iure directo quia miles hereditati ſuæ qualem vult & legem dicere & ſubſtitutionem facere poteſt *leg. 5 l. cùm filiusfamilias 28. de teſtam. milit.* Hic autem non niſi iure obliquo, quia ius directum, id eſt ciuile, fideicommiſſa non agnoſcit *l. qui vſumfructum 3. ff. ſi vſusfr. petat.* Ille Falcidiam nullam patitur, tametſi totam defuncti militis hereditatem ex militari ſubſtitutione conſequatur: non ob id ſolùm quòd ad militum teſtamenta lex Falcidia non pertineat *l. ſi poſt miſſionem 17. cum l. ſeq. l. ſi miles 92. D. ad leg. Falcid. l. ſi certarum 17. §. vltim. cum l. ſeq. de teſtam. milit.* ſed etiam quia prorſus inauditum eſt vt legis Falcidię poteſtas cõtra eum qui & ipſe heres inſtitutus, aut ſubſtitutus ſit, inducatur. Nec rurſus locũ hîc habet ratio Senatuſconſulti Pegaſiani, per quod facta eſt heredi poteſtas deducendæ quartæ ex fideicommiſſo, vt aliquo præmio inuitaretur heres ad adeundum, ne alioqui fideicommiſſum intercideret. Nã ſi prior heres ad tempus ſcriptus à milite hereditatem adire nollet, non poſſet cogi à ſubſtituto qui ex tempore inſtitutus eſſet, neque tamẽ ſubſtitutus ipſe ſtatim adire & heres fieri poſſet, ſed omnimodo expectanda eſſet mors inſtituti, poſt quam vtique ſecundus heres ſuo iure & ex teſtamento ſuccederet, interim autem ſucceſſio inteſtati locum haberet *leg. miles ita 41. in princip. eod. titu.* At is qui ex fideicõmiſſo ſuccedit ab inteſtato conuerſa directa ſubſtitutione in precariam, pati Falcidiam cogitur *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* Subſtitutus militaris nulla ex parte tenetur ad præſtationem legatorum à primo herede inſtituto relictorum *d. l. quærebatur §. vlt. eod.* Fideicommiſſarius contra tenetur ad præſtationem legatorum omnium quæcunque ab herede rogato teſtator reliquit, præterquã ſi ea teſtator ad heredis onus pertinere expreſſim voluit *l. 1. §. penult. & vlt. iunct. l. 2. D. ad S.C. Treb.* Et quidẽ in ſolidũ ſi tota hereditas ei reſtituta ſit ex Trebelliano, aut pro portione hereditatis reſtitutæ ſi reſtitutio facta ſit ex Pegaſiano deducta Falcidia *l. 2. C. eo.* Sed & finge militẽ teſtamẽto ita ſcripſiſſe *Titius ex ſemiſſe poſt biẽniũ heres eſto, Sẽpronius ex alio ſemiſſe vſq; ad biẽniũ heres eſto, poſt biẽniũ Mæuius heres eſto. Ius adcreſcẽdi inter eos ſaluũ eſto.* Mæuio poſt biẽniũ Sẽpronij ſemiſſem ex ſubſtitutione iã nacto, ſi Titius ſuũ repudiet, dico ius adcreſcẽdi quod teſtator inter heredes ſaluũ eſſe voluit, non Sempronio, ſed Mæuio competiturum, licet Sempronius priore loco heres ſcriptus ſit ſicut & Titius, dicique ſoleat in iure adcreſcendi potiorem eſſe illorum cauſſam qui in eodem gradu vocati ſunt, *l. quidam teſtamento 30. leg. qui duos 42. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Nimirum quia verũ eſt Mæuium heredem ſolum eſſe eo tempore quo per Titij repudiationem ius adcreſcẽdi locum habere incipit, Sempronium autem, licet prior heres fuerit, nunc tamen heredem non eſſe. Illa enim iuris regula quæ habet, eum qui ſemel heres fuit ſemper heredem manere *l. ait prætor 7. §. ſed quod Papinianus de minor. l. ei qui ſoluendo 83. de hered. inſtit.* locum habere non poteſt in teſtamẽto militis cui ea priuilegio permiſſum eſt vt heredem ad tempus quemadmodum & ex tempore ſcribat, & conſequenter vt poſtquam heredem ex teſtamento vſque ad certum tempus habuit, pro reliquo tamen toto tempore inteſtati exitũ faciat *dict. l. miles ita 41. de teſtam. milit.* Itaque poſt biennium Sempronius qui toto illo biennio heres fuit, perinde habetur acſi heres non fuiſſet, Mæuius verò, quòd verè nunc heres ſit, ſolus habet ius adcreſcendi, haud ſecus acſi præcedente biennio inteſtatus miles fuiſſet nec Sẽpronium heredem habuiſſet, quo caſu nemo diceret legitimum heredem ius adcreſcendi habiturum eſſe viuo & ſuperſtite Mæuio, qui verè ex teſtamento heres eſſet. Proinde nulla actione indiget Mæuius aduerſus Sempronium, multo minùs verò aduerſus legitimum militis ſucceſſorem vt deficientem Titij portionem conſequi poſſit. Nam cùm per ius adcreſcendi portio portioni adcreſcat velut alluuio *l. ſi Titio 33. §. 1. de vſufr. legat.* fieri nullomodo poteſt vt portio Titij deficiens adcreſcat legitimo heredi qui portionem nullam habet, at ne quidem vt legitimus inteſtati ſucceſſor vllus ſit ei qui & ad certum vſque tempus & ex eo tempore habuit heredem ex teſtamento. Atqui ſi Mæuius militariter ſubſtitutus fideicommiſſarij iure cenſeretur, non idem iuris obtineret. Dicendum namque eſſet deficientem Titij portionẽ Sempronio adcreſcere, tùm à Sẽpronio ad Mæuiũ peruenire. Id. n. eſt quod ex Papiniano Vlpianus tractat *in l. Papinianus 43. D. ad S.C. Trebell.* ſi quis heres inſtitutus ex ſemiſſe rogatus ſit reſtituere hereditatem, & eam ſuſpectam dicens compulſus adiit, deinde fideicommiſſarius gnarus ſit adcreuiſſe portionem hereditariam poſt reſtitutionem ſcripto heredi, an opus ei ſit alia aditione. Sic enim malo legere ex Cuiacij emendatione. Et ait ſecurum eſſe eũ poſſe, id eſt alia non indigere aditione, ſed de illo dubitari magis poſſe, an noua ei opus ſit reſtitutione poſtquàm portio adcreuit. Quibus verbis in eam ſanè partem magis inclinare videtur, vt noua reſtitutio neceſſaria ſit, licet contrà putet Cuiacius. Non enim aditionis & reſtitutionis eadem ratio eſt. Aditio vna ſufficit, quia is qui vel ex minima hereditatis parte heres eſt, vbi adiit, ex toto aſſe heres eſſe & adiiſſe intelligitur ſiue coheredem nullum habuit, ſiue eum habuit qui aut antè aut pòſt repudiauerit, *leg. ſi quis heres 35. leg. qui ex duabus 53. l. qui patri 59. leg. ſi ſolus 80. D. de acquir. her.* Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni 55. § qui fideicõmiſſam D. ad SC. Trebell.* & ius adcreſcẽdi

ſequitur etiam inuitum *leg. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit.* At reſtitutio vna ſufficere non poteſt pro ea portione quæ poſt reſtitutionem adcreuit, quia nunquam poteſt videri fideicommiſſarius plus habere ex fideicommiſſi reſtitutione quàm ſibi reſtitutum ſit: adeò vt illo etiam caſu quo minus ei reſtitutum eſt quàm ex teſtamento reſtitui debuit, perinde ex teſtamẽto agi oporteat ad reſtitutionem totius fideicommiſſi ac ſi nihildum omnino reſtitutum eſſet, quia neque aliter fideicommiſſum reſtitui vtiliter poteſt vt actiones trãſeant in fideicõmiſſarium, quã quomodo teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi 9. §. vlt. cum l. ſeq. D. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 28. §. ex aſſe de iur. dot.* Ex cõtrario qui rogatus hereditatis ſemiſſem ex quo ſcriptus erat alteri reſtituere compulſus adiit & reſtituit priuſquàm coheredis portio adcreſceret, non poteſt videri reſtituiſſe portionem illam quæ poſteà adcreuit, quia nec rogatus erat vt eam reſtitueret, quam vtique retineret ſibi ipſi, ſi ſponte non coactus adiiſſet. Quòd autem compulſus adiit, licet indignum eum reddat qui ex teſtamento aut hereditate defuncti quicquam retineat, non magis tamen facere poteſt vt portio quæ reſtitutionis tẽpore nondum adcreuerat, pro reſtituta habeatur, quàm vt ipſi fideicommiſſario potiùs quàm heredi adcreſcat. Etſi enim verum eſt quod diximus portionem portioni adcreſcere, non perſonæ, ea verò pars hereditatis cui deficiens adcreſcit poſt reſtitutionem reperitur eo tempore penes fideicommiſſariũ, quoniam tamen heres rogatus licet compulſus adierit, reuera heres manet (vnde illud eſt quod Senatuſconſultum tametſi heredem facere poſſit, fideicommiſſarium tamẽ non facit, quia nec poteſt, ne vni duo ſint heredes) & ius adcreſcendi non niſi inter eos qui ex eodẽ iure ſuccedũt locum habet. i. inter coheredes, non inter heredem & fideicommiſſarium aut legatarium, neceſſariò fit vt deficiens portio coheredi accreſcat etiam poſt aditionẽ & reſtitutionem coactè factam, non itẽ fideicõmiſſario. Quidni ergo noua reſtitutione opus erit? Nã & quãuis aditio vna ſufficere ſoleat vt diximus, ſi tamen per aliũ acquirenda ſit hereditas, vt puta per filiumfam. aut per ſeruum, tot aditiones neceſſariæ ſunt quot ſunt portiones, non ſolùm ſi duo eiuſdem patrisfam. liberi inſtituti proponantur *l. ſi quis heres 35. §. 1. de acquir. hered.* ſed etſi pater vel dominus ex parte inſtitutus ſit, filius verò vel ſeruus ex alia parte *l. ſi ex ſua 36. eod.* quin & ſi idem filius aut ſeruus ex parte inſtitutus ſit purè, ex parte ſub cõdicione, licèt exiſtentis quoque condicionis tempore adhuc ſit in poteſtate *l. ſi ſolus 80.* vbi eſt textus elegans *in fi. ee. tit.* Hoc verò cur ita? Niſi quia pater vel dominus qui ſibi per alium quæſiit hereditatem, non potuit quęrere niſi quatenus iuſſit, non iuſſit autẽ niſi pro ea parte quæ tum fuerat delata? Quãquã ea res, vt puto, non excluderet ius adcreſcendi ſi quid eſſet quod impediret ne aditio noua ſequi poſſet. Atqui quod fideicõmiſſario acquiritur, hereditas fit per interpoſitam heredis perſonam, & intercedente miniſterio reſtitutionis, neque poteſt quicquam incidere propter quod noua reſtitutio fieri non poſſit, nam & prædefuncto eo, qui rogatus eſt fieri poteſt ab eius herede dummodò is ipſe adierit, qui rogatus eſt *l. ille à quo 13. §. 1. D. ad SC. Trebell.* Tot ergo reſtitutiones neceſſarię ſunt, quot ſunt portiones, quę ſiue principaliter ſiue in conſequentiam, veniunt in reſtitutionem: Quid enim ſi heres ex parte ſcriptus qui portionem ſuam coactus adierat, adcreſcentem retinere vellet, fideicommiſſarius autem conſentiret? quis diceret ex vi factæ reſtitutionis hanc quoque portionem acquiſitam eſſe fideicomiſſario, & aliqua retroceſſione opus eſſe? Sed etſi eo caſu quo heres ſcriptus coactus adiiſſet, faterer non magis reſtitutione quàm aditione noua opus eſſe, ratione illa quam nimis generaliter & ex ingenio ſuo Cuiacius adſtruit quòd omnia quæ perdit is qui compulſus adiit, tacito iure fideicommiſſarium ſequantur (in quorum numero non eſt ius adcreſcendi ſicut nec nomen ipſum heredis cui inſeparabiliter vnitum eſt ius illud adcreſcendi, ſed tantùm commodum quod ex iure adcreſcendi peruenturum erat ad heredem ſi ſponte adiiſſet) Illud tamen Cuiacius non negat, imò defendit, & rectè, contra receptam interpretum traditionem, herede vltro & ſponte portionem ſuam adeunte non transferri ius adcreſcendi in fideicommiſſarium, ne plus habeat ex teſtamento quàm teſtator voluerit. Ergo vt ad id redeamus, cuius probandi gratia huc nos digredi neceſſe fuit, non poteſt ſubſtitutus militaris fideicommiſſarius dici, aut fideicommiſſario comparari, cùm ius adcreſcendi habeat proprio iure, & citra perſonam primi heredis, ſi modò ius illud inter heredes ſaluum eſſe miles voluit. Quod idcirco ſubieci & in ſuperiore formula militaris teſtamẽti clauſulam illam addidi, *Ius adcreſcendi inter eos ſaluum eſto*: quoniam alioquin certum eſt ius adcreſcẽdi in teſtamento militis locum habere non poſſe niſi idipſũ expreſſim cautum ſit, quippe quod ex legis poteſtate magis quàm ex teſtantis voluntate inducatur, ex quo fit vt ab inteſtato quoque locum habeat *d. l. ſi ex pluribus 9. De ſuis & legit.* Aut ſi teſtamẽtum factum ſit, inducitur ex tacita voluntate quaſi coheredes inuicẽ ſubſtituiſſe teſtator videatur *l. ſi Titio 61. §. Iulianus de lega. 2.* At militis voluntas tacita nulla eſt, ſed ea demum quæ ſit nuda & aperta, adeò vt ſi miles vnum ex fundo heredem ſcripſerit, credatur quantum ad reſiduũ patrimonium inteſtatus deceſſiſſe *l. ſi miles 6. D. de teſt. milit.* Sed me illud omniũ maximè mouet, quòd, vt ſuperiore capite attigi, fideicõmiſſariæ hereditatis reſtitutio fieri non poteſt niſi ab eo qui reſtitutionis tempore heres ſit: quomodo. n. hereditatẽ reſtitueret qui heres nõ eſſet? Atqui is cui in caſũ aditæ hæreditatis datus eſt à milite ſubſtitutus poſt certũ tẽpus, puta *poſt 14. annũ* herès nõ eſt niſi ad tẽpus & in vltimum vſq. inſtans cõpleti anni decimi quarti: quãdo militi permiſſum eſt heredem ſcribere ad certum tempus. Ergo etiãſi filius aut extraneus heres, cui miles ſic ſubſtituiſſet, eo tẽpore viueret, hereditatem tamen ex cauſſa fideicommiſſi reſtituere non poſſet, quam tùm amplius non haberet. Multo minùs igitur ſic facta ſubſtitutione *ſi poſt decimũquartum annum filius deceſſerit* mortuo poſt eam ætatem filio, admittendum eſt vt legitimus filij heres fideicommiſſo vllo obſtringatur, cũ nullo iure dici ille poſſit heres militis, qui filiũ non niſi quoad viueret heredem habere voluit. Concludo itaq; verba illa *veluti ex cauſſa fideicõmiſſi* eſſe ſuppoſititia & inepto interpreti adſcribenda. Quod vt ſentiam, præter certiſſimã iuris rationẽ, ex eo quoq. moueor, quod video aliis duobus eiuſdẽ legis locis nõ ſibi tẽperaſſe interpretẽ quin & textũ corrumperet, & inſcitiam ſuam proderet. Primùm illo loco vbi ſic ſcriptũ legim⁹ *ſi intra decimũquartũ ſuæ ætatis annũ aut poſteà deceſſerit.* Totum enim illum verſiculum non dubito eiuſdem eſſe interpretis explicare volentis verba hęc *an in ſecundum filio ſuo quem habuit in poteſtate mortis tempore ſubſtituerit* quæ tamen explicatio ridicula eſt. Nam cùm paulò pòſt ſequatur *ſi verò ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa vel compendio non vſque ad certam ætatem facta reperiatur* debuerat exemplum duplex poni ſubſtitutionis in ſecundum

caſum

Digitized by Google

caſum factæ, Vnum ſubſtitutionis factæ certa ætate expreſſa hoc modo *ſi intra viceſimumquintum annum deceſſerit, vt in d. l. centurio 15. De vulg. & pupill. ſubſt.* Alterum ſubſtitutionis factæ compendio verborum, id eſt non vſque ad certam ætatem expreſſã hoc modo *quandocunque filius meus deceſſerit* aut etiam, vt puto, *ſi filius meus deceſſerit.* Neutri vero cõuenit illa formula *ſi intra decimumquartum ſuæ ætatis annũ aut poſtea deceſſerit.* Non enim dici poteſt facta compendio verborum quæ tot verba continet, & certam ætatem exprimit. Nec rurſus admittam quod certa ætate expreſſa facta ſit. Nam quæ ſequuntur *aut poſtea* faciunt vt potius dici debeat non vſq; ad certam ætatem factã eſſe. Proinde cum id ageret ſtolidus interpres vt vtriuſque ſubſtitutionis diuerſos caſus eadem formula exprimeret, aſſecutus eſt vt neutrã expreſſerit. Quòd ſi ex ea formula tollas verba illa *aut poſteà* nihil tamen effeceris. Quę enim relinquuntur *ſi intra decimumquartum ſuæ ætatis annũ deceſſerit* nullam ſubſtitutionem continent quæ non finiatur pubertate ſiue à pagano ſiue à milite facta ſit. Sequentia autem legis verba demõſtrant tractari hac lege de ſubſtitutione ſic concepta vt & intra pubertatem & poſt pubertatem locum habere poſſit, licet alio atq; alio effectu. Rurſum in verſiculo illo *ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, habeat eos heredes quos pater ei conſtituit & adierint hereditatem* exiſtimo eiuſdem eſſe interpretis verba hæc *& adierint hereditatẽ.* Quid enim attinebat de adita hereditate tractare, cùm non niſi de iure adeundæ hereditatis conſulti eſſent Imperatores à matre quæ dubitabat an ſibi, an potiùs ſubſtitutis delatum eſſet ius adeundæ hereditatis? Quid ſi ſubſtitutus erat aliquis ex liberis fortaſſe primi thori? Quid ſi ſeruus teſtatoris? Vtriq; nõ fuiſſet in iis neceſſaria aditio, quia quiſquis patri heres neceſſarius eſt, idẽ ſi pupillo ſubſtitutus ſit ei quoq; neceſſarius heres eſt, vt probauimus libro ſuperiore c. 14. Et quod lex ait *eos habeat heredes* ſic accipiendum eſt *eos habere debeat*, ac proinde ſiue neceſſarij heredes ſint, ſiue voluntarij, & ex voluntariis ſiue iam adierint hereditatem ſiue nõdum adierint. Fruſtra igitur & ineptè adiecta ſunt verba illa *& adierint hereditatẽ* quæ nec commodè poſſis cõſtruere niſi addas relatiuum *qui* & legas *qui adierint.* Quis igitur improbabile nunc putat ea quę tollimus *veluti ex cauſſa fideicõmiſſi* ab eodẽ interprete addita fuiſſe? Aut quis miretur ab imperito interprete inuectum errorem quẽ tot tantiq; interpretes auſint defendere? Quamquam vix credibile eſt, tam ſupinum errorem in vllius eruditi interpretis mentẽ venturum fuiſſe ſi non eos corruptæ lectionis autoritas fefelliſſet: in quo tamen nõ carent reprehenſione, qui plus receptæ lectioni quàm iuris rationi põderis tribuerũt. His autem verbis ſublatis, manifeſta eſt legis ſententia, Defuncto poſt pubertatẽ filio cui pater miles in ſecundum caſum ſubſtituerat directò ſiue expreſſa ætate ſiue cõpendio verborũ non vſq; ad certã ætatem, filij ſucceſſionem ad matrem pertinere ab inteſtato, bona verò quę patris eius morte [illegible] fuerũt, ſpectare ad ſubſtitutum militarẽ ex directa ſubſtitutione: non velut ex pupillari, nam pupillaris ipſa etiam filij bona cõprehenderet: neq; item velut ex cauſſa fideicommiſſi propter tot differentias de quibus diximus, ſed potius veluti ex cauſſa inſtitutionis, quia non aliã ob cauſſam huiuſmodi ſubſtitutio militibus permiſſa eſt quàm quòd ex tẽpore heredem inſtituere poſſint, quamuis non quiſquis à milite inſtitutus eſt ex tempore dici debeat ſubſtitutus militariter, ſed is demum qui ſic inſtitutus eſt poſt alium ad tempus inſtitutum. Subſtitutionem enim æſtimamus, vt iam ſuprà dictũ eſt, ex ſecundo gradu, ſecundáq; hereditatis delatione ab eodem teſtatore & eodem teſtamento facta. Quare ſi miles nullo herede ad tempus ſcripto heredem tantũ ex tempore ſcripſerit, deficietur quidẽ ei hereditas ſuo tempore, adeóq; ſecundo loco, id eſt poſt legitimos inteſtati ſucceſſores *d. l. miles ita in prin.* Sed tamen nõ idcirco ſubſtitutus dicetur, ſed inſtitutus ex tẽpore, quia primus ille eſt, non ſecundus cui ex teſtamento defertur hereditas. Cæterũ quemadmodũ eo caſu ſuccederet iure directo nec fideicõmiſſum petere cogeretur à legitimo inteſtati ſucceſſore, quia teſtamẽtũ valeret, ita & alio herede priore ad certum vſque tẽpus ſcripto, ſubſtitutus eodem iure vtitur, nec ob id deterioris conditionis fit quod teſtamentarius non legitimus heres ex cauſſa ſuccedendi cum præceſſerit. Itaq; quod lex ait ſubſtitutum poſſe bona patris petere à matre quæ filio puberi & inteſtato ſucceſſit, ad directam hereditatis petitionem referendum eſt, quæ datur contra quemcũq; hereditatis poſſeſſorem ſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat, nõ ad fideicommiſſariam. Ideò autẽ neceſſaria eſt ſubſtituto petitio hereditatis, quod confuſis per filij immixtionem bonis patris cum bonis filii, omniũ poſſeſſio à filio in matrem eandémq; legitimam heredem transfuſa fuerit: quæ res impedit ne ſubſtitutus capere propria autoritate poſſit bona militis licet veniant in directam ſubſtitutionem. Eidem verò interpreti cuius inſcitiam & audaciã hîc prodimus, adſcribo etiã additionem illã quæ in codices omnes ſolo Florentino excepto irrepſit *in l. Lucius 45. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ab illis verbis *alter ſi eiuſdẽ ætatis vſque ad §. Paulus reſpondit*, quam additionem emendatione etiã egere docuit Cuiacius *lib. 17. c. 26.* Eidem quoq; adſcribo quicquid irreptitium eſt *in l. 4. eo. tit.* De cuius emẽdatione ſcribemus *inf. c. 19.* Suaues verò mehercule ſunt interpretes noſtri qui ſubſtitutionem hanc volunt flecti ad fideicõmiſſum fauore ſolius matris, non etiam ſi ſubſtitutus contendat cum aliis ſiue agnatis ſiue cognatis, etiamſi à milite facta ſit. Nam contra hanc diſtinctionem apertiſſimus eſt textus *legis in teſtamenta 6. C. de teſt. mil.* in cuius ſpecie cùm inter matrem pupilli & ſubſtitutum à milite cõtenderetur de iure ſubſtitutionis, nõ dubitat Imperator quin ſubſtitutus matrem vincere deberet ſi conſtaret factam à milite ſubſtitutionem militarem, id eſt cogitaſſe militem de reciproca ſubſtitutione in ſecundum caſum facienda. Quod tamen in dubio cogitaſſe non præſumitur, ſiue mater ſiue alius agnatus ſit aut cognatus qui ſubſtituto controuerſiam hereditatis faciat, quia nõ poteſt id fieri citra interpretationem petendam ex præſumpta teſtatoris voluntate, cui interpretationi & præſumptioni in teſtamento militis locus eſſe numquàm poteſt vt probauimus in ſuperioribus.

Explicatio l. Scæuola 76. D. ad S. C. Trebell. l. 4. C. de codic. l. ſi fundum 92. §. vlt. de leg. 1. & alia pleraque de iure codicillorũ tã ex teſtamento quàm ab inteſtato.

Cap. XIIII.

Difficile interpretibus ferè omnibus ſemper viſum eſt intelligere, quam rationem habeat quod in hac lege Scæuola reſpondit, ſi pater filium ſuum impuberem ex aſſe ſcripſerit heredem eiq; codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, inutilem quidem eſſe ſubſtitutionem, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi poſſit, ſed

tamē benigna interpretatione placere vt mater quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur. Videtur enim hoc abhorrere à iuris regulis vt ſubſtitutio directa quæ iure directo valere non poteſt trahatur ad cauſſam fideicommiſſi, cùm nec fideicommiſſi verba vlla ſunt, nec aliud quicquam, ex quo appareat teſtatorem aut codicillantem de fideicommiſſo inducendo cogitaſſe. Quid enim à fideicommittendi volūtate tam alienum dici poteſt quàm verbis directis vti, cùm fideicōmiſſa non relinquantur niſi precariis? Idque Scæuola ipſe fatetur non obſcurè cùm ait hoc fieri *benigna interpretatione*. Nam quid eſſet neceſſe ad benignam interpretationem recurrere ſi iuris ratio nō repugnaret? Sed & verba illa prę ſe ferunt caſum hunc ſingularem eſſe, ſpecialémque habere rationem quæ non patiatur vt facilè trahi poſſit ad conſequentias. In eóque potiſſimùm laborant interpretes vt inueſtigent qua ratione motus Scæuola ad benignam hanc interpretationem decurrendum putauerit. Nam ſi dicas quod pleriſque placere video, ita eum reſpondiſſe pro cōſeruanda defuncti hominis ſuprema voluntate vt eo ſaltem modo valeat quo valere poteſt, efficies vt eodem æquitatis colorē generaliter concludendum ſit, ſubſtitutionem quamlibet directam ſiue puberi ſiue impuberi filio, ac ſiue filio ſiue extraneo factam in caſum quoque adquiſitæ hereditatis, quam conſtat, extra caſum pupillarem directo iure valere nōn poſſe, fideicommiſſi tamen iure defendendam eſſe. Quo admiſſo, mendacij ſimúlq; imperitiæ reū facies Papinianum qui *in l. verbis ciuilibus 7. D. de vulg. & pupil. ſubſt.* apertiſſimè contrà ſcribit, verbis ciuilibus poſt decimū quartum ætatis annū fruſtra fieri ſubſtitutionem. Nam vt ad eum locū diximus ſuprà c. 11. non poſſet dici fruſtra factā ſubſtitutionem, quæ tametſi iure directo eſſet inutilis, tamen in vim fideicommiſſi defenderetur. Nec eſt quod vulgare illud temperamētum adſeras quo veluti collirio interpretes vti ſolent, adhibitā diſtinctionę an verbis ciuilibus & merè directis ſubſtitutio facta ſit, an communibus, quale volunt eſſe verbum *ſubſtituo* à Scæuola vſurpatum in ea ſpecie de qua diſputamus. Iam enim à nobis in ſuperioribus ſatis ſupérq; probatū eſt cōmunia verba nulla prorſus eſſe, ſed omnia omnino vel ciuilia & merè directa vel precaria: ſed etſi aliqua eſſent cōmunia, nullū tamen magis directū dici poſſe quàm verbum *ſubſtituo* quod proprium eſt directarum omnium ſubſtitutionū. Et verò non ad id reſpexiſſe Scæuolā, quòd hoc potiùs quā alio verbo pater vſus eſſet, ex eo apparet quod ad benignam cōfugit interpretationem vt directam ſubſtitutionē flectat in fideicōmiſſariā, cū tamen benigna dici non poſſet interpretatio, quā ipſa verbi vis & proprietas eliceret. Eſtq; omniū apertiſſimus hic locus ad probandum *ſubſtituo* verbū cōmune nō eſſe ad directam, & ad precariam ſubſtitutionē. Rurſum ſi cū Iacobo Cuiacio cæteriſq; ferè omnibus recētioribus dicas reſponſū hoc Scæuolæ non tam niti præſūptione voluntatis, quàm fauore pupilli, perinde fiet cōſequēs vt generaliùs, latiúſq; patere debeat, quàm Scæuola voluerit. Idē enim pupilli fauor extorquere debebit, vt quoties pupillaris ſubſtitutio ex quacūq; cauſſa inutiliter facta erit, defendenda tamen ſit iure fideicommiſſi. Proinde ſiue pater pupillo tantùm, non etiam ſibi teſtamentū fecerit, ſiue ſibi etiam quidem, ſed minùs ritè ac ſolenniter, ſiue pupillo quē teſtamenti aut mortis tēpore non habuit in poteſtate, pupillariter ſubſtituerit, quibus omnibus caſibus in confeſſo eſt pupillarem ſubſtitutionem non valere, dicendum erit valituram iure fideicommiſſi, quandoquidem non minor his caſibus pupilli fauor videri debet quàm cùm in codicillis ſubſtitutio pupillaris facta eſt, imò tanto maior quanto minus alienum eſt à iuris regulis vt ſubſtitutio hæc in teſtamento, quā vt in codicillis fiat. Sed neq; facilè videre poſſum quis pupilli fauor in eo verſetur, quod placet Scæuolæ, vt legitimus pupilli heres ſubſtitutis pupillaribus fideicommiſſo obſtringatur. Nam cùm dicimus pupillarem ſubſtitutionem non ſolùm vtilem pupillo, ſed etiam honorificam eſſe, ad id reſpicimus quòd per eam pupillus habeat teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimū inteſtati ſucceſſorem *l. Iulianus 41. aliàs l. ſi pupillus D. de acquir. hered.* Ius enim habendi ex teſtamento heredis honorificū eſſe creditur, quia ciuium Romanorū & patrumfamilias proprium eſt: pupillo autem vtile ob id potiſſimùm, quòd ea ratione fiat vt agnatorum inſidiis minùs expoſita ſit vita pupilli quandiu ignoratur quis ei ſucceſſor futurus ſit. Propter quam cauſſam cauere olim patres ſolebant ne pupillares tabulę viuo adhuc & impubere filio aperirentur *l. vlt. D. ad S.C. Trebell. §. ſin autem quis Inſt. de pupill. ſubſtit.* Etſi autem ſolent hodie pupillares ſubſtitutiones æquè apertè fieri ac vulgares, non ſine magno pupillorum periculo, vt proinde non iam ſicut olim vtiles videri poſſent, non eo tamen minùs fauorabiles ſunt, ſiue pupilli perſonam intueare, cui honorificentius fuerit ex teſtamento heredem habere quàm ab inteſtato: ſiue ius ipſum teſtamenti, cuius cauſſa ſemper fauorabilis nec immeritò eſſe exiſtimatur *l. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam.* At in ſpecie *l. Scæuola*, nō facit benigna illa interpretatio quam illi eliciunt ex fauore pupilli, vt ſubſtitutum heredem habeat ex teſtamento, ſed tantùm vt mater pupillo ſuccedēs ab inteſtato, de hereditate ſubſtituto reſtituēda per fideicommiſſum rogata videatur. Quis ergo pupilli fauor in eo verſari poteſt? Quin potiùs dicendum eſſet pupillo incommodam & oneroſam eſſe interpretationē quę legitimum ipſius heredem, præſertim matrem, à qua nullū ipſius ſaluti periculum immineat, ad fideicōmiſſum fortaſſis extraneo præſtandum obliget. Tritum enim verumque eſt fideicōmiſſariā ſubſtitutionem etiā pupillo qui alioquin teſtari ipſe nō poſſet, oneri eſſe, pupillarem verò honori *l. coheredi 41. §. cùm filia D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quid verò hac parte intereſt an à pupillo ipſo, an ab eius legitimo ſucceſſore fideicommiſſum relinquatur? Igitur alia ratio quęrēda eſt propter quā viſū ſit Scęuolę, benignā eſſe interpretationem illā quę faciat vt pupillaris ſubſtitutio inutilis flectatur ad fideicōmiſſum. Mihi verò, contrà quàm illi adhuc interpreti in mentem venerit, multo difficilius illud videtur, quid neceſſe fuerit Scæuolę ad benignā illam interpretationem recurrere, cùm iuris ordinarij & communis ratio faceret pro ſubſtituto. Etſi enim codicillis hereditas directò neque dari neque adimi poteſt, ſiue ex teſtamento confirmati ſint, ne per codicillos qui ex teſtamento valerent, ipſum teſtamentum quod vires per inſtitutionem heredis acciperet, confirmari aut deſtrui videretur, vt eleganter Papinianus ratiocinatur *in l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* ſiue ab inteſtato facti ſint, ne hoc ipſo teſtamentum factum videri poſſet, aut codicillorum & teſtamentorum iura confunderentur *§. penult. Inſtit. eod. tit. l. ſi idem 7. C. eod. l. non codicillum 14. C. de teſtam.* Tamen ſi is qui teſtamenti tabulas nullas fecit, codicillos ab inteſtato ſcribat, & in iis heredem directò inſtituat, hoc ipſo legitimum heredem rogare intelligitur vt hereditatem ſcripto heredi

ex

ex cauſſa fideicommiſſi reſtituat, dummodo dubitari non poſſit quin voluerit defunctus eam ſcripturam inſtar habere codicillorum: quomodo idem Papinianus loquitur *in l. illum enim 13. §. 1. De iur. codic.* vbi addit non niſi vno caſu nihil à legitimo herede deberi, nimirum ſi defunctus teſtamentum ſe facere exiſtimauerit. Quod etſi in dubio præſumendum eſt cum ea ſcriptura heredis inſtitutionem aut exheredationem cõtinet, aut vulgarem ſubſtitutionem aut legata aliáue huiuſmodi quæ in teſtamentum, non codicillos cõferri ſolent vt ibidem Papinianus ſubiicit, & ſcriptum etiam eſt *in d. l. non codicillum*, nullus tamen præſumptioni aut dubitationi locus relinquitur, cum paterfamilias codicillos ſe facere velle dixit. Quò etiam pertinet quod *in l. 2. §. vlt. eo. tit.* ex Iuliano proponitur, hereditatem teſtamento inutiliter datam nõ poſſe codicillis confirmari quaſi hereditatem, ſed tamen ex fideicommiſſo peti poſſe ſalua legis Falcidię ratione. Quid enim refert an hereditas codicillis detur, an cõfirmetur? Verumq; inutiliter fit, ſed poſterius hoc, vt ita dicã, inutilius, quia duplici ratione cõfirmatio illa impeditur. Vna, quod confirmatio dationis datio quædam ſit, nec proinde fieri queat vt hereditas confirmetur in ea ſcriptura in qua dari non poſſet. Altera quòd inutilis actus præcedentis vtilis confirmatio fieri nequeat, quod enim inutiliter factum eſt, ex integro faciendum nõ confirmandum eſt. Et tamen inutiliter datæ in teſtamento hereditatis cõfirmatio adhuc inutilior in codicillis facta prodeſt vt legitimi heredes de hereditate illa ex fideicommiſſo reſtituenda rogati exiſtimentur. Quidni ergo proderit datio ipſa hereditatis licet inutiliter directo facta, vt flectatur in fideicommiſſum? Sed & ſi quis facto teſtamento minùs ſolenni in quo heredes directis & ciuilibus verbis inſtituit clauſulam codicillarem in eo adſcripſerit, de qua *in l. 3. D. de teſtam. milit. & in l. vlt. C. de codicill.* vt ſcilicet teſtamentum valeat vice codicillorum, perinde dicimus directam hereditatis dationẽ conuerti in fideicõmiſſariam. Quinimò etiamſi neque clauſulæ codicillaris, neq; codicillorum mentio vlla facta ſit, ſed ita fortè teſtator ſcripſerit *Hoc teſtamentũ volo eſſe ratum quacunque ratione poterit* vt *in l. ex ea ſcriptura 29. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Aut vt in *l. Titia 13 de inoff. teſtã.* Aut quomodo Lucius ille Titius de quo idem noſter Scæuola *in l. Lucius 88. alias l. codicillis §. vlt. de lega. 2.* *Lucius Titius hoc meũ teſtamentum ſcripſi ſine vllo iuriſperito, rationem animi mei ſecutus potiùs quàm nimiam & miſeram diligentiam: & ſi minùs aliquid legitimè minúſve peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Nã cùm in eo teſtamẽto heredes inſtituiſſet, poſteà verò inutiliter factũ eſſe teſtamentũ conſtitiſſet, nõ dubitat Scęuola quin inteſtati eius bonorum poſſeſſione petita portiones hereditarię heredibus adſcriptæ ex cauſa fideicommiſſi peti poſſint. Quanto igitur magis idem reſpondiſſet ſi teſtator ille vel apertiorib. verbis clauſulam codicillarem adſcripſiſſet, vel nihil niſi codicillos ab inteſtato feciſſet? Ideo autẽ de codicillis ab inteſtato factis loquimur, quorum fortius & potentius eorũ ius eſt, quàm ſi ex teſtamento facti eſſent. Qui enim teſtamento confirmati ſunt, ſiue teſtamentum præceſſerint, ſiue ſubſecuti ſint, nõ poſſunt heredis inſtituti ius vlla ex parte lædere aut minuere, ſi quid in iis verbis directis ſcriptum ſit ad cauſſam hereditatis pertinens, ſiue data hereditas ſiue adempta, ſiue condicio inſtitutioni adiecta, ſiue directa ſubſtitutio facta proponatur *l. pen. §. vlt. D. de cond. inſt. l. Diui 6. in princ. D. de iur. codicill.* vbi Marcianus refert, à Seuero & Antonino reſcriptum eſſe *nihil egiſſe matrem* quæ cùm liberos heredes ſuos purè inſtituerit, condicionem emancipationis codicillis adiecit, quia, inquit, neque condicionẽ heredi inſtituto codicillis adiicere neque ſubſtituere directo poteſt. Non enim nihil geſſiſſe dici poſſet ſi quæ in codicillis perperam directis verbis ſanxiſſet, fideicõmiſſi iure defenderentur. Quemadmodum ex eo quod Papinianus ſcribit *in l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill. ſubſtit.* verbis ciuilibus vltra decimumquartum annum ſubſtitutionem *fruſtra fieri* probauimus in ſuperioribus: nõ igitur flecti ad fideicommiſſum, quia nõ fieret fruſtra quę fideicommiſſi iure valeret. Putóque eò ſpectare Papiniani verba illa *in d. l. illud 13. §. 1. de iur. codicill.* *Tractari*, inquit, *ſolet de eo qui cùm tabulas teſtamẽti non feciſſet, codicillis ita ſcripſit, Titium heredem eſſe volo.* Vt intelligamus non ſimiliter tractari, id eſt dubitari poſſe de eo qui facto iam teſtamento codicillis heredem ſcripſerit, an heredem teſtamentarium rogaſſe videatur de hereditate ex fideicõmiſſo reſtituenda, ei quem ſubinde in codicillis heredem ſcripſit. Certùm enim eſt nullũ ex eiuſmodi codicillis induci fideicommiſſum, non ſolùm quod ad ipſam heredis inſtitutionẽ de qua minùs dubitari poteſt, ſed & quod ad legata, niſi id quod expreſſim & verbis precariis relictùm ſit. Quę ſententiá eſt legis Non idcirco *4. C. de codicill.* eà tantùm ex codicillis debita eſſe admittentis quæ precariis verbia relicta ſunt. Nam ſi de codicillis ab inteſtato factis loqueretur, quomodo omnes, vt opinor, quotquot vnquam fuerunt interpretes intellexerunt, valerent proculdubio illa etiam quæ directis verbis relicta eſſent, non quidem iure directo, ſed iure fideicommiſſi: cùm multo facilius aut ſaltem non difficilius ſit conuerti legata in fideicommiſſa quàm inſtitutionem directam in ſubſtitutionem fideicommiſſariam *l. quærebatur 19. §. 1. de teſtam. milit.* Interpretes fefellerunt verba illa *quòd inteſtato te abſẽte codicillos mater tua fecit*, nõ animaduertentes *inteſtate* dixiſſe Imperatores, pro eo quod eſt *nullis conuocatis teſtibus*. Quemadmodum ex cõtrario dicimus *teſtato* quid fieri, pro eo quod eſt *teſtibus conuocatis l. vlt. D. de leg. commiſſ. l. qui Romæ 122. in princip. & §. coheredes de verb. obl.* Dubitandi autem cauſſa pro filio illa erat, quod cùm teſtamento matris heres ſcriptus fuiſſet vt *in l. 2. eod. tit.* atque ita ius ei aliquod ex teſtamento quæſitũ videretur, non debuerat eius condicio deterior fieri per codicillos quos mater nõ ſolùm ipſo abſente, ſed etiã nullis conuocatis teſtibus feciſſet. Sed decidendi ratio eſt quòd codicilli nullã iuris ſolennitatem deſiderent *§. vlt. Inſtit. de codicill.* nec proinde teſtium conuocationem illam ſolennem quæ in teſtamentis requiritur, *l. vlt. C. eod.* multo minùs autem præſentiam heredis inſtituti. Quippe cui nullum ex teſtamento ius ante mortem teſtãtis quæſitum dici poſſit: licèt multo minor aut potiùs nulla prorſus futura ſit dubitatio in codicillis ab inteſtato factis abſente eo qui nõ niſi legitimus heres ſit. Et verò frequentiores olim fuiſſe codicillos qui ex teſtamento quàm qui ab inteſtato fierent, vtpote à quibus codicillorum ius exordium ſumpſerit vt Iuſtinianus refert *in princip. tit. De codicill. inſtit.* adeóque potentius eſſe ius heredis inſtituti quã legitimi, ex eo colligi poteſt quod Papinianus *in d. l. quod per manus 10. De iur. codicill.* propoſita quęſtione illa generali, Cur in codicillis hereditas dari non poſſit, adfert rationem ad teſtamentarios duntaxat codicillos pertinẽtem *ne*, inquit, *per codicillos qui ex teſtamẽto valerent, ipſum teſtamentum quod vires per inſtitutionem heredis accipit, cõfirmari videretur.*

Ex quo illud etiã apparet, licèt in codicillis inteſtati æque ac in teſtamentariis hereditas inutiliter directò detur, non tamen vſque adeò inutiliter eam dari quin flecti poſſit ad fideicommiſſum, quoniam ea res non lædit ius ſucceſſionis inteſtati heredíſque legitimi, quod nec commune quicquam habet cum iure codicillorum ab inteſtato factorum vt ab inteſtati ſucceſſione pendêre videantur, quomodo pendent ex teſtamento ij qui ſiue ante ſiue poſt teſtamẽtum fiunt, vt mirum non ſit ſi non tantam vim habeant ad lędendum ius heredis ſcripti, ex cuius inſtitutione confirmantur: læderent autem ſi fideicommiſſo eum obſtringerent à quo nihil petitum eſſet, quique ſuo iure heres exiſteret *arg. d. l. illud enim, in princ.* Hancq; differentiam eleganter Paulus expreſſit *in l. ab inteſtato 16. eod.* illis verbis *inteſtato patrefamilias mortuo nihil deſiderant codicilli, ſed vicem teſtamenti obtinent, teſtamento autem facto ius ſequũtur eius.* Quæ cùm ita ſint, nõ eſt iam quod quis miretur directam ſubſtitutionem in codicillis inutiliter factam defendi iure fideicommiſſi. Sed illud, meo iudicio, longè magis mirandũ eſt quod tamen nemo miratur, quãobrem in ea ſpecie quam Scæuola tractat *in d. l. Scæuola* neceſſariam putet ille benignam interpretationem ad ſubſtitutum ex fideicõmiſſo admittendum quaſi deficiente iure. Dicam quod mihi videtur, &, ni fallor, idipſum quod res eſt, quãuis à nemine adhuc animaduerſum. Differentia hac parte conſtituẽda eſt, & elegans & vera, inter ſubſtitutionem pupillarem & cæteras directas, id eſt inter codicillos quos quis ſibi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, & eos quos pupillo fecerit ab inteſtato. Cùm quis inteſtatus moriturus codicillos ſcribit & in iis directò dat hereditatem ſuam, ſiue inſtitutionis ſiue ſubſtitutionis iure: tunc ea proculdubio locum habent quæ hucuſque diximus, id eſt, quiſquis ab inteſtato ſuccedit rogatus intelligitur de hereditate per fideicommiſſum reſtituenda eis qui heredes directò inſtituti fuerunt aut ſubſtituti: quoniam alioqui fieret vt ſuprema defuncti hominis voluntas deſtitueretur, ni eo ſaltẽ modo valeret quo valere poteſt, id eſt per fideicommiſſum: quod tamen ferendum non eſt, quia tãtus fauor eſt codicillorum nullo facto teſtamento, quantus teſtamenti eſſet ſi teſtamentũ factũ fuiſſet, cùm teſtamenti vicem eo caſu obtineant, vt diximus, nec aliud quidquam exigimus niſi vt paterfamilias codicillos facere voluerit, non etiam teſtamentum ſe facere putauerit *d. l. 13. §. 1. de iur. codic.* Sic enim fert ius codicillorũ cùm ab inteſtato fiunt, vt quemadmodum ad eum qui legitimus heres futurus eſt dirigi eos neceſſe eſt, ſi non ex verbis, ſaltem ex voluntate illius qui codicillos ſcribit (de quo enim alio obligando ſenſiſſe videri poſſet is qui moritur inteſtatus? indéq; nimirum fiebat olim ſæpius vt per epiſtolam fierent codicilli) ita hoc ipſo quo fiunt codicilli ab inteſtato, legitimus heres rogatus videatur, licèt verba precaria nulla ſint. At cũ paterfamilias etiam teſtatus codicillis heredem ſcribit nõ ſibi, ſed filio impuberi, verius eſt vſque adeò inutilẽ eſſe directam illam dationem hereditatis, vt nec fideicommiſſi iure defendatur, quia nec codicilli illi, quod ad pupillum attinet, ab inteſtato facti eſſe intelliguntur. Hoc ipſum verò cur ita? quia nec ab inteſtato codicillos habere pupillus poteſt. Non enim ſicuti permiſſũ eſt patri pupillariter ſubſtituere filio impuberi quem habet in poteſtate vt inducat ei heredem teſtamentarium, quòd ea res pupillo & vtilis & honorifica fore credatur vt diximus: ita & permiſſum aut permittendum patri fuit, vt pupillo codicillos faceret ab inteſtato, cùm per eos pupillo heres dari non poſſit. Atqui certum eſt pupillum nõ alios codicillos habere poſſe quam ſi quos ei facere patri permittatur. Codicillos enim is demũ facere poteſt qui & teſtamentum facere poteſt *d. l. Diui 6. §. pen. l. conficiuntur 8. §. codicilli eod. tit.* Conſequens ergo eſt vt nullos ab inteſtato habere poſſit. Nam ſi dicas eiuris regulę quæ habet codicillos facere non poſſe niſi eum qui & teſtãdi ius habeat, magis conſequens videri vt ex cõtrario igitur quiſquis teſtari poteſt poſſit etiam codicillos facere, ac proinde vt patri non minùs licere debeat codicillos pupillo facere etiam ab inteſtato, cui etiam teſtamentum facere poteſt, accedente præſertim alia iuris regula, quæ non patitur vt cui plus licet non debeat etiam quod minus eſt non licere *l. nõ debet 21. de regul. iur.* Iam reſpondi, ſingulari quodam iure & contra receptas iuris regulas inductũ moribus fuiſſe vt pupillo teſtamentum facere pater poſſet, non alia ratione quàm vt impuberis ſaluti proſpiceretur: dato ei herede teſtamentario vt à legitimorum ſucceſſorum, qui ſemper certi ſunt, inſidiis minùs cauendum haberet: de codicillis autem pupillo inteſtato faciendis nihil cautum aut permiſſum fuiſſe, quòd ea res ad pupilli vtilitatẽ aut honorẽ nihil pertineret. Et ſanè captioſa eſt collectio à teſtamento ad codicillos ab inteſtato factos vbi non eadem teſtamenti & codicillorum inteſtati ratio eſt. Nam de codicillis teſtamentariis non puto dubitandum, quin patri liceat eos facere pupillo eadem prorſus ratione qua & teſtamẽtum facere poteſt, dummodò non ſibi tantùm, ſed etiam filio teſtatus ſit, cùm ex ipſo teſtamento vires capiant eiúſque acceſſio ſint, & ſequela. Codicillos autem inteſtato filio facere pater non poteſt, quia nec neceſſe eſt. Quid? An non ſicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare, ita & ab eo ad quem impuberis filij legitima hereditas vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dantur? Fateor. Sic enim Iulianus ſcribit *in l. ſi fundum 92. §. vlt. de leg. 1.* Sed id omnimodo ita accipiendum eſt ſi pater ſibi ipſi teſtamentum fecerit, ac præterea teſtamẽto illo aut codicillis ſuis ex eo teſtamento valentibus fideicommiſſum à legitimo pupilli herede dederit, nõ etiã ſi codicillos tantùm aut ſibi ſoli, aut pupillo ſoli aut vtrique fecerit ab inteſtato, aut etiam ſibi quidem ex teſtamento, ſed filio ſuo nõ niſi ab inteſtato. Nullo enim prorſus caſu admittẽdum eſt, vt codicillis ab inteſtato factis pater legitimũ impuberis heredem fideicommiſſo grauare poſſit, nec ſi precariis in eam rem verbis vſus proponatur. Idq; apparet euidenter ex cõiunctione *l. planè 94. eod. tit.* vbi idem Iulianus ſubiicit in hęc verba *Planè ſi filiũ impuberẽ exheredauerit, fideicõmiſſum legitimus heres præſtare cogẽdus nõ erit, niſi idẽ & patris heres fuerit.* Ne dubitare quis poſſet quin ſuperior ſententia eo demum caſu locũ haberet quo nõ ſolùm teſtatus pater fuiſſet, ſed etiam filium impuberem inſtituiſſet, aut eũ ſaltẽ qui legitimus pupilli ſucceſſor futurus eſſet. Quî enim fiat vt viuo impubere legitimus heres ipſius impuberis ſit etiã heres patris niſi ex teſtamento? Prius ſiquidem eſt vt filius exheres ſit, quàm vt alius quiſpiã heres ſit patris: porro filius exheredari niſi in teſtamento non poteſt. Factũ igitur à patre teſtamentũ eſſe neceſſe eſt, vt à legitimo filij herede fideicommiſſum vtiliter detur, ſiue eodem teſtamento, ſiue, quod hac parte idẽ eſt, codicillis eo teſtamento confirmatis fideicommiſſum detur. Facto autem à patre teſtamento nihil neceſſe eſt concedi facultatem patri codicillos inteſtato filio faciendi contra communes

iuris regulas, cum ſi quid teſtamento prætermiſſum eſt, quod ab inteſtati pupilli ſucceſſoribus præſtari velit, poſſit pater id conferre in codicillos ſuos ex eo teſtamento valituros. Nam cùm pater teſtatus eſt, ratio iuris facit vt ſicuti filio quoque teſtamentum facere poſſet ſi vellet, ita ſi malit inteſtatum illum decedere, fideicommiſſum ab eius legitimo herede relinquere poſſit, ſi modò vel filium ipſum heredem inſtituerit, vel legitimum ipſius ſucceſſorem. Quidni verò? Cùm eo caſu dici poſſit legitimum pupilli heredem tacitè à pupillo ipſo inſtitutum videri, quoniam & expreſſè inſtitui potuiſſet. Nulla enim tum differentia eſt inter pupillum, & cæteros patres familias quos dicimus ſi cùm teſtamentũ facere poſſent, inteſtati decedere maluerint, videri ſponte ſua legitimis heredibus relinquere hereditatẽ, *l.3. l.conficiuntur* 8. *D.de iur.codicill.* Id enim eſt quod Paulus ait *in l.ab exheredatis* 126. *de lega.*1. legitimos heredes cogi præſtare fideicõmmiſſa à ſe relicta eo ipſo iure quo ſi ſcripti fuiſſent. Itaque non malè quis meo iudicio dixerit legitimum pupilli heredem hoc caſu quo pater ſibi teſtamentum fecerit eo quo diximus modo, quaſi pupillaris ſubſtituti iure cenſeri, exẽplo coheredis legitimi quem in portione coheredis etiã ab inteſtato quaſi ſubſtitutũ videri Vlpianus ait *in l.ſi Titio* 61. §. *Iulianus de leg.*2. quomodo, ac multo magis, cum qui ſecundo loco & gradu cõſtitutus tempore teſtamenti poſteà hereditatis adeũdę tempore proximior reperitur in cauſſa ſucceſſionis inteſtati, *l.1.§.vlt.de leg.*3. iuxta eam interpretationẽ & emendationem quam nos docuimus *lib. 4.cap.*15. Nam & inde illud fit vt quemadmodum ſubſtitutio pupillaris finiretur pubertate, nec aliter deberentur legata à ſubſtituto pupillari relicta, quàm ſi filius in pupillari ætate decederet: ita & fideicommiſſum à legitimo pupilli herede quaſi tacitè ſubſtituto relictum in teſtamento aut confirmatis, id eſt teſtamentariis codicillis patris non aliter debeatur, quàm ſi filius impubes decedat, filio autem pubere facto euaneſcat, vt ea Vlpiano ad Iuliani ſententiam explicationis gratia additum eſt *in l. quod fideicommiſſum* 93. *de legat.*1. Etſi enim legitimus ille pupilli heres, quem nos quaſi pupillarem ſubſtitutum appellamus, etiam poſt pubertatem defuncto filio ad eius ſucceſſionem admittitur, deſinit tamen ex eo tempore videri pupillaris ſubſtitutus, non ſecus acſi per expreſſam pupillarem ſubſtitutus eſſet, ſuccedítque quaſi ab ipſo pubere iam & patrefamilias facto, non quaſi à patre impuberis nomine, & patriæ poteſtatis iure tacitè inſtitutus. Et conſequenter fideicommiſſa quæ ab eo tanquam à ſubſtituto quaſi pupillari pater dedit, intercidunt, quia nec initio ab eo dari in id tempus potuiſſent. Ergo, vt ad Scæuolam noſtrum redeamus, cùm eam ſpeciem tractet in qua pater filium ſuum impuberem ex aſſe ſcripſerat heredem, dubitari non poteſt, quin ſiue in eo teſtamento, ſiue in codicillis ſubſecutis, potuerit pater rogare matrem & alios quoſlibet inteſtati filij ſucceſſores futuros de reſtituenda per fideicõmiſſum pupilli hereditate *d.l.ſi fundũ in fine*. Sed cùm ils codicillis directò & pupillariter ſubſtituiſſet, non poterat illa proponi quæſtio, an fideicõmiſſũ deberetur, quod relictum non erat, ſed an ſubſtitutio pupillaris adeò eſſet inutilis vt nec ad cauſſã fideicõmiſſi proficere poſſet. Inutilẽ quidẽ eſſe conſtat, quoniam directa eſt & pupillaris, certum autem eſt codicillis hereditatem directò neque dari neque adimi poſſe: ſed ſi nihil aliud obſtaret, non faceret ea res quominus hereditas ex fideicommiſſo peti poſſet: quamuis pupillus ipſe inteſtatus deceſſiſſet, quemadmodum cõtingeret ſi paterfamilias codicillis ab inteſtato factis heredem in eis directò inſtituiſſet *d.l.2.§.vlt.d.l.illud* 13. §.1. *D.de iur.codicill.d.l.vlt. C.eod.* Quid igitur obſtat? Hoc vnum quod codicilli illi teſtamẽtarij in quibus pupillaris ſubſtitutio facta eſt, non ſunt filij, ſed patris, quia, vt diximus, codicillos habere ab inteſtato pupillus numquã poteſt. Abſurdum autem ſit codicillos patris ex teſtamento factos eam vim habere vt ſubſtitutionem pupillarem quę nõ patris ſed filij teſtamentũ eſt, flectãt ad fideicommiſſum à legitimo pupilli herede præſtandũ. Toties enim directa inſtitutio aut ſubſtitutio in codicillis inteſtati facta inducit fideicommiſſum ab inteſtato, quoties illius codicilli ſunt de cuius ipſius hereditate agitur, non cùm vnius perſonæ codicilli ſunt, alterius verò hereditas iis codicillis directò data, vt hic contingit. Neque verò aut melior aut alia vlla ratio quærenda eſt propter quam in propoſita ſpecie directa ſubſtitutio in codicillis facta ad fideicommiſſum non trahatur ipſo iure, ſed opus ſit benigna interpretatione: at difficilius illud nunc eſt quod inueſtigandum ſupereſt, quænam ratio benignam illam interpretationem extorſerit, non Scæuolę tantùm iudicio, quem alioqui conſtat iuris religioſiſſimum fuiſſe, ſed conſentiente tota ipſa iuriſprudentia. Sic enim Scęuola ſcribit *tamen benigna interpretatione placet vt mater quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.* Solent autem prudentes verbum illud *placet* vſurpare cùm aliquid exprimunt, quod à tota iuriſprudentia receptum ſit ſiue ex æquitate, ſiue ex ſtricto iure vt in *l.4. De liber.& poſthum.l. placet* 79. *de acquir.hered.l.ſi cui* 42. *l. obligationum ferè* 44. §.1. *de oblig.& action.* aliiſque ſexcentis locis. Ego puto benignæ huius interpretationis rationem ex eo petendam eſſe quod iam diximus, patrem qui ſibi teſtamẽtum fecit, licet nullum filio fecerit, poſſe tamen ſiue in teſtamento ſuo, ſiue in codicillis eo teſtamẽto confirmatis, fideicommiſſum totius hereditatis relinquere à legitimo pupilli ſucceſſore, tanquam à quaſi ſubſtituto pupillari, quoniam expreſſim illum & ſubſtituere & onerare ſi voluiſſet, potuiſſet. Quamquam enim non aliter id facere ſummo iure poteſt quàm ſi verbis precariis quæ fideicommiſſorum propria ſunt in eam rem vtatur, nihil tamen intereſt legitimi ſucceſſoris pupilli, quib⁹ verbis pater vſus ſit: ac multo ęquius eſt obſequi eum volũtati patris, cùm hoc ipſum quòd hodie ſuccedit pupillo inteſtato, habere ſit credendus ex iudicio patris & quaſi ab ipſo per tacitam, vt modò dicebamus pupillarem impuberi ſubſtitutus, quandoquidem hereditas ei adimi & in extraneum quemlibet trãſferri potuiſſet, ſi extraneum filio ſolenniter ſubſtituere pater, vt diximus, voluiſſet. Voluntas enim patris pupillariter ſubſtituentis licet in codicillis, aperta illa eſt vt pupilli hereditas non ad legitimos ſucceſſores, ſed ad pupillarem ſubſtitutum perueniat: & quamuis non poſſit ea res impedire ſucceſſionẽ inteſtati, quia nec poteſt facere teſtator quin leges in ſuo teſtamento ſuiſue codicillis locũ habeãt, mouere tamen debet ne audiatur legitimus pupilli heres impugnans voluntatem eius ex cuius tacito iudicio ſuccedit. Ex quo apparet, ſi in ea ſpecie quã tractamus nullum ſibi teſtamentum pater feciſſet, aut feciſſet quidem, ſed inutile, licet clauſulam habens codicillarem, aliud proculdubio reſponſurum Scęuolam, nec benignam hanc interpretationem admiſſuram illo caſu fuiſſe. Nimirum quia nec fideicommiſſi verbis potuiſſet pater fideicommiſſum vllum relinquere à legitimo pupilli ſucceſſore qui ſuo

iure ſolóque legum auxilio, non etiam tacito patris iudicio pupillo ſucceſſiſſet. Dicat aliquis, imò verò etiam inteſtato patre mortuo dici adhuc poſſe filiũ impuberem eundémque legitimum patris heredem aut potiùs ſuum, ab ipſo patre tacite inſtitutum videri *d. l. conficiuntur*, ob idque non minùs patri permittendum eſſe vt filio ſuo heredem faciat non quidẽ expreſſim, ſed eo ipſo modo quo ſibi fecit, id eſt tacitè quodammodo pupilli nomine inſtituto illo quem pupillus heredem legitimum habiturus eſt: ſiquidem pupillus quandiu in ea manet ętate, non magis tacitè quàm expreſsè inſtituendi heredis ius habet: & cõſequenter nec ipſi iniuriam fieri ſi ea taciti heredis inſtitutio patri interim permittatur: nec legitimo pupilli ſucceſſori ſi obligetur ad ea omnia præſtanda quæ pater in codicillis ab inteſtato factis reliquit, haud ſecus acſi ipſe patris legitimus heres eſſet vel à patre teſtamentum factum fuiſſet in quo vel filius vel idẽ ille filij heres legitimus inſtitutus proponeretur, quaſi eadem, vt ita dicam, & iuris & voluntatis proportione. An non enim ex tacito illo patris iudicio qui & inteſtatus ipſe, & filium quoque inteſtatum mori voluit, tantundem lucri & commodi legitimus filij heres conſequitur, quantùm ſi & filius a patre ſcriptus eſſet & ipſe filio à patre pupillariter ſubſtitutus? Verùm reſpondeo, non eſſe hæc ſimilia. Prius enim eſſe vt pater filio impuberi teſtamentum facere poſſit quàm vt legitimos filij heredes tacito iudicio ei ſubſtituiſſe videatur. Porrò ita comparatum eſſe vt nõ prius filio teſtari pater poſſit quàm ſibi ipſi teſtamentũ fecerit, & quidem per ſcripturam aut nuncupationem. Non enim ſufficere quòd teſtamentum facere ſi velit poſſit, quódque inteſtatus moriens videatur hoc ipſo tacitè inſtituere filium ſuum heredem. Confunderentur namque iura omnia ſucceſſionũ teſtati & inteſtati, ſi tacita illa inſtitutio quæ ex hominis ab inteſtato morientis præſumpta voluntate colligitur, pro teſtamento haberetur: neque vnquã diceretur quiſpiam decedere inteſtatus. At ex cõtrario, ne quid prætermittamus quod rem tam obſcuram & difficilem elucidare & explicare poſſit, finge ita ius eſſe vt ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater codicillos filio impuberi facere poſſit ab inteſtato, iiſque codicillis factam eſſe à patre directam pupillarem ſubſtitutionem: intrepidè dicerem futurum eo caſu vt mater quæ filio impuberi ab inteſtato ſucceſſiſſet, ſubſtitutis pupillarib. fideicommiſſo obligaretur, idque nõ ex benigna aliqua interpretatione, licet æquè verũ foret hereditatem codicillis directò dari non poſſe, ſed ex ratione iuris communis quæ facit vt quicquid in fideicõmiſſa ab inteſtato facta relinquitur verbis directis, ſiue hereditas ſit, ſiue legatũ, ſiue libertas, aut quid aliud ſimile, ex fideicommiſſo debeatur. Nam ſi quemadmodum teſtamentum volente patre, ita & codicillos ab inteſtato habere pupillus poſſet, nulla ratio eſſet cur non in hac etiam parte cæterorum patrumfamilias iure vti deberet: itaque obſeruandum eſt quod dubitandi cauſſam Scæuola ſic expreſſit *licet ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis hereditas neq; dari neque adimi poteſt*. Non dixit *licet ſubſtitutio directa in codicillis inteſtati facta non poſſit trahi ad cauſſam fideicommiſſi* (id enim falſum fuiſſet, ac præterea parum ad rẽ accõmodatum, quia de codicillis teſtamẽtariis Scæuola tractabat, nec rurſum codicillos ab inteſtato habere pupillus vnquam intelligitur) ſed dixit ſimpliciter ſubſtitutionẽ inutilẽ eſſe, quia codicillis hereditas neq; dari neq; adimi poteſt: de codicillis nimirum ſentiens non pupilli, ſed patris, cuį non magis permittitur vt pupillarem hereditatem quàm vt ſuam det in codicillis. In eo tamen patrefamilias qui codicillos ab inteſtato feciſſet, iiſque ſuam non alienam hereditatem directò reliquiſſet, ſiue per inſtitutionem duntaxat ſiue per adiectam inſtitutioni vulgarem ſubſtitutionem, ratio illa dubitãdi & falſa eſſet & inepta. Non enim illa inſtitutio aut ſubſtitutio directa abſolutè inutilis dici poſſet quæ ex iure communi & citra benignam interpretationem valeret iure fideicommiſſi. Et quod ſubiicit Scæuola *quia codicillis hereditas neque dari neq; adimi poteſt* ęquè falſum eſſet quando & dari & adimi per fideicõmiſſũ poteſt, licet directo non poſſit §. *penul. Inſtit. de codicill.* In pupillo tamen abſolutè quomodo Scæuola cõcepit id verum eſt, nec fuit neceſſe adiicere dictionem illam *directò* vt abſolutè vera eſſet ratio, quia de fideicommiſſo ex pupillaribus inteſtati codicillis inducẽdo tractari hîc non poteſt, cùm nec eiuſmodi codicillos pupillus habere vnquam poſſit. Conſtat igitur ex ſuperioribus, vt tandem concludamus, verum eſſe quod in tota hac diſputatione monuimus reſponſum hoc Scæuolæ eſſe valde ſingulare, & ad ſuam ſpeciem omnino coarctari debere: nimíſque eo abuſos interpretes vt probarent ſubſtitutionem pupillarem in teſtamento pagani factam verbis communibus, poſt decimumquartum annum flectendam ad fideicõmiſſum benigna interpretatione: nam & in ea ipſa ſpecie quam Scęuola tractat non aliter locum habet benigna illa interpretatio quàm ſi filius impubes deceſſerit. Quinimò etiamſi fideicommiſſum verbis precariis à legitimo pupilli herede iis codicillis relictum eſſet, quod ſuo iure pater dummodò facto ſibi teſtamento relinquere poſſet, tamen poſt pupillarem ętatem deberi deſineret, neque benigna interpretatione magis quàm ipſo iure ſuſtineretur, *d. l. quod fideicommiſſum* 9. *iunct. l. praeced. & ſeq. de legat.* 1. Abutuntur etiam qui ſubſtitutionem militarem in caſum adquiſi ę hereditatis factã in teſtamento militis quaſi directo inutilem, defendunt tãtùm iure fideicommiſſi tanquam ex benigna huiuſmodi interpretatione, quomodo ſenſiſſe videtur ineptius ille interpres qui *in l. precibus* 8. *C. de impub. & alijs ſubſtit.* adiecit ex ſuo capite ea verba *veluti ex cauſſa fideicommiſſi* quæ nos ſuperiore capite tollenda eſſe probauimus. Valet enim illa iure directo: nec fideicommiſſi interpretatio vlla cadere poteſt in teſtamentum militis directò quid conſtituentis. Abutũtur & ij qui ex ſola pupilli perſona benignam illam interpretationem elicientes non ſeparant hac parte codicillos patris teſtamentarios à codicillis ab inteſtato factis: cùm tamen ſi nullum à patre teſtamentum factum eſſet, nullus benignæ huic interpretationi locus relinqueretur, quia nec expreſſim verbis precariis fideicommiſſum à legitimo pupilli herede relinquere pater poſſet, ne intra pubertatem quidem. Abutuntur ij quoque, qui non diſtinguunt an teſtator ſubſtituendo in codicillis directò, de ſua hereditate ſenſerit, an de pupillari. Nam ſi de teſtatoris hereditate ageretur, nullo caſu locum haberet benigna illa interpretatio, ſed omnimodò dicendum eſſet hereditatem ex fideicommiſſo deberi codicillis ab inteſtato factis: ſin teſtamẽto ſiue anteriore ſiue poſteriore confirmati eſſent, nullomodo deberi, quia hereditas teſtamento data codicillis adimi niſi per fideicommiſſum non poteſt, nec rurſus per fideicommiſſum niſi verbis precariis. Verba enim directa in codicillis poſt teſtamentum factis poſita nunquam flectuntur ad ſenſum obliquorum vt dicemus cap. ſeq. Sed omnium maximè damnandi ſunt & ex hoc Scæuolę reſpõſo refellendi qui putant quotieſcumque

cumque de pupillari hereditate cõtenditur inter matrem pupilli & ſubſtitutum, eam interpretationẽ benignè accipiẽdam, quę matrem præfetat aut in totum aut ſaltem quod ad legitimam portionem. Nam ſi eo quoque caſu quo pupillaris ſubſtitutio in codicillis facta nec directo iure valet, nec iure fideicommiſſi, benigna tamen interpretatio placet Scæuolæ quæ matrem obliget ad hereditatem ex fideicommiſſo ſubſtitutis pupillaribus reſtituendam, quãto magis pronunciaſſet ille pro ſubſtituto contra matrem ſi pupillaris ſubſtitutio ſiue expreſſa ſiue tacita directo iure valere potuiſſet?

Melius quàm antehac explicata Seueri & Antonini conſtitutio, de qua in §. non tantùm Inſtitut. de codicillis.

CAP. XV.

EXiſtimabam aliquando codicillos ante teſtamentum factos non aliter valere etiam poſt Seueri conſtitutionem, quam ſi teſtamento ſpecialiter confirmati ſint, aut qua alia poſteriore volũtate, niſi quòd ad ea pertinet, quæ precariis verbis per fideicommiſſum relicta ſint. Quam in ſententiam mouebat me autoritas viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij potiùs, quàm ratio vlla iuris aut æquitatis: ſic enim ille ſcripſit libr. 18. Obſeruat. ca. 7. & nos probauimus libr. 5. capit. 12. Nunc verò me in contrarium illa reuocant quæ proximè diſputaui de iure codicillorum. Nam ſi eam iuris rationem inſpicias, propter quam Papinianus putabat quæcumque codicillis ante teſtamentum factis relicta eſſent, indigere ſpeciali confirmatione, aut aliquo ſaltem indicio retentæ voluntatis, ſiue directis, ſiue precariis verbis relicta proponerentur, non alia ſanè eſſe potuit, quàm quòd is qui nullo adhuc facto teſtamento codicillos ſcribit, ea mẽte eſſe videatur vt valeant quaſi ab inteſtato, ſi non expreſſim eos referat ad teſtamentum quod poſteà facturus ſit. Alioqui enim quomodo teſtati codicillos facere videri poteſt, qui neque teſtatus eſt, neque dũ teſtatur, neque teſtaturum ſe profitetur? Nimirũ poſt quàm inductum & receptum eſt vt etiam ab inteſtato codicilli fieri poſſint. Neque enim id tam citò & ab initio obtinuiſſe credendum eſt, cùm ius codicillorum originem ſumpſerit à teſtamentariis vt. Iuſtinianus refert *in princip. tit. De codicill. inſtit. iunct. §. non tantùm eod.* Atquin is qui codicillos primùm fecerat tanquam inteſtatò moriturus, ſi poſtea teſtamentum faciat, haud dubiè recedit à priore voluntate, cùm ſint omnino hæc non modò contraria, ſed etiam contradictoria, teſtatum quem decedere & inteſtatum. Ita ergo fit vt quæ velut ab inteſtato relicta ſunt, licet eo iure valere potuerint, deſinant tamen valere ſi ex teſtamento ſuccedatur. Nam & ſimili licet contraria ratione illud admiſſum eſt vt legata & fideicommiſſa ab inſtituto data non debeantur à legitimo inteſtati ſucceſſore niſi per clauſulam codicillarem aut quam aliam æquipollentem ab eo repetita ſint *l. ex quam* 14. *C. de fideic. l. filium quem* 20. *D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Proinde non abs re Papinianus putabat codicillorum qui ante teſtamenti tabulas facti eſſent, neceſſariam eſſe ſpecialem confirmationem, ſiue ea confirmatio fieret in ipſo teſtamento, ſiue extra teſtamentum retenta quocumque indicio priore volũtate, vt ipſe loquitur *in l. ante tabulas* 5. *D. de iur. codicil.* Nec probabile eſt motum fuiſſe Papinianũ ratione illa quę nobis aliquando placebat, quòd is qui poſt codicillos teſtamentũ faciat nec precedentes vel confirmat vel reuocat, eorum oblitus fuiſſe videatur. Quid enim ſi eo ipſo die quo facti ſunt codicilli, teſtamentum quoque fiat? Quis ex vnius aut alterius horæ interuallo præſumat obliuionem? Quid rurſum ſi poſt quinquennium aut ſexennium non teſtamentum factum ſit, ſed alij codicilli? Plures enim ab inteſtato quoque fieri poſſe conſtat *§. vltim. Inſt. eod.* Quidni tam facilè prioris voluntatis obliuio præſumatur quàm ſi teſtamentum factum eſſet? Et tamen nullo iuris loco proditum eſt pluribus ab inteſtato factis codicillis non aliter valere priores quàm ſi ſpecialiter ſint confirmati. Nempe quia non poteſt quis videri receſſiſſe à prioribus codicillis hoc ſolo quod alios fecerit, cùm ſint omnes eiuſdem condicionis, id eſt ab inteſtato facti: in quo etiam nos in prioribus noſtris cogitationibus errabamus, cùm nihil referre putaremus an poſt codicillos teſtamentum quis feciſſet, an alios codicillos. In illo ſanè benè ſentiebamus quod cum Accurſio aliud iuris conſtituendum fatebamur in codicillis poſt teſtamentum factis, vt nulla egerent confirmatione. Nam & idem hodie nobis placet, non ratione illa quam tum afferebamus, quod dici non poſſit teſtator cùm ſuprema ordinaret eorum oblitus de quibus ne quidem cogitabat, ſed quia non ſicut qui poſt codicillos tanquam ab inteſtato factos teſtatur, recedit à priore voluntate, eligens cauſam teſtati: ſic ex contrario qui poſt teſtamẽtũ facit codicillos eo animo eſt vt mutet voluntatem, & eligat cauſam inteſtati, quia nec eo modo mutare poſſet, tamet ſi maximè vellet, quandoquidem teſtamentum per codicillos rumpi non poteſt. Nec abſolutè verum eſt codicillos ſiue vetuſtiores ſint teſtamento ſiue poſteriores, ſpeciali ſemper indigere confirmatione. Nam præter illam diuerſitatis rationem quam attuli, quæro cur Papinianus in *d. l. ante tabulas*, & Paulus *in l. impuberem* 22. *§. qui codicillos ad leg. Cornel. de falſ.* item que Iuſtinianus *in d. §. non tantum*, loquantur de codicillis ante teſtamentum factis, ſi in iis quoque qui poſt teſtamentum facti eſſent idem iuris admittendũ eſſe putarunt? Fateor potuiſſe codicillos etiam poſteriores confirmari non modò teſtamento, ſed etiam poſt factum teſtamentum, idque in vſu fuiſſe vt conijci poteſt ex *l. quedã* 7. *l. confirmantur* 8. *§. ſi poſt factũ & §. vlt. l. Plotius* 18. *D. de iur. codicill. l. ſine initio* 6. *C. eo.* Sed neceſſariam fuiſſe ſpecialem illã confirmationem ad validitatem codicillorum, nego & pernego, idque apparet ſatis *ex §. vlt. l.* 3. *ff. eod.* Niſi ad hoc vt valerent quæ in iis relicta eſſent verbis directis, quod & Cuiacius ſupra dicto loco ſentit. Hæc verò cùm ex iuris ratione ita ſe haberet, placuit Seuero & Antonino, ex iis codicillis, qui teſtamentum præcedunt, licet confirmati non ſint, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat eum, qui teſtamentum fecit à voluntate quam in codicillis expreſſerat non receſſiſſe. Quod reſcriptum ſic interpretatur Cuiacius & nos aliquando probabamus, vt ad ea tantum pertineat, quæ iis codicillis relicta ſint per fideicommiſſum, & verbis precariis, non directis, ſpeciali quodam & proprio fideicommiſſorum iure, quaſi ſola debeantur ex codicillis teſtamento non confirmatis vel ab inteſtato confectis: ego verò tota hac re meliùs perpenſa longè aliter nunc ſentio: ante reſcriptum Seueri & Antonini non magis valuiſſe fideicommiſſa quàm legata iis codicillis relicta qui ante teſtamentum facti nec teſtamento confirmati aut alio quocumque voluntatis indicio retenti eſſent: poſt reſcriptum verò valere non modò fideicommiſſa, ſed etiã legata cæteráque eiuſmodi licet directis verbis data, ſi modò nõ appareat teſtatorẽ cũ teſta-

mentum conderet, aut poſteà, receſſiſſe à priori voluntate, hactenus tamen vt non iure directo, ſed ex fideicommiſſo debeatur. Et priorem quidem ſententiæ meæ partem ex eo probo, quod in *d. l. ante tabulas d. §. qui codicillos & d. §. non tantùm*, apertè negatur valere viréſque vllas habere codicillos ante teſtamentum factos neque cõfirmatos. Non igitur legata duntaxat inutilia ſunt: ſed etiam fideicommiſſa & cætera omnia quæcumque iis codicillis continentur. Neque enim fieri poteſt vt ex codicillis inutilibus quicquam debeatur. Nec quod fideicommiſſa etiam codicillis ab inteſtato factis relinqui potuerint, ad rem facit. Dicimus namque non deberi, non quòd inutiliter ab initio data fuerint, ſed quòd poſtea facto teſtamento reuocata intelligantur, propter mutatam voluntatem eius, qui cùm ab inteſtato codicillos feciſſet, maluit poſtea decedere cum teſtamento. Quemadmodum ex contrario ſi quis in teſtamento etiam ſolenni fideicommiſſa reliquerit, deinde ex aliqua cauſſa inteſtatus deceſſerit, non ob id magis fideicommiſſa debebũtur à legitimo ſucceſſore, quàm legata, quòd ab eo quoque perinde atque ab inſtituto fideicommiſſa relinqui poſſint. Sufficit enim quòd iure ſuo heres ſit, nihilque ab eo fuerit petitum *l. illud enim 13. in princip. de iur. codicill.* extra caſum illum elegantem de quo idem Papio. noſter *in l. filio 17. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* quam nos enarrauimus *lib. 9. c. 14.* Multóque maior ratio eſt vt in propoſito caſu fideicommiſſa nulla debeãtur, quia cum teſtamento facto in quo alius quàm legitimus ſucceſſor inſtitutus eſt, appareat magis dilectum à teſtatore hũc quem inſtituit quàm illum quem codicillorum tempore legitimum ſibi heredẽ fore ſperabat, coniectura voluntatis non patitur vt à minùs dilecto grauato ad magis dilectum grauandum argumentemur, quando nec valet argumentum à magis dilecto grauato ad minùs dilectum grauandum ſi cauſſa teſtati conuertatur in cauſſam inteſtati *d. l. ea quam 14. Co. de fideic. cum ſimil. lib.* Poſteriorem verò ſententiæ noſtræ partem probo ex eo quod à Seuero & Antonino non illud conſtitutũ eſt, vt fideicommiſſa peti poſſint quæ codicillis non confirmatis relicta ſunt, [nam qui ſic loqueretur innueret aliud ius eſſe legatorum vt nõ poſſent peti] ſed *vt ex eiuſmodi codicillis non confirmatis fideicommiſſum peti poſſit.* Quod ipſum quid aliud eſt, quã ea omnia quę in iis codicillis relicta ſunt ſiue directis verbis ſiue precariis, deberi iure fideicõmiſſi? Nam & ſimiliter dicimus hereditatẽ in codicillis ab inteſtato verbis directis datã peti ex fideicõmiſſo. *l. 2. §. vl. De iur. codicill.* & tanquam fideicommiſſariam *d. l. illud 13. §. 1. eod.* tametſi precaria verba nulla prorſus interuenerint. Et hanc interpretationem noſtram ille etiam æquitatis color adiuuat, quod inſpecto initio & eo tempore quo facti ſunt codicilli tanquã ab inteſtato, legata in ipſis ſcripta in eo fuerunt, vt iure fideicommiſſorum valitura fuerint ſi paterfam. inteſtatus deceſſiſſet, ſicuti à nobis ſuperiore capite probatum eſt. Quidni enim directa legatorum verba flectãtur in ſenſum obliquorũ, ſi quod multo difficilius eſt, ipſa hereditatis datio directa flectitur in fideicommiſſariam, codicillis ab inteſtato factis? Etſi autem ſubſecuto teſtamẽto dicimus eam voluntatem penitus intercidere vt nec fideicommiſſi quidem iure defendatur, quaſi reuocata, ſi non ſpecialiter confirmata, aut quocumque voluntatis indicio retenta proponatur: tamen cùm Seuero & Antonino placuerit vt hoc ipſo retenta videri debeat quòd non conſtet ab ea receſſiſſe teſtatorẽ, ceſſante iam illa tacitæ reuocationis coniectura, conſequens fit, vt eundem ſaltem effectum huiuſmodi codicilli habeant ex teſtamento quem habituri erant ab inteſtato, hoc eſt vt ex iis fideicõmiſſum peti poſſit, aut, quod idem eſt, vt fideicommiſſi iure debeantur quæcunque iis relicta ſunt ſiue directò ſiue precariò: ſola excepta hereditate. Alioqui quid dicemus ſi iis codicillis ante teſtamentum factis nec ſpecialiter confirmatis legata duntaxat relicta fuerint, non etiam fideicommiſſa vlla? An dicemus inutilem fore Seueri & Antonini conſtitutionem, quæ tamen id egit non vt fideicommiſſis, ſed vt codicillis ipſis alioquin inutilibus vires daret? Hereditatem tamen excipio, quia facto teſtamento non poteſt ea vis eſſe codicillorum ſiue ante ſiue poſt teſtamentum facti ſint, vt directa inſtitutio aut ſubſtitutio in iis contenta flectatur ad cauſſam fideicommiſſi, ne teſtamento per codicillos derogatum videatur in eo ex quo teſtamentum præcipuè æſtimatur, id eſt in heredis inſtitutione: cùm ex contrario directæ inſtitutioni quæ prioribus codicillis continebatur apertè derogatum videri debeat per eam quæ in teſtamentum collata eſt. Nam etſi precariis verbis fideicommiſſum paterfamilias reliquiſſet his verbis *quiſquis mihi heres erit, is hereditatem meam Sempronio reſtituat*, vt *in l. quidam referunt 14. §. vlt. de iur. codicill.* non ideò tamen fideicommiſſo obſtringeretur qui poſteà teſtamento ſcriptus heres eſſet. At extra cauſſam hereditatis, id eſt quod ad legata pertinet, libertates, aliáque huiuſmodi quæ non niſi directis verbis dari poſſunt, volo potentius eſſe ius codicillorum qui ante teſtamentũ facti ſunt quàm ſi poſt teſtamentum ſcripti eſſent ad conuertenda verba directa in ſenſum obliquorum, & ad inducendum fideicommiſſum non modò propter Seueri & Antonini conſtitutionem quæ in codicillis ante teſtamentum factis ius hoc induxit, nec de poſterioribus locuta eſt: verùm etiam quia, vt iam attigimus, codicilli qui teſtamentum præceſſerunt, eam conditionem & naturam ab initio habuerunt, vt quoniam nihil in iis directò relinqui poterat, quicquid directò relictum eſſet pro fideicommiſſo haberetur, ne alioqui nullius eſſent momenti [cùm tamen nihil omnino ſit quod codicillos ab inteſtato inutiles facere debeat, quandoquidem nullam verborum aliámve ſolennitatem deſiderant, nec proinde verborum differentias curant.] Itaque facilius eſt vt ad eam redeãt ſuam naturam hac vna differentia quòd teſtamento facto fideicommiſſum ex ipſis petitur tanquam ex teſtamento, quod alioqui non potuiſſet peti niſi ab inteſtato. Codicilli verò poſt teſtamentum facti, ſi non ſpecialiter teſtamento confirmati ſint, non idem ius habent vt quæ in iis directò relicta ſunt debeantur ex fideicommiſſo, quia numquam in eo fuerunt vt per verba directa fideicommiſſum inducere potuerint, non magis quàm ſi ex verbis directis in teſtamento adſcriptis fideicommiſſum quis petere vellet. Præcedens enim teſtamentum impedit ne verba directa flecti poſſint ad fideicommiſſum: tùm potuerint valere iure directo ſi teſtator ea legata in teſtamentum conferre aut codicillos teſtamento confirmare voluiſſet. Itaque quicquid eiuſmodi codicillis vtiliter relinquitur, id vt precariis verbis relinquatur omnino neceſſe eſt *l. 4. C. de codicill.* de cuius etiam ſententia proximo capite diximus. Planè cõfirmatis teſtamẽto poſterioribus codicillis nemo dubitat quin etiam legata directo iure debeantur. Quidni enim hoc caſu idẽ ius ſit codicillorũ omniũ ſiue teſtamento anteriores ſint, ſiue poſteriores? Atq; ad hoc genus codicillorum, id eſt teſtamento confirmatorum pertinet ſanè quod ſcriptum eſt *in l. 2. §. 1. De iur. codicill.* codicillorum ius ſingulare eſſe, vt quæcumque in iis ſcri-

bontur

buntur perinde habeantur acſi in teſtamento ſcripta eſſent. Quamquam & nulla facta confirmatione fateor, quod dixi, valere codicillos, & pertinere ad teſtamentum quod quoquo tempore factum ſit, nimirum vt ſequantur ius teſtamenti, nec aliter valeãt quàm ſi valeat ipſum teſtamentum, licet in iis fideicommiſſa tantùm, nõ etiam legata vlla relicta ſint *l. 5. § vl. l. ab inteſtato 16. ead. l. 2. C. eo.* Sed hoc contendo quod & Cuiacius fatetur, ſi codicilli poſteriores teſtamẽto confirmati non ſint, non valere quæ in eis relicta ſunt verbis directis, quia codicillorum inſtitutioni eum proprium eſt fideicommiſſorum non legatorum ſiue teſtamentum factum ſit, ſiue non, niſi quod facto teſtamento ſi in eo confirmati ſint, ipſius quodam modo teſtamenti naturam induunt vt in iis legata, libertates & quæ ſunt ſimilia etiam directò dari poſſint. Ergo cùm ante Seueri & Antonini reſcriptum plenius eſſet ius codicillorum qui poſt teſtamẽtum quàm eorum qui antè facti eſſent, in eo quod ſaltem fideicommiſſa in poſterioribus relicta valebant quaſi ex teſtamento etiam ſi eo teſtamento confirmati non eſſent, vt conici poteſt ex *l. libertates 45. de manum. teſtam.* Ex prioribus verò ne quidem fideicommiſſa peti poterant ſi ſpecialis confirmatio ſecuta aut retentæ voluntatis indicium aliquod non eſſet quaſi pro reuocatis habẽdi eſſent. Nũc poſt reſcriptũ Seueri plenius eſt ius codicillorũ anteriorũ, quandoquidem ex iis tanquam ex teſtamento peti poſſunt iure fideicommiſſi illa etiam quæ directis verbis teſtator dedit, tametſi confirmatio nulla expreſſa ſecuta ſit nouúmve retentæ voluntatis indicium dum nec in contrarium reuocationis indicia vlla appareant. Ex poſterioribus autem ſi non expreſſim confirmati ſint non alia poſſunt peti, ne iure quidem fideicommiſſi quàm quæ precariis verbis fuerint relicta. Sed etſi diximus quod & verum eſt idem ius eſſe codicillorum anteriorum & poſteriorum ſi vtrique confirmati ſint, larga tamen differentia eſt in ipſo confirmandi modo. Poſteriores enim non modò ſpecialem, ſed etiam expreſſam confirmationem omnino exigunt, quia non poſſunt tacitam accipere ex teſtamento cùm dici non poſſit teſtatorem eo tempore quo teſtabatur de futuris codicillis cogitaſſe ſi nihil de iis dixerit, ob idque neceſſe eſt vt cõfirmentur vel teſtamento ipſo vel poſt factum teſtamentum priuſquam fiant vt in *d. §. ſi poſt factum.* Poſtquam. n. facti ſunt confirmari non poſſunt, ſeraque confirmatio eſt. Quò fortaſſe pertinet quod Iulianus in *dict. l. 22. §. qui codicillos de falſ.* tractans de confirmatione codicillorum iam factorum, ponit eos ante teſtamentum factos, facit non ineleganter quod Papin. ſcribit in *l. centurio 27. de teſta. milit.* cùm miles ſecundo teſtamento facto dixit ſe ad ſuperius redire irrita fieri omnia quæ in ſecundo ſcripſerat, niſi nominatim ea cõfirmaſſet ad priorem voluntatem reuerſus, quia nec de his cogitare tum potuerat cùm prius teſtamentum ordinaret. Anteriores verò etiam ante conſtitutionem Seueri & Antonini non vſque adeò ſpecialem confirmationem requirebãt vt non ſufficeret voluntatem quæ in ipſis expreſſa eſſet quocumque indicio retineri, vt Papinianus loquitur in *d. l. antè tabulas.* Quem locum qui à Triboniano propter illam conſtitutionem immutatum putant, egregiè meo iudicio decipiuntur. Nihil enim aliud à Seuero & Antonino inductum eſt, niſi vt cùm olim retentæ quocumque indicio voluntatis probationes ab eo exigerentur qui ex codicillis quid peteret, hodie ex contrario immutatæ voluntatis probatio incumbat heredi qui legata & fideicõmiſſa iis codicillis relicta ex fideicommiſſo præſtare recuſat. Sic enim accipio quod Tribonianus ait in *d. §. non tantum, Si appareat eum qui teſtamentũ fecit à voluntate quam in codicillis expreſſerat non receſſiſſe* acſi ſcriptum eſſet *niſi appareat eum qui teſtamentum fecit à voluntate quam in codicillis expreſſerat receſſiſſe.* Satis enim apparet non receſſiſſe ex eo ipſo quod non apparet receſſiſſe. Similiſque loquendi formula ab ipſis etiam iuris autoribus vſurpata eſt ni eidem Triboniano eam tribuere malis in *l. dotem trigeſima D. de iure dotium leg. generaliter vigeſimaquarta §. ſed etſi ita ſcripſit octauo De fideicommiſſ. libertat.* & alibi ſæpè. *leg. ſi Stichum. octaua §. ſi quis ita de nauat.* Alioqui dici non poſſet quid noui Seuerus & Antoninus pro codicillorum iure induxerint, cùm ipſi Papiniano ſatis fuerit ſi voluntas in codicillis expreſſa quocumque iudicio retenta probaretur. Et verò cùm non alia vt diximus ratione moueretur Papinianus quàm quod codicilli quaſi ab inteſtato facti ſecuto poſteà teſtamento reuocati viderentur ſimul cum ipſa voluntate habendi ab inteſtato heredis, Æquiſſima ſanè eſt illa interpretatio vt quodcumque indicium ſufficiat ad probandum eandem manſiſſe voluntatem. Nihil enim facilius eſt quàm vt voluntas quæ defecerat, iudicio receuti rediſſe intelligatur vt idem Papinian. tractat in eleganti illa ſpecie de qua in *l. qui ex liberis 11. §. 1. De bonor. poſſ. ſecund. tab.* quam nos explicauimus lib. 10. ca. 18. quanto tamen facilius eſt, vt eadem voluntas retineatur, quæ numquam defecerit? Etſi namque is qui priùs codicillos ab inteſtato fecerat poſteà teſtatus in ea mutat voluntatẽ quod non vult inteſtatus decedere, poteſt tamen iuris fortaſſe ignoratione in eo labi quod exiſtimet nihilominùs valitura ea quæ in codicillis anteà factis reliquerat cum non ſint expreſsè reuocata, licet nec ſint confirmata. Fit enim ex ratione iuris potiùs quàm voluntatis vt teſtamento facto ea deberi deſinant quæ teſtator priùs ab inteſtato reliquerat, & vt dicam apertiùs non tam deficit voluntas codicillantis, quàm ius codicillorum propter mutatam cauſam ſucceſſionis. Et ideò ſi fortè proponeretur miles, valerent proculdubio codicilli etiam apud Papinianum, ſaltem quaſi ex noua voluntate, vt dici ſolet de milite filioſam. qui capite minutus fuit vel emancipatus, vel à patre ſuo in adoptionem datus *l. miles filiusfamilias 22.* Noua enim quidem voluntas eſſe intelligitur, [quia prius ipſum teſtamenti ius per capitis diminutionem quæ ſuperuenit reuera ſublatum eſt.] ſed quæ tamen non eget aliqua confirmatione at neque noua vlla voluntatis declaratione. Itaque ſummam æquitatem habet Seueri & Antonini reſcriptum quod nec illud exigi vult, vt voluntas codicillis declarata indicio aliquo retenta probetur: difficile enim eſt vt qui poſt codicillos teſtatur præſertim breui tantùm interiecto tempore non meminerit codicillorum, aut vt eorum memoriam tenens non videatur quoque voluntatem eandem retinere, ſi nulla det indicia contrariæ voluntatis. An igitur in dubio nihil intererit an codicilli anteriores teſtamento confirmati ſint aut quo alio indicio necne? Imò intererit vt dixi, hactenus quòd ſi cõfirmati ſint relicta directis verbis iure directo debebuntur excepta hereditate, quæ nullo modo debebitur, relicta autem verbis precariis iure fideicommiſſi: ſi confirmati non ſint dum ne aliquo voluntatis iudicio probentur reuocati, nihil ex iis debebitur præterquam ex fideicommiſſo, haud ſecus acſi ab inteſtato valerent, niſi quod fideicõmiſſũ illud ex teſtamẽto & debetur, & petitur. Si verò aliqua vel minima voluntatis cõiectura appareat teſtatorẽ à priore iudicio receſſiſſe nihil omnino ex iis codicillis debebitur ne

Digitized by Google

fideicommiſſa quidem: Quæ poſtrema diſtinctio non cadit in codicillos poſt teſtamentum factos, Vtpote de quibus ceuocandis non potuerit teſtatoc teſtamenti tempore cogitare, cùm necdum facti tunc eſſent. Eſt autem ſuperioribus conſequens, vt poſt illud Seueri & Antonini reſcriptum non ſit hodie locus ei ſententiæ Iuliani quæ extat in *dict. leg. impuberem 22. §. qui codicillos D. ad leg. Cornel. de falſ.* Id eſt, vt ſi quis codicillos ante teſtamentum factos in quibus legatum ei adſcriptum erat confirmauerit in Senatuſconſultum Libonianum non incidat, quia nec quicquam illius intereſt quod codicilli confirmati ſint, cùm etiamſi confirmati non eſſent, valerent, legatúmque in iis relictum deberetur, fideicommiſſi quidem non legati iure, ſed eodem tamẽ effectu poſtquam Iuſtiniano placuit vt in omnibus idem ius ſit legatorum & fideicommiſſorum. Iuliani temporibus, id eſt ante Seueri & Antonini conſtitutionem [floruit enim ille temporibus Hadriani] intererat legatarij codicillos antè teſtamentum factos cõfirmari, vt legatum ex codicillis deberetuc. Poſt eam conſtitutionem & Pauli quoque temporibus cuius ea lex eſt, adhuc intererat, quia commodius erat ex legato quid conſequi quàm ex fideicommiſſo, præſertim ſi per vindicationem aut per præceptionem legatum fuiſſet. Nunc verò nihil prorſus intereſt poſt exæquata per omnia & in omnibus legata fideicommiſſis vt ſcripſimus lib. 6. cap. 1. Ideò autem Paulus poſt Iulianum de codicillis antè teſtamentum factis loquitur, Aut quis non æquè ex poſtfacto confirmari poterant codicilli poſt teſtamẽtum facti, vt ſupra dictũ eſt, ſicut nec codicilli ante teſtamentum facti poſt teſtamentum confirmari poſſent, ni ſufficeret probatio recentæ quocumque indicio voluntatis, aut quia fieri non poteſt vt quis mala mente ſcribat confirmationem codicillorum nondum factorum, tanquam ex iis legatum aliquando percepturus de quo nec teſtatoc quidem tum cogitet, tametſi poſtea eueniat vt iis codicillis legatum huic datum inueniatur: quamquam prior interpretatio non ſolùm ſubtilioc ſed etiam probabilior mihi videtur.

Emendatio l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill. & ad l. generaliter 30. §. ſi quis ſeruo D. de fideic. libert.

CAP. XVI.

QVando in hunc tractatum incidimus De iure codicillorum, dicendum etiam nobis aliquid eſt de ſententia & emendatione §. *codicillorum l. 2. D. de iur. codicill.* Locus enim eſt vt perelegans & pręcipui in toto illo tractatu momenti, ita ni fallor maximè mendoſus, & viciatus. Codicillocum, inquit Iulianus, ſingulare ius eſt vt quæcumque in his ſcribuntur perinde habeantuc acſi in teſtamento ſcripta eſſent. Senſus eſt non ille quem putat Accurſius, vt quicquid in codicillis ſcribituc perinde ſit acſi teſtamentum fieret eo ipſo tempore quo fiunt codicilli, ſed ex contrario, [quod verba ipſa præ ſe ferunt tam apertè vt non potuerit dici apertiùs] vt quæ in codicillis ſcribuntur, in teſtamento ipſo quod iam ante factum ſit ſcripta eſſe videantur, & conſequenter ad teſtamenti tempus ceferantur. Tractat enim hoc loco Iulianus de codicillis teſtamento confirmatis, & poſt teſtamentum factis, vt apparet ex iis exemplis quæ ſubiicit, de libertate directò data. Siquidem certi iuris eſt quod nos proximo capite probauimus, Nihil directis verbis relinqui poſſe in codicillis poſt teſtamentum factis ſi non ſint illi teſtamento confirmati. Porrò confirmatis codicillis dicimus tempus confirmationis inſpiciendum eſſe non quo facti ſunt codicilli, præterquàm in certis caſibus de quibus in *lege quadam 7. eodem titulo & aliis ſimilibus.* Confirmatio autem licet extra teſtamentum dummodo facto iam teſtamento fieri potuerit *l. conficiuntur. 8. §. ſi poſt factum. eod.* tamen vt plurimum fiebat in teſtamento: nec dubitandum eſt quin de iis codicillis Iulianus loquatur, qui in teſtamento ipſo confirmati ſint: Alioqui nulla ratio eſſet cur de teſtamenti tempore inſpiciendo tractaret, cùm certi iuris ſit confirmationis tempus ſpectandum eſſe *dict. leg. quadam.* Non igitur teſtamenti niſi quatenus in eo facta confirmatio ſit: Quamuis nulla etiam facta confirmatione, aut ea poſt teſtamentum facta non eo minùs codicilli vires accipiant ex teſtamento quòd ad hoc vt teſtamenti ius ſequantur, nec aliter valeãt, quàm ſi teſtamentum valeat & habeat effectum *l. 3. §. vlt. leg. ab inteſtato 16. in fin. eod. l. 1. C. eod.* Hoc ita conſtituto, videamus quid Iulianus inferat, *Ideóque*, inquit, *ſeruo qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuiſſet; codicillorum tempore alienus, non rectè libertas directa datur.* Inepta ſanè collectio, & proximæ concluſioni ex diametro contraria. Nam ſi ea omnia quæ in codicillis ſcribuntur perinde habentur acſi in teſtamento ſcripta eſſent, quidni obſecro directa libertas in codicillis rectè dabitur ei cui in teſtamento dari vtiliter potuiſſet? Is enim ſuperioris concluſionis totus effectus eſt. Atqui nemo dubitat quin ei ſeruo qui teſtamenti tẽpore ſeruus teſtatoris fuit, libertas directa teſtamẽto dari potuerit. Quid enim obſtaret poſt confirmatas lege duodecim tabularum teſtamentarias manumiſſiones, ſicut & ſupremas reliquas defunctorum voluntates? vt Vlpianus in *titulis* ſcribit. *tit. 1. §. vt teſtamento.* Nam quod poſteà ſeruus hic teſtamento liber eſſe iuſſus idem viuo teſtatore factus eſſet alienus, vtique nõ impediret libertatem, quæ teſtamento citè & rectè data fuiſſet, ſi modò mortis tempore in teſtatoris dominio reperiretur. Tritum enim eſt media tempora libertatibus non nocere quę nec aliis legatis nocerent, nec aliud quicquam requiri vt valeat libertas directò data, niſi vt ſeruus fuerit teſtatoris duobus illis temporibus teſtamenti & mortis *l. Seruus 35. iunct. l. ſi ſeruus 30. D. de manum. teſtam. §. libertas in fin. Inſtit. de ſing. reb. per fideic. relict.* Ergo in propoſita ſpecie fatendum eſt, Seruo qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuit, licèt codicillorum tempore fuerit alienus, libertatem directam rectè dari. Alioqui non teſtamenti & confirmationis tempus ſpectaretur, ſed codicillorum, quod disertè Iulianus negat. Hoc verò ſi ita eſt abundat certè negatio in illis verbis *non rectè libertas directa datur.* Illum enim caſum proculdubio Iulianus tractat quo ſeruus hic qui teſtamenti tempore fuit teſtatoris codicillorum tempore alienus, redierit in dominium viui teſtatoris, nimirum vt de directa libertate tractari queat, cui nec aliter locus eſſe poſſet, ſiue teſtamenti ſiue codicillorũ tempus inſpiceretur. Idque apparebit euidentius ſi iungas quod ſequitur apud Iulianum, *Et contrà, ſi cùm teſtamentum fiebat alienus eſſet, codicillorum tempore teſtatoris, intelligitur alieno ſeruo libertas data.* Hoc enim ex eodem illo manat principio, quod teſtamenti tempus inſpici debeat non codicillorum. Nam ſi codicillorum tempus ſpectaremus, aut ſi quomodo Accurſius interpretatur, libertas in codicillis data perinde haberetuc, acſi data eſſet in teſtamento facto eo ipſo tempore quo codicilli facti ſunt, non intelligeretuc libertas alieno ſeruo data,

ſed

ſed proprio, quandoquidem eo codicillorum tempore proprius fuit non alienus: & ideo valeret tanquam directa. Nam & hoc caſu ponendum eſt ſeruum hunc fuiſſe teſtatoris cùm moreretur: Alioqui parum referret an teſtamenti aut codicillorum tempore alienus fuiſſet necne: cùm æquè futurum eſſet vtroque caſu vt ei qui mortis tempore alienus reperiretur, directa libertas inutiliter teſtamento data videretur. Cùm verò hos caſus tanquam contrarios Iulianus opponat inuicem, prorſus conſequens eſt vt ſicuti alieno ſeruo directam libertatem inutiliter datam eſſe ait, quæ ei data eſt qui teſtamenti tempore alienus, codicillorum tempore teſtatoris fuit: ita ex contrario ſenſerit & ſcripſerit rectè libertatem directam dari ei qui teſtamenti tempore fuit teſtatoris, licèt codicillorum tempore fuerit alienus: vno igitur caſu directa libertas teſtamento data valet: alio caſu non valet. Nam cùm caſus iſti non modò diuerſi, ſed etiam contrarij & inuicem oppoſiti ſint, ex eadem tamen iuris regula & propoſitione æſtimandi, fieri nullo modo poteſt vt idem iuris in vtroque conſtituatur ſiue directam libertatem competere dicas ſiue neges, ſed neceſſe omnino eſt vt ſi primo caſu directa libertas non valet, ſecundo valeat: aut contrà ſi ſecundo caſu non valet, vt primo valeat. Cui conſequenter fatendum etiam eſt ineptiſſimè ſubiectam eſſe totam illam clauſulam ſequentem *& ideò licet directæ libertates deficiunt, attamen ad fideicommiſſarias eundum eſt.* His enim verbis innuitur, vtroque illo caſu de quo actum eſt, directam libertatem deficere: quod falſiſſimum eſt, vtroque tamen fideicommiſſariam deberi quod adhuc falſius eſt, & ineptius. Nam non quemadmodum data libertate ſeruo qui teſtamenti tempore fuit proprius, licet codicillorum tempore fuerit alienus, fideicommiſſaria libertas competere non poteſt, cùm directa competat [neque enim fieri poteſt vt concurrant ſicuti docuimus libr. 6. capit. 16.] Ita ex contrario dicendum eſt ſi ſeruus ille teſtamenti tempore fuerit alienus, codicillorum verò tempore, teſtatoris, fideicommiſſariam libertatem ob id deberi quòd directa competere non poſſit. Certum namque eſt libertatem ſeruo alieno verbis directis datam vſque adeò nullius eſſe momenti vt nec fideicommiſſi iure debeatur *l. ſi ſeruus legatus* 108. §. *ſi ſeruus alienus de legat.* 1. vbi eleganter Africanus ex Iuliano ſcribit, Si ſeruus alienus liber eſſe iuſſus & legatus ſit peti eum ex legato poſſe: *nam eum libertas*, inquit, *nullius momenti ſit, abſurdum eſſe per eam legatum infirmari quod alioquin valeret ſi ſolum datum fuiſſet.* Quæ ratio apertè falſa & ſtulta eſſet, ſi libertas directa ſeruo alieno malè data iure fideicommiſſi defenderetur. Id enim eſt quod dici ſolet in omnibus ferè cauſſis fideicommiſſarias libertates ex quo competere cœperunt pro directò datis habendas *l. Iulianus* 40. *D. de manum. teſtam. iunct. l. ſi idem* 14. *De leg.* 2. Nec eſt quod quis dicat in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt cùm directa libertas data eſt ſeruo qui teſtamenti tempore fuit quidem alienus, ſed poſteà & mortis tempore fuit teſtatoris, faciliùs capi poſſe fideicommiſſariæ libertatis interpretationem, quàm ſi de eo tractaremus, qui non modò teſtamenti ſed etiam mortis tempore alienus fuiſſet. Nam vt fideicommiſſaria libertas debeatur, non exigimus vt vel hoc vel illo tempore ſeruus fuerit teſtatoris, ſed etiamſi vtroque tempore atque adeò ſemper fuerit alienus, fideicommiſſariam tamen libertatem deberi admittimus, dummodo non ea teſtatoris volũtas fuerit vt directã libertatẽ daret. Tunc. n. non magis fieri poteſt vt directa flectatur in fideicommiſſariam, quãtuſcumque fauor ſit libertatis, quàm vt ſcriptura ab eo facta qui ſe teſtamentum condere exiſtimauit defendatur iure codicillorum *l. illud enim* 13. §. 1. *D. de iur. codicill.* Neque verò dubitandum eſt quin quod Africanus ſcribit in *d. §. l. ſi ſeruus alienus*, perinde locum habeat etiam ſi ſeruus ille teſtamenti tempore alienus, poſteà cœperit eſſe in dominio morientis teſtatoris: quo tamen caſu nihil eſt quod impediat ne ſtatim ex fideicommiſſo libertas præſtari poſſit *d. §. libertas Inſtit. de ſingul. reb. per fideicom. relict.* vbi addit Iuſtinianus quod ad rem noſtram maximè pertinet, nihil referre vtrum de ſuo proprio ſeruo teſtator roget, an de eo qui ipſius heredis, aut legatarij, aut etiam extranei ſit: quod & ſcriptum eſt in *l. Imperator* 12. §. 1. *D. de fideic. libert.* & apertiùs *in l. libertates* 16. *eod.* vbi tamen additur *ita tamen vt vulgaribus verbis & quibus euidenter voluntas teſtatoris exprimi poſſit*, vt intelligamus ſolum fauorem libertatis facere non poſſe vt ſi directis verbis data ſit valere debeat tanquam fideicommiſſaria. Precariis enim verbis opus eſt quæ Iuriſconſultus eo loco vulgaria appellat elegantiſſimè, ad differentiam directorum quæ ciuilia dicuntur, & imperatiua, propterea quod legũ propria ſũt, nec ita cuicũq; mẽti teſtatoris obuia, aut ad omnem voluntatis ſpeciem accommodata. Vnde illa etiam dubitatio apud Papinianum in *leg. rogo* 21. *eod. tit.* an his verbis *rogo ut Stichus alterius ſeruitutẽ experiatur* fideicommiſſaria libertas data videatur. Tantum abeſt vt directis verbis data libertas peti vnquam ex fideicommiſſo poſſit. Quare totum illum verſiculum *& ideò licet directæ libertates deficiunt, attamen ad fideicommiſſarias eundum eſt*, ſuppoſititiũ & irreptitium eſſe affirmo, quem & dictiones illæ *licet attamen*, faciunt etiam ineptiorem. Quaſi verò ſi directæ libertates competerent, dubitari minus poſſet an ad fideicommiſſarias eundum eſſet. Cùm ex contrario verum ſit quod diximus fideicommiſſarias libertates nunquam poſſe cum directis concurrere, id eſt eo caſu deberi quo competant directæ: niſi cùm teſtator ſeruo electionem dedit *l. ſi quis ſeruo* 56. *D. de manũ. teſtam.* Quare ſic potiùs ſcribendum erat *& ideo cùm directæ libertates deficiant ad fideicommiſſarias eundum eſt.* Videtur autem is verſiculus ab imperito interprete additus quem corrupta iam præcedentis clauſulæ lectio fefelliſſet, exiſtimãtem in neutra earũ ſpecierum quas Iulianus tractat directam libertatem competere quam tamen in priore ſpecie competere probauimus, id eſt cùm ei data eſt qui teſtamenti tempore fuit teſtatoris, codicillorum tempore alienus. Interpretẽ verò illud ſanè fefellit quod propoſitionis & regulæ à Iuliano conſtitutæ vim & ſententiam non intellexit. Putauit enim hoc quod dicimus, Quæcunque in codicillis ſcribuntur perinde haberi acſi teſtamento ſcripta eſſent, ita accipi debere vt perinde habeantur ac ſi teſtamentum eo tẽpore factum eſſet quo codicilli ſcripti ſunt, cùm planè in oppoſitum ſenſus ſit codicillos teſtamento confirmatos eo ipſo tempore factos intelligi quo teſtamentum factũ eſt. Alioqui dicendum eſſet in ſecunda ſpecie, id eſt, data libertate ei qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet, codicillorum tẽpore teſtatoris non videri libertatem alieno ſeruo datã, ſed proprio, ob idque & directam competere: quod tamen Iulianus negat & iuris ratio ipſa non patitur. Fuit quidem interpretatio illa etiam Accurſij, ſed videtur ille ad eam ex neceſſitate potiùs quàm ratione aliqua ductus inclinaſſe, cùm aliud nihil haberet quod adferre poſſet cur directa libertas non competeret ei data qui teſtamenti

Digitized by Google

tempore fuiſſet teſtatoris, codicillorum verò tempora alienus. Iohannes autem vetus ille gloſſator, & vt mihi videtur inter primos præcipuus, bene vidit ſubeſſe mendum, cùm mutari caſum ſcripſit, ſed quomodo emendandus locus eſſet, aut mutatio illa interpretanda non potuit aſſequi, certè non explicauit. Quid verò ſi omnes hos errores Triboniani inſcitiæ tribuamus? Nam & idem ille videtur mihi contra manifeſtam iuris rationem & Vlpiani mentem dediſſe fideicommiſſariam libertatem in ſpecie *l. generaliter* 24. *§. ſi quis ſeruo de fideicommiſſ. libert.* id eſt, cùm quis ſeruo ſuo pignorato directam libertatem dedit: quo caſu conſtat directam non competere: quia fieri non poteſt vt ipſo iure & citra hominis factum liber ſit is qui pignoris vinculo tenetur: fideicommiſſariam verò multo minus quia nec relicta eſt, ſed expreſſim directa: nec proinde dici poteſt eam teſtatoris voluntatem fuiſſe vt fideicommiſſaria deberetur: quamquam nec ſola mens teſtatoris tribuere ſolet fideicommiſſariam libertatem, ſed verbis quoque fideicommiſſi opus eſt *d. l. libertates* 16. *eod. titu.* ſicut ex contrario, non tantùm verba fideicommiſſi, ſed & mens teſtatoris neceſſaria eſt, vt idem Vlpianus ſcribit *in ead. l. generaliter §. ſed et ſi ita ſcripſit* 8. Et tamen Triboniano placet quaſi & fideicommiſſaria libertate relicta ſeruum petere poſſe vt ex fideicommiſſo liber fiat. Fauor enim, inquit, libertatis ſuadet vt interpretemur & ad libertatis petitionem procedere teſtamenti verba, quaſi ex fideicommiſſo fuerat liber eſſe iuſſus. Subiicit *nec enim ignotum eſt quod multa contra iuris rigorem pro libertate ſint conſtituta.* Quaſi in propoſita ſpecie fideicommiſſaria libertas inducatur contra iuris rigorem ſolum, non etiam præter voluntatem & contra verba teſtatoris. Quidni ergo ſimiliter admittimus fauore libertatis deberi fideicommiſſariam libertatem in ſpecie *l. Stichus* 39. *de manum. teſtam.* id eſt collata libertate in id tempus quo ſeruus alienus futurus eſt? Quidni etiam deberi ei, quem quia tutorem ſcripſerit, quod liberum eum eſſe putabat? Atqui neque libertatem peti poſſe, neq. tutelam libertatis præſtationi patrocinari apertè Vlpianus ſcribit in §. præcedente. Quidni rurſum fideicommiſſarias ſaltem libertates defendimus ex teſtamento, quod agnatione poſthumę ruptũ eſt? Atqui non magis fideicommiſſarias deberi quàm directas competere ait Vlpianus in §. proximè ſeq. *ſi quas*, inquit, *non à legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit*, ſcilicet ex fideicommiſſariis, directas enim à legitimis heredibus relinqui non poſſe conſtat, vt valeant iure directo *l. libertates* 43. *de manum. teſtam.* Cur ergo in ea ſpecie de qua medio loco Vlpianus tractat fideicommiſſariam libertatem, quæ nec relicta eſt, ſolo libertatis fauore non modò deficientibus ſed etiam repugnantibus verbis, & inuitâ iuriſprudentia inducemus? Taceo quod ipſe verborum contextus Tribonianum, ni fallor, prodit ſatis.

Emendatio & explicatio l. 4. D. de manumiſſ. teſtam.

CAP. XVII.

Eidem Triboniano adſcribo quod ex Pomponio ſcriptum legimus in *l. 4. §. vltim. De manumiſſ. teſtam.* Si quis ei cui libertatem teſtamento dedit ſic legauerit *eique ſi eum vindicta liberauero heres meus decem dato.* licet ex nimia ſubtilitate ſeparatum ſit legatum, attamen humanitatis intuitu valere debere ſi eum viuus teſtator manumiſerit. Neque enim dubito, quin eo caſu non valeat legatum tanquam ſeparatum non *à teſtamento* vt abſurdè imperitior quidam interpres addidit, ſed vt ſubintelligendum eſt *à libertate.* Nam cùm legari illis ſolis poſſit cum quibus teſtamenti factio eſt *§. legari* 24. *Inſtit. de legat.* ipſo ſcilicet teſtamenti tempore inſpecto *l. ſi ſerua* 1c1. *§. 1. de leg.* 1. ſeruus autem ex propria perſona teſtamenti factionem non habeat, apparet inutiliter ei legari niſi cum libertate, adeò vt nec legatum cum libertate coniunctim datum vllomodo debeatur, ſi non dies libertatis vtiliter cedat, quia cũ vtrumque ſimul datum eſt, vtriuſque eam diem ſimul cedere oportet *l. cùm filius* 76. *§. ſeruus purè de legat.* 2. At is qui libertate teſtamẽto data ſeruo proprio ſic legat *eique ſi eum vindicta liberauero heres meus decem dato* ſeparat legatum à libertate: Ab ea ſcilicet quam teſtamento dat. Libertatem enim confert in tempus non mortis ſuæ ſed aditæ hereditatis. Nam teſtamento liber eſſe iuſſus tùm fit liber cùm adita fuerit hereditas, & quidem ab eo gradu quo liber eſſe iuſſus eſt, *l. teſtamento* 23. *§. 1. leg.* 25. *de manum. teſtam.* Legatum verò quod dat ſub condicione quę nõ niſi viuo teſtatore poſſit exiſtere, id eſt purè [nihil enim refert ſi condicio impleatur qua non impleta nec de legatu quærendum eſt,] confert in tempus mortis. Nec quod eo tẽpore iam liber futurus eſt, ad rem facit. Non enim liber erit ex libertatis datione teſtamentaria, ſed quia manumiſſus vindicta. Proinde verum ſemper eſt datum fuiſſe legatum ſine teſtamẽtaria libertate, & quidem ei cui ſine libertate legatũ ſeparatim dari non potuit, cùm eo tempore teſtamẽti factionem, quòd ſeruus eſſet, non haberet. Quid enim ſi tùm teſtator deceſſiſſet? Vtique nemo diceret legatum valere cuius condicio viuo adhuc teſtatore defeciſſet, quia manumiſſio per vindictam fieri peragique non poteſt eo ipſo inſtanti quò quis moritur, *arg. l. vlt. De condic. inſtit.* Non igitur ob id magis valere debet quòd teſtator diutius vixerit, & ſeruum viuus manumiſerit. Non quidem propter regulam Catonianam quæ ſanè ad legata condicionalia non pertinet *l. cætera* 14. §. 1. *de legat.* 1. ſed quia ſublata cauſſa libertatis quæ ex teſtamento cõpetere amplius non poteſt poſtquàm à viuo teſtatore data eſt, ſolum ſupereſt legatum, & conſequenter à libertate ſeparatum, quod ex teſtamento deberi non poteſt ei cum quo teſtamẽti factio non fuit tùm cũ legabatur. Triboniano tamen placet veram illam prorſuſque neceſſariam iuris rationem nimiæ ſubtilitati potiùs tribuendam eſſe, *& humanitatis intuitu*, quomodo ſolet ille loqui, valere legatum ſi viuus teſtator ſeruum manumiſerit. Obſeruandum autem eſt quod Triboniani inſcitiam manifeſtiùs deregit, non aliter eum intuitu iſto humanitatis defendere legatum quàm ſi eodem teſtamento libertas fuerit ſeruo data. Sic enim ſcriptum reliquit *ſi libertate data ſic fuerit legatum.* Nec ſanè dubitandi cauſſa vlla eſſet quin legatum non valeret ſi eodem teſtamento libertas adſcripta non eſſet. Atqui conſtat nihil prodeſſe poſſe dationem illam libertatis, & vt Pauli verbis vtar in *l. Stichus* 39. *in fin. ead. titul.* nullum vtilem caſum habere, quod ſaltem ad legatum ipſum pertinet, quia ſine is ſeruus à viuo teſtatore vindicta manumiſſus erit, intercidet legatum libertatis, ſiue non erit vindicta manumiſſus, legati condicio deficiet. Itaque quemadmodum Africanus *in d. leg. ſi ſeruus legatus* 108. *§. ſi ſeruus alienus de leg.* 1. ſic argumentatur vt dicat abſurdum eſſe per libertatem infirmari legatum quod alioqui valeret ſi ſolum datum fuiſſet, Sic ego contraria ratiocinatione dico abſurdum eſſe confirmari legatum per libertatem quæ non poſſit valere & cõpetere, niſi eo caſu ſolo quo legatum propter defectam condicionem non debeatur. Lõgeque diſſimilis

eſt

Digitized by Google

eſt hic caſus iis de quibus in eadem lege Pōponius tractat & in quibus legatum valere defendit. Nam ſi quis ita ſcripſerit *Stichus liber eſto eiq; heres meus decem dato* nulla dubitatio eſt quin debeatur legatum etſi paterfamilias viuus Stichum manumiſerit. Etſi enim hoc caſu non niſi ſeparatim legatum præſtandum eſt, nimirum poſt mortem teſtatoris, non eo minùs tamen verum eſt coniunctim cum libertate datum fuiſſe legatum, quod ſufficit vt vtiliter relictum dici poſſit, quoniam aliquo caſu libertas ex eo teſtamento competere potuit, & cum libertate legatum. Sed etſi ſic teſtator ſcripſerit *Stichus liber eſto ſiue ſtatim ſiue poſt tempus, eique cùm liber erit heres meus decem dato* idem dicendum eſt vt valeat legatum etiāſi à viuo patrefamilias ſeruus manumiſſus ſit, quia & eadem ratio hîc locum habet. Nam ſiue ita ſcriptū ſit *Stichus ſtatim liber eſto*, ſiue ita *Stichus poſt bienniū heres eſto* (ſic .n. Pomponius explicandus eſt non vt verba illa *ſiue ſtatim ſiue poſt tempus* ſint verba teſtatoris & eiuſdem formulæ) nō de alio tempore ſenſiſſe teſtator intelligitur quàm quod poſt mortem ſuam futurum ſit: propter quam cauſſam & verba illa *poſtquam mortuus ero* addi ſolebāt ne qua dubitatio ſupereſſet *l. ſi ita fuerit. 41. eo. tit.* Ita fit vt in idem tempus & legatum & libertas cōferatur, nec legatum à libertate ſeparetur: propter addita verba illa *cùm liber erit*, quāuis ex poſt facto ea ſeparatio fiat, cùm ſeruus à viuo teſtatore manumittitur vindictâ. At cùm libertate teſtamento data teſtator ſic loquitur *eique ſi eum liberauero vindictâ, heres meus decem dato* fit ſeparatio libertatis & legati in ipſo teſtamento, data nimirum libertate in eum caſum quo legatum non debebitur, id eſt quo ſeruus à viuo teſtatore manumiſſus non erit, & viciſſim adſcripto legato in eū caſum quo libertas ex teſtamēto cōpetere nō poterit, id eſt ſub ea condicione, ſi ſeruus ab ipſo teſtatore vindictâ manumiſſus erit. Cur ergo aut quo iuris vel æquitatis colore admittamus legatum hoc valere? Aut quis humanitatis intuitus hîc occurrere poteſt? Quaſi verò inhumanum & impium futurum ſit ſi ſeruus libertatem repræſentatam à viuo teſtatore conſecutus, legatum quoque ſibi eodem teſtamento perperam relictum non conſequatur. Si de libertate ipſa tractaretur, memoria humanæ condicionis quæ homines omnes naturâ liberos eſſe vult, facere poſſet, vt humanitatis intuitu defendi nonnunquam libertas deberet quæ alioqui ſummo iure non valeret. Sed quod ad legatum pecuniarium attinet, non idē legatarij fauor eſt, eius præſertim qui pro modico illo pecuniario cōmodo libertatē à domino ſuo repræſentatā citiùs certiúſque ſit aſſecutus, cū poſſent multa incidere quæ facerent ne directa illa libertas competere vnquam poſſet ex teſtamento, forteſſis rupto, aut irrito facto, aut deſtituto. Neq; nouū eſt vt libertas vtiliter data ſit, legatū autem etiā cū libertate datū, inutiliter, aut vt vtroq; ab initio vtiliter relicto legatum nō debeatur, libertas tamen debeatur *l. ſi ita ſcriptū 16. D. eo. l. fideicōmiſſaria 23. §. etiam. D. de fideic. libert. l. rogo 21. eod. iunct. l. peto 69. § prædium de legat. 2.* Sed vt legatum pecuniarium fauorabilius ſit libertate, id eſt vt libertate & legato pecuniario ſimul datis valere poſſit legatum pecuniarium eo quoque caſu quo libertas ex illo teſtamento non competat, quod hîc contingeret, fieri nullomodo poteſt *d. l. Stichus ſeruus meus 39. D. de manum. teſt.* Sed & cùm humanitatis intuitu Tribonianus fauet libertatibus cōtra rectam iuris rationem, hactenus id facere ſolet vt ex directis faciat fideicommiſſarias, quemadmodū proximo capite docuimus ab eo factum eſſe *in l. 2. §. 1. De iur. codicill. in l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo de fideic. liber.* Qui ergo fieri poſſit vt verū ſit quod Triboniano placet, legatum hoc de quo diſputamus valere ſimpliciter, id eſt iure legati? Illud vero multò minùs dici poteſt, quod nec Tribonianus tentare auſus eſt, valere iure fideicommiſſi. Etſi enim fideicommiſſorum fauor ille eſt vt aliquando etiam ab initio inutiliter data faciliùs conualeſcant, non idem tamen in teſtamētis aut in legatis quæ non niſi in teſtamēto aut codicillis teſtamento confirmatis, verbiſq. directis relinqui poſſunt, admiſſum eſt *l. 1. §. 1. de legat. 3.* Quam ob cauſſam & in eam rem comparatus eſt vſus vulgaris illius clauſulæ codicillaris, quæ totum teſtamentum id eſt non modò legata in eo contenta, ſed ipſam quoq. inſtitutionem conuertat in fideicommiſſum ſi qua ratione contingat teſtamentum nō valere, aut rumpi aut irritum fieri *l. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. C. eod. d. l. generaliter §. ex teſtamento de fideic. libert.* In quo miror tam grauiter erraſſe Iacobum Cuiacium qui ſcripſit eam clauſulam hodie in omnium teſtamentis etiamſi non ſit expreſſa ſubintelligi tamen debere, quòd vt plurimùm ex cōſuetudine notariorum & teſtatorum addi ſoleat, quódq. dubitandum non ſit eandem teſtantium omnium eſſe volūtatem quæ & Lucij illius Titij fuit de quo *in l. Lucius 88. alias l. codicillis §. vlt. de lega. 2.* Nā & idem ubiici potuiſſet in ipſis quoq. veteris iuriſprudentiæ tēporib. cùm ſi Vlp. credimus *in l. 3. de teſt. milit.* iā tùm ſolerent pleriq. cùm teſtamenta per ſcripturā faciebant adiicere, Velle ſe eam ſcripturā etiam vice codicillorum valere: neq. verò dubitari oportet quoties ea clauſula in teſtamentis adiicitur quin ex teſtātis voluntate, potiùs quàm ex notariorum ſtilo & conſuetudine adiecta intelligatur. Cæterum in propoſita ſpecie legatum quod nos iure legati valere negam᷒, nec fideicōmiſſi iure defendi poſſe ex eo cōſtat, quòd nō magis per fideicōmiſſum quàm per legatū quicquā relinqui poteſt ei cū quo teſtamēti factio non eſt. Itē quòd etiamſi adiecta eſſet clauſula codicillaris, nullus tamen illius effectus eſſet ad conuertendum legatum in fideicommiſſum, quandiu teſtamentum proprijs viribus ſubſiſteret. Habet enim condicionem illam ſiue expreſſam ſiue tacitam ſi ex teſtamēto non ſuccedatur.

Emendatio l. vxorem 29. D. eo. tit. De manum. teſt. & l. quidam 25. §. ſi quis filium ad SC. Treb. & explicatio l. cùm ex falſis 47. D. de manum. teſtam.

CAP. XVIII.

SVperiora cogūt me vt moneā, videri etiam mihi corruptum ab eodem Triboniano reſponſum Scæuolæ quod extat *in l. vxorem 29. eo. tit. De manum. teſtam.* Vxorem prægnantem vir repudiauerat, & aliam duxerat, Prior enixa filium expoſuit, Hic ſublatus ab alio educatus eſt nomine patris vocitatus, Vſque ad vitæ tempus patris tam ab eo quàm à matre an viuorum numero eſſet ignorabatur. Mortuo patre teſtamentóq. eius quo filius hic neq. exheredatus neq; inſtitutus ſit recitato, filius & à matre & ab auia paterna agnitus hereditatē patris ab inteſtato quaſi legitimus poſſidet: Quæſitum eſt, inquit Scæuola, hi qui teſtamento libertatem acceperunt vtrum liberi an ſerui ſint. Reſpondit Scæuola *filium nihil præiudicij paſſum fuiſſe ſi pater eum ignorauit, & ideo cùm in poteſtate & ignorantia patris eſſet teſtamentum non*

valere. Quod ſi ita eſt vt eſt, cōſequens ſit nec libertates eo teſtamento datas valere. Nam certi iuris eſt quoties teſtamentum non valer nihil omnino valere eorum omnium quæ teſtamento contineantur, ac ne fideicōmiſſa quidem tametſi ab inteſtato quoque vtiliter relinqui potuiſſent *d.l.1.§.1.de legat.3.l. illud enim 13.§.tractari D.de iur.codicill.* Tantumq; abeſt vt hac parte ſeparandę ſint libertates à cęteris rebus vt etiamſi ab initio teſtamentum valuerit, eo tamen poſteà rupto libertates intercidant, nec directę tantùm ſed etiam fideicommiſſarię *d.l.generaliter 24.§.ex teſtamento l.ſi pater 47.in princ. de fideic.libertat.* Quanto minùs igitur valebunt directę ſi teſtamentum ab initio nullum, & iniuſtum fuit? Et tamē Tribonianus ille noſter perpetuus ęquitatis ſuę arbiter, & egregius libertatum fautor adiecit ad Scęuolam ſubtiliter & eleganter ſi Diis placet *ſerui autem manumiſſi ſi per quinquennium in libertate morati ſunt, ſemel datam libertatem infirmari contrarium ſtudium fauore libertatis eſt.* Quis enim vnquam ſibi perſuadeat ſic locutum Scęuolam fuiſſe? tam multis ſcilicet verbis, támq; perplexis, nec ferè grammaticam vllā interpretationem cōmodè admittentibus? Aut quis neſcit perpetuum Scæuolæ morem hunc eſſe vt de iure tantum ad ea quæ ex facto proponuntur reſpōdeat, non etiam vt in facto ipſo aliquid vnquam ſuppleat? Cur ergo de ſeruis per quinquēnium in libertate moratis tractaret, cum nihil tale ex facto proponeretur? E contrario enim verba conſultationis prę ſe ferebant quęſtionem illam de ſeruorum ſtatu non ita multo poſt teſtamēti recitationem inci-diſſe: ac proinde intermedium tempus quinquennij eſſe non potuiſſe. Sed & ratio illa Triboniani, quòd libertatem ſemel datā infirmari non oporteat prorſus inepta eſt. Neq; enim libertatem datam eſſe ſufficit vt infirmari numquam poſſit ſed ritè & rectè datam eſſe oportet, quod non euenit, cùm teſtamentum ab initio ipſo non valet. At neq; vtiliter datam eſſe ſatis eſt niſi teſtamenti validitas duret *d.§.ex teſtamento l.24.& d.l.47.de fideic.libert.* Rurſus nec illud ſatis eſt teſtamentum ab initio valuiſſe nec poſteà ruptum aut irritum factum fuiſſe, niſi addas ex eo competere libertatem. Ad eas namq; demum libertates quæ iam competunt, illud pertinet quod dici ſolet reuocari eas non poſſe *l. Imperatores 52. de manum.teſtam.* Porrò directę libertates ex teſtamento quantumcunq; vtili numquam competunt priuſquam adita ex eo ſit hereditas, niſi herede aliquo neceſſario exiſtente *l. teſtamento 23. §.1.l.25. l.ſciendum 32.eod.tit.* Atqui in ea ſpecie de qua tractamus, non proponebatur hereditas adita ab inſtituto, ſed potius non adita cùm ſtatim mortuo patre teſtamentóq; eius recitato filius tanquam legitimus hereditatem patris ab inteſtato poſſidere cœpiſſet. Quomodo igitur fieri poteſt vt per quinquennium morati ſint in libertate ſerui de quorū ſtatu dubitatur? Sed & cum adiri hereditas ex nullo & iniuſto teſtamento non poſſit, eáq; aditio nullius planè ſit momēti (prius enim eſt vt hereditas deferatur per legē, quàm vt per aditionē acquiratur *l.delata 151.iuncť.l.lege obuenire 130.de verb.ſignif.*) planè nō video quo iure poſſit libertas competere, etiam ſecuta aditione ex nullo & iniuſto teſtamento. Nam ſi quis dicat potuiſſe ex huiuſmodi teſtamento adiri hereditatem bona fide priuſquàm ſciretur, an filius aliquis teſtatoris in rerum natura eſſet cuius præteritione iniuſtū videri poſſet, dicam repugnare Scæuolam, cùm ait nihil præiudicij paſſum filium ſi pater eum ignorauit. Si enim nec patris ignorantia quātumlibet probabilis filio nocet, multo minùs nocebit ignorantia heredis, *l. ſi is ad quem 22.in fin. D. de acquir.hered.* quę tamen noceret ſi ex ea cauſa libertates teſtamētarias faciliùs competere admitteremus: nec rurſum fieri queat vt ex ea ignoratione magis ſuſtineatur teſtamentum quàm ſi filius ipſe poſt teſtamentum defunctus eſſet: quo tamen caſu perinde verum eſſet teſtamentum nō valere neq; ex eo hereditatem adiri poſſe *l.ſi filius 7.D.qui teſtam facer.poſſ.* Illud etiā obſeruari volo non de eo interrogatum Scęuolam fuiſſe an datæ libertates reuocandæ eſſent, ſed an cōpeterent, id eſt an ſerui quos pater liberos eſſe iuſſiſſet liberi eſſent an ſerui. Eleganter vero Scęuola & conciſè more ſuo ſic reſpondet ad propoſitam quæſtionem vt quamuis nihil exprimat de libertatibus, facilè tamen ſit intelligere quid ille reſponſum velit, libertatea ſcilicet non competere filio pręterito ius ſuum exequente, cùm teſtamentum non valeat. Nam etſi filius præteritus iudicia patris turbare nollet, tamen ſicuti non ideo minùs teſtamentum iniuſtum eſſet, ita nec eo magis valerent aut competerent ab inteſtato libertates quæ à legitimis ſucceſſoribus non eſſent repertæ, niſi vno illo caſu quem Papinianus tractat *in l.filio præterito 17. De iniuſt. rupt. & irrit.fact.teſt.* id eſt iis ipſis qui teſtamento heredes ſcripti ſunt totam hereditatem ab inteſtato poſſidentibus: vt nos pluribus explicauimus li.9.ca.14. Error Triboniani ille primus fuit quòd Scæuolæ verba ſic accepit acſi de iure tantùm teſtamenti, non etiam de libertatibus de quibus tamen cōſultus fuerat quicquam reſpondiſſet, non attendens ad morem Scæuolæ cui familiare eſt ſic reſpondere vt in *l.Titia 13.de inoff.teſt.l.generali 32.§.1.De vſufr.legat.* Adiecit verò dictionem illam *quidem* in iis verbis *filium nihil præiudicij paſſum fuiſſe* vt totam eam clauſulam *ſerui autem manumiſſi &c.* quam nos expungimus cōtexere ſuperioribus poſſet. Feſellit etiam fortaſſe Tribonianum, quod vidit, aliis etiam nonnullis caſibus, quos ille ſimiles putabat, ita conſtitutum eſſe vt libertates etiam indebitæ puta ex falſis codicillis aut ex falſo teſtamento ſi præſtitæ ſint durent, neque ex poſtfacto reuocentur *l. cùm ex falſis 47. in princ. & §.1.eo.tit.* præſertim ſi diu quis ſteterit in libertate, *l. ſi eum fideicommiſſa 16.§. Ariſto. D. qui & à quib. manumiſſ.* Sed cogitare debuit valde diſſimiles eſſe illos caſus, in quibus ſcilicet agitur de libertatibus non ſolùm teſtamento datis, ſed etiam præſtitis, & quidem ab herede, cui proinde præſtandi ius fuit. Sic enim Papinianus ſcribit in d.l. cùm ex falſis, *cùm ex falſis codicillis per errorem libertas licet non debita præſtita tamen ab herede fuiſſet, viginti ſolidos à ſingulis hominibus inferendos eſſe heredi Princeps conſtituit.* Plus enim eſt præſtitā eſſe libertatem ab herede licet indebitam, vt reuocari non poſſit, quàm à teſtatore in teſtamento nullo & inutili datam eſſe. Non enim datio illa facit liberum ſed poteſtas legis 12.tabul. confirmantis libertatem teſtamento datam, quę poteſtas in confirmando teſtamento nullo & iniuſto nulla eſt. Sed & obſeruandum eſt in ea quoque ſpecie principis conſtitutione opus fuiſſe non minùs vt libertatis præſtatio indebitè & per errorem facta confirmaretur, quàm vt viginti ſolidi à ſingulis hominibus inferrentur. Vtrumque enim eadem conſtitutione factum fuiſſe certum eſt, *l. pen.§.1. D. de iur.patron.l.2.C.de fideic.libert.* Subiicit Papinian. *Sed etſi condicionis implendæ cauſſa ſeruum inſtitutum manumiſerit, ac poſteà filius de inofficioſo agendo obtinuerit, conſequens erit idem in hac ſpecie fieri quod in falſis codicillis conſtitutum eſt.* Nimirum quia etiāſi

reſciſſo

reſciſſo per querelam ioofficioſi teſtamēto apparet heredem nō eſſe eum qui libertatem præſtitit, quoniam redit res ad cauſſam inteſtati, verum tamen eſt fuiſſe illum heredem eo tempore quo libertatem dedit, & conſequenter præſtitam ab eo libertatem qui eius præſtandæ ius habuit, cùm nec de inofficioſo teſtamento agi potuerit ante aditam hereditatē, nec adiri hereditas ab eo, qui condicionis implendæ cauſſa ſeruum manumittere debuit, niſi condicione impleta. Ptoinde mirum non eſt eſſe libertatem nō infirmari quæ ſemel credita meritò eſt vtiliter data eſſe, licet neq. directa fuerit neq. fideicommiſſaria, & ex poſt facto appareat indebitam fuiſſe. Sed in cæteris libertatibus eodem teſtamento datis & ab eodem herede præſtandis, aut poſt inſtitutam querelam vel præparatam ſiue ex fideicommiſſo ſiue vltrò, præſtitis non idem erit, quia reſciſſo per querelam teſtamento conſtat libertates intercidere ſicut & cætera legata, & quidem ipſo iure *l. Papinianus* 8. *§. penult. l. qui repudiantis* 17. *in fin. d. l. cum mater* 28. *de inoff. teſtam.* Vnus tamen caſus excipiendus eſt ex Hadriani & Antonini Pij conſtitutionibus, ſi poſt quinquennium teſtamentum cœptum ſit inofficioſum dici ex magna & iuſta cauſſa. Nam cùm querela inofficioſi teſtamenti quinquennio finiatur eóq. tempore elapſo dici poſſit confirmatas eſſe libertates quarum ius irreuocabile in id vſq; tempus quodammodo pependerat, fauor libertatis non patitur, vt etiamſi iuſta aliqua cauſſa ſit propter quam filio poſt quinquennium ſuccurri oporteat, quod non facile admittendum eſt, libertates tamen quæ ſemel competierunt, reuocentur *d. l. Papinianus §. vlt.* Intra quinquennium agente filio, & poſteà quandocunque obtinente libertates non competunt, nec vnquam competiiſſe intelliguntur vt Modeſtinus ſubiicit *in l. ſi autem* 9. *eod.* Itaque ea ſpecies quam Papinianus tractat in *d. l. cum ex falſis*, valde ſingularis eſt, quod probant verba illa *idem in hac ſpecie fieri*. Illud verò animaduerſione dignum eſt quod Papin. vt libertatem etiam ex inofficioſo teſtamento implendæ condicionis cauſſa datam tueatur, non inducit reſcriptum Hadriani ex ea parte qua proſpexit libertatibus inofficioſo teſtamenro relictis, ſed ex illa potiùs qua cauit de libertatibus præſtitis ex codicillis falſis, nempe quòd ex priore illa parte nō confirmatur libertates niſi quæ aut directis aut precariis verbis relictæ ſunt, & ita demum ſi non niſi poſt quinquennium ab adita hereditate cœptum ſit agi de inofficioſo. Quæ autem condicionis implendæ cauſſa capitur libertas ea neque directa eſt neque fideicommiſſaria, ſed mortis cauſſa potiùs quàm teſtamenti iure capi intelligitur, *l. Manius* 55. *de condic. & demonſtrat.* Itaque hæc ſpecies libertatis cùm nullomodo relicta ſit à teſtatore. i. nec directis verbis nec precariis, ſi ab herede præſtetur ei potiùs comparanda eſt quæ præſtatur ex falſis codicillis. Nam nec illa vllomodo relicta eſt. Sed & cùm fideicommiſſas libertates ex inofficioſo teſtamento intra quinquenniū & antè præparatā querelam præſtitas defendimus, *dict. l. ſi autem*, videtur id fieri ex poſteriore potiùs quàm ex priore reſcripti parte, Et ea ratione quòd libertas fideicōmiſſaria in teſtamento inofficioſo relicta nō magis indebita videri poſſit, quàm quæ ex falſis codicillis præſtita eſt, cùm & perinde præſtita ſit ab eo, qui tùm verus heres fuit. Cæterùm, ſi neque directò neque per fideicommiſſum, neque condicionis implēdæ cauſſa libertas data ſit, ſed ab herede vltro quaſi proprio ſeruo præſtita nullomodo confirmabitur, teſtamento quandocunque inofficioſo pronunciato. Id enim eſt quod Papinianus innuit illis verbis *in hac ſpecie*. Ex quibus etiam apparet, quod ibidem ait, idem iuris eſſe ſi teſtamētum falſum fuerit pronunciatum, nō tam generaliter accipiendum eſſe vt competant libertates datæ teſtamento quod ex poſt facto falſum fuiſſe apparuit, aut vt reuocari non poſſint eæ quæ à falſo herede præſtitæ ſunt ſiue ex fideicommiſſo ſiue etiam ex ſpontanea ipſius volūtate, ſed ad hanc ipſam ſpeciem coarctandam in qua heres inſtitutus condicionis implendæ gratiá ſeruū manumiſerit. Finge teſtamentum ita falſum dici vt heres ipſe accuſetur, qui certus ſit ſe falſum non feciſſe. Poſtmodum verò de falſo conſtitiſſe, ſed ab alio quàm ab hetede id crimen admiſſum fuiſſe. Noo potuit accuſatio impedire quominus etiam pendente falſi quæſtione heres ſcriptus hereditatem ex teſtamento adiret, *l. cum falſum* 46. *de acquir. hered.* porrò adire niſi impleta condicione non potuit. Nihil ergo tunc obſtitit quominùs ſeruo recte libertatem daret. Et conſequenter quod teſtamentum poſteà falſum apparuit, facere non debet vt reuocetur libertas quæ ſemel data eſt vtiliter. Aliud ergo Papinianus reſpondiſſet in libertatibus ſiue directis ſiue precariis eo teſtamento adſcriptis quod poſtmodum falſum eſſe conſtitiſſet: quia verum eſt nec datas eſſe. Dices ſi teſtamentum falſum eſt, nec illud quoque verum eſſe vt condicionis implendæ gratia ſeruum manumittere heres debuerit. Ac ſanè ita eſt, ob ídque nec pro huiuſmodi libertate reſpondere Papinianus potuiſſet ſi conſtitutio nulla præceſſiſſet. Sed cùm Principis conſtitutione inductum eſſet vt etiam ex falſis codicillis præſtita per errorem libertas reuocari non poſſet, idem ille per interpretationem admittēdum putauit illo etiā caſu quo teſtamentum falſum pronunciatum eſſet, poſt præſtitam ab herede condicionis implendæ cauſſa libertatem: An quòd hæc libertatis ſpecies in eo fauorabilior ſit cæteris eo teſtamento adſcriptis, quòd cùm illæ nec à teſtatore ipſo datæ ſint, hæc tamen ab ipſo ſaltem herede vltro data, & facto ipſo præſtita eſt? Minimè. Alloqui etiam cæteræ libertates valebunt quas heres ipſe ſiue ante ſiue poſt propoſitam aut præparatam falſi accuſationem præſtiterit, quaſi ex fideicommiſſo non implendæ condicionis cauſſa. Sed, quia hanc ſolam non etiam cæteras præſtari neceſſe fuit vt adiri hereditas poſſet quæ eo tempore nihil obſtante falſi accuſatione adiri iure potuit. Sed & finge falſi accuſationem ſuperueniſſe adita iam hereditate. Nemo dixerit ſuperuenientem dubitationem de iure & viribus teſtamenti irritam facere poſſe aditionem iam ante factam licet faciendam impediter *dict. l. cum falſum*. Atqui non potuit aditio illa vt diximus fieri, niſi prius impleta condicione. Igitur libertatem illam quaſi ex neceſſitate eo tempore præſtitam ſaluam manere æquum eſt. Non eadem diſtinctio adhibetur cùm de iis libertatibus quæ ex falſis codicillis qui tùm veri credebantur, præſtitæ fuerunt: omnes enim tam fideicommiſſariæ quàm quæ condicionis implendæ cauſſa præſtitæ ſunt [directæ enim non poſſunt competere ex codicillis falſis, non magis quàm ex veris teſtamento non confirmatis] defenduntur ex Hadriani reſcripto, viginti duntaxat aureis in ſingulos homines heredi ſoluendis quaſi pro iuſta cuiuſque æſtimatione *dict. leg. penultim. §. 1. de iur. patron. leg.* 2. *Cod. de fideic. libert.* nec eæ duntaxat quæ ab herede ipſo præſtitæ ſunt, ſed & quę à legatario *dicta lege ſecunda*. Alio-

qui cur Hadrianus de codicillis locutus fuiſſet ſi de teſtamento falſo idem quoque conſtitutum voluiſſet? Præſertim cùm de inoffici oſo quoque teſtamẽto tractaret, eadem vt probabile eſt conſtitutione licet capite ſeparato. Ideo fortaſſe quòd non ſicut ex falſo teſtamento ita & ex falſis codicillis perſona veri heredis mutetur, nec proinde tam iniquum aut difficile ſit nocere ſibi verum heredem qui ipſe manumittat, aut legatario tradat hominem manumittendum quàm iniquum illud eſſet falſi heredis factum nocere vero heredi, cuius nullum interceſſiſſet. Qua ratione dicerem audacter, ſi in teſtamento quod falſum eſſe apparuit is heres inſtitutus eſſet ſolus, qui ab inteſtato quoque totam hereditatem ſolus habere deberet, omnes perinde libertates ſaluas fore quas ipſe ex falſo teſtamento quaſi fideicommiſſarias præſtitiſſet, non ſecus acſi in falſis codicillis à vero herede relictæ eſſent, quia vi ipſa & in effectu non magis hoc quàm illo caſu intereſſet veri heredis, cuius factum etiam interceſſiſſet vtroque caſu. At in iis libertatibus quæ non ab herede præſtantur ſed tantùm à teſtatore directis verbis dantur, nullo caſu receptum eſt aut reſcriptum vt valere debeant & competant ex teſtamento quod aut ab initio nullum aut inofficioſum, aut falſum fuiſſe ex poſtfacto apparuit. Planè in fideicommiſſariis aliud admittimus ſi præſtitæ ſint ab herede bona fide, non quidem ex falſo teſtamento vt iam dictum eſt, ſed ex eo quod inofficioſum pronunciatum ſit. *d. l. ſi autem 9.* Nam à falſo herede præſtitas libertates illud omnimodo impedit quod neq; voluntatem teſtatoris habent, neq; factum veri domini cuius eſt eas præſtare. Quæ autẽ pręſtitæ ſũt ab herede poſteà victo in lite inofficioſi teſtamẽti licet defuncti volũtatem habere nõ credantur, nec ſi adiecta ſit clauſula codicillaris, (quia per querelam reſcinduntur defuncti iudicia tanquã dementis & inſani, conſtat autem inſanum & demẽtem hominem non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento fideicommiſſa dare poſſe. *d. l. Titia 13. de inoff. teſt. l. nec fideicommiſſa 36. de lega. 3.*) habent tamẽ factum eius qui tùm verus heres fuit, factũ autẽ pro infecto haberi non poteſt, etſi non poſſet ea res ſufficere ad confirmandas quaſlibet libertates ab herede præſtitas, ſed ad eas tantum quæ fideicommiſſæ fuerunt. Sunt enim fauorabiliores hoc ipſo quod precariam teſtatoris voluntatem ab initio, & eo tempore quo præſtitæ ſunt, habuerunt. Ex quo apparet quod ſcriptum eſt ex Modeſtino & Paulo in *dict. leg. ſi autem* mota intra quinquennium inofficioſi teſtamenti querela præſtandas eſſe fideicommiſſas libertates, [nam de iis quas heres vltro præſtiterit, id eſt citra cauſſam fideicommiſſi, nec dubitatio vlla eſt quin rupto per querelam teſtamento reuocentur, extra caſum *d. l. cùm ex falſis.* i. niſi cùm præſtitæ ſunt implendæ conditionis cauſſa] non ita accipi debere, vt ſi vel poſt motã querelam vel poſt victoriam petantur, præſtari debeant ſiue ab herede ſcripto, ſiue à victore, Sed ſic potiùs, vt quæ antè propoſitã inofficioſi accuſationem præſtitæ ſunt ab herede ſcripto, eas victor ratas & pro benè pręſtitis habere debeat, licet egerit intra quinquenniũ. Ratione illa quam ſuprà attulimus, quod præſtitæ ſint ab eo qui tùm verus heres fuit, & manumittendi ius habuit, hancque interpretationem probant ſequentia illa *ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu à ſingulis præſtandis.* Hadriani namq; reſcriptum de ſoluendis in ſingulos homines viginti aureis, tam ex eo capite quo cautum eſt de falſis codicillis, quàm ex alio quo de libertatibus inofficioſo teſtamento datis prouiſum fuit, non ad pręſtandas, ſed ad pręſtitas aut ipſo iure competentes libertates pertinet vt non reuocentur. In quo mirum videri poſſit fauorabiliores aut potentiores eſſe libertates fideicommiſſarias quàm directas. Directæ ſiquidem rupto intra quinquennium teſtamento nunquam competiiſſe intelliguntur. Nẽpe quòd querela inofficioſi teſtamenti, quæ iuris auxilium publicum eſt, faciliùs euertat directas libertates quæ non niſi iure nituntur, quàm fideicommiſſarias quæ non tantùm iuris ſunt, ſed et facti, in quibus ſcilicet præſtandis factum veri heredis interuenit. Itaq; directas competere dicimus nõ præſtari, fideicommiſſarias verò præſtari non competere, *d. l. Papinianus ſ. vlt.* Directæ nunquam reuocãtur, quia quo caſu reuocationi locus eſſe poſſet in fideicommiſſariis, directæ nec competiiſſe exiſtimantur. Fideicommiſſariæ verò ſi Hadriani reſcriptum deeſſet, proculdubio reuocarentur. Difficilius autem eſt, vt libertas reuocetur, quàm vt non competere dicatur. Atqui Scæuola in ea lege quã emendamus nõ tractat de fideicommiſſariis libertatibus, ſed de directis in teſtamẽto nullo & iniuſto datis, ex quo neq. adita hereditas ſit neque adiri vnquam potuerit. Non ergo mirum Triboniano videri debuit eas infirmari, vt ipſe loquitur, quæ nec competierũt vnquam nec præſtitæ ſunt. Neque fuit cur conditionem illam adderet, *Si per quinquẽnium in libertate morati ſint*, motus, vt credibile eſt exemplo conſtitutionis illius Hadriani de qua *in d. ſ. vlt. l. Papinianus.* Nam quod in ea ſpecie conſeruantur poſt quinquennium libertates, non ſit propter ſolum lapſum temporis, ſed quia tempus illud inſtituendę querelę inofficioſi teſtamenti pręſtitutum eſt, quo elapſo cũ nullus iam ſubſit metus rumpendi teſtamenti ſi ordinario iure agatur, confirmantur ſine dubio libertates etiam directæ: Tanto magis quod nec quinquenniũ illud currere incipit niſi à die hereditatis aditæ, quo demum tempore dies libertatum directarũ cedit, ſi nihil ſit quod facere aliquando poſſit ne videatur tum ceſſiſſe, quomodo contingit quoties teſtamentum in eo eſt vt per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi quandoque poſſit. Itaq; ſi ponas inſtitutam querelam intra quinquenniũ tractumq; per aliquot annos iudicium, inſciis quoq; & abſentibus fortaſſe iis qui directas libertates acceperunt, victo tandem herede non ob id magis directæ libertates cõpetent quod ſerui illi per ſeptennium aut etiam ſi voles decennium integrum à die aditionis numerandum bona fide morati ſint in libertate, quia non poteſt aut debet bona illa fides nocere filio qui intra conſtitutum tempus egit, & cui neque negligentia, neque aliud quicquam imputari poſſit. Quanto minùs igitur competent libertates poſt quinquennium, quæ nunquam aditione confirmatæ ſunt aut cõfirmari potuerunt? Aut quomodo potuit Scęuola reſcriptum illud Hadriani ad caſum tam diſſimilem extẽdere? aut citra reſcripti autoritatem nouum ius tam audacter inducere, confirmandiſq; libertatibus de quibus quęrebatur quinquennij potiùs quàm biennij aut decennij tempus pręſcribere? Aut denique ſi reſcripto Hadriani in hac ſpecie locum eſſe putauit, cur non ſubiecit ſaltem in ſingulas libertates viginti aureos victori præſtandos eſſe? Neque rurſus ſimile eſt quod Ariſto reſpõdit, A debitore fiſci qui ſoluendo non erat manumiſſum ita reuocari in ſeruitutem debere ſi non diu in libertate fuiſſet, id eſt non minùs decennio *d. l. ſi cũ fideicommiſſa 16. ſ. Ariſto. D. qui & à quib. manumiſſ.* Nam præter id quod

locus

locus ille tractat de libertate præſtita non de directa quæ teſtamento tantùm data ſit, apparet etiam libertatẽ illã prę̃ſtitã eſſe à vero domioo, ob idq; nõ niſi per reuocationem infirmari poſſe, nec eo minus tamen requiri vt per decennium integrum manumiſſus ſteterit in libertate ad hoc vt reuocatio impediatur. Quis ergo admittat quinquennium poſſe ſufficere ei cui nunquam libertas competierit nec competere ex teſtamento nullo potuerit? Poſtremò nec ſimile illud eſt quod Iulianus ſcripſit in *l. quidã 25.§.ſi quis filium. D. ad S.C. Trebel.* ſi quis filiũ ſuum ex aſſe heredẽ inſtituit, & codicillis quos poſt mortem filij aperiri iuſſit, fidei eius commiſit, vt ſi ſine liberis decederet, hereditatem ſuam ſorori ſuæ reſtitueret, & filius ſciens quod in codicillis ſcriptum erat, Stichum ſeruum hereditarium teſtamento ſuo liberum eſſe iuſſit, libertatem cõſeruari nec niſi ſerui precium à filij heredibus præſtari debere. Ibi enim libertas quidem directa teſtamento datur, ſed teſtamento iuſto, & à vero domino heredem habente ex eo ipſo teſtamento, Proinde mirũ non eſt ſi libertas competat, neque reuocari poſſit prætextu fideicommiſſi. Nemo enim ob id ſolùm deſinit heres eſſe & domious quod de hereditate alteri reſtituenda rogatus ſit, ne quidem poſt factam reſtitutionem, multo minùs ante reſtitutionẽ. Quare & aliud reſpondendum putarem ſi quis à milite quoad viueret inſtitutus ſeruum in militis hereditate repertum teſtamento manumiſiſſet. Nam cùm miles ex priuilegio poſſi: heredem habere ad tempus *l. miles ita 41. de teſtam. milit.* ideóque ius ipſum heredis & domini hoc caſu penitus deficiat eo ipſo inſtanti qoo heres ita ſcriptus moritur, conſequens eſt vt alieoum ſeruum manumiſerit, qui hereditarium teſtamento maoumiſit, quandoquidem huiuſmodi manumiſſionum, vt & aliorum omniom quæ ex teſtameoto pendent effectus in id tempus confertur quo teſtator erit mortuus, & cõſequenter oihil cauſſæ eſt cur libertas ſeruetur quæ non competit, nemo enim alienum ſeruum quamuis vt proprium manumittat, ad libertatẽ perducere poteſt. *l. ſi non proprietatem 4. C. de his qui à non domin. manum. ſunt.* Quanquam ſi dicere liceat quod ſentio, vix puto ex iuris ratione defendi poſſe vt directa libertas cõpetat ex teſtamẽto ei' qui à pagano quoq; rogatus ſit de ſeruo illo cum tota hereditate reſtituendo. Nam vt directa libertas competat non ſufficit vt ab eo data ſit qui dominus reuera fuit, ſed illud etiam requiritur vt dominus fuerit ille pleno Iure. Vnde illud eſt quod ſeruo pignorato directa libertas dari non poteſt *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo. de fideic. libert.* Atqui ſeruus fideicommiſſarius plus quàm pignoratus eſt, nec pleno iure heredis grauati eſſe dici poteſt ne quidem ante reſtitutionem, cùm ſit omnimodo reſtituendus, nec in poteſtate ipſius eſſe debeat vt pro ſeruo precium præſtet, non magis quàm vt fideicommiſſarium cogere poſſit ad vendendum. Taceo quod ex Iuſtiniani conſtitutionibus bona omnia fideicommiſſo obnoxia hoc ipſo cenſentur tacitè fideicommiſſario deuincta & obligata ſi malit ille hypothecariam exercere quàm rei directam vindicationem. Quomodo igitur fieri poteſt vt directa ei libertas detur? Et ſanè ablatiui illi abſoluti *libertate fauore ſui ſeruata* Tribonianum redolent apertiſſimè non Iulianum. Illa autem Iuliani ratio *ne factum cuiuſquam alteri damnum adferat* ex contrario probat rectiſſimè, nõ modò nihil intereſſe an ſcieos codicillos an ignorans rogatus heres libertatem dederit, vt hoc magis quàm illo caſu fideicommiſſum intercidat, ſed etiam non debere cogi fideicommiſſarium vt pro ſeruo qui in fideicommiſſo eſt, precium ſerui accipiat. Alioqui damnum proculdubio ſentiret ex facto heredis, cùm eius poſſit intereſſe quàm maximè ſeruum potiùs habere propter commoda penè innumera quæ per ſeruos dominis acquiruntur. Planè fatendum eſt hactenus intereſſe an fideicommiſſum heres ſciuerit, an ignorauerit, quod ſi ignorauit admittimus libertatem defendi propter iuſtam ignorantiam tam heredis quàm ſerui manomiſſi, ne alioqui deterioris condicionis ſit libertas quàm cæteræ res, in quibus hoc ipſum admiſſum eſt *l. ſi heres 63. l. vlt. §. vlt. de legat. 2.* Sed cùm ſciuit nulla prorſus ratio eſt vt dolo ipſius faueamus, tuendæ libertatis cauſſa in præiudicium fideicõmiſſarij. Itaque prior tantùm pars ſententiæ Iuliani à Triboniano corrupta eſt: Poſteriorem ille intactam reliquit. Nec quod his verbis *hoc amplius etſi ignoraſſet* videtur Iulianua idem iuris vtroque caſu conſtituiſſe ſiue heres qui directam libertatem dedit, ſciuerit fideicommiſſum ſiue ignorauerit, ſententiã noſtram impugnat. Voluit enim Iulianus hoc dicere, Vtroque caſu idem iuris hactenus obtinere vt fideicommiſſum non intercidat, non etiam vt vtroque caſu eodem modo præſtetur. Nam ſi heres ſciuit, datio libertatis nõ valet, ac ſeruus ipſe omnino reſtituendus eſt. Sin ignoraui, valet quidem, ſed tamen precium ſerui ab heredibus rogati præſtandũ eſt. An igitur vt tandem concludamus, in ea ſpecie quam Scæuola tractat in *d. l. vxorem*, nullius momeoti erunt libertates, etiamſi ſerui manumiſſi per quinquẽnium morati ſint io libertate adita fortaſſis hereditate ex teſtamento bona fide, ac priuſqàm agnitus eſſet filius cuius præteritio iniuſtum faciebat? Nullius omnino ſi iuris rationem inſpicias: Sed tamen cùm ea adiectio Triboniani ſit, quam nos tollimus, ſupereſt vt libertates illas defendamus non tam ex Scæuolæ reſponſo quam veluti ex Iuſtiniani noua aliqua conſtitutione, Siquidem quicquid non modò à prudentibus ſcriptum ſed etiam à Triboniano cæteríſque compoſitoribus immutatum eſt ſic accipi Iuſtinianus voluit quaſi ab vno ipſius ore profectũ. Planè ſi proponas ruptum eſſe teſtamẽtum agnatione poſthumi, conſtat libertates nullas valere, ſiue directæ ſint ſiue fideicõmiſſariæ. Niſi ſi quæ ſint à legitimis etiam heredibus repetitę *d. l. generaliter 24. §. ex teſtamento de fideic. libert.* nec eo magis defendi poſſe quòd ab herede ſcripto bona fide præſtitæ ſint antequam ruptum eſſet teſtamentum. Ad has enim reſcriptũ Hadriani nulla ex parte pertinet, vt pote quæ à falſo herede præſtitę ſint, id eſt ab eo qui hereditatem nullo tẽpore adire potuit, neque quandiu in eo teſtamentum fuit, vt rumpi poſſet, neque ex quo ruptũ eſt. Qua ex re apparet manifeſtiùs, non tantũ eſſe fauorem libertatum, vt omnimodo defendi debeant, ſiue iure ſiue iniuriã præſtitæ ſint, multo minùs ſi nec ab eo herede vero præſtitæ ſint, nec iuſto teſtamẽto datæ. Quod & Papinianus cõfirmat ſatis in *d. l. cùm ex falſis.* vbi nec Hadriani reſcriptum protrahere audet ad quaſcũque libertates ex inofficioſo aut falſo teſtamento prę̃ſtitas, ſed ad eam tantùm ſpeciem de qua eo loco tractat.

Emendatio l. 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. Lucius 40. D. de teſtam. milit. & explicatio l. quamuis 4. C. de impub. & aliis ſubſtit.

CAPVT XIX.

IAm quidem ſatis multa in ſuperioribus à nobis diſputata ſunt de ſententia conſtitutionis Marci, quæ induxit vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit, in vtrumque ſubſtituiſſe intelligatur ſiue filius heres non extiterit, ſiue extiterit & impubes deceſſerit, non ſolùm ſi ſimplex ſubſtitutio fuerit, ſed etiamſi reciproca & duplex, quæ fieri ſolet his verbis *eóſque inuicem ſubſtituo*. De qua Modeſtinus tractat in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Sed id nunc agendum nobis ſupereſt, vt pereleganrem illam legem duobus locis ni fallimur corruptam emendemus. Diſtinguendæ ſunt in rota hac quæſtione tres conſtitutiones. Prima fuit diuorum fratrum Marci & Veri, ad eam tantùm ſubſtitutionem pertinens quæ in alterutrũ duntaxat caſum, id eſt aut vulgarem aut pupillarem facta ſit, & quidem ſimpliciter, id eſt, vni tantùm non vtrique. Secunda fuit Antonini Pij, qua factum eſt vt ſi pater duos filios impuberes heredes inſtituat eóſque ſubſtituat communi illo verbo *inuicem* quod communem inter fratres, id eſt duplicem facit ſubſtitutionem, in vtrumque caſum reciproca ſubſtitutio facta videatur. Itaque pertinet hæc conſtitutio ad eam ſpeciem ſubſtitutionis quæ facta ſit non vni ex filiis ſiue in alterutrum ſiue in vtrunque caſum, ſed vtrique filio in vnum duntaxat caſum ac proinde in vulgarem, non in pupillarem. Nam ſi verba illa *eóſque inuicem ſubſtituo* pupillarem caſum æquè ac vulgarem ſui natura comprehenderent, quomodo interpretes noſtros vulgo ſentire video, quid neceſſe erat cõſtitui à Diuo Pio vt ſubſtitutio ſic facta, in vtrumque caſum facta videretur? Nemo enim dubitat quin vulgarem caſum multo magis comprehendant, neque verò dare quiſquam poſſit exemplum reciprocæ ſubſtitutionis in pupillarem duntaxat caſum factæ. Niſi ponat ſic locutum teſtatorem *eóſque inuicem pupillariter ſubſtitua*, quo caſu fatebor equidem perinde locum fore conſtitutioni, vt in caſum quoque vulgarem facta videatur. Sed nõ hic caſus eſt de quo Diuus Pius ſenſit, cùm reſcripſit in vtrumque caſum factam videri ſubſtitutionem, At ille potius quo neque vulgaris neque pupillaris expreſſa condicio ſit, ſed generaliter liberi inuicem ſubſtituti. Sic enim Modeſtinus ſcribit *eóſque inuicem ſubſtituat*. Tertia fuit conſtitutio Seueri & Antonini, quæ fecit vt ſi ex liberis hoc communi verbo *inuicem* ſubſtitutis alter pubes ſit, alter impubes, in vulgarem tantummodo caſum ſubſtitutio facta videatur. Quæ conſtitutio rationem illam habet, quòd incongruens viſum eſt in altero duplicem eſſe ſubſtitutionem, in altero ſolam vulgarem. Pertinet autem hæc conſtitutio ad ſuperioris interpretationem, & conſequenter ad tertium illud genus ſubſtitutionis quam prudentes reciprocam, interpretes vulgo breuiloquam appellant. Ne quis fortè putaret pro ætatum diuerſitate, diuerſam quoq; ſubſtitutionis rationem conſtitui debere. Hoc itaque caſu, inquit Modeſtinus, ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit, Vt ſi pubes heres non extiterit, impubes ei ſubſtituatur, ſi autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionẽ coheredis ſubſtituatur: Quo caſu in vtrunque euẽtum ſubſtitutus videbitur. ſ. frater pubes fratri impuberi: licet non niſi in pupillarem expreſſum ſubſtitutus ſit. Frater verò impubes puberi in vnum duntaxat caſum ſubſtitutus intelligetur, in eum ſ. in quẽ potuit. i. in vulgarem. Subiicit *ne ſi vulgari modo impuberi quoq; ſubſtituat, voluntatis quæſtionem relinquat virum de vna vulgari tantummoda ſubſtitutionem in vtriuſque perſona ſenſiſſe intelligatur.* Atqui etiamſi vulgari modo impuberi quoque pubes ſubſtitutus eſſet, nulla voluntatis quæſtio relinqueretur, nec dubitandi cauſſa intelligi ſupereſſet, quin duplex vulgaris ſubſtitutio iis verbis contineretur. Nam procuIdubio in caſum vulgarem non minùs impubes puberi quam pubes impuberi ſubſtitutus dicendus eſſet: ac proinde duplex eſſet ſubſtitutio vulgaris non vna, Altera quidem in perſona puberis, qui impuberem habuit ſubſtitutum, Altera in perſona impuberis cui pubes ſubſtitutus fuit. Itaque dubitandum mihi non videtur, quin irreptitia ſit dictio illa *vulgari* ex gloſſa interpretis explicantis, nec malè, quid præcedente illa voce *vna* ſignificetur. Etſi enim certiſſimi iuris eſt diſparem filiorum ætatem facere non poſſe quin alter alteri in caſum vulgarem ſit ſubſtitutus, ac proinde quin duplex numero vulgaris in reciproca ſubſtitutione contineatur, Vna tamen ſpecies ſubſtitutionis eſt, non duplex, Nimirum vulgaris tantùm: quæ tamen in euentum pupillarem pupillaris quoque eſſet ex perſona impuberis, ſi alter quoque impubes proponeretur. Duplex enim ſubſtitutio dicitur non ex numero perſonarum, ſed ex caſuum diuerſitate, id eſt non quæ in duorum perſonis locum habere poteſt, ſed quæ in duplicem caſum, *l. Lucius 45. eod. tit.* Proinde in propoſita ſpecie, vna tantùm ſubſtitutio eſt eáque vulgaris, ſed non tamen vna vulgaris, imò duę vulgares: Nec ſanè fieri poteſt vt reciproca ſubſtitutio ſit quin duæ ſint ſubſtitutiones. Sed facilè contingit, & vero ita ſemper in dubio fieri credendum eſt, vt vna tantùm eadémque ſubſtitutionis ſpecies ſit quæ duas illas ſubſtitutiones complectatur, id eſt aut vulgaris tantùm, aut pupillaris tantùm, aut militaris tantùm: quò etiam pertinet *d. l. Lucius. & l. in teſtamento 6. C. de teſtam. milit. de qua diximus ſup. cap.* 11. Similia pleraque menda in libris noſtris occurrunt, quæ qui non obſeruant, etſi rectam tenent emendandi rationem, probabiliter tamen emendare nunquam poſſint. Exemplum eſto in *l. quis bona 23. §. ſi quis duobus De acquir. rer. domin.* vbi nemo nõ videt quod Iacobus Cuiacius in obſeruationibus primus affirmauit, erratum eſſe in illis verbis *rationem facere vt ei duntaxat in ſolidum acquirat.* Nam ſi alienus ſeruus duobus bona fide ſeruiat, & ex vnius eorum re acquirat ratio ſanè facit vt ei duntaxat partem acquirat. Sed quis tamen emendationem illam Cuiacianam probare poſſit vt pro iis verbis *in ſolidum* reponamus *partem*. Etſi eam nos ipſi probauimus libr. 4. cap. 16. cùm nihil eo tempore haberemus, quod nobis probabilius videretur. At ſi verum amamus nónne multo probabilius eſt, tollenda verba illa *in ſolidum* tanquam quæ irrepſerint ex gloſſa imperiti interpretis explicantis dictionem illam *duntaxat*, quæ tamen ſola præfefert ſatis, non ſolidum ſed partem duntaxat ei acquiri ex cuius ſolius re per alienum ſeruum bona fide ſeruientem acquiritur. Contrario errore in *l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat. j.* ſcriptum eſt *interim igitur partem habebit is cui in ſua teſtamenta legauit* cum tamen nihil verius ſit quam in ea ſpecie, id eſt cùm quis in pupillari teſtamento alij eandem rem legauit quam mihi in ſuo legauerat, totam interim habere me debere, quando non niſi concurſu partes inter nos fiant. Sed quis admittat, quod idem Cuiacius docuit pro *partem* legendũ eſſe *totum*? Fuerit ſanè veriſimilius, vt tolli oporteat dictionem illam *partem* velut irreptitiam, additámq; pro interpretatione verbi *habebit*, niſi malis eidem

interpre-

interpreti verſiculum illum integrum adſcribere *interim igitur partem habebit is cui in ſuo teſtamento legaui*. Nam præter id quod ex præcedentibus iis verbis *concurſu partes nos habere* ſatis conſtabat quid inferre Vlpianus vellet, interim igitur totum habere me debere cui pater teſtamento eandem rem legaſſet, ſi hoc ipſum adiicere Vlpianus voluiſſet vtique ſcripſiſſet conuenienter ſuperioribus, *Interim igitur partem habebo*. Poſuerat enim ſibi legatā rem à teſtatore in teſtamento principali, non alij de quo poſtmodum in tertia perſona loqui debuerit. Mihique nunc magis arridet coniectura hæc quàm quæ à nobis propoſita eſt lib.6. cap.1. Redeamus ad Modeſtinum. Sequitur *ita enim in altero vtraque ſubſtitutio inteligitur ſi voluntas parentis non refragetur*. Senſus eſt, Non ſolum cum reciproca ſubſtitutio facta eſt, ſed etiam cùm impuberi ſoli pater ſubſtitutum dedit, ita demum locum eſſe conſtitutionibus Marci & Antonini vt in altero caſu vtraque ſubſtitutio contineatur, aut vt in eius perſona qui in vtrumque euĕtum habere ſubſtitutum poteſt duplex ſubſtitutio facta videatur, ſi non repugnet voluntas teſtatoris. Id enim egerunt Imperatores vt teſtatoris voluntatem non modo adiuuarĕt, ſed etiam ſupplerent ex eo quod veriſimile eſſet teſtatorem ſenſiſſe. Itaque ſalua ſemper eſt quæſtio voluntatis, ſi quis probare velit noluiſſe patrem filio ſubſtitui in vtrumque caſum: quomodo noluiſſe credendus eſt quoties reciprocam ſcripſit ſubſtitutionem inter liberos in diſpari ætate conſtitutos, aut quorum alter eius ſit condicionis vt ei pupillariter ſubſtitui non poſſit. Finge filium eſſe naturalem, non legitimum, & conſequenter qui non ſit in iure & poteſtate patris *d.l.Lucius*. Optimum igitur conſilium eſt, ne qua voluntatis quæſtio relinquatur, ſingulis liberis quorum alter pubes ſit, alter impubes, ſeparatim eo quo diximus modo ſubſtitui, puberi quidem in caſum vulgarem, impuberi verò in pupillarem: quo caſu dubitatio nulla futura eſt, quin impuberi in caſum quoque vulgarem ſubſtitutus pubes eſſe videatur: quandoquidem in eum caſum vtrique pari iure & ratione ſubſtitui potuit. Quod cùm ita ſit, an nō prorſus ineptū & ridiculum eſt quod ſequitur, *Vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem ſiue heres non erit, ſiue erit & intra pubertatis annos deceſſerit*. Illa enim præcedentia Modeſtini verba, *Ne ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat, voluntatis quæſtionem relinquat* apertiſſimè demonſtrant nullam ſuperfore voluntatis quæſtionem ſi non vulgari ſed pupillari modo impuberi ſubſtituatur. Nam cùm expreſſo caſu pupillari verum ſit vulgarem qui expreſſus non eſt ęquè conuenire impuberi ac puberi, quænam, obſecro, dubitatio eſſe poteſt poſt tot Imperatorum conſtitutiones, an ſubſtitutio impuberi facta in caſum pupillarem trahatur ad vulgarem? Nam & traheretur etiam ſi puberi nulla prorſus facta ſubſtitutio eſſet. Quanto magis igitur impubere ipſo vulgariter puberi ſubſtituto? Denique nō minùs ridiculum conſilium illud eſt, De vtroque caſu ſpecialiter exprimendo, euitandæ quæſtionis gratia, quàm ſi ne qua ex teſtamento naſcatur dubitatio cōſulat teſtaturo ne teſtetur. Quid enim certius? Sed & manifeſtum eſt id agere Modeſtinum vt doceat quomodo ſubſtitutionis verba concipienda ſint cū ex liberis inuicem ſubſtitutis alter pubes eſt alter impubes vt facta in vnum caſum dūtaxat in vtrumque facta intelligatur. Alienum igitur eſt à propoſita quæſtione & ab Impp. conſtitutionibus cōſilium illud, vt in vtrumque caſum ſpecialiter pubes impuberi ſubſtituatur. Quare fatendum eſt, ni fallor, interpretis eſſe totam illam clauſulam, & quidē imperiti: Eiuſdem fortaſſe qui corrupit legem *Lucius 45. eod. tit. & l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſtit. vt ſcripſimus ſuprà cap. 13.* Nam Triboniano adſcribendam eſſe non auſim omnino æſtimare: Etſi video fuiſſe illi quàm maximè familiare ſpecialē voluntatis expreſſionem iis etiam caſibus requirere, in quibus minimè neceſſaria eſt: aut legitimas voluntatis probationes etiam in aperta voluntate: Cuius rei præclarum teſtimonium prębet reſponſum Pauli I.C. in *l. Lucius 40. De teſtam. milit.* Nam cùm proponeretur Lucium Titium militem notario teſtamentum notis ſcribendum dictaſſe & antequàm literis pręſcriberetur, vita deceſſiſſe: Reſpondit Paulus valere dictationem, quia militibus quoquo modo velint & quoquo modo poſſint, teſtamentum facere conceſſum eſt. Subiecit Tribonianus ingenioſè vt ſolet *ita tamen vt hoc ita ſubſecutum eſſe legitimis probationibus oſtendatur*. Quid verò Triboniane hoc illud eſt, quod tantis támque legitimis probationibus oſtendi vis ita eſſe ſubſecutum? An præceſſiſſe dictationem? Atqui ex facto id proponebatur cùm quæreretur non an ſcriptura, quod obſeruandum eſt, ſed an dictatio valeret. Quomodo enim quæſtioni locus eſſe poſſet ni conſtaret factam eſſe? A quo verò factam niſi ab ipſo milite? An potiùs id animo agitaſſe militem vt ea dictatio notis excepta teſtamentum eius eſſet? Nam id priuilegium quod militantibus datum eſt vt quoquo modo facta ab iis teſtamenta rata ſint, conſtat ſic intelligi debere, vt vtique priùs conſtare oporteat teſtamĕtum factum eſſe *l. Diuus Traianus 24. eod.* At nec de illo dubitabat, qui Paulum conſulebat. Ex facto enim proponebat Lucium Titium militem notario ſuo teſtamentū notis ſcribendum dictaſſe: Quod ſi ita erat, quæſtio facti nulla relinquebatur an dictationē illā teſtamenti iure valere voluiſſet. Eſt ergo inepta & Triboniani ſubtilitate planè digna illa adnotatio. Supereſt vt quod capitis inſcriptio pollicetur, explicemus etiam *l. quamuis 4. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Nam pertinet quoque ad eas conſtitutiones de quibus hucuſque diximus. An & ad reciprocam ſubſtitutionem à patre factam inter filium impuberem cui pupillariter ſubſtitui potuit, & vxorem teſtatoris quę non niſi vulgarem potuit habere ſubſtitutum? Ita vulgo putant. Nam cùm pater filio & vxore in æquas partes inſtitutis ita ſcripſiſſet *ſi mihi Firmianus filius & Ælia vxor mea, quod abominor heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres eſto*, deinde filius impubes deceſſiſſet, is reſcripti ſenſus eſſe creditur, vt filij portio non ad Æliam quaſi reciprocè ſubſtitutam, ſed ad Publium Firmianum pertineat, Ratione illa quòd non poſſit videri hoc caſu Aelia pupillo ſubſtituta pupillariter quando nec ipſi Aeliæ pupillariter ſubſtitui impubes potuit. Ex quo inferunt, vulgarem ſubſtitutionem duabus perſonis factam quę ſint diſparis aut ætatis aut condicionis, in neutra pupillarem continere. Quod inferunt veriſſimum ſanè eſt probatúrque clariſſimè ex *dicta lege iam hoc iure 41. & dicta lege Lucius 45. De vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Sed illatio & collectio ipſa erroris plena eſt. Toties enim quęrendum eſt, an ſubſtitutio facta in caſum vulgarem trahatur ad pupillarem, quoties aut in eum caſum vulgarem expreſſim, aut quod effectu idem eſt, reciprocè facta fuit. At in propoſita ſpecie & iis verbis quę retulimus, neutrum dici

poteſt.Neq;.n. aut filius vxori, aut vxor filio ſubſtituta proponebatur vllo modo, ne vulgariter quidē: ſed vtrique Publius Firmianus in caſum vulgarem, *ſi heredes non eſſent*. Non igitur de illo dubitari poterat, an Ælia filio impuberi pupillariter ſubſtituta videretur ex conſtitutione Diui Marci aut Antonini Pij, cùm nec vulgariter eſſet ſubſtituta. Sed de illo duntaxat, An Publius Firmianus ad filij hereditatem tanquam ex pupillari ſubſtitutione admitti deberet. Videbatur enim hoc caſu inducenda poteſtas conſtitutionis, non quidem Antonini Pij cum reciproca ſubſtitutio nulla facta proponeretur, ſed Diuorum fratrum Marci & Veri, quando negari non poſſet, quin filio impuberi Firmianus in vulgarem euentum ſubſtitutus fuiſſet. Sed contra reſcriptum eſt, nihil iuria ex huiuſmodi ſubſtitutione Firmianum poſſe ſibi vindicare in caſum pupillarem: quia quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi qui in poteſtate teſtatoris fuerit à parente factam ita *ſi heres non erit*, porrigi ad eum caſum quo poſtea quam heres extitit impubes deceſſit ſi modò non contrariam defuncti voluntatem fuiſſe prohetur, manifeſtum tamen eſt ſubſtitutionem ſicut diximus factam in eum ſolum caſum factam intelligi debere quo vtrique heredum ſubſtitui potuit. Atqui Æliæ quæ defuncti vxor fuit ſubſtitui pupillariter non potuit, ſed vulgariter duntaxat. Ergo nec filio pupillariter Firmianum ſubſtitutum eſſe dicendum erit, licet filius impubes fuerit, atque pupillariter ſubſtitui potuerit: ſed vulgariter tantum ſi heres ille non fuiſſet. Itaque ſicuti conſtitutione Seueri & Antonini factum eſt, vt ſubſtitutio reciproca inter filium impuberem & puberem aut quod idem eſt extraneum facta non contineat caſum pupillarē, quia non poſſet ea interpretatio vtrique conuenire, nec ferendum eſt vt in vnius perſona duplex ſit ſubſtitutio, in alterius verò, ſimplex: Ita & cùm filio impubere & alio pubere aut extraneo inſtitutis vtriq; ſubſtituitur verbo illo communi *in locum alterum*, eadem interpretatio facienda eſt, eadem iuris & æquitatis ratione, vt non videatur teſtator in perſona impuberis duplicem, in perſona alterius ſimplicem feciſſe ſubſtitutionem. Quid enim refert, an filio impuberi coheres, & coheredi viciſſim filius, an alius vtrique ſubſtitutus ſit? Idque à Modeſtino tractatum non fuiſſe miror: Sed quod ille prætermiſit, ex hoc loco ſupplendum erit, ne quid deſit ad plenam conſtitutionis vltimæ, quæ Seueri & Antonini fuit, interpretationem.

Emendatio l. ſi quis heres 35. §. 1. l. ſi ſolus 80. §. item ſi ſeruus & l. tetes 81. ff. de acq. her.

Caput XX.

Si quis heres inſtitutus ex parte, mox Titio ſubſtiturus antequàm ex cauſa ſubſtitutionis ei deferatur hereditas, pro herede geſſerit, erit heres ex cauſa quoque ſubſtitutionis, inquit Vlpianus *in l. ſi quis heres 35. ff. de acq. her. Quoniam inuito quoque ei adcreſcit portio.* Idem admittit etſi filiusfamilias vel ſeruus iuſſu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus vel manumiſſus ex cauſa ſubſtitutionis adeant. Erunt námque heredes pater aut dominus. Sunt enim huiuſmodi ſubſtitutiones appendices præcedentis inſtitutionis: Cùm etiamſi ſubſtitutio nulla eſſet, ea tamen ipſa portio quæ ex ſubſtitutione defertur ei quoq. adcreſceret qui priorem ex inſtitutione habuiſſet: idq; ex eo apparet etiam apertiùs quod quæ ex ſubſtitutione ſi ſola eſſet non niſi volenti acquireretur, adcreſcit tamen inuito, Vt intelligamus non tam proprio ſubſtitutionis quàm accreſcendi iure fieri eam acquiſitionem, ius autem adcreſcendi certum eſt appendicem eſſe præcedentis inſtitutionis quando nec aliam cauſam habet, quàm quòd is cui adcreſcit portio deficiens ſuā habeat iam acquiſitam ex inſtitutione. Obſtare tamen huic ſententiæ videtur quod Paulus ſcribit in *l. ſi ſolus 80 §. item ſi ſeruus eod. tit.* Si ſeruus meus ex parte heres inſtitutus ſit purè ex parte ſub condicione dato ſcilic. coherede & iuſſu meo adierit, deinde eo manumiſſo condicio alterius portionis extiterit, Verius eſt, inquit, non eſſe mihi acquiſitam illā portionem, ſed ipſum comitari. Omnia .n. paria permanere debere in id tempus quo alterius portionis cōdicio extet vt acquiratur ei cui prior portio acquiſita eſt. Conciliationis ineundæ rationem quæ interpretibus vulgaribus difficilis nec immerito viſa eſt, Iacobus Cuiacius ſumit ex illis verbis *dato ſcilicet coherede*. Quaſi adiectio coheredis efficiat ne inſtitutio illa condicionalis ex qua pars hereditatis poſteriore loco defertur, appendix videri debeat præcedentis inſtitutionis, ſiquidem impedit ne domino qui partem hereditatis iam habet ex pura inſtitutione pars alia deficiens adcreſcat ſoli: Nam & coheredi adcreſcit, vtrique pro hereditariis portionibus. Sed me vt contrà ſentiam illud mouet, quod non hanc ſententiæ ſuæ rationem Paulus reddit, at longè aliam & planè diuerſam, *Quòd omnia paria permanere debeant in id tempus quo alterius portionis condicio extet vt acquiratur ei cui prior portio acquiſita eſt*: quæ ratio non minùs locum habet illo etiam caſu quo coheres datus eſt, quàm ſi datus non eſſet. Et ſanè cùm noua aditione opus ſit ad eam portionem acquirendam poſt exiſtantem condicionem, non ſolùm ſi filius eo tempore emancipatus aut ſeruus manumiſſus reperiatur, ſed etiam ſi remanſerint in poteſtate, vt Paulus ipſe ſubiicit, Prorſus conſequēs eſt vt ſi tùm cùm noua illa aditio fit reperiatur ſui iuris filius aut ſeruus qui ſub condicione ex illa parte inſtitutus fuit, eam ſibi ille acquirat non patri aut domino. Quomodo enim acquireret patri aut domino nullo iuſſu præcedente? Aut quomodo iuberet pater vel dominus hereditatem pro illa parte adiri ab eo, quem ampliùs in poteſtate nō haberet? Non igitur dici poteſt inſtitutionem hanc cōdicionalem appendicem eſſe puræ inſtitutionis, cùm ſi ita eſſet aditio vna ſufficeret ad vtramq; portionem acquirendam, vt contingit in ſpecie *d. l. ſi quis heres.* Etſi .n. cùm liber homo & ſui iuris, ex parte purè, ex parte ſub condicione ſubſtitutus eſt, ſi hereditatem ſemel adierit ex pura inſtitutione, non cogitur iterum adire ex condicionali, Quin etſi fuerit ſubſtitutus & omiſſa inſtitutione adierit ex ſubſtitutione, placet aditionem illam ſufficere, vt ea quoque portio quæ ex inſtitutione omiſſa fuerat, etiā inuito acquiratur, Tamen cùm filiusfamilias aut ſeruus inſtitutus eſt, aditio vna ſufficere non poteſt, quia quod dicimus ſemel tātùm adeundum eſſe ad eum caſum pertinet quo nobis per noſmetipſos non per alios acquiritur. Planè ſi ponas patrem ex parte inſtitutū ſub condicione, filium verò ex alia parte purè, ſufficiet quòd filius iuſſu patris adierit ex pura inſtitutione, vt patri ea quoq; portio acquiratur, quæ ſub cōdicione fuerat delata, licet condicio defecerit *d. l. ſi quis heres §. 1.* vbi manifeſtum eſt meo iudicio abūdare negationem in illis verbis *non quæſiſſe ſuā portionem*. Nam etſi pater ſuam illam portionem ex qua fuerat inſtitutus, poſtquàm delata ſibi eſſet repudiaſſet, nihilominus ei nunc adcreſceret etiam inuito.

Cui

Cui enim alij acquireretur nemine ſubſtituto? at ne quidem vllo coherede dato? Sed etſi coheres datus eſſet, non idcirco tamen ſoli coheredi adcreſceret portio quam pater repudiaſſet, cùm nihilominus partem habeat pater ſibi per filium acquiſitam: portio autem quæ deficit non perſonæ adcreſcat, ſed portioni *l. ſi totam 83. eod. tit. l. ſi Titio 33. §. 1. de vſufr.* ac proinde cuilibet portionem habenti. Quid verò intereſt an propter condicionis defectum defecerit partis portio, an propter repudiationem? Alia igitur ratio quærenda eſt conciliandi Pauli cum Vlpiano. Mihi videtur multum intereſſe, an poſt aditam ex pura inſtitutione partem hereditatis alia portio ex ſubſtitutione deferatur, vt apud Paulum, an ex condicionali inſtitutione vt apud Vlpianum. Quanquam enim ſubſtitutio quoque ipſa quædam veluti condicionalis inſtitutio eſt, in eo tamẽ differt ab ea inſtitutione de qua tractamus, quod ſecũda non prima inſtitutio eſt, indéque fit vt faciliùs dici poſſit appendix, & ſequela præcedentis inſtitutionis, quã inſtitutio illa quæ fit in eodem gradu, ac æquè principalis, atque illa ex qua prior aditio facta eſt. Neque enim priùs defertur portio ex ſubſtitutione, quàm ex inſtitutione defecerit: poſteà verò quàm defecit, iam cœpit portio in eo eſſe vt ei qui aliam haberet inuito quoque adcreſcere deberet ipſo iure, niſi poteſtas legis in iure adcreſcendi inducendo ſuſpenderetur per ſubſtitutionem, cuius cauſa vtique prior & potior eſt, quia nititur expreſſa teſtatoris voluntate *l. vnic. §. his ita diffinitis C. de cadu. tollen.* Proinde quod ad effectum attinet, parum intereſt an iuri adcreſcendi locus ſit, an ſubſtitutioni, quę ſit loco & vice iuris adcreſcendi. Nam vt eleganter ait Cuiacius, Accretio hæc ferè potiùs quàm ſubſtitutio dicenda eſt, aut ſi mauis accretio per modum, vt ita dicam ſubſtitutionis. Eſt enim acquiſitio portionis deficientis: in quo demum portionis ſolo genere locus eſſe poteſt iuri adcreſcendi. At cum poſt aditam ex pura inſtitutione partem hereditatis, alia pars ex inſtitutione conditionali defertur exiſtente condicione, non poteſt ius adcreſcendi locum habere quandiu ea pars poſteriore loco delata in eo eſt vt adiri poſſit. Non enim deficit, ſed competit per delationem, quouſq; aut repudiatione, aut tempore, aut qua alia ratione excluſus ſit heres inſtitutus à iure adeundi. Itaq; ſubſecuta aditione nihil cauſæ eſt cur acquiri debeat alia portio ei cui prior iam quęſita fuit, ſi is ipſe qui adit, talis eo tẽpore ſit vt eam ſibi poſſit acquirere. Nam etſi duo eiuſdem patris filij ex ſemiſſibus purè inſtituti eſſẽt, non ſufficeret quod alter iuſſu patris adiiſſet ad acquirendam patri totam hereditatem, ſed alterum quoq; adire neceſſe eſſet *d. l. ſi quis heres. §. vlt.* Itaq; nihil omnino intereſt in ea ſpecie de qua tractamus an coheredem necne habuerit ſeruus ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtitutus. Quòd cum ita ſit, quis non fateatur verba illa, *dato ſcilicet coherede* imperiti eſſe interpretis, exiſtimantis non aliam excogitari poſſe rationem Vlpiani cum Paulo conciliandi? Hinc verò animum ſumo emendandæ etiam legis *Toties 81. eod. tit.* vbi ſcriptum eſt, toties eum, qui ex inſtitutione adiit, ex ſubſtitutione quoque adiiſſe intelligi quoties ſibi acquirere poſſit. *Nam ſi mortuus eſſet,* inquit lex, *non transferret ad heredem ſubſtitutionem.* Hęc enim ratio quomodo conueniat, aut quid cum dicto cõmune habeat, explicari meo iudicio nullomodo poteſt. Quinimò ſi nihil aliud conſideres quàm quòd ſubſtitutio ad heredem non tranſmittitur nec ſi iam competat *l. ſi ex pluribus 9. ff. de ſuis & legitim.* inferendum potiùs erit, eum qui ex inſtitutione adierit, non videri adiiſſe ex ſubſtitutione, tametſi iam ex ſubſtitutione delata ſit hereditas. Cùm tamen ex contrario verum ſit, illo etiam caſu quo ſubſtitutio nondum deferatur, aditam videri hereditatem ex ipſa quoque ſubſtitutione quæ re vera non niſi ex inſtitutione adita fuit: Nimirum ſi is qui adiit poſſit ſibi acquirere, id eſt ſi portio quæ ex ſubſtitutione eſt deferenda aut iam delata, non alij vlli acquiri poſſit, eíq. inuito adcreſcat vt in ſpecie *d. l. ſi quis heres. in prin.* Nam ſi fingeres datum ei coheredem qui ex parte ſua adierit, ac proinde per quem fiat, ne huic qui ex inſtitutione adiit poſſit ſoli acquiri portio poſteà deficiẽs alterius coheredis, dicendum eſſet non videri aditam ex ſubſtitutione hereditatem, quia adiectio cõheredis adeuntis impedit ne ſubſtitutio huiuſmodi poſſit cenſeri vice iuris adcreſcendi, quandoquidem alius effectus futurus eſt iuris adcreſcendi, alius ſubſtitutionis. Ex ſubſtitutione tota portio deficiens acquireretur ſoli ſubſtituto, quæ citra ſubſtitutionem etiam coheredi pro hereditaria portione adcreſceret. Itaque ſi ante factam ex ſubſtitutione aditionem moriatur is qui iam adierat ex inſtitutione, non tranſmittet ſubſtitutionem ad heredem, nę fiat iniuria coheredi, qui eius portionis in qua ſubſtitutio facta eſt partem habere debet adcreſcendi iure: ſed tranſmittet tantùm eã partem, quę etiãſi ſubſtitutio nulla facta eſſet, inuito ei erat acceſſura per accretionem. Legendum igitur eſt, niſi me coniectura fallit, *non ſi mortuus ad heredem non transferret ſubſtitutionem.* Vt ſenſus ſit, Ita demum videri eum qui ex inſtitutione adiit, adiiſſe quoque ex ſubſtitutione, ſi portio quæ acquirẽda ſupererat ex ſubſtitutione tranſmitti poſſit ad heredem, nimirum adcreſcẽdi potiùs quàm ſubſtitutionis iure, id eſt ſi ius ſubſtitutionis ita coniunctum & vnitum ſit cum iure adcreſcendi, vt non plus vtilitatis & commodi afferre poſſit, quod ipſum non aliter contingit, quàm ſi coheres nullus ſuperſit qui in iure adcreſcẽdi partem facere poſſit. Cui erit conſequens vt ſi idem ille coheres etiam ſubſtitutus fuit ex æquis cum eo qui adiit, portionibus, vnica aditio ſufficere debeat, etiam quod ad cauſam ſubſtitutionis, quia & mortuus hic qui ex inſtitutione adiit transferret ſubſtitutionem ad heredem, Vtpote cùm non ex eo deterior fieret condicio alterius coheredis qui & ipſe ſubſtitutus eſſet, & quidem ex ęquis, vt dixi portionibus. Alioqui ſi hic qui poſt aditionem partis deceſſit antè delatam aut acquiſitam ſubſtitutionem, ex maiore parte ſubſtitutus proponeretur, idem iuris cõſtituendum eſſet quod conſtitueretur ſi ſolus eſſet ſubſtitutus, id eſt aditio vna non ſufficeret, quia nec ad heredem tranſmitti ſubſtitutio poſſet. Facilè autem error naſci potuit ex corruptione & mutatione literæ *o* in *a* cùm ſcriptum eſſet, *non ſi mortuus.* Cùm enim ſic loqui cœpiſſet, *nam ſi mortuus,* ſubinde viſum eſt neceſſe adiici dictionem *eſſet* ad ſententiam perficiendam. Eadem nos felicitate contrarium errorem emendauimus *in l. generali 32. §. 1. De vſufr. legat.* vbi legendum eſſe in Claudij nota *nam credidit* non vt vulgo *non credidit* probauimus *lib. 1. cap. 11.* tam apertè vt nihil vnquam à nobis verius, & elegantius, ſi quid tamen vnquam eleganter, obſeruatum eſſe videatur.

ORNATISS. ET CHARISS. VIRO M. ANTONIO SIVORIO GENVENSI IN TAVRINENSI ACADEMIA PONTIFICII IVRIS Profeſſori celeberrimo,

ANTONIVS FABER S. P. D.

EN hic tibi, ornatiſſime Siuori, Coniecturarum mearum liber iam decimusſextus. Penè ſcripſi poſtremus. Sed neq. poſtremum ei dicare debeo, qui non vltimum inter antiquiores & priores amicos locum teneat, neque tot iuris ſtudioſorum ſpem fallere, qui de ſcriptis noſtris, vt audio, meliùs ſanè quàm par eſſet ſentientes niſi fortaſſis hoc ipſo malè (quòd nimis benè) quaſi chirographũ noſtrum habeant, etiam vicefimum à nobis & expetunt & expectant. Etſi cùm hanc primùm ſcribendi rationem adgrediebamur, nihil minùs quàm de hoc vel illo librorum numero cogitabamus. Adeò præter opinionem noſtram accidit, vt in tanta ſcribentium copia nõnullam ſiue ingenij ſiue diligentiæ potiùs laudem aſſecuti eſſe videamur. Et verò quis obſecro Cõiecturarum noſtrarũ finis futurus eſſet, ſi omnia quæ ab interpretibus noſtris aut ignorata aut minùs feliciter explicata fuiſſe credimus, in hos libros coniicere velimus? Occurrunt quotidie innumera eiuſmodi in ipſa forenſi exercitatione, tanto certè digniora quæ & obſeruentur & corrigantur, quanto longe periculoſius maioreq́ totius reipubl. malo, in tribunalibus quam in ſcholis ſub authoritate iuris ſcientiæ paſſim erratur. Sed illa commodius viſum eſt conferre in eas Decades quas de erroribus pragmaticorum ſcribere cæpimus, vt non minùs iſtorum inſcitiæ quàm eruditiorum induſtriæ conſulamus. Quam in rem diſputationum forenſium libros aliquot iampridem meditabamur, quorum primus ſequentium index futurus breui, vt ſpero in lucem prodibit: Sed ornatiore, vt mihi quidem videtur, apparatu quàm vt tot ineptiis profligandis ea ſcribendi ratio accommodata videri poſſit. Itaq. rudiore ſtylo, & ſimpliciore agendum fuit, ne oſtentandi ingenij gratia magis quã bona mente pragmaticorum infantiam erudire velle crederemur. Interim verò dum relegendis, augendiſq́ Decadibus ocium quæro, feci etiam quantum in me fuit, vt poſteriores has Coniecturas ex iis conflarem quæſtionibus, quæ non minùs in praxi quàm in ſcholis & frequentiores ſunt & nobiliores. Quales ſanè eas eſſe non negabis quas hoc potiſſimũ libro à nobis tractari contigit De ineunda rei debitæ æſtimatione, ac De in litem iurando. De quibus multa inter nos aliàs diſputata eſſe memini, cum ſub auſpiciis clariſſ. viri Io. Antonij Manutij Doctoris noſtri, viceſimo ferè ab hinc anno Papinianeam Academiam te vno maximè Duce ac Principe inſtitutã quotidianis diſceptationibus coleremus. Cui ergo dicanda hæc fuerunt, potius quàm tibi, qui veram iuris vtriuſque ſcientiam pro dignitate, miraq́ & ſubtilitate & arte tractare ſolitus, nihil vnquam optatius habuiſti, quàm vt iſtas & pragmaticorum & imperitiorum interpretũ nugas tibi non minus cognitas quàm inuiſas tandẽ aliquando exploſas audiremus: Atq. vtinam placeret tibi cõferre in eam rem quicquid vberrimi ingenij tui fœcunditas ſuppeditare poſſet. Vtinam idem cæterorum tui ſimilium animus, idem ſtudium eſſet, quos ſchola Manutiana velut alter equus Troianus tam multos támque ſtrenuos edidit ad pugnam hanc, ſi modò vellent, capeſſendam. Victoriam ſane breui, ni fallor, partam exploratámque haberemus, quam tamen ſi me vnum in hanc curam incumbere ſinitis ſperare quis vnquam poſſit? Digna planè res eſt, mi Siuori, quam tu non cogitatione ſolùm amplectare, ſed totis & animi & ingenii viribus enixiſſime exequare. Habebis me aſſiduum fidumque tam præclari conatus tui ſocium, fortaſſis etiam ſi quid ex mea tenuitate ad copias tuas accedere poterit adiutorẽ, certe perpetuum ſuaſorẽm, ac ni perſuaderi voles, etiam moleſtum, ſed tamen beneuolum vt vides, obiurgatorem. Bene vale & me ama. Dat. Camb. 7. Cal. Iun. 1597.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus ſextus.

Differre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm quæritur de ineunda rei debitæ æſtimatione.

CAPVT I.

SI qua in toto iure ciuili obſcura quæſtio eſt, & digna cui lucem aliquam adferamus, hæc vna ſanè eſt de qua nunc dicere inſtituimus, cuius temporis ratio habenda ſit, cùm quæritur de ineunda rei debitæ æſtimatione ſiue ex bonæ fidei iudicio ſiue ex ſtricto agatur. Non enim reperio ex interpretibus aut veteribus aut recentioribus qui in hac diſputatione mihi ſatisfaciat: Ego an aliis ſatisfacturus ſim, nec poſſum, nec auſim affirmare: Mihi certè ante hūc diem non ſatisfeci, hodie ſatisfacio. Vetuſtiorum interpretum opiniones ſex aut ſeptem refert Bartolus poſt Accurſium ad *l. penult. D. de condict. tritic. & ad l. 3. § in hac. D. commodat.* omnes non modò inter ſe diſcrepantes pugnantéſque, ſed etiam adeò improbabiles, & à prudētum verbis ſenſúque alienas, vt neque dignæ videri poſſint quæ referri debeant aut refelli. Itaque Bartoli qui ſingulas ex ordine & recenſuit & refutauit opera in eam rem vti maluimus, quàm noſtra: niſi quod in ipſius quoque Bartoli referenda refutandáque ſententia, & noſtra proponenda, de aliis etiam aliquid dicendum erit, vt facilè intelligere quiuis poſſit, cur à nobis non probentur. Bartoli ergo ſententia eſt, quam poſteriores omnes vulgares interpretes ſecutos video, Nullam hac parte differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellamus, niſi cùm agitur de re per iuſiurandum in litem æſtimanda. Eo namque caſu æſtimari rem iureiurando actoris inſpecto tempore iudicati ſi bonæ fidei iudiciū proponatur, inſpecto autem tēpore litis conteſtatæ aut moræ præcedentis, ſi qua mora præceſſerit conteſtationem cùm iudiciū ſtricti iuris eſt. Si verò aliter quàm per actoris iuſiurandum res æſtimetur, inſpiciendū eſſe tam in bonæ fidei iudiciis quàm in ſtrictis tempus moræ, ſiue mora illa per conteſtationem contracta ſit, ſiue per lapſum diei poſitę in obligatione, ſiue per interpellationem, vt vocant extraiudicialem, ſiue denique re ipſa, vt puta emptore cui tradita eſt res vendita ceſſante in pretij ſolutione ſi modò res eo tempore quo mora contracta eſt pluris fuerit. Nam ſi tùm minoris fuit, creſcere in ſingula momēta ęſtimationem ab eo die quo mora contracta eſt in diem vſque condemnationis ſi non medio tempore mora purgata ſit, quæ nec poſteà rurſum fuerit contracta. Sed & poſt condēnationem creſcere, ſiue à ſententia quæ condemnationem irrogauit, perperam & ſine cauſſa prouocatum ſit, ſiue poſt quadrimeſtre quod iudicato faciendo datur, nouam moram contraxerit debitor iam condemnatus. Totius tamen illius quadrimeſtris inducias, etiam cùm mora præceſſit condemnationem, immunes eſſe à periculo augendę æſtimationis, vt quamuis intereà creuerit, non ideo tamen maior debeatur. Eámque volūt noſtri eſſe interpretationē *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. penult. & vlt. De condict. tritic. l. 3. § vlt. ſi ſterilis 21. § cùm per venditorem. D. de action. empt. l. hominem 37. D. mandat. l. quoties 59. De verb. oblig.* Interdum tamen ſpectari præciſè tempus quo contractum eſt, eámque æſtimationem deberi, quæ tum fuerit. Nimirum ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa in obligatione ſit, obligatio autem ipſo contractus tempore oriatur, vt cùm ſtipulatus fundum Cornelianum poſteà ſtipulor *quanti fundus ille eſt l. fundum 28. D. de nouat.* Nam ſi obligatio præſtandę æſtimationis non ſtatim oriatur, eius tēporis habendam eſſe rationem quo incipiet oriri, ſicut euenit cùm quis alterius mandato dari hominem fideiuſſit & ſoluit *d. l. hominem 37. D. mand.* Ab eo enim duntaxat die quo ſoluit naſcitur obligatio, & ius petendæ æſtimationis. Ac quoniam huic noſtrorum traditioni quę nullam agnoſcit differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, repugnat apertiſſimè Vlpianus in *dicta lege tertia, § in hac. D. commod.* vbi ait in actione commodati ſicut & in cæteris bonę fidei actionibus ęſtimari quanti res ſit inſpecto tempore rei iudicandæ, in ſtrictis verò ſpectari tempus litis conteſtatæ. Reſpondet Bartolus cum ſuis ſequacibus, tractari eo loco de re dubia per iuſiurandum in litem æſtimanda, Quo caſu fatetur differre vt iam dictum eſt, iudicia bonæ fidei à ſtrictis. Differentiæ verò rationem hanc adfert, quod iuſiurandum in litem in actionibus bonæ fidei ſit adfectionis, naſcatúrque ex dolo per reum admiſſo in iudicati executione, cùm reus condemnatus ad rem tradendam non vult parêre, non autem ex mora ante ſententiam commiſſa. In ſtrictis verò contrà, naſcitur, inquit ex dolo commiſſo ante ſententiam quandocumque, imò verò ex ſola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis *l. in actionibus. in princip. & verſ. planè. D. de in lit. iur.* Mora autem ſi non ſemper ante conteſtationem, tùm ſaltem contrahitur cùm conteſtatio fit ob idq; putat Bartolus litis conteſtatę, non moræ tempus ab Vlpiano expreſſum eſſe: Et quibus locis tractant Iureconſulti de iureiurando adfectionis, prę-

lciſe tempus ſemper eos demonſtrare his verbis, *quati res eſt vt d.§ in hac d. l.in actionibus l. arborio 18.§. ff.de dolo l.qui reſtituere 63.ff.de rei vind.* Tempus verò præteritum, *quanti res fuit*, quoties tractãt de iureiurando in litem in iudicio ſtricti iuris, *l.nummis 3.ff.de in lit.iur.* quod iuſiurandum veritatis Bartolus perpetuò appellat. Mihi tota hæc Bartoli traditio non plura verba continere videtur quàm errata, ſi eam diſtinctionis partem tollas, quę eſt de ęſtimatione ipſa in obligationem deducta præſenti tẽpore demonſtrato, *vt in d.l.fundum* 28.*de nouat.* qui caſus in tam apertis verbis ſtipulationis nullam prorſus recipit dubitationem. Illud verò primùm nobis refellendum eſt quod Bartolus ſomniat de duplici illo iureiurando adfectionis & veritatis. Fuit enim ea diſtinctio prorſus incognita prudentibus, nec fieri poteſt, vt vnquam iuretur in litem quin iurantis adfectioni indulgeatur. Differentia tantùm illa eſt hac parte inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quòd in illis indulgemus iuranti ex æquitate ipſius iudicij, quandoquidem bona fides non patitur, vt dominus qui ex dolo & contumacia alterius re ſua carere cogitur, eam iuſto precio vendere compellatur *l.1.l.ſi tutor 8.ff.de in lit.iur.l. non enim 7.cum §.vlt.l.praeced.ff.rer.amot.* In his verò indulgemus ex neceſſitate, & vno tantùm caſu, Eo ſcilicet quo res quæ ex contractu ſtricto debebatur perempta eſt poſt moram nondum tamen conteſtata lite. Cùm enim nihilominùs res adhuc debeatur, quia effectus moræ præcipuus ille eſt vt obligationem perpetuet, *l.ſi ex legat.23.l.ſi ſeruum 91.§. vlt.de verbor.obligat.* nec tamen res ipſa quæ extare deſiit præſtari ampliùs poſſit, neceſſe eſt vt ad æſtimationem faciendam, præſtandámque recurratur. *l.promiſſor Stichi 21.l.promiſſor hominis 23. de conſtit. pecun.* fieri autem non poteſt, vt ſine delatione iuriſiurandi iudex æſtimet rem quæ non extat, vt Marcianus ſcribit *in d.l.in actionibus in fin.* Hoc verò cur ita? Niſi quia ſicut homo debitus poſt moram mortuus, adhuc debetur, ita præſens eius æſtimatio præſtanda eſt non ſecus ac ſi hodie viueret, neque tamen ex qua alia cauſa præſtari poſſet, ſecutâ iam condemnatione, quia quod præſtari iam non poteſt aut in condemnationem deduci, accidit facto & culpa debitoris qui in eo tradendo moram contraxit. Suam autem ei moram prodeſſe æquum non eſt: quomodo prodeſſet haud dubiè, ſi liberaretur ille dando æſtimationem quæ anteà fuiſſet, cũ ſi homo adhuc viueret, is ipſe non præterita eius æſtimatio dari deberet. Et verò ſi non præſens ipſa æſtimatio deberetur, ridicula eſſet adeóq; falſa Marciani ratio illa, *quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem quæ non extat*, nec erat cur ideo induceretur contra receptas iuris regulas vt defuncto poſt moram promiſſoris homine ex ſtipulatu debito in litem iuraretur. Quid enim facilius, quàm eas quoque res quæ extare deſierunt æſtimare inſpecto eo tempore quo fuerunt, adeóque quo extare deſierunt ſi modò paullo latiùs id accipiatur, & ὡς πλάτος, vt ait Vlpianus *in dict. l. penultim.ff. de condict. tritic.* Itaque egregius ille & inſignis Bartoli error eſt quod in iudiciis ſtrictis vult iurari in litem de æſtimatione quæ fuit tempore moræ: Inepta verò ratio quam ſubiicit, *quod tale iuramentum præſtetur ob dolum commiſſum tempore moræ.* Nam vt taceam fieri plerumque vt mora contrahatur ſine dolo, adeóque licet difficilius, ſine culpa, quo tamen caſu non minùs iuratur in litem, quàm ſi dolus interueniſſet, non poſſet mora, ac ne quidem dolus inducere iuſiurandũ ſi iurandi neceſſitas nulla ſubeſſet. Iurandi porrò neceſſitas ex eo ſolo proficiſcitur, quòd perempta poſt morã re debita præſens eius æſtimatio debetur, quoniam ipſa res adhuc deberi intelligitur: Quæ tamen vero æſtimatio illa ſit aliter quàm per actoris iuſiurandum ſciri nullomodo poteſt, quia rei non exiſtentis nulla re vera æſtimatio eſt niſi extare deſierit poſt litem conteſtatã. Tunc enim æſtimari commodè poteſt citra iuſiurandum, inſpecto ſcilicet tempore litis conteſtatæ quod ęquè inſpiciendum eſſet etiamſi hodie res extaret, vt in ſequentibus dicemus. Cui conſequens eſt vt iuſiurandum hoc non poſſit dici veritatis, quia cũ neſciri poſſit quãti res nunc ſit, quæ ſic perempta eſt vt tamen adhuc extare credatur, fieri etiam nequit vt pręſtito iureiurando ſciatur an ex veritate an ex adfectione actor iurauerit. Debet igitur iuſiurandũ hoc dici *neceſſitatis* potiùs quam *veritatis*. Illud ſanè libenter fateor, quod ſicut in bonę fidei iudiciis interdum permittitur iurare in infinitum ſalua iudicis taxatione ſi in immenſum iuratum ſit. *l. videamus 4.§.iurare eo,* ita in ſtricti iuris actionibus ęquè facilè permittendum actori vt in infinitum iuret. Nam cùm in his non tam iuretur ob id quod iurari æquum ſit aut iuris rationi conſentaneũ, quàm quia nihil ſit quod melius dici poſſit, quódque rei neceſſitas eò adigat iudicem vel inuitum, obſeruare ſanè iudex debet ne cum actore tam liberaliter agat, quã ſi is bonę fidei iudicio ad rem ſuam repetendam experiretur. Id verò ferre nullomodo poſſum, quod idem Bartolus putat *in l.3.de in lit.iur.* tractari de ſuo illo iureiurando veritatis ad ęſtimationem pręteriti temporis referendo: Tractat enim ibi Vlpianus de numis depoſitis, ac proinde ex eo bonę fidei iudicio debitis, ex quo in litẽ iurari ſolet ſi aliud nihil obſtet *l. 1.§.in depoſiti & l.5.ff.depoſit.* Et ait non ob id quod numi depoſiti ſint permittẽdum eſſe *ei qui* depoſuit vt iuret quanti ſua interſit, ſi non reddantur, quia, inquit, numorum, certa eſt ęſtimatio, non ſicut cęterarum rerum incerta, & pro hominum arbitrio conſtituenda, nec proinde quicquam cauſæ eſt cur ad numos æſtimandos iurari in litem oporteat, *niſi fortè de eo quis iuret quod ſua interfuit numos ſibi ſua die redditos eſſe.* Adiectio enim diei vel loci facit, vt etiam ratione pecunię præſtandum ſit id quod intereſt, quod alioqui ne in infinitũ facilè excurreret nunquã præſtaretur. Non enim poteſt in infinitum excurrere quod ex loci vel temporis adiectione certum modũ habet. Hoc ipſum verò, quãtùm ratione loci aut temporis interſit, iureiurando actoris non minus æſtimãdum eſt quàm ſi de merce aut ſpecie æſtimanda ageretur, cum bonæ fidei iudicium exercetur, & proprij actoris numi repetuntur, quia perinde agitur de fide rupta, nec ratio vlla eſt propter quam mitius agi debeat cum depoſitario numorum fidem rumpente, quàm ſi qua merx aut ſpecies depoſita fuiſſet. Cur nõ igitur ei permittetur vt ex adfectione iuret ẽt ſuprà quàm reuera interſit? Nam ſi dicas non poſſe locum eſſe adfectioni proptereà quod certa ſit numorum æſtimatio, æquè dicam, facilè fieri poſſe iuſtum ſpeciei aut mercis precium, neque tamen eo minus iurari in litem proptereà quod interſit actoris rem ſuam habere. Eóq; caſu non tam rem pluris ęſtimari quàm contumaciã eius qui alienam rem retinet inuito domino *d. l. 1. de in lit.iur.* Sic igitur & in numis dicendũ eſt, quòd certa eorum ęſtimatio eſt, facere quidem, vt non debeat licere actori iurare quandiu nihil eius intereſt, id eſt quandiu nihil petere poteſt niſi corpora

ipſa

ipſa numorum, quia nihil prorſus intereſt an ea ipſa corpora quæ depoſuit an alia dummodo eius generis & bonitatis conſequatur. Sed ex quo incipit intereſſe quòd euenit adiecto tempore vel loco propter dolum depoſitarij qui nec niſi de dolo conueniri poteſt, nõ tam de corporibus numorum depoſitis agitur quàm de omni eo quod intereſt agentis, in quo & corpora ipſa continentur. Proinde non inſpicimus quanti re vera ipſius interſit, ſed quanti ſua intereſſe iuret, alioqui dolus & contumacia non puniretur, de cuius tamen pœna tum maximè agitur cùm iuratur in litem, ex bonæ fidei cõtractu. Idcirco autem Vlpianus *in d. l. 3.* refert ad tempus præteritum eam æſtimationem quæ fit per iuſiurãdum in litem, quòd tractat de æſtimando eo quod intereſt ratione temporis adiecti, & conſequenter ad id tempus quo reddi res debuit, neceſſariè referendo, non quòd ſola diei adiectio faciat vt eius temporis quod adiectum eſt præciſam æſtimationem ſpectari oporteat (præſens enim æſtimatio quæ maior eſſet ſpectari deberet, ſi de merce aut ſpecie æſtimanda quæreretur, vt dicemus in ſequentibus) ſed quoniam ſicuti pecuniæ nomine nunquam præſtatur id quod intereſt niſi cùm certus locus aut dies adiectus fuit, ita non plus eo nomine deberi poteſt, quàm temporis aut loci adiecti ratio patiatur, quod in æſtimanda merce vel ſpecie debita, licet certo die ſoluenda diuerſum eſſet. Nam quod hodie pluris intereſt, eius qui numos depoſuit ad certam diem reddendos, quàm tum interfuerit cùm dies venit, non tam ex eo proficiſcitur quòd numi ſua die redditi non ſint, quàm quia hoc ipſum quod interfuit redditos eſſe, tardiùs exſolutum ſit: itaque dicenda ea eſſet acceſſio acceſſionis, potiùs quàm rei debitę æſtimatio. Sed & in eo nimis euidenter errat Bartol. quod ait iuſiurandum adfectionis nunquam deferri niſi propter dolum commiſſum in non parendo iudici præcipiẽti rem reſtitui: id enim verè quidem dicitur in actionibus arbitrariis in quibus duplicẽ quodammodo ſententiam ferri neceſſe eſt, vnam de re reſtituenda, alteram de pręſtando eo quod intereſt arbitrio iudicis ni reſtitutio fiat *§. præterea. Inſtit. de action.* ſed non ſimiliter in actionibus bonę fidei ex contractu competentibus, ex quibus vna tãtùm condemnatio fit ex bona fide, rectáque condemnatur reus quãti actor in litem iurauerit, ſi rem actoris reddere dolo malo recuſet. Nam in arbitrariis iuſſum reſtituendi ideo præcedere neceſſe eſt, vt aliquid ſit quod poſſit inducere arbitrium iudicis, id eſt arbitrariam condemnationem, quoniam in iis nulla præcedit obligatio, nec aliud quicquam quod obligationis vice ſit ex quo poſſit ſequi condemnatio. At in actionibus bonę fidei, ſi tollas hereditatis petitionem, de qua ob hanc fortaſſe cauſſam dubitatum olim fuit, præcedit obligatio ex cõtractu, vel quaſi, quæ ſufficit ad inducendam perſonalem actionem, & ei actione condemnationem, vt pluribus à nobis tractatum eſt libro ſuperiore cap. 1. Proinde ſi depoſitarius actione depoſiti conuentus, dolo malo differat rei depoſitæ reſtitutionem, tam citò tamque facilè condemnari poteſt, quanti actor in litem iurauerit, quàm vt rem ipſam reſtituat, cùm nec aliter poſſit depoſiti condemnari quàm ſi ſit in dolo, quod ipſum ſufficit vt iuſiurandum deferatur. Idémque in aliis omnibus bonę fidei actionibus tractari poteſt ſi dolus interuenerit. Poſtremò vt hanc primam diſputationis noſtræ partem abſoluamus, in eo maximè peccat Bartolus quod tractat de æſtimatione per iuſiurãdũ in litem facienda: quaſi verò tanti res eſſe credenda ſit, quãti ſua intereſſe actor iurat. Quod ſanè abhorret manifeſtę à principiis iuris. Nam vt iam attigimus *ex l. 2. de in lit. iur.* cùm per iuſiurandum in litem creſcit condemnatio ex contumacia non reſtituentis, ſiue ad reſtitutionem teneatur ex præcepto iudicis ſine ex vi, & poteſtate contractæ obligationis, non pluris res fit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra rei precium. Quare habent prudentes iſta non modò pro diuerſis, ſed etiam pro contrariis Condemnari quem quanti res eſt, & condemnari quanti actor in litem iurauerit *l. ſi tutor. 8. eod.* vbi Marcellus ſcribit, ęquum non eſſe precio ſuo, id eſt quanti res eſt litem ęſtimari cùm & contumacia punienda eſt, & domini potius arbitrio precium ſtatuendum, vt non quod in rei veritate eſt inſpiciatur, ſed quanti res eſt ab actore ęſtimata, vt & in *l. penult. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. eſt vi exim.* licèt is locus de ea ęſtimatione loquatur quę per nudam actoris petitionẽ facta ęſt, non per iuſiurãdum in litem. Quin & dicimus multùm referre an quod intereſt agentis ſolùm æſtimetur, veluti cùm culpa punitur non reſtituentis vel non exhibentis, An verò dolus aut cõtumacia non exhibentis vel non reſtituentis puniatur, quod fit cùm in litem actor iurat *l. 2. de in lit. iur. l. ſemper 15. §. hoc interdicto & ſeqq. D. quod vi aut clam. l. quòd ſi poſſeſſor 71. D. de rei vindicat.* Abſurdũ igitur eſt dicere cum Bartolo æſtimari quanti res eſt per iuſiurandum in litem, quia quoties iuratur non ſolùm quanti res, ſed etiam quanti contumacia eſt, æſtimatur: & conſequenter abſurdum etiam eſt quęrere Cuius temporis ratio habenda ſit in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda. Nam cùm eo modo non tantùm res ipſa æſtimetur, vt diximus, ſed etiam contumacia quę ſemper durat, quis non videt in arbitrio & facultate iurantis poſitum eſſe vt æſtimationem quam pro arbitrio facit, referat ad quod vult tempus ſiue pręteritum illud ſit, ſiue pręſens? aut potiùs ad nullum, qui ſcilicet pro ratione habeat propriam voluntatem, iudice ipſo permittente? Hęc cùm ita ſint, alia igitur interpretatio quęrenda eſt ad Vlpianum in *d. l. 3. §. in hac D. commod.* vbi quod ait *in hac actione ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis ſimiliter in litem iurabitur: & rei iudicandæ tempus quanti res ſit, obſeruatur*, proculdubio accipiendũ eſt vt docere velit duo eſſe in actione commodati in quibus vt in cæteris omnibus ea actio cõueniat cum aliis bonę fidei iudiciis: quorum vnum illud eſt quod in ea iuratur in litem, quemadmodum & in aliis in quibus agit quis ad rem propriam contra doloſum repetendam: Alterum eſt, quod ſi quæratur de re quæ petitur, non ab actore per iuſiurandum in litem, ſed ab ipſo iudice æſtimanda quanti re vera ſit, rei iudicandæ tempus ſpectatur, vt in cæteris bonæ fidei iudiciis fieri ſolet, nõ litis conteſtatę, vt in ſtrictis. Alioqui ſi commentitiam illam Bartoli interpretationem ſequare, dicendum erit mancam & imperfectam eſſe Vlpiani ſententiam. Quid enim ſi aduerſus commodatarium in litem iurari non poſſit? Pone non eſſe cum in dolo ſed tantùm in culpa. Aut ne quidẽ in culpa ſed tantùm in mora, quę & poteſt vtique contrahi citra culpam vt diximus. His certè caſibus iuſiurandum in litem non defertur *d. l. in actionibus*, nec eo minùs tamen quęrendum eſt cuius temporis ratio habenda ſit in ineunda rei commodatæ quę non redditur, æſtimatione *d. l. 2. De in lit. iur.* Sed neque ſequentia illa *quamuis in ſtricti iuris iudiciis litis conteſtatæ tempus ſpectetur* ad eum caſum referri poſſunt, quo

by Google

agenti ex iudicio ſtricto iuſiurãdum in litem deferri oporteat, quandoquidem, vt docuimus quoties iuratur in litem iudicio ſtricti iuris, ideò iuratur, quia præſens æſtimatio debetur, quę porro niſi per actoris iuſiurandum ſciri non poteſt: Nec iurandi neceſſitas vlla eſſet, ſi referenda eſſet æſtimatio ad tempus litis conteſtatæ, aut vt Bartolus vult, ad tempus moræ. In quo etiam obſeruandum eſt Bartolum ab Vlpiano diſſentire. Vlpianus enim ſpectari vult tempus litis conteſtatæ, Bartolus moræ, ſi qua mora pręceſſerit litem conteſtatam. Ratio autem qua mouetur ille vt tempus moræ reponat pro tempore litis conteſtatę falſa etiã eſt. Etſi namq; in iudiciis ſtrictis nunquã iuratur in litem niſi mora præcedente, mora tamen non idcirco requiritur vt eius ratio aliqua habeatur in re æſtimanda, ſed ob id duntaxat, quòd ſi mora nulla præcederet, debitor ſpeciei interitu liberaretur, nec proinde ęſtimationem vllam deberet *d. l. ſi ex legati 23 de verb. obl. l. ſi fideiuſſor 19. D. de dolo.* Atqui non iuratur in litem in iudiciis ſtrictis niſi poſt rem peremptam ante litem conteſtatam quia facilè ſine delatione iuriſiurãdi poteſt iudex æſtimare rem quæ extat *d. l. in actionibus in fin. iunct. l. ſeq.* Ideóq; nimirum ſi poneres in ſpecie *l. numus 3. eod.* creditos fuiſſe non depoſitos numos qui ad certam diem reddi debuerunt nec redditi ſunt, dicam perinde quidem condemnari debere eum qui mutuos accepit in id omne quod intereſt creditoris ſuo die redditos fuiſſe, propter diei adiectionẽ, ſed negabo deferendũ eſſe in eã rem iuſiurandũ creditori, quia numi illi qui iudicio ſtricto repetuntur, nec poſſunt perire, cùm recipiant functionem in ſuo genere, nec incertam habere æſtimationem. Ceſſátq; hîc neceſſitas illa quæ ſola induxit vt in iudiciis ſtrictis in litem iurandum aliquando ſit inuita iuris ratione. Ad quod proculdubio idem Vlpianus noſter eo loco reſpicit cùm loquitur de numis depoſitis, vt intelligamus non idem eſſe in creditis, aut debitis ex ſtipulatione, alióve contractu ſtricto. Sic refutato Bartoli commento quod cæteri interpretes non alia ratione probaſſe videntur quàm quia nihil melius excogitare potuerunt quod dicerent, illa nobis cõcluſio & definitio certa ex Vlpiano relinquitur, Differre iudicia bonæ fidei à ſtrictis, cùm quæritur de rei debitæ æſtimatione alter etiam quàm per iuſiurandum ineunda: in iudiciis enim bonę fidei ſpectatur tempus rei iudicandæ, in ſtrictis, litis conteſtatę. Cui cõuenit Africanus in *d. l. hominẽ 37. mand.* vbi diſertè ſcribit aliud in mandato ſeruari, aliud in ſtipulatione, his verbis *Aliter in ſtipulatione ſeruatur. Nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur.* Non. n. tempus illud quo agitur aliud eſt, quàm quo litis conteſtatio fit, vt interpretes omnes conſentiunt, ſicut nec tempus quo petitur, De quo in *d. l. vinum, & dict. l. vlt. de condict. tritic.* quibus locis hoc ipſum traditur quod nos defendimus, in iudiciis ſtrictis ſi dies adiecta non ſit obligationi, eam præſtari æſtimationem quę fuit tempore litis conteſtatæ. Cur autem adiecta die aliud ſit, dicemus poſteà. Vnus tantùm iuris locus eſt qui Bartolum coegit vt ſupradictis erroribus ſe inuolueret, nullámq; inter bonæ fidei iudicia & ſtricta differentiam conſtituendam putaret. Is eſt in *l. pen. ff. de cond. tritic.* vbi idem Vlpianus ſcribere videtur in condictione triticaria quæ vel ſemper ſtricta vel ſaltem tam ſui natura ſtricti iuris quàm bonę fidei eſt, ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ, aut mortis ſi res perẽpta ſit, aut moræ ſi mora vel mortem vel cõdemnationem pręceſſerit. Sed priuſquàm de illius loci ſententia dicamus, recentiorum opiniones referendæ nobis ſunt, & refellendę, vt coniecturis noſtris proponendis locus fiat.

In quo eluceat differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris cum de æſtimandare debita tractatur.

Capvt II.

Recentiores interpretes in eo nobiſcum ferè omnes conueniunt quod proximè diximus, & euicimus contra Bartoli & ſequacium errorem: differre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm quæritur de ineunda citra iuſiurandum debitę rei æſtimatione: Sed in ea differentia explicanda quęnam & qualis ſit, diſſident valde inter ſe: nonnulli etiam à ſeipſis: ego omnino ab omnibus. Sunt qui putent differentiam in eo elucere, quod in iudiciis ſtrictis ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ *ex l. vinum 22. D. de reb. credit. l. vltim. D. de condict. triticar. l. hominem 37. D. mandat.* In iudiciis verò bonæ fidei tempus condemnationis, idque indiſtinctè, id eſt ſiue mora aliqua præceſſerit aut ſubſecuta ſit conteſtationem vel condemnationem, ſiue nulla: eámque Vlpiani apertiſſimam eſſe ſententiam *in l. 3. §. in hac D. commod.* vbi de hac quæſtione tractans ſcribit generaliter, in iudiciis bonę fidei tempus rei iudicandæ quanti res ſit obſeruari: in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ ſpectari, non adhibita ea diſtinctione: Moráne præceſſerit, an non. Quis verò credat fieri poſſe vt ad iudicem aut ſaltem ad ſententiam perueniatur, quin mora præcedat? Et hanc ſententiam vir quidam in iuriſprudentia noſtra maximus & præcipuę apud me auctoritatis, cuius nomini parcendum arbitror, aliquando ſequebatur, ac mirifica oſtentatione ingenij & eloquentiæ pluribus verbis quàm rationibus comprobabat. Sed tamen hanc ſententiam euidenter impugnat Pomponius *in leg. 3. §. vltim. de actio. empt.* Nam ſi per venditorem vini mora facta fuerit quominus traderet, placet Pomponio condemnari eum oportere vtro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit vel quo lis deducitur in cõdemnationem. Quod ſi per emptorem mora fuit, ęſtimari oportere precium quod ſit cùm agatur. Moræ igitur ratio habenda eſt, nec tempus condemnationis pręcisè ſpectandum in bonę fidei iudiciis, quale proculdubio empti & venditi iudicium eſt. Obſtat etiam Vlpianus niſi noua interpretatione donetur *in l. in hac penul. D. de condict. triticar.* vbi tractat de condictione triticaria quæ generalis eſſe creditur ad omnes tam bonæ fidei quàm ſtricti iuris actiones, adeóque ſi certam naturam habeat, ſtrictis propiùs ſanè accedit quàm iis quæ ſunt bonæ fidei, quia competit ex ſtipulatione & ex alia quacumque cauſſa ſiue res mobiles ſint ſiue ſoli, deniquę ad omnes res ſola excepta pecunia numerata *leg. 1. eodem titul.* Et tamen vult Vlpianus in ea actione ſi quæratur res quæ petita eſt cuius temporis æſtimationem recipiat, verius eſſe quod Seruius dicebat condemnationis tempus ſpectandum eſſe ſi res extet, ſin deſierit eſſe in rebus humanis, ſpectandum tempus mortis, vtroque autem caſu, id eſt ſiue res extet ſiue non, moræ habendã eſſe rationẽ: eius verò tẽporis quo lis fuerit conteſtata ne meminit quidem. Alij diſtinguunt an mora per debitorem cõmiſſa ſit néc ne. Si commiſſa ſit, non dubitant quin omnem frugum vtilitatem præſtari oporteat, ac propterea quanti plurimi fruges ſiue contractus, ſiue iudicij accepti condemnationis

nationis tempore fuerint æſtimari ex *d. l. 3. §. vlt. & l. ſi ſterilis 21. §. cum per venditorē de act. emp.* vbi verò mora nulla eſt, ſi in diem concepta fuit obligatio, æſtimationem quæ tunc ſit preſtari volunt, ex *d. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic. l. quoties 59. de V. O.* Sin dies adiecta non eſt, præſtari æſtimationem ex ſtrictis iudiciis inſpecto tempore litis cōteſtatę, in aliis verò quæ bonæ fidei ſunt, inſpecto tempore rei iudicatæ *ex dict. l. 3. §. in hac D. commod.* Ideo autem de frugibus loquuntur, quoniam aliud iuris eſſe putāt, ſi ſpecies debita proponatur, vt homo, vel fundus, vt fortiſſimam illam obiectionem effugiant ex *d. l. penult. de cond. tritic.* quam quia tractat de homine, coarctant ad eum caſum quo ſpecies debeatur, ne alioqui pugnet illa lex cum ſeq. quæ in ea ipſa cōdictione triticaria tempus litis conteſtatæ inſpici vult, ſi dies non ſit adiectus. Quæ fuit iam olim ſententia Irnerij à Franciſco Hotomano his ipſis ferè verbis expreſſa quæſt. 16. Illuſtr. quæſtionum. Sed quàm falſa ſit conſtat ex *d. l. 3. §. in hac D. commod.* qui locùs, vt Bartolus quoq; bene vidit, & contra Irnerium diſputauit, non niſi de ſpecie debita intelligi poteſt, quia quantitas commodati nequit, vt quantitas *d. l. 3. §. vlt. cum l. ſequen.* Non poteſt autem differentia quæ ibi traditur inter iudicia bonæ fidei & ſtricta locum habere, niſi æquè ad ſpeciem debitam referatur, id quod Vlpianus ait in iudiciis ſtrictis ſpectari tempus litis conteſtatæ. Idem etiam cōſtat ex *d. l. vl. de cond. tritic.* quæ cùm vult ſimiliter in condictione triticaria ſi dies adiecta non ſit inſpici conteſtationem, licet de vino, oleo & frumento loquatur, ſubiicit tamen de cæteris rebus idem iuris eſſe: quæ verba tam generalia qui reſtringere volunt ad cæteras res ſimiles, id eſt quæ mercis appellatione continētur, vt ſpecies excludant, faciunt procùldubio vim legi, & iniuriam iuris rationi, quæ certè non patitur vt ſpecies à mercibus hac parte ſeparentur. Itaque Iacobus Cuiacius cùm aliquando diſtinctionem illam mercium & ſpecierum probaſſet *tract. 3. ad Africanum ad l. mercis. 207. de verb. ſignif.* eā poſteà improbauit in interpretatione *l. hominem 37. D. mand.* vbi meliùs ſibi viſus eſt totam rem hanc videre, nec tamē vidit meo iudicio aut explicauit feliciùs. Differentiam enim quam inter bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia ab ipſis prudentibus conſtitutam agnoſcendam eſſe fatetur, ſic agnoſcit vt tamen effectu ipſo nulla prorſus eſſe videatur. Diſtinguit enim an mora aliqua condemnationem & conteſtationem præceſſerit, necne, & mora præcedente non dubitat quin ab eo tempore debeatur quanti plurimi vnquā res fuit ſiue moræ tempus illud ſit, ſiue litis conteſtatę, ſiue rei iudicatę, ſiue mortis cùm res debita talis eſt quę mori, & perire poteſt. Ex *§. vl. d. l. 3. de act. empt.* qui loquitur de iudicio bonæ fidei, ex *dict. l. hominem.* quæ loquitur de ſtricto. Denique ex *d. l. pen. de condict. tritic.* quæ tractat de cōdictione triticaria generali ad omnes, vt diximus, bonæ fidei & ſtricti iuris actiones. Hoc vero ſi ita eſt, vix dici poteſt quo demum caſu poſſit dici differre hac in re iudicia bonæ fidei à ſtrictis: niſi vno illo, qui vix vnquam contingat, quo perueniatur ad condemnationem citra moram. Nam ſi verum eſt quod dici ſolet, poſt litē conteſtatā omnes poſſeſſores eſſe pares, id eſt malæ fidei poſſeſſores & prędones *l. ſed etſi lege 25. §. ſi antè de petit. hered.* quāto minus fieri poteſt vt mora ſaltem per conteſtationem non contrahatur? Scilicet extra caſum illum ſingularem quem Papin. proponit in *l. 3. in princ. de vſur.* & de quo ſcripſimus li. 7. c. 1. Faciliùs ſiquidem eſt moram contrahi quàm malā fidem induci. Ergo vt iuris regula ad ea quæ frequētiùs accidunt quod par erat, accommodaretur, debuerat potiùs ſic concipi, vt tam in ſtrictis quàm in bonæ fidei iudiciis, vtro tempore pluris vnquam res fuiſſet, æſtimaretur in tempus vſque condemnationis aut mortis, niſi eo demum caſu quo mora nulla præceſſiſſet condemnationem. At longè aliter Iureconſulti locuti ſunt: ſpectandum ſcilicet in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ *dict. l. 3. § in hac commod.* Niſi ſi moræ tempore pluris res fuit *d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* In ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ, *d. §. in hac, & d. l. hominem 37. D. mand.* nuſpiam addita exceptione illa quam Cuiacius ponit, Bartolum ſecutus, niſi mora conteſtationem præceſſerit. Nam quod in eā rem adducit ille poſt cæteros verba illa Africani *dict. l. hominem, Niſi fortè per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret*, non ad quamlibet moram referendum eſt, ſed ad eam duntaxat quæ contrahitur per lapſum diei adiectæ in obligatione, cuius multò maior vis eſt quàm eius quæ cōtrahitur per extraiudicialem interpellationem, vt dicemus in ſequentib. Sed nec verum illud eſt, quod Cuiacius ait probari ex *d. l. pen. de condict. tritic.* pręcedente mora reduci æſtimationem ad tempus moræ, Id enim illo demum caſu admittit Vlp. quo ſeruus debitus deterior factus ſit poſt morā, ita innuens aliud dicendum eſſe ſi non deterior factus ſit puta claudus, & eluſcatus, ſed tantùm minoris æſtimationis, quod longè diuerſum eſt, vt docebimus ad eam legem. Sed & ratio illa quam Cuiacius & Hotomanus reddunt huius differentię quam verbo duntaxat agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, oſtendit manifeſtè fieri non poſſe vt in æſtimanda re ex contractu ſtricto debita, moræ quæ conteſtationem præceſſit ratio vlla habeatur. Aiunt enim differentiam ex eo deſcendere, quòd in iudiciis ſtrictis iudex ad eam ipſam quantitatem certam quæ in iudicium deducta fuit adſtrictus eſt, in iis verò quę bonæ fidei ſunt liberam ex bono & æquo æſtimādi poteſtatem habet *§. in bonæ fidei Inſtit. de act.* nec aliud in eis petitur, niſi quod iudex arbitrabitur & ęſtimabit dari debere ex fide bona atque ita facta relatione ad tempus rei iudicatæ. Nam ſi ita eſt vt eſt, fierine obſecro poteſt, vt iudex addictus actioni ex ſtipulatu adeóque verbis ipſis ſtipulationis, rationem vllam habeat moræ pręcedentis? Eſt enim id procùldubio extra cauſſam obligationis per ſtipulationem cōtractę, nec proinde aut contractus, aut iudicij ſtricti natura patitur, vt ob eam moram æſtimatio rei debitæ augeatur, non magis quam vt ex iudiciis ſtrictis, aut fructus, aut vſurę aliæve acceſſiones à die morę præſtentur. Id namque proprium ius eſt iudiciorum bonę fidei, quę pleniores ex bona fide & vberiores pręſtationes admittere ſolent. Reſtat igitur ne in aliis referendis & refellendis longiores ſimus, vt nouam noſtram de tota hac quæſtione coniecturam, quā dilucidè facere poterimus, proponamus.

Vera interpretatio l. 3. §. in hac D. commod. l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. de condict. tritic.

CAP. III.

DIſtinguēda procùldubio ſūt iudicia bonę fidei à ſtrictis, vt iā contra Bartolū probauimus ex *l. 3. §. in hac D. commod. & l. hominem 37. D. mandat.* Sed differentia longè aliter explicanda eſt quàm à recētioribus factū ſit. Tractabimus primùm de obligatione pura, mox de obligatione in diem certam cō-

Digitized by Google

cepta. Eſt enim quæſtio hæc tam perplexa, & ab aliis interpretibus adeò perplexè & inuolutè diſputata, vt nobis tanto magis laborandum ſit ne quid obſcure aut indiſtinctè dicere videamur. Si puta nō in diem obligatio fuit, dico in iudiciis ſtrictis inſpiciendum eſſe tempus litis conteſtatæ ad ineundam rei debitæ æſtimationem ex *dict. l.3. §. in hac & dict. l.hominem. l. vltim. D. de condict. tritic. l. vinum 22. D. de reb. credit.* Et quidem præciſè, id eſt ita vt neque rei iudicandæ tempus vllomodo ſpectetur (etiamſi mora contracta ſit per conteſtationem maiórque reperiatur debitæ rei æſtimatio tempore rei iudicandæ quàm fuerit tempore litis conteſtatæ) neque moræ illius quæ conteſtationem præceſſerit, tametſi tùm etiam pluris res fuiſſe proponatur. Mouet me primùm illud quod vt iam dixi in ſuperioribus nullo iuris loco ſcriptum reperies iudicem in æſtimanda re debita ex iudicio ſtricto ſpectare debere tempus rei iudicandæ. Nam quod ait *lex penultim. de condict. triticar.* quæ vna interpretibus omnibus tenebras offudit, condemnationis tempus inſpiciendum eſſe, longè aliam habet ſententiam quàm nos loco ſuo trademus. Quod autem nonnulli etiam in eandem rem obiiciunt ex *l. Iulianus 17. §. 3. D. de rei iudic.* prorſus alienum eſt à propoſita quæſtione. Ibi enim Vlpianus ex Iuliano hoc dumtaxat ſcribit ſi morā poſſeſſor fecerit in homine reddendo, & homo mortuus ſit, etiam fructuum rationem vſque ad tempus rei iudicatæ ſpectandam eſſe. Itaque non de iudicio ſtricto loquitur, ſed de vindicatione & actione in rē quæ eſt arbitraria, nec rurſus de æſtimatione rei, ſed de fructibus, & quidē eo caſu quo poſſeſſoris dolo aut culpa homo periit, quemadmodum nos eum locum ex aliis interpretati ſumus lib. 2. cap. 6. Proinde non poteſt in ea ſpecie locus eſſe propoſitæ quęſtioni de ineunda rei debitę ęſtimatione, quia ſiue dolus poſſeſſoris interceſſit, locus eſt iuramēto in litem per quod arbitrio petitoris non tantùm homo, ſed etiam poſſeſſoris dolus ęſtimatur. Sin culpa tantùm interuenit non dolus, aut ſi mora tantùm etiam citra culpam, ęquè locus eſt iuramento, non vt dolus qui nullus eſt, ſed vt res ipſa æſtimetur, quæ licèt non extet cùm tamē extare adhuc credatur, & debeatur, omnimodo æſtimāda eſt ex tempore præſenti, æſtimari autē à iudice ſine delatione iuriſiurandi nequaquam poteſt *l. in actionibus 6. §. plane D. de in lit. iur.* qui locus tametſi de ſtricti iuris iudiciis loquatur, tamen ad arbitrarias & bonæ fidei actiones in quibus faciliùs iurandi facultas concedi ſolet, multo magis pertinet, eadem non ſolùm æquitate ſed etiam neceſſitate in omnibus idem iurandi ius inducente. Nullus igitur in toto iure locus eſt quo probari poſſit in iudiciis ſtrictis ineūdam eſſe rei debitę æſtimationem inſpecto tempore rei iudicandæ, ſiue mora aliqua cōteſtationē præceſſerit ſiue nulla. Nec vllus rurſum, qui probet moræ conteſtationē præcedentis rationem vllā in hoc iudiciorum genere haberi oportere. Quod e. ſcriptum eſt *in d. l. vinum 22. de reb. cred. d. l. vltim. de cond. tritic. & in d. l. quoties 59. de verb. oblig.* tāti æſtimandā rem quæ petitur per cōdictionem triticariā, quāti fuiſſet eo die quo dari ex conuentione debuiſſet, ad propoſitam diſputationem non pertinet. Tractamus enim de pura obligatione, non de ea quæ diē certam habuerit, de qua ſunt omnes illi loci. Quantum verò diſtet inter moram quæ per lapſum diei expreſſim adiectæ, & eam quæ per interpellationem extraiudicialem contrahitur, ſuo etiam loco dicemus. Idem reſponderi poteſt ad Africanum *in dict. l. hominem.* Illa enim verba *niſi fortè per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret* oſtendunt ſatis, non tam nocere debitori quod interpellatus non ſoluerit, quàm quod non ſoluerit *ſua die* id eſt ea ipſa die, in qua vt ſolueretur, conuenerat. Itaque extra caſum illius exceptionis quæ ſola placuit Africano, id eſt, ſi de ſolutionis die nihil dictum ſit, ſequemur definitionem illam generalem ab Africano ipſo ibidem traditam, vt ſi ex ſtipulatione agatur, & præſtanda ſit æſtimatio, tempus illud, quo agitur, ſpectetur: id eſt tempus litis conteſtatæ. Moueor etiam, ex eo quòd mora quæ pręcedit litis conteſtationem, non poteſt maioris eſſe poteſtatis quā quæ per conteſtationem ipſam contrahitur. Tanto enim potentior eſt conteſtatio quàm extraiudicialis interpellatio, quanto impudentior ille eſt qui pro re quam ſcit ſe debere, patitur vocari in ius, & apud iudicem aut negat ſe debere, aut ex alia quacunque cauſa differt ſolutionem. Nam & inde fit vt per conteſtationem inducatur mala fides quę alioqui per ſolam interpellationem extraiudicialem non induceretur, *leg. ſed ſi lege 25. § ſi antè D. de petit. hered.* Atqui fatentur recentiores, ſi mora nulla conteſtationē pręceſſerit, non poſſe conteſtationem facere vt quāti plurimi res ab eo tempore fuit in diem vſque cōdemnationis, pręſtari debeat actori. Hanc enim ſolā differentiam hac parte agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, in eóque ſolo diſſentiunt à Bartolo & antiquioribus, qui conteſtationem non minoris efficaciæ voluit eſſe quàm interpellationem extra iudicium factam. Cur ergo ex cōtrario dicemus plus poſſe morā extraiudicialē, vt totius temporis exinde ſecuti rationē haberi oporteat? Sed me omniū maximè mouet ratio ipſa iuris, quæ præcipua mihi ſemper lex eſt, & omnibus eſſe debet. Quale quid eſt cū petitur, tale dari debet, inquit Papinianus *in l. 2. D. de vſur.* vbi ob hāc cauſſam vulgo receptum eſſe ait vt ex ſtrictis quoque iudiciis poſt litem conteſtatam cauſſa præſtetur, id eſt acceſſiones naturales vt fructus *l. videamus 38. §. ſi actionem de vſur.* Ea igitur æſtimatio præciſè præſtanda eſt, quæ fuit cùm res peteretur. Alioqui non poſſet videri præſtita res qualis tunc fuiſſet, ſi alterius temporis æſtimatio præſtaretur. Dices fortaſſe rationem hāc ſi rectā eſt facere potiùs, vt ęſtimatio creſcere debeat à die litis conteſtatę in diem vſque condemnationis. Nam ſi Papiniano idonea viſa eſt ad inducendam condemnationem fructuum poſt litem conteſtatam perceptorum, qui licet ex re ipſa nati ſint, vbi tamen ſeparati fuerunt à fundo in aliam rem & ſpeciem tranſierūt, quidni erit accommodatior ad perſuadendū, quòd æſtimatio quę nihil aliud eſt quàm res ipſa quę petitur, ex die litis conteſtatę augeatur? Sed reſpondeo nō eſſe hęc ſimilia: vel ob hoc ipſum quod æſtimatio illa de qua tractamus, vſque adeò intelligitur res ipſa eſſe quę petitur, vt ſi aliud quàm litis conteſtatę tempus in ea conſtituenda ſpectandum eſſet, alia proculdubio res dari videretur, quàm quæ petita eſſet, certè non qualis tùm fuiſſet. Fructus verò ideo debentur à die litis conteſtatæ, quod non videretur alioqui reddita res, qualis fuiſſet tempore iudicij accepti, cùm ſi reddita fuiſſet, eos fructus actor deinde percepiſſet. Denique ęſtimatio ſemel deberi cœpta certo tēpore inſpecto, omnes alias ęſtimationes excludit, quę aliis inſpectis tēporibus cōſtitui poſſent: quia quemadmodum ſemel tantùm id debetur quod non niſi ſemel poſitum eſt in obligatione, ita non niſi vnius præciſe temporis ratio haberi poteſt in eo ęſtimando. At non excludit

ſimiliter

ſimiliter ea certi tẽporis æſtimatio acceſſiones naturales, quæ nihil cum ea commune habẽt niſi quod ipſam ſequuntur ſicut & rem ipſam ſi extaret ſequerentur *d.l. Iulianus* 17. §.1. *D. de rei vindi.* Indiget autem ſupradicta Papiniani ratio maiore aliqua luce. Id ipſum enim obſcurum eſt cur in iudiciis ſtrictis quale quid eſt cùm petitur tale debeat dari, nec præcedentis aut ſubſequentis temporis vlla prorſus ratio habeatur? Puto id pendere ex veteribus formulis iudiciorum quas prætor dictare ſolebat cùm iudices daret in hora ipſa conteſtationis. Erant autem hæc ferè verba formulæ ſolẽnia *ſi paret Lucium Titium Sempronio debere centum aut hominem ex ſtipulatu tunc eum Sempronio condemnato.* Referebantur itaque ad tempus præſens, id eſt litis conteſtatæ & iudicij accepti, ſiue ſtrictum ſiue bonæ fidei iudiciũ proponeretur. Eáque ſola erat differentia ex qua innumeræ aliæ ſequebantur, quòd in bonæ fidei iudiciis addebatur in formula *ex fide bona*, quibus verbis poteſtas fiebat iudici de iis quoque iudicandi quæ litis conteſtatæ tempore non debebantur, ſi modò id æquitas ſuaderet, vt puta de vſuris, de eo quod actoris intereſſe poſteà cœpiſſet, de interponendis cautionibus & aliis huiuſmodi. Proinde ſi quando neceſſe erat ſic ferri ſententiam vt pro re ipſa quę debebatur eius æſtimatio deduci deberet in condemnationem, fieri nõ poterat vt iudex ſtricto iudicio addictus, aliam quàm litis conteſtatæ æſtimationem ſequeretur, ſiue mora iam antè contracta eſſet, ſiue nõ: etſi non ex contractu ſtricti iuris perinde contrahitur mora etiam per ſimplicem interpellationem ac multo magis per conteſtationem atque ſi ex bonę fidei contractu debitum eſſet, nõ tamẽ poteſt ea mora prodeſſe ad inducẽdas vberiores præſtationes, quas in aliis iudiciis induci bona fides ſuaderet, ſed ad hoc tantũ vt perpetuet obligationem ſi fortè ſpecies debeatur, quę perire facilè poteſt, & qua perempta ſi mora nulla præceſſiſſet debitor liberaretur *l. ſi ex legati* 23. *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur. & §. vlt. de verb. oblig.* Nam in merce quæ nec perire nec deterior fieri vllomodo poteſt, quia in genere conſiſtit, nullius planè momenti eſt mora quoties debetur ex contractu ſtricto. Taceo quod nec ſolet nec poteſt mora augere principalem obligationẽ, id eſt facere vt plus in obligatione ſit poſt moram, quàm fuerit ante moram, ſed mouere duntaxat officium iudicis vt acceſſionũ præſtationibus augeat ex bona fide & æquitate condemnationem, nimirum quoties actionis natura tale iudicis officium vel arbitrium admittit, id eſt in bonæ fidei actionibus, & in arbitrariis, non etiã in ſtrictis. *l. quæro* 54. *D. locat. l. qui per colluſionem* 49. *§. vlt. de actio. empt.* Nec aliud iuris eſt in ea mora quæ contrahitur per conteſtationem, quia nouatio illa quæ per conteſtationem fieri dicitur ſicuti non debet facere deteriorem creditoris condicionem. *l. non ſolet* 86. *de regul. iur.* ita nec poteſt facere hac parte meliorem. Neque enim immutat naturam obligationis ex qua primùm agi cœptum eſt, eiuſdémque condicionis manet actio cuius anteà fuit *l. aliam* 29. *D. de nouat.* quãdoquidem ad actionem illam quæ primùm fuit, accommodatur formula prætoris, cuius poteſtas in diem vſque iudicati durat. Igitur ſiue poſt moram extraiudicialem ſiue poſt iudicialẽ quæ per cõteſtationem contrahitur, rei debitæ æſtimatio creuerit, non idcirco tamẽ aliam æſtimationem iudex ſequetur, quàm quæ fuit tempore litis conteſtatæ. In eóque mirandum eſt hallucinatos recentiores interpretes ignoratione eius ipſius iuris cuius rationem non ignorarunt. Veteribus enim minùs ſuccenſendum eſt, qui in iis omnibus quæ ad veterum iudiciorum formulas ritúſque pertinebant, nihil prorſus viderunt. An igitur moroſa debitori fruſtratio ſua proderit? Minimè. Sed nec nocebit, quoniam iudicium quòd exercetur tale eſt vt ob moram debitoris pinguior creditoris actio fieri nequeat: Nec magis poteſt conqueri creditor de iniquitate iudicij quàm de ſeipſo cur ita contraxerit, neque meliùs ſibi proſpexerit, aut cur citiùs litem conteſtatus non ſit. Aliud autem eſt moram alicui ſuam prodeſſe, aliud, non nocere: quamquam nec abſurdum eſſet prodeſſe in eo iudicij genere, in quo nulla prorſus moræ ratio haberi poteſt. Prius enim eſt vt moræ rationem aliquam haberi oporteat, quàm vt de eo quæri poſſit, An mora prodeſſe debeat aut nocere, necne. Et hæc quidem de iudiciis ſtricti iuris. In iis verò quæ ſunt bonæ fidei longè aliter obſeruandum arbitror: In iis ſcilicet cùm agitur de re debita æſtimanda non ſpectari præcisè tempus litis conteſtatæ, quomodo in ſtrictis, ſed etiam rei iudicandæ *d.l.* 3. *§. in hac D. commod.* Nimirum ſi eo tempore quo ſententia redditur, pluris res ſit *l.3. §. vlt. D. de action. empt.* Nam ſi tempore litis conteſtatę pluris fuit, vtique eius temporis habenda erit ratio, Ne aliter poſito iure accidat vt debitoris ob id melior condicio ſit quod bonę fidei iudicio ex mora conueniatur: Cùm ſi ſtricto cõueniretur, eam deberet ęſtimationem vt diximus quę fuiſſet tempore conteſtationis. Si enim tempus morę etiam extraiudicialis ſpectãdum eſt cùm pluris eo tempòre fuit *d. §. vlt. l.3. de action. empt.* quidni multo magis ſpectabimus tempus morę quę in iudicio contrahitur? Quamobrem verò non conteſtationis pręcisè vt in ſtricti iuris actionibus, ſed rei quoque iudicandę tempus in his ſpectetur, ratio illa eſt, quam in ſuperioribus iam attulimus, quòd in bonę fidei iudiciis non tam inſpicitur quid debeatur, & in obligatione ſit, quàm quid ex bona fide pręſtari æquum videatur. Facit enim formula poteſtatem iudici condemnandi ex bona fide, & conſequenter bonæ fidei ratio quam in eo contractuum & iudiciorum genere præcipuã haberi conuenit ad tempus condemnationis refertur, quod in ſtrictis ſecus eſſe diximus. Apertiſſimè autem æquum eſt pręſtari agenti ex bonę fidei contractu vtro tempore pluris res fuit conteſtationis aut condemnationis irrogandæ quia ſiue data fuiſſet res quo tempore petita eſt darique debuit, nunc eam haberet creditor, ſiue data non ſit, ſaltem hodie dandum eſt quod iam olim dari oportuit. Quæ perelegans Pauli ratio eſt in *l. ſi ſterilis.* 21. *§. cùm per venditorem. eod. tit. de action. empt.* Cùmque ex æquitate quadam ad obligationis naturam accommodata, potiùs quàm ex ipſius obligationis iure ratio illa deriuetur, mirum non eſt ſi non perinde in iudiciis ſtrictis locum habere poſſit. Nec conturbare nos debet, quod prudentes quibus locis tractant de ineunda rei debitę æſtimatione in iudicio bonę fidei, nuſpiam meminerunt litis conteſtatæ. Id enim ab iis ratione illa factum videri debet, quòd ſi vt plerumq; fit mora per interpellationem extraiudicialẽ contracta ſit ante conteſtationem, non conteſtationis licèt tunc res pluris fuerit, ſed pręcedentis morę tempus ſpectari oportet *d. §. vltim. l.3. eod.* Non quòd in bonę fidei iudiciis magis quàm in ſtrictis mora poſſit augere principalem obligationem, ſed quia ſi bonam fidem ſpectes parum intereſt an quid petatur per iudicẽ an per extraiudicialem interpellationem, quandoquidem iudicium non niſi in inuitũ

redditur, *l.inter ſtipulantem* 83.§.j.*de verb.oblig.* non etiam in eum qui bonam fidem agnoſcere, ac præſtare paratus eſt *l.quoties* 9.§.*ſicut antè de adminiſtr. & peric.tutor.* Cæterùm verba illa d.§. vlt. *vtro tempore pluris fuit* mouent me vt ſentiam, quod ucmo fortaſſe vnquam dixit, probántque ni fallor euidenter, totius intermedij illius tẽporis, quod inter moram ſiue iudicialem, ſiue extraiudicialem & cõdemnationem intercedit, nullam prorſus habendam eſſe rationem, Quia cum æſtimatio quãti plurimi, vt vocãt, nihil aliud ſit quàm res ipſa quæ debetur, aut ſaltem eius rei vicem obtineat *d.l.ſi ſeruum* 91.§.*vlt.de verb.oblig.l.promiſſor Stichi* 21.*l promiſſor hominis* 23.*de conſtit.pecun.* non ad aliud tempus accommodari poteſt quàm quo res vel petitur in iudicio aut extra iudicium, vel adiudicatur: Totúmque mediũ tempus debitori quantumlibet moroſo immune eſt, niſi ab acceſſionibus, quas officium iudicis ex mora eliecre debet, vt puta vſurarum, & eius quod intereſt actoris: aut quæ cùm ſint naturales rem ipſam debitã neceſſariò ſequuntur, cuiuſmodi ſunt fructus *d.l.*2.*d.l.videamus* 38.§.*ſi actionem cum ſeqq.de vſur.d.l. Iulianus* 17.§.j.*D.de rei vindicat.* In eóq; maximus & ferè perpetuus interpretum noſtrorum omnium error eſt, quod ſiue moræ ſiue litis cõteſtatę ſiue rei iudicandæ tempus ſpectari velint, non dubitant quin præſtandum ſit actori quanti plurimi ab eo tempore res vnqoam fuit, nec ſolùm ſi ex bonæ fidei iudicio agatur, ſed etiam quod magis mirum eſt, ſi ex ſtricto. Quaſi verò æſtimatio quãti plurimi ſit cauſſa quædam, vel acceſſio, quæ fructuum exemplo, vel vſurarum, vel eius quod intereſt in dies ſingulos augeatur, nec ex quo aucta eſt vnquam decreſcat, tanquam ſemel deberi cœpta. Imo verò res ipſa eſt quæ debetur, quæ proinde ſemel deberi cœpta nunquam creſcere poteſt, nec ſi propter dolum debitoris aut poſſeſſoris iurari poſſit in litem *l.*1.*&* 2.*D. de in lit. iur.* Itaque ſi ponas inſpiciendum eſſe tempus moræ vt in iudiciis bonę fidei ſi eo tempore pluris res fuit quàm cùm lis in condemnationem deducitur, noli dicere æſtimationem illam creſcere vt ea debeatur quæ medio tempore maior fuit: Ita enim tecum pugnares, qui iam dixiſti eã debitam fuiſſe æſtimationem quæ tempore moræ fuit: Neque enim fieri poteſt vt maior æſtimatio quæ ſecuta eſt eadem ſit cũ minore quæ præceſſit: cũ æſtimatio conſiſtat in precio, indéque fiat vt quantulumcunque augeatur vel minuatur, alia æſtimatio ſit *arg. l. pacta conuenta* 72.*D.de contr.empt.* Quare nec vnquam ſic prudentes loquuntur vt dicant præſtari debere quanti plurimi res fuit ab vno tempore in aliud tempus, ſed præciſè quanti fuit hoc vel illo tempore *d.l.*3.§.*vlt.de act. empt.* Niſi cùm tractant de cõdictione furtiua, in qua hoc ſpeciali quodam iure receptũ eſt odio furis, qui à tempore commiſſi furti moram facere intelligitur quolibet inſtanti, & ſine intermiſſione *l.in re* 8.§.j.*ff. de condict. furt.* qui vnus in hanc rem de quanti plurimi æſtimatione locus eſt. Nam in aliis perſonis, licet moræ iam contractæ effectus ſit perpetuus, tamẽ non niſi ſemel interueniſſe mora intelligitur. *l.Titia Seio* 87.§.*vſuras.de legat.*2. Itáq. nihil intereſt an dicas, In condictione furtiua æſtimari rem furtiuam inſpecto tẽpore moræ præciſè, An verò quanti plurimi vnquam res fuit ab eo inſtanti quo furtum admiſſum eſt, cùm vnoquoque inſtanti noua mora per furem contrahi videatur. Et in hoc etiam labitur cõtrario errore Cuiacius, cùm id quod dicimus, furem teneri condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit ſic intelligit, vt fur condemnandus ſit vtro tempore pluris res fuit, aut facti furti, aut litis cõteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Multum namq; refert an dicas deberi *vtro tempore pluris res fuit* quomodo Vlp. loquitur in *d.l.*3.§.*vlt.de act.emp.* an verò *quanti plurimi vnquam res fuit* quę eiuſdem Vlpiani verba ſunt de condictione furtiua tractantis in *d.l.*8.§.1.*de condict.fur.* Prior locutio totius intermedij temporis æſtimationem excludit, poſterior includit: vt ex eo apparet quod cùm lex Aquilia eam ęſtimationem complectatur quãti eo anno plurimi res fuit, nullum aliud tempus eſt ex quo poſſis eam ęſtimationem metiri, præterquã ſingula totius eius anni inſtantia. Fit enim cõputatio illa anni retrorſum ex eo primùm die quo quis occiſus aut vulneratus eſt *l.ait lex* 21.*D.ad leg. Aquil.* ac proinde ita vt neq; delicti neq; cõteſtationis, neq; rei iudicandę aut iudicatæ, neq; mortis tempus toto eo anno vllum ſit. Nihil autem hac parte inter actionem legis Aquilię, & furtiuam condictionem intereſt vt idem Vlp. ait in *l.*2.§.*quæſitum de priuat. de hct.* niſi quod condictio furtiua nõ egreditur retrorſum tempus iudicij accipiendi, id eſt litis conteſtatę, vt nos contra Accurſiũ & Cuiacium probabimus, infrà cap.11. Ergo queadmodum ſingulis momentis totius anni de quo lex Aquilia loquitur, creſcente æſtimatione ſerui occiſi aut vulnerati, creſcit condemnatio, ita & dicendum eſt furem qui condictione furtiua conuenitur, non ſolùm condemnari debere vtro tempore res furtiua pluris fuit aut furti admiſſi, aut litis conteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis, quomodo putat Cuiacius, ſed quanti plurimi vnquam fuit, id eſt vel minimo vno inſtanti ſiue aliquo ex iis temporibus quæ diximus, ſiue medio inter ea tempora interuallo. Cæterùm extra eam cauſſam cõdictionis furtiuæ & legis Aquiliæ nullibi reperias præſtari æſtimationẽ quãti plurimi vnquam res fuit. Et interpretum noſtrorũ & pragmaticorum non prudentium vox illa eſt toties in tribunalibus omnibus decantata. Videamus iam quid reſponderi poſſit ad *l.peu.de condict.tritic.* Is vnus enim locus eſt qui aduerſus ea omnia quæ conſtituimus, vrgere maximè videatur.

Ad l.penult.D.de condict.triticar.

CAP. IIII.

SEntentia huius legis illa magis communiter eſſe creditur, vt ſi agatur cõdictione triticaria, & quęratur, cuiuſnam temporis ratio habenda ſit in ineũda rei debitæ æſtimatione tempus iudicandi ſpectetur ſi res extet, nulláque mora præceſſerit, ſin antè ſententiam res extare deſierit, tempus mortis, latius tamen ſumptum & ἐν πλάτει vt Vlpianus ait, ne alioqui preciũ ſerui fortaſſis mortiferè vulnerati ad exiguam ſummam deducatur. Si denique mora præceſſerit, tempus moræ inſpiciatur. Hoc verò ſi ita eſt, vtique falſa ſunt omnia quæ nos de bonæ fidei & ſtricti iuris iudiciis hucuſque diſputauimus. Nam cùm condictio triticaria ſit generale nomen actionum omnium perſonalium, ex quibus aliquid petitur, quodcunque tandem illud ſit præter ſolam pecuniam numeratam, ſiue certum ſit, ſiue incertum, ſiue mobile, ſiue ſoli adeóque ſiue in iure, ſiue in corpore conſiſtat *l.*1.*ſi l.tit.* Conſequens eſt vt quod de cõdictione triticaria verè & commodè dicitur, de omnibus actionibus ſpecialibus ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtricti iuris perinde generaliter & indiſtinctè dici poſſit, ídque vel ex philoſophorum dicto: quęcumque

quęcumque de genere dicuntur, ea & ſpeciebus omnibus conuenire. Nulla igitur differentia relinquetur inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quæ tamē ponitur apertè in *d.l.3.in hac.D.commod. l.hominem 37.D.manda.l.3.§.vlt.de actio.empt. iunct.l.vinum* 22. *de reb.cred.l.vlt.de condict.tritic.* Auget dubitationē quòd ea Vlpiani ſententia quæ extat *in d. l. penult.* videtur diſcrepare ab iis omnibus quæ obtinere diximus tam in bonæ fidei iudiciis quàm in ſtrictis. Nam in ſtrictis diximus inſpici præcisè tempus litis conteſtatæ, neque aut præcedentis moræ, aut etiā ſequentis rationem vllam haberi, multo minùs verò rei iudicandæ. Vlpianus contrà vult ſpectari tempus condemnationis aut moræ, litis vero conteſtatæ ne meminit quidem. In bonæ fidei verò iudiciis diximus ſpectari vtro tempore pluris res fuit: aut moræ extraiudicialis aut litis conteſtatæ ſi mora nulla cōteſtationem præceſſerit, aut rei iudicādæ, medij verò temporis ęſtimationem non curari. Vlpianus cōtrà ſi medio tempore res petita deceſſerit, tempus mortis ſpectandū eſſe ait, non cōteſtationis aut condemnationis. Sed nec videtur poſſe dici quam rationem illud habeat quod ait de tempore mortis ſpectando. Aut enim ponimus deceſſiſſe hominem ante moram, aut poſt moram. Si ante moram & nullo dolo factóve debitoris interueniente, conſtat interitu ſpeciei liberationem debitori contingere, nec proinde quæſtionem de pręſtanda æſtimatione vllā ſupereſſe *l.ſi ex legatis* 23.*l.ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur. & §.vlt.de verb.oblig.* Sin poſt moram, aut lite iā conteſtata, aut non. Priore caſu litis conteſtatæ tempus neceſſariò ſpectandum eſt, pręſertim ſi contractus fuit ſtricti iuris, quia & ſpectandum eſſet etiamſi res extaret, neque præſtaretur. Poſteriore verò caſu ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris contractus proponatur, & ſiue dolus debitoris vel poſſeſſoris interceſſerit, ſiue non, locus neceſſariò eſt iuramento in litem, ad rem ipſam arbitrio actoris æſtimandam, quia cùm adhuc res debeatur & extare videatur, ęſtimatio proculdubio debetur, *l.eum qui* 30.§.1.*de iureiur.* æſtimari autem ſine delatione iuriſiurandi non poteſt res quæ non extat, inquit Marcianus *in l.in actionibus* 6. *in fine.de in lit.iur.* Ex quo loco iam ſuprà probauimus pręſentem æſtimationem hoc caſu deberi non eam quæ fuerit tēpore morę, aut mortis: quia ſi qua ex iis deberetur nihil neceſſe eſſet recurri ad iuſiurandum, cùm nihil ſit facilius, quàm æſtimari rē quæ nō extat inſpecto eo tempore quo extitit, vt is ipſe Vlpiani locus probat, de quo tractamus. Nam cùm ait Vlpianus peremptа ſpecie debita mortis tempus inſpici debere, non ponit neceſſarium eſſe iuſiurādū in litem vt ea ęſtimatio ineatur. Nullius ſiquidem temporis vt dixi ratio haberi poteſt in æſtimāda re quæ non niſi arbitrio & iureiurando actoris æſtimatur. Sed &, quod magis mirum eſt, in ea ipſa actione de qua agitur *in d.l.penult.* id eſt in condictione triticaria prorſus diuerſum ius conſtitutū eſt à Paulo *in l.vlt.eod.tit.* vbi ſcribit ille, ſi certa die ſolui res debuit, eius diei æſtimationem ſequendam eſſe, ſin pura fuit obligatio id tempus ſpectandum eſſe quo petita res eſt acceptúmque iudiciū: de tempore autē condemnationis, aut morę, aut mortis verbū nullū. Nec tamē poſſis dicere pugnātes fuiſſe in hac quæſtione Iureconſultorum ſententias. Alioqui dicendum erit Vlpianum *in d.l.penult.* non modò à Paulo *in d.l.vlt.* & à cæteris diſſentiiſſe, ſed etiam à ſeipſo, *in d.§.in hac l.3. D.commod.* vbi eam inter bonæ fidei iuditia & ſtricta differentiā quam nos defendimus, tam apertè tradit, vt non potuerit apertiùs. His nimirum rationibus planè perſuaſum habeo non eam poſſe Vlpiani ſententiam eſſe *in d.l.penult.* quæ vulgo creditur, ſed aliud quiddam Vlpianum animo agitaſſe quod à nullo interprete hucuſque perceptū ſit. Quis enim id probet quod antiquus quidā gloſſator dicebat intelligendum Vlpianum nō de omni condictione triticaria in genere quæ tam ſtrictas quàm bonę fidei actiones comprehendat, ſed de ea tantùm quæ ſit bonæ fidei? Primùm enim verba legis generalia ſunt, *In hac*, inquit Vlpian. *actione* nec niſi de condictione triticaria accipi poſſunt de qua iam egerat *in l.1.eod.tit.* vbi tamen tractauerat etiam de triticaria competente ex ſtipulatu, quæ ſanè non poteſt ſtricta non eſſe. Deinde non puto poſſe tam facilè defendi, quod noſtri volunt, condictionē triticariam & bonę fidei eſſe, & ſtricti iuris. Etſi enim generale non ſpeciale actionis nomen eſſe ſcio, magis tamen eſſe puto vt ſemper ſit ſtricti iuris, ſicut & cæteræ condictiones omnes tam generales qualis eſt certi condictio, quàm ſpeciales. Neque vero nouum eſt vt ex eadem cauſſa duæ actiones competāt, quarum vna ſit bonæ fidei alia ſtricti iuris, vt olim contingebat in dote cuius nomine ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Actio enim rei vxorię quę in eam rem competebat magiſque propriè dicebatur actio de dote, erat bonæ fidei, ex ſtipulatu verò ſtricti iuris, vſque ad Iuſtiniani conſtitutionem *in l. vnica.* C. *de rei vxor. act.* Sic ei, qui rem ſuam penes alium depoſuit, aut alij commodauit damus actionem perſonalem ex depoſito aut commodato quæ proculdubio bonæ fidei eſt, nec eo minus tamē accommodamus vindicationem quam bonæ fidei eſſe nemo vnquā dixit. Sic denique ne omnes conquiramus, contra furem eundémque rei furtiuæ poſſeſſorē datur vindicatio domino iure communi, quæ eſt arbitraria: nihilominùs datur etiam condictio, quæ eſt ſtricti iuris. Eadem igitur ratione dico non eſſe rectā conſecutionem ſi ex eo quod condictio triticaria poteſt dari pro re depoſita, vel cōmodata, inferre quis velit eſſe eam bonæ fidei, quemadmodum ſi depoſiti aut commodati ageretur. Nam actionem depoſiti aut commodati bonæ fidei illud facit quod ex bonæ fidei contractu naſcitur, Condictio autem triticaria non tam naſcitur ex contractu, quàm ex eo quod alienam rem aut alteri debitam iniuſtè & ſine cauſſa poſſideat quiſquis ille eſt cui condicitur: licèt aduerſus eum detur qui ex contractu eſt obligatus. Quamquam nec verum eſt competere eam aduerſus depoſitarium aut commodatarium ſi dominus fuit is qui depoſuit aut commodauit. Iuris enim regula eſt neminem poſſe rem ſuam condicere niſi à fure, cuius odio id ſpecialiter receptum eſt quo pluribus actionibus teneatur *d. l. 1. §.vlt.de condict.tritic.l.1. D de condict.furt.l.vlt.D.vſufruct.quemadm. caueat.* Ergo non condicit qui rem ſuam repoſcit actione depoſiti aut commodati: Et ſi aliena res depoſita ſit aut cōmodata, cū nihilominus actio depoſiti & cōmodati cōpetat ex cōtractu, perinde dicendū eſt nō cōdicere eum qui agit depoſiti aut commodati, niſi eo ſenſu quo perſonales actiones omnes condictiones appellamus à vetere illo vſu condictionis, vt veteres loquebantur, id eſt denunciationis quam in perſonalibus actionibus exercendis prætedere neceſſe erat *§.appellamus.Inſt.de actio.* At nos cùm triticariam condictionem dicimus, non generale duntaxat nomē actionum perſonalium intelligimus(alioqui dicendus eſſet triticaria cōdictione is etiam

agere qui commodati aut depoſiti iudicio rem ſuã repoſceret, quod falſum eſt] ſed certum genus actionis licèt ex omni cauſa & ad rem quamlibet præterquàm ad rem noſtram, & ad pecuniam numeratam cõpetentis. Verius igitur eſt condictionẽ triticariã ex quacumque cauſa, & ex quocumque contractu detur, ſemper eſſe ſtricti iuris vt & cæteras omnes cõdictiones quæ certum & ſpeciale condictionis nomen habent, bonæ fidei vero nunquam. Quo magis mirum eſt quod Vlpianus *in d.l.penul.* nullam prorſus mentionem facit ſpectandi temporis litis conteſtatę, cuius tamen ſolius meminit *in l.3.§.in hac cõmod.* Tractans ibi de ineunda ęſtimatione rei debitę ex iudicio ſtricti iuris. Sed etſi verum eſſet, quod iſti volunt, poſſe triticariam condictionem interdũ etiam eſſe bonæ fidei, adeóque de ea ſola quę bonę fidei ſit Vlpianum *in d.l.pen.* intelligi debere, nondum tamẽ dubitationibus noſtris eſſet ſatisfactum. Quonam enim alio iuris loco ſcriptum reperias, Perempta re debita ex contractu bonæ fidei, ęſtimationem ineundam eſſe inſpecto tempore mortis? Imò verò paſſim ſcriptum eſt, interitu naturali debitę ſpeciei citra moram, liberari debitorem *d. l. ſi ex legati.* Mora verò contracta tanti ęſtimandam rem quanti actor in litẽ iurauerit *d.l.in act.§.planè.* Qui locus etſi de actionibus ſtricti iuris loquitur, tamen ad actiones bonæ fidei & arbitrarias multo magis pertinet quoties ceſſante dolo iurari ex regulis iuris non poteſt, ipſa tamen caſus neceſſitas iurandi neceſſitatem inducit: quod euenire iam ſuprà diximus, quotieſcunque res poſt moram perempta eſt ante conteſtationem, nec aliter quàm per iuſiurandum æſtimari poteſt, ſiue ex bonæ fidei, ſiue ex ſtricto iudicio aut arbitrario debita fuit. Quidni enim debeatur ea æſtimatio quę eſt tempore rei iudicandę, cùm etiam fructus perempti poſt moram hominis, ſi modò poſſeſſoris dolo aut culpa perierit, in id vſque tempus quo res iudicatur præſtandi ſint? *l. Iulianus 17.§.1.ff.de rei vindicat.* Quare ſubtiliores nonnulli veterem illum interpretem Irnerium ſecuti diſtinctionem induxerunt, an merx, an ſpecies debeatur. In merce debita admittunt quod tot locis ſcriptum eſt ſpectari tempus litis conteſtatę, in ſpecie verò volunt eſſe verius quod Vlpianus ait *in d.l.penult.* inſpici tempus condemnationis. Et ſanè non poteſt negari quin Vlpianus *in d.l.penult*, loquatur de ſpecie debita, ſed tamen diſſimilitudinis rationem nullam iſti adferunt cur in ſpecie debita potius quàm in merce ſpectari debeat tempus condemnationis cùm ex ſtricto iudicio debetur. Deinde iam probauimus in ſuperioribus eundem Vlpian. *in l.3.§.in hac.ff.commod.* vbi ait in iudiciis ſtrictis ſpectari tempus litis conteſtatę, eum quoque caſum tractare quo ſpecies debeatur: cùm ita ſcribat ad differentiam actionis cõmodati quæ bonæ fidei eſt, & ex qua tamen fieri nõ poteſt vt merx & quantitas vlla vnquam debeatur, quia vt in eiuſdem legis fine ſcriptum eſt & *in l.ſeq.* non poteſt commodari quantitas vt quantitas. Idque iam olim Bartol. contra Irnerium rectè diſputauit. Denique alij loci ſunt qui tractant de ſpecie debita, nec eo minùs tamen ſpectari volunt tempus litis conteſtatę, *vt d.l. hominem 37.ff.mandat.l.fundum Cornelianum 28. De nouat.* Fateor in eo differre ſpeciem à merce & quantitate, quòd ſpecies & perire & deterior fieri poteſt, non etiam merx quæ in genere & quantitate conſiſtit: Ideóque nec poſſe locum habere in merce debita quod Vlpianus ſcribit *in d.l.penult.* inſpiciendum eſſe tempus mortis. Sed extante ſpecie ſicut & merx ſemper extat, quęro cur ſpeciem æſtimemus ex tempore rei iudicandę, mercem verò ex die litis conteſtatæ? Nam quod nonnulli addunt pro ratione differentiæ, mercium precia nõ etiam ſpecierum mutari in ſingula ferè momenta, ridiculũ eſt. Mutantur ſanè & faciliùs, & ſępiùs, ſed tamen mutantur etiam precia ſpecierũ. *l.precia 63.ff.ad leg.Fal.* neq. verò põt locus eſſe huic quæſtioni, Cuius temporis habenda ſit ratio in debita ſpecie æſtimanda niſi cùm alia atque alia fuit ſpeciei æſtimatio. Et quod mercium precia faciliùs mutantur & ſæpius, facere magis deberet vt in iis æſtimandis condemnationis potiùs quàm litis conteſtatæ tempus ſpectaretur: & tamen nullo id iuris loco proditum eſt. Quid verò ineptius quàm quod Franciſcus Hotomanus vt hinc ſe explicaret commentus eſt, Illuſtr. q.16. nihil ad propoſitam diſputationem pertinere Vlpianum *in d.l.pen.* *Quoniam*, inquit, *agitur ibi de homine mortuo.* Imò, inquam, de homine viuo, cùm ait ſpectandum eſſe tempus condemnationis. Nam de homine mortuo ſubinde tractans ait ſpectari tẽpus mortis. Nos verò non de illo quærimus, Cur non ſpectetur in mercibus tempus mortis, ſed cur in ſpecie debita ſpectetur tempus condemnationis non litis conteſtatæ vt in mercibus. Deinde ſi te ab Vlpiano hac ratione expedias, incides in Africanum *in d.l.hominem*, & in Papinianũ *in d.l.fundum*, adeóq; in Vlpianum ipſum *in d.l.3.§.in hac ff. commod.* quibus locis tractatur de ſpecie debita ex contractu ſtricto, nec eò minùs tamen litis conteſtatæ tempus inſpicitur. Sed illud omnium improbabiliſſimum eſt quod alius gloſſator Ioannis dicebat Vlpianũ *in d.§.in hac*, cùm tempus litis conteſtatæ ſpectari vult in iudiciis ſtrictis, non de ineunda rei debitæ æſtimatione, ſed de fructibus intelligendum eſſe, quorum non niſi ab eo tempore in hoc iudiciorum genere ratio haberi ſolet. Quid enim apertiùs quàm quod Bartolus quoq; & cæteri omnes fatentur, tractari eo loco de rei æſtimatione non de fructibus? Sed etſi locus ille non eſſet, an nõ alij ſunt quos proximè ex Africano & Vlpiano retulim', quibus idipſum probatur, in iudiciis ſtrictis ſiue merx ſiue ſpecies debeatᷓ æſtimandã rem quanti fuit tempore litis conteſtatæ, non quanti tum eſt cũ iudicatur. Quid ergo ſupereſt, inquies, quod meliùs dici poſſit, ad nodos iſtos diſſoluẽdos? Teneo enim te, vt video, iam diutius ſuſpenſum. Puto Vlp. *in d.l. pen.* cùm tempus condemnationis ſpectandum eſſe ait, non de re iudicanda ſentire, ſed de re iam iudicata: nec de illo quærere, Cuius temporis rationem habere iudex debeat cùm debitor qui rem ipſam debitam præſtare non poteſt condemnandus eſt ad eius æſtimationem, ſed de hoc potiùs, Cuius temporis æſtimationem pro re dare debeat is qui ad rem ipſam dandam condemnatus eſt, ſi quid fortè poſt rem iudicatam acciderit, propter quod factum ſit ne res ipſa dari ampliùs poſſit. Finge eum qui ex ſtipulatu Stichum debebat, & condictione triticaria conuentus, vt Stichum daret condemnatus fuerat, ideo non poſſe dare & ſatisfacere iudicato, quòd poſt condemnationem Stichus ille cùm alienus eſſet euictus fuerit à domino, aut etiam, ſi voles, à creditore hypothecario, qui eum ſuo iure diſtraxerit. Quærit Vlpianus, quid iſte dando, id eſt quam æſtimationem pro re iam adiudicata pręſtando, poſſit conſequi liberationem. Vtique enim cogendus non eſt vt eam ipſam ſpeciem pręſtet quę pręſtari ampliùs nequit, Cúmq; neceſſariò recurrendum ſit ad æſtimationẽ, nec inelegãs, nec otioſa quæſtio eſt, cuius temporis rationẽ in ea ęſtimatione ineunda ſpectari

oporteat,

oporteat, quæ queſtio lõgè alia diuerſáque eſt ab ea quę proponitur *in l. vlt. eo. tit. & in d. l. vinum de reb. credit.* Iis enim locis tractatur de re iudicanda non de re iudicata vt conſtat ex illis Caij verbis *in d. l. vlt. tanti litem æſtimandam.* Quandiu enim res iudicata non eſt tanti lis æſtimatur, quantum deducitur in condemnationem: & apertius ex eodem Vlpiano *in d. l. vinum*, vbi quæſtionem ſic concipit, *quæſitum eſt cuius temporis æſtimatio fieret vtrum cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res iudicaretur.* Non dixit, *cùm res iudicata eſſet*, ſed *cùm res iudicaretur*, vt intelligeremus referenda eſſe verba illa ad rei iudicandæ non iudicatæ tempus. Quod & manifeſtiùs oſtendunt illa eiuſdem Vlpiani verba, *in d. §. in hac l. 3. commod & res iudicandæ tẽpus quanti res ſit obſeruatur, quamuis in ſtrictis litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* Opponit enim tempus litis conteſtatæ tempori rei iudicandæ, non tempori rei iudicatæ, ne quis fortè putaret differentiam quę eſt inter bonæ fidei iudicia, & ſtricta in eo elucere, quòd in ſtrictis iudiciis inſpiciatur tẽpus litis conteſtatæ, in iis verò quæ bonę fidei ſunt, tempus rei iudicatę, & irrogatę condemnationis. Differentiam .n. nullam agnoſcit Vlpianus, quod ad æſtimandam rẽ debitã, inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, niſi quandiu res iudicanda eſt, quoniam eo caſu ſpectamus in iudiciis ſtrictis tempus litis conteſtatæ præciſè, in iis verò quæ ſunt bonæ fidei tempus etiam rei iudicãdæ. Sed re iam iudicata, nulla prorſus differentia eſt, ſed in omnibus indiſtinctè ſpectamus tempus condemnationis, ratione illa quam mox reddemus. Itaq; cùm de re iudicanda tractaret Vlpianus *in d. l. vinum*, motus eſt autoritate Sabini, ſicut & Caius autoritate Caſſij, *in d. l. vlt. de cond. tritic.* Fuerunt enim ambo eiuſdẽ ſcholæ, nec malè Cuiacius ex eo coniicit vtriuſq; illarum legum eandem prorſus eſſe ſententiam. At cùm idẽ Vlpianus quæreret de ineunda æſtimatione eo caſu quo res iam eſſet iudicata *in d. l. penul.* motus eſt autoritate Seruij, nec meminit Sabini aut Caſſij quorum proculdubio meminiſſet ſi caſum illum tractaſſet de quo ij reſponderant, nec tam facilè ab iis quos aliàs probauerat, diſſenſiſſet. Moneor etiam ex eo quòd Vlpianus *in d. l. penult.* ſic ſcribit, *ſi quæratur res quæ petita eſt, cuius temporis æſtimationẽ recipiat.* Non enim poterat apertiùs exprimere de ea æſtimatione ſe tractare, quę non tam à iudice decernenda, quàm à condemnato pręſtanda eſſet: neque verò in tota lege verbum vnum eſt, ex quo poſſit coniici agere Vlpianum de debitore nondum condemnato: Ambiguitas autem ex *condemnationis* verbo proficiſcitur. Sic enim ſcriptum eſt, *verius eſt quod Seruius ait condemnationis tempus ſpectandum.* Si adieciſſet *irrogatæ* dubitatio nulla ſupereſſet, ſed quia poteſt cõdemnatio perinde accipi pro irroganda atq; pro irrogata, hinc nimirum errandi occaſio nata interpretibus, qui omnes temerè de irroganda intellexerunt, cum tamen ex tot difficultatibus ſe nullo negotio euoluere potuiſſent, ſi de irrogata accepiſſent. Meminiſſe autem debuerant eius quod Celſus ſcripſit *in l. in ambigua 19. ff. de leg.* In ambigua voce legis eam potius accipiendam eſſe ſignificationem quę vitio caret, pręſertim, inquit, cùm etiã voluntas legis ex hoc colligi poſſit. Quidni enim de irrogata condẽnatione accipiamus potiùs quàm de irroganda? Non ſolùm quod nihil incommodi habeat ea interpretatio, ſed etiam vt abſurdum illud effugiamus quod alioquin obuium eſt vt Vlpianus in apertiſſima iuris ratione non tantùm à ſuis doctoribus [fuit enim ille cum Papiniano & Africano Sabinianus] ſed etiã à ſeipſo diſſentiiſſe exiſtimetur. Adde quod in dubio *condemnationem* ſimpliciter cùm dicimus de irrogata magis intelligere debemus, quàm de irroganda. Multùm namque differt res iudicanda aut etiam iudicata à condemnatione, quia quandiu iudicatum non eſt, poteſt fieri vt reus abſoluatur æquè ac vt condemnetur, ſiue deficiente actore in iure, aut in iuris ſui probationibus, ſiue parato fortaſſis reo ſatisfacere, ex qua cauſa dici ſolet iudicia omnia eſſe abſolutoria, *§. vltim. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* Nec eò minùs res iudicanda eſt, quòd reus ſit abſoluendus, aut iudicata, quòd ſit abſolutus. Ergo qui dicit ſpectandum eſſe tempus condemnationis idem ſentit quod ſi diceret ſpectandum tempus rei iam iudicatę, nec tantùm in ſententiam, ſed & in condemnationem deductę. Neque alius fortaſſis in toto iure noſtro locus eſt ex quo decidi hæc quęſtio poſſit, cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit ſi poſt rem ipſam quę debebatur in iudicium deductam, quęrendum ſit ex iuſta aliqua cauſa, de rei æſtimatione pręſtanda. Eleganter autem Seruius dixit quod & Vlpianus probat, tempus irrogatę condemnationis ſpectari oportere: & quidem indiſtinctè, id eſt ſiue ex bonę fidei contractu ſiue ex ſtricto debebatur, & ſiue merx ſiue ſpecies vt homo vel fundus: adeóque ſiue pluris ante condemnationem rea fuiſſet, puta moræ aut conteſtationis tempore inſpecto, ſiue minoris. An quia per ſententiam & actionem quæ ex iudicato naſcitur, prior contractus nouatur qualiſcumque is fuerit, ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris? Ita ſane eſt ſi Iuſtiniano credimus *in l. vlt. C. de vſur. rei iudicat.* magis quàm Accurſio, aut Bartolo qui ad eum locum negant fieri ex iudicato nouationem. Proinde fruſtra quæras quis contractus præceſſerit, aut quænam fuerit rei debitæ æſtimatio tempore litis conteſtationis, cùm litis conteſtatio ſimul cum ipſa actione ex qua lis conteſtata eſt, perempta fuerit per ſententiam. Sed illa potiſſimùm ratio mihi placet, quod ſiue per ſententiam admittas fieri nouationem, ſiue neges, illud ſaltem fatebere, poſt rem iudicatã non de alio quæri oportere quàm quid iudicatum ſit, id eſt quantum in condemnationem deductum. Nam cùm res iudicata pro veritate habeatur, vtiq; liberaretur debitor præſtando id ad quod eſſet condemnatus, tametſi plus anteà debuiſſet, ſicut è contrario ſi pluris condemnatus eſſet quã debuiſſet, non liberaretur ſoluendo quantum debebat, niſi ſolueret præterea quanto plus eſſet in condemnatione, propter autoritatem rei iudicatæ *l. ſi fundus 16. §. ſi pluris. ff. de pignor.* Igitur ſic lata ſententia vt hominis debitor cõdemnatus ſit ad hominem dandũ, quemadmodum homo ipſe dandus eſt ſi dari põt, licet pluris fortaſſe fuerit tempore moræ aut litis cõteſtatæ, ita ſi ob aliquam cauſam dari ipſe præſtariq; nequeat, neceſſariò referenda eſt æſtimatio ad id tempus quo debitor rẽ dando liberari potuiſſet. Ergo ad tempus condemnationis nõ ad illud quo mora contracta, aut lis conteſtata eſt: nec ſi ad certam diem dari res debuerit: quia nec obligationem ipſam curamus aut inſpicimus ex quo rea iudicata eſt: cùm tamen diſtinctio illa, An in diẽ certam dari res debuerit necne, maximè neceſſaria ſit, vt in ſequentibus dicemus, cùm agitur de æſtimatione in condemnationem deducenda non poſt condemnationem præſtanda. Ac ſicuti ab Vlpiano aliiſque Iureconſultis prætermiſſa non eſt *in dict. l. vinum, dict. l. vltim. de condict. tritic. d. l. hominem 37. ff. mandat.* Ita nec *in dict. l. penultim.* prætermiſſurus veriſimiliter fuiſſet Vlpianus, ſi eam adhibendam putaſſet.

Quam .n. exactè totã hanc rẽ eo loco tractet, ex illo apparet, quod illos quoque caſus perſequitur ſi res petita perierit, ſi poſt morã deterior facta ſit. Quid igitur, inquies, ſi hominis illius qui ex iudicato dati debuit, æſtimatio creuerit poſt condemnationem? Nõ idcirco creſcet cõdemnatio, vt ſequenti capite contra Bartolum tractabimus. Quid ſi non ſpecies, ſed merx debeatur? Idem eſt. Etſi namque in eo differt merx à ſpecie hac parte, quòd cùm ſpecies debetur, licet eius æſtimatio minor ſit tempore ſententiæ ferendæ quàm anteà fuerit, ſpecies tamen ipſa in condemnationem deducenda eſt non eius æſtimatio, cùm autem merx debetur condemnandus eſt debitor ad æſtimationem non ad mercem, quia merx in quantitate & genere conſiſtit, ideóque mutata æſtimatione alia res eſſe creditur, quàm quæ debebatur, quod in ſpecie debita diuerſum eſt, ſi tamen iudex per imperitiam condemnauerit debitorem centum modiorum frumenti ad centum modios frumenti dandos nulla certæ æſtimationis facta mentione, dicam non aliam frumenti æſtimationem ab eo deberi quàm quæ fuit tempore factæ condemnationis, licet iudex cùm iudicabat debuerit condemnare ad æſtimationem quę fuit tempore litis conteſtatæ, ſiue ex natura iudicij ſi ſit ſtricti iuris, ſiue ex bona fide, propterea quòd eo tempore pluris res fuerit, quàm tempore condemnationis *l. 3. §. vlt. ff. de act. empt.* Vides ergo quantum interſit an agatur de re debita ęſtimanda per ſententiam, an poſt ſententiam quę tranſierit in rem iudicatam. Et hoc quidem quod dicimus ſpectandum tempus condemnationis iam factę & irrogatæ, tunc obtinet cùm res ipſa quę debetur extat. Nam ſi in rebus humanis eſſe deſierit, quod non aliter contingere põt quàm ſi ſpecies non mera debita fuit, placet Vlpiano ex ſententia Seruij tempus mortis inſpiciendum eſſe. Nimirum vt ego interpretor conſequenter ſuperioribus, ſi deſierit extare poſt condemnationem. Nam ſi ante condemnationem homo debitus perierit, diſtinguendum neceſſariò eſt an mora aliqua pręceſſerit an non. Si nulla pręceſſerit debitor, vt iam ſępius dixi, in plenum liberatus eſt, ita vt neque rem debeat neque ęſtimationem. Si verò mora præceſſit, vſque adeò manet obligatus vt condemnandus ſit ad æſtimationem, & quidem eam non quæ fuit tempore mortis aut moræ aut litis conteſtatæ, ſed ad præſentem, ſolo actoris iureiurando ex neceſſitate conſtituendam, ſiue bonæ fidei iudicium fuit ſiue ſtricti iuris, *d. l. in actionibus in fin. de in lit. iur.* Et certè vel vna hæc ratio cogere nos debet vt Vlpianum qui & mortis tempus ſpectari vult, & diſtinctionem illam prætermittit an mora interuenerit néne, interpretari debeamus de æſtimatione hominis ineunda poſt condemnationem: nec minùs eo caſu quo ſpecies extat quàm quo non extat. Apparet enim vtrumque caſum ad eandem quęſtionem pertinere, licèt re extante aut perempta, aliter atque aliter obſeruetur. Nec eſt contrarium, quòd proximè diximus, æſtimationem rei debitæ non creſcere poſt condemnationem. Nam quod Vlpianum ſenſiſſe volo, vt poſt rem iudicatã mortuo homine tempus mortis ſpectari debeat, ego ſic intelligo ſi nulla alia ratio ſit propter quã res ipſa dari non poſſit quàm qui periit: qui caſus ſpecialẽ habet rationem, vt dicemus etiam capite ſequenti. Iam .n. ſumus hìc longiores quàm vellemus. Sequitur apud Vlpianum, ſi poſt moram deterior facta fuerit res quæ debetur, non condemnationis aut mortis tempus ſpectandum eſſe, ſed moræ. In quo obſeruandum eſt hanc quoq; legis partem ad ſolas ſpecies debitas pertinere, non etiam ad merces quę quoniam in genere & quantitate conſiſtunt, non magis deteriores fieri quàm perire vnquam poſſunt *l. incendium 11. C. ſi cert. pet.* Illud etiam obſeruari volo, quod non magis à Iacobo Cuiacio quã à vulgaribus interpretibus obſeruatum eſt, non ſic ab Vlp. concipi exceptionem *niſi mora facta ſit.* Nam cùm tractat de ineunda poſt condemnationẽ ęſtimatione rei debitę, non poterat dubitari quin mora pręceſſiſſet, ſaltem per cõteſtationem quæ præcedit ſemper condemnationem: ſed ait *niſi poſt moram res deterior facta ſit*, quia non ſtatim conſequens eſt vt ob contractã moram res ſiat deterior. Poteſt enim fieri etiam precioſior *d. l. fundum 28. de nouat.* Sed & obſeruatione præcipua dignum illud eſt, quod ad inſtitutam diſputationem maximè pertinet, neq. ſic conceptã eſſe exceptionẽ, *niſi poſt morã res debita facta ſit minoris æſtimationis*, ſed ita *niſi deterior facta ſit.* Sunt enim hæc longè diuerſa. Siquidem facilè poteſt fieri, vt ſeruus debitus multo melior factus ſit poſt morã, puta ex citharœdo comœdus, & tamen minoris precij nunc ſit, propter imminuta pro tempore precia ſeruorum. Quo caſu proculdubio non patiar reduci æſtimationem ſerui ad tempus moræ, quia nec id vult Vlpianus, ſed ita demum ſi ſeruus ipſe deterior factus ſit, puta vt Vlpiani verbis & exemplis vtar claudus vel eluſcatus. Itaq; maximus interpretum omnium error eſt, quòd ſeruum deteriorem factum putant qui vilioris precij nunc eſt, tametſi fortè melior ſit aut eruditior aut ingenioſior, quàm anteà fuerit, Quaſi verò ſpecies æſtimentur ex ſuis preciis ac non potiùs precia ſpecierum ex ipſarum qualitate & ſubſtantia. Neque verò in ipſis quoque mercibus ſi ſubtiliùs inſpicias aliud eſt, quia frumentum quod nunc vilius eſt, non tam deterius quàm aliud frumentum eſſe intelligitur. Genera enim vt diximus ſicuti perire ita deteriora fieri non poſſunt. In ſpeciebus tamen hoc plus eſt, quòd licet mutentur earum precia, eędem tamẽ ſpecies manent, perindéque ea eiuſdem ſtipulationis verbis peti poſſunt, quales quantæque ſunt cùm petuntur, *d. l. fundum 28. ff. de nouat.* Poſſent iſta ſufficere ad plenam huius legis interpretationem, iunctis iis quæ ſequenti capite ſubiiciemus. Sed amplioris elucidationis gratia libet ad ſingula ferè legis verba interpretatiunculas ſubnectere. Ait lex *in hac actione* intelligere condictionem triticariam de qua totus ille titulus eſt. *Si quæratur res quæ petita eſt*, ſupple *& adiudicata.* Nam & ante ſententiam non iam petita res dicitur quàm peti. Licet *in l. ſeq.* alio ſenſu hæc verba accipiantur, id eſt de merce petita necdum adiudicata, ſed adiudicanda, vt probauimus ſuprà ex iis verbis, *tanti litem æſtimandam.* *Rem* autem hìc intellige generaliter tam mercem quàm ſpeciem. Nihil enim intereſt ſiue de condictione triticaria quæratur *dict. l. vltim.* ſiue de aliis bonæ fidei aut ſtrictis iudiciis quoties agitur de æſtimanda rę ſiue ante ſiue poſt condemnationem, niſi quod nunquam peruenimus ad æſtimationem ſpeciei quandiu ſpecies ipſa dari poteſt, quamuis vilior facta ſit etiam poſt moram, dum ne deterior. Quod idcirco addendum eſt, quia nec videtur reddi res quæ deterior redditur, vt ſcriptum eſt in fine huius legis & *in. d. l. 3. §. primo commod.* Sequitur, *cuius temporis æſtimationem recipiat*, ſupple cùm æſtimatio offertur à debitore iam condemnato, non cum taxanda eſt à iudice in ipſo tempore rei iudicandæ. Non quęrit igitur Vlpianus quanti condemnandus ſit debitor, vt in ſpecie *§. vltim. l. 3. de*

Digitized by Google

act.empt. & aliis locis ſupradictis, ſed quam æſtimationem præſtare debeat vt liberetur. Ergo in illis ſequentibus *Verum eſt condemnationis tempus ſpectandum* ſupple *iam factæ & irrogatæ*. Nam ſi de re iudicanda quæratur, ea ſeruãda ſunt quę idem Vlpianus contrà ſcripſit in *d.l.vinum* 22. *De reb.credit.* & in *d.l.*3.§.*in hac.D.commod.* itémque Caius in *d.l.vlt.* Africanus in *d.l.hominem.* Papinianus in *d. l.fundum.* Sequitur *ſi verò deſierit in rebus humanis eſſe* ſupple *poſt condemnationem.* ne obſtet *l. in actionibus* 6.§. *planè.de in lit.iuran.iunct.l.Iulianus* 17.§.1. *D. de rei vindic.* Sequitur *In vtroque autem* intellige *ſiue ſpecies debita etiã in condemnatione deducta adhuc extet, nec tamẽ præſtari poſſit, ſiue deſierit extare poſt cõdemnationẽ.* Subiicit Vlpian. *ſi poſt moram res deterior facta ſit* ſupple Non tamen ſi in eadem manens bonitate vilioris tantùm æſtimationis ex aliqua cauſſa extrinſeca ſeruus factus ſit. Ita fiet legis ſententia apertiſſima. Cætera enim facilia ſunt. Vnum illud interpretationi noſtrę obſtare videri poteſt, quod Vlpianus tractat de ineunda æſtimatione rei debitæ cũ agitur de cõdictione triticaria: Poſt cõdemnationẽ verò nulla ſupereſt actio niſi quæ naſcitur ex iudicio *d.l.vlt.C.de vſur.rei iudic.d.l.ſi fundus* 16.§.*ſi pluris.D.de pign.* Sed reſponderi poteſt ſic intelligendũ eſſe Vlpianum, vt quærat nũ de æſtimatione ineũda in iudicio cõdictionis triticariæ, ſed vt verba ſonãt, de ineunda poſt condemnationem æſtimatione rei quę petita fuit per condictionem triticariam. Sed & dici poteſt cõdictionem triticariam in eo differre à cæteris actionibus quod etiam poſt rem iudicatam durat, quia ſicut & cæteris omnibus cauſſis, & ad res omnes competit: Ita & ex iudicato & ad rei iam adiudicatæ æſtimationem: ſicut & re furtiua perempta dicimus durare condictionem æſtimationis *l. in re furtiua* 8.*in princ.de condict.furt.* Cui contrarium nõ eſt ſi quis obiiciat ex eodem Vlpiano in *dict. l.*1. *de condict.tritic.* nõ dari condictionem triticariam pro pecunia numerata, cuiuſque autem rei æſtimationẽ in pecunia numerata conſiſtere. Nam æſtimatio licèt præſtetur in pecunia numerata, non tamen præſtatur, tanquam pecunia numerata, ſed tanquam illa ipſa res quę debetur, præſertim cùm ipſa quoque res nõ modò in obligationem deducta eſt, ſed etiam in condemnationem: Aut ſi mauis, præſtatur tanquam pecunia numeranda potiùs quàm numerata. Et verò demùm pecunia non venit in condictionem triticariã quę ab initio fuit numerata, aut aliter in obligatione poſita vt principaliter deberetur: Alioqui dicendum eſſet ex ſtipulatione facti non competere triticariam, cùm in huiuſmodi obligationibus faciendi ſuccedat in locum facti pręſtatio eius quod intereſt *l.ſi quis ab alio* 13.§.*vlt.D.de re iudi.* quæ præſtatio non niſi in pecunia fieri poteſt. Atqui hoc falſum eſt. Triticariam enim ex omnibus cauſſis competere certum eſt, neque eſt ex interpretibus qui diſſentiat.

An rei debitæ æſtimatio poßit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquam perempta res eſt.

CAPVT V.

HIc quoque dimidicandum nobis eſt contra Bartolum vulgaréſque interpretes, vt noſtrã ad Vlpianum interpretationem quam ſuperiore capite attulimus, tueamur. Sic enim illi putant, in æſtimanda re debita ſpectari quidem tempus rei iudicandæ, ſi tunc res pluris ſit quàm fuerit à tempore moræ in eum vſque diem quo res iudicatur, ſed tamen non eo minùs creſcere condemnationem ſi poſt rem iudicatam æſtimatio creuerit, ſiue merx ſiue ſpecies debita proponatur, & ſiue ex iudicio bonę fidei, ſiue ex ſtricto. Niſi, inquiunt, durante quadrimeſtri illo, quod condemnatis ad iudicatum faciendum datur. Totum enim illud tempus ab augendę ęſtimationis periculo immune eſſe volunt, vt primo huius libri capite præfati ſumus. Mouentur autem non aliqua lege, ſed illo tantum rationis colore quòd æquum non ſit, meliorem fieri condicionem debitoris moroſi ob id quòd iam ſit condemnatus. *l.euidenter* 16. *D.de except.rei iudic. l.*3.*in princip.de vſur.* Nos verò diximus Vlpiani ſententiam illam eſſe in *l. pen. D. de condict. tritic.* vt ſi res debita & in condemnationem deducta præſtari ex aliqua cauſſa non poſſit, forte quòd fuerit aliena & à domino euicta, aut etiam per hypothecarium creditorem ablata, idcóque neceſſariò recurrẽdum ſit ad æſtimationis præſtationem, ſpectari oporteat tempus irrogatæ condemnationis, neque poſſe creſcere ex eo tempore quantumuis in mora dolóque ſit condemnatus, ſiue bonæ fidei iudicium fuit, ſiue ſtrictum, & ſiue ſpecies, ſiue merx debita ſit. Eius iuris ratio nondum à quoquam allata, à nobis hoc capite afferenda eſt. Pẽdet autem ex eo quod diximus, poſt rem iudicatam non eſſe amplius quærẽdum de iure priſtinæ obligationis quæ per iudicatum nouata & conſequenter extincta eſt, ſed illud tantum inſpiciendum, quid & quantum in iudicato ſit *l. vlt. C.de vſur.rei iudi.l.ſi fundus* 16.§.*ſi pluris.D.de pign.* Nam cum alia actione quàm ex iudicato experiri victor non poſſit, conſequens eſt vt quicquid ex iudicato debetur referendum ſit ad tẽpus condemnationis. Neq. verò vllus eſſet litium aut æſtimationis ineũdæ finis, ſi poſt rẽ iudicatã rurſum cõteſtãda lis eſſet, aliáque condemnatio irrogãda vt ex nouæ cõteſtationis aut condemnationis tempore ineundæ æſtimationis ratio conſtitueretur. Itaque cũ per ſententiam ſemel certum eſſe cœperit non tam quid anteà deberetur, quàm quid tandem præſtari neceſſe ſit, non poteſt ratio iuris pati, vt ex eo tempore quod condemnationem ſecutum eſt ipſius condemnationis quãtitas augeatur. Poſtquam.n. iudicatum eſt nihil aliud ſupereſt, niſi vt iudicati executio fiat, quæ porrò non aliter fieri poteſt, quàm ſi id ipſum præſtetur quod iudicatum eſt nec plus, nec minus. Nimirum quod ad rem ipſam attinet, quæ per ſententiam fuit adiudicata. Nam quod ad fructus & vſuras aliáſque huiuſmodi acceſſiones pertinet, tẽpus quod ſequitur cõdemnationem ab iis pendendis immune non eſt, vt eleganter & ſubtiliter magis quàm ex Antonini Imper. mente Papinianus diſputat ad reſcriptum Antonini in *l.*3.*in princ.& §.*1.*D.de vſur.* cùm mora, inquit, præceſſit condemnationem: imò maiores vſurę præſtantur, quàm eę eſſent quæ ex priſtino contractu debebantur *l.vlt.C. de vſur.rei iudi.* Ex quo ſatisfieri poteſt ei quod noſtri obiiciunt, non debere condicionem debitoris ob id meliorem effici quòd ſit condemnatus. Neque n. fit melior, ſed longè deterior propter acceſſiones quæ aut ampliores aut ſaltem in longius tempus præſtandæ ſunt ex condemnatione id eſt in id vſque tempus quo pleniſſimè ſatisfactum ſit iudicato. Imò vero faciunt illi longè meliorem condemnati debitoris condicionem quàm eſſe debet, in eo quod totum illud quadrimeſtre iudicato faciendo præſtitutum liberum eſſe volunt debitori quantumuis moroſo & cõdemnato, ne auctam eo tempore æſtimationem præſtare teneatur. Nam ſi ita ius eſſet vt illi putãt.i. ſi rei debitæ & iã adiudicatæ æſtimatio creſcere poſſet ex die cõdemnationis, perinde toto illo

quadrimeſtri creſceret, atque poſt elapſum quadrimeſtre, eadem q; Papiniani ratio quam is vſurpat in fructibus, locum ſibi vindicaret in augmento æſtimationis, niſi ſunt illi Papiniano hac in re ſubtiliores & prudentiores. Admitto tamen quod illi volũt quadrimeſtres iudicati faciendi inducias immunes eſſe à periculo augendæ æſtimationis. At non ob reſcriptum Antonini quo mouentur, ſed ratione illa quòd nec poſt tempus illud præteritum augeri æſtimatio poteſt. Perpetuò enim verum eſt quod nos diſputauimus in ſuperioribus, Moram facere nunquam poſſe vt principalis obligationis quantitas augeatur, id eſt vt qui fuit obligatus in decem ante moram, videri debeat obligat⁹ in quindecim poſt moram, licèt poſſit augere quantitatem condemnationis, propter acceſſiones quarum præſtãdarum æquitas extra ius ipſum obligationis inducitur ex mora: nempe ſi iudicij natura id patiatur vt cõtingit quoties bonæ fidei iudicium eſt, non ſtricti iuris. Cæterùm non ſicut poteſt ex fide bona vel officio iudicis plus eſſe in condemnatione quàm fuerit anteà in obligatione, ita fieri ſimiliter queat vt poſt rem iudicatam plus ſit in iudicati obligatione, quàm fuerit in condemnatione, neq. enim quemadmodũ obligationem ex qua actum eſt ſequitur condemnatio, ita & condemnationem iam factam alia ſequi põt condemnatio de eadem ipſa re de qua iam fuerit iudicatũ: alioqui prior condemnatio ſubuerteretur, quod ne fieri poſſit impedit autoritas rerum iudicatarũ. Nam cũ in diuerſitas æſtimationis quotieſcunque de præſtanda æſtimatione agitur aliam atq; aliam rem efficiat, conſequẽs eſſet aliam rem in condemnationem deductam eſſe, aliam verò ex condemnatione præſtari, ſi hominis qui iudicati tempore cẽtum aureorum duntaxat fuiſſet, æſtimatio præſtaretur ducentorum, ob moram in iudicati executione commiſſam. Et ex hoc vel maximè apparet, quàm neceſſaria ſit nedum probabilis noſtra ad Vlpianum noua interpretatio, ne quis dubitandi locus ſuperſit quin falſum ſit, quod vult Bartolus ſpectandum eſſe quãti plurimi res fuit à tempore cõdemnationis ſubducto quadrimeſtri, cùm ex contrario Vlpianus velit factæ cõdemnationis tempus inſpici oportere. Eſt autem eo plauſibilior coniectura noſtra, quòd licèt prima illa Vlpiani propoſitio de inſpiciendo tempore cõdemnationis locum habeat generaliter in rebus omnibus quæ per triticariam condictionem peti poſſunt, id eſt tam in mercibus quàm in ſpeciebus vt ſuprà explicauimus, tamen ex iis quæ apud Vlpianum ſequuntur de re peremptа aut facta deteriore, apparet tractare illũ de ſpecie debita, non de merce, quæ non perire nec deterior fieri vnquam intelligitur. In ſpecie a. illud obſeruandum eſt, vt quandiu extat, & præſtari poteſt, deduci ea ipſa debeat in condemnationem, non eius æſtimatio, quia vt docuimus, mutata ſpeciei æſtimatio ſiue pluris ſiue minoris eſſe cœperit, nõ mutat ſpeciem, nec facit vt alia res eſſe videatur quàm quæ debetur. Itaq; cùm dicimus debitorẽ ſpeciei cõdemnatum eſſe, ſimpliciter, nec exprimimus an ad rem ipſam præſtandam condemnatus ſit, an ad rei æſtimationem, nec rurſum an res ipſa præſtari potuerit tempore rei iudicandæ an non, intelligere debemus de ſpecie ipſa potius quàm de ſpeciei æſtimatione danda factam fuiſſe condemnationem. Proinde non abhorret ab Vlpiani verbis noſtra interpretatio, cùm quod ille ait tempus condemnationis ſpectandum eſſe nos ſic intelligi volumus, vt id tempus ſpectetur quo ſpecies deducta eſt in condemnationem. Non nego poſſe fieri vt con-

demnatio de æſtimatione fieri de[illegible]
iudicãdæ tempore ſpecies ipſa quæ [illegible]
iam non poſſit: & ex iis ipſis cauſis [illegible]
poſt condemnationem in ſpecie fact[illegible]
eſt ad æſtimationem. Sed hoc contend[illegible]
tus eſt iudex qui debitorem ſpeciei [illegible]
æſtimationem quandiu res ipſa præſtari [illegible]
Iuſtinianus loquitur *in l. vltim. C. de fid*[illegible]
ſtultum fore interpretem qui quod leg[illegible]
debitore condemnato, velit intelliger[illegible]
nando ad ſpeciei debitæ æſtimationem[illegible]
autem adfert Accurſ. vnum duntaxat [illegible]
euenire vt ſpecie extante quærend[illegible]
tione, Si res debita, inquit, quæ actori [illegible]
potuerit eius fieri pleno iure: idq; B[illegible]
nec malè. Sed alia etiam addi poſſunt [illegible]
attulim⁹, Si fortè res illa quæ dari debu[illegible]
rit, aut creditori obligata, ideóq; per [illegible]
creditorem euicta ſiue aduerſus debitor[illegible]
ſiue aduerſus creditorẽ cui iam fuerat ſol[illegible]
condemnatũ debitorem vt hominem da[illegible]
ſed poſtmodum euictum eum homine[illegible]
ceſſario recurrendum eſt ad æſtimatione[illegible]
poteſt videri liberatus debitor qui homin[illegible]
dare debuit, ſic dedit vt non fec[illegible]
autem 75. §. *vlt. ff. de V. O.* Addit [illegible]
emplum, Si homo debitus extab[illegible]
tiæ, ſed deceſſerit ante factam execution[illegible]
rò malè. Quanquam enim hoc caſu [illegible]
niendum eſt ad æſtimationem quia [illegible]
præſtari non poteſt, tamen non eſt [illegible]
exemplum ad id quod Vlpianus ait [illegible]
temp⁹ condemnationis, cùm ſtatim [illegible]
ſu, quo debitus homo perierit, ad temp[illegible]
condemnationis referendam eſſe æſtima[illegible]
ectandi cauſam illud præbuit Bartolo [illegible]
ſulam, quæ eſt de inſpiciendo tempore [illegible]
Intelligi de homine mortuo ante cond[illegible]
Quod nos in præcedentibus tam ſæpe i[illegible]
nius, vt hîc repetere nil ſit neceſſe. Nã [illegible]
bito ante ſententiã defuncto, vel nulla [illegible]
matio debetur ſi deceſſerit ante mor[illegible]
præceſſit præſens æſtimatio debetur [illegible]
de tempore, nõ illa quæ fuit tẽpore mortis, [illegible]
mortuus videtur qui periit poſt moram, ob [illegible]
randum in litẽ defertur actori vt rem ipſe [illegible]
quam aliter iudex æſtimare non poteſt *l.* [illegible]
bus 6. §. planè de in lit. iur. Quidni verò [illegible]
matio etiam poſt mortem, cùm fructus [illegible]
corpii hominis præſtandi ſint in tempus [illegible]
iudicandæ *l. Iulianus 17. ff. de rei vindica.* [illegible]
inter fructus & æſtimationem hoc inter[illegible]
æſtimatio tanta debeatur quantam actor [illegible]
iurauerit, ſufficit promiſſorem fuiſſe in [illegible]
nec in dolo fuerit, nec in culpa: vt verò [illegible]
demnatio acceſſione fructuum in die[illegible]
vſq. rei iudicandæ computãdorum, [illegible]
vel culpa poſſeſſoris hominem periiſſe [illegible]
lib. 2. c. 6. In eóq; errat egregiè Bald[illegible]
Baldum ſequuntur, exiſtimantes ſpeciei [illegible]
mationem nunquam creſcere ex quo [illegible]
re: idque probari ex Vlpiano *in d. l. penul.* [illegible]
verò creſcit æſtimatio in diem vſque [illegible]
iurandi, aut quod idem eſt in diem [illegible]
nationis, quoniam condemnationis [illegible]
reiurando modum & legem accipit [illegible]
cauſſæ eſſet cur contra iuris regulas [illegible]
randum deberet ſtipulatori agenti ex [illegible]
ſtricto, præſertim contra non doloſ[illegible]

æſtimandam rem inſpecto eo tempore quo aliquãdo extitiſſet, Sicuti nec iuratur in actione legis Aquiliæ, in qua ſcilicet æſtimatur homo quanti plurimi fuit eo anno quo occiſus aut vulneratus eſt anno retrorſum computato *l. ait lex 21. D. ad leg. Aquil. l. 2. § quæſitum D. de priuat. delict.* Debuit Baldus dicere & ex hoc Vlpiani loco probare, ita demũ hominis mortui precium non creſcere, ſi deceſſerit poſt condemnationem: in quo tamẽ illud mirari quis poſſit, Cur non tantæ poteſtatis & efficaciæ ſit condemnatio quantæ eſt mora quæ condemnationem præcedit, ad augendam rei peremptæ æſtimationem. Sed reſpondendum eſt id fieri, quia ſi poſt mortem creſcere poſſet, creſceret in infinitum, nullo ſcilicet alio extremo exiſtente quo huiuſmodi incrementi finea coerceantur. Iam enim diximus, poſt rem ſemel iudicatam non poſſe perueniri ad aliam condemnationem, ſed tantùm iudicati executionem faciendã eſſe. At poſt moram, quæ præcedit condemnationẽ ſequi poteſt & debet cõdemnatio impeditura ne æſtimatio exinde creſcat. Itaque nihil abſurdi aut incommodi eſt ſi dicamus non eo minùs creſcere precium ſerui quòd deceſſerit, cùm poſt moram deceſſit. Imò creſcere neceſſe eſt, nec vllam mortis rationem haberi quia vt ſæpiùs dictũ eſt habetur pro viuo qui poſt moram mortuus eſt. Hoc ipſum autem ideo (vt more noſtro omnia ad principia ſua referamus) quia non aliter perueniri poſſet ad condemnationẽ. Neq; enim homo mortuus deberi poteſt, nec rurſus aut ad hominem aut ad hominis æſtimationem condemnari is qui nihil debet. At nec illud æquum eſt interitu ſpeciei debitę liberari debitorem qui moram contraxit, cùm ſi mora contracta non eſſet, potuiſſet creditor acceptum hominem vendere, ſibique precium, etiam mortuo apud emptorem ſeruo, retinere *l. item ſi cum 14. §. quod ſi homo in fi. D. quod met. cauſ. l. item ſi verberatum 15. §. vlt. de rei vindic. l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1.* Neceſſaria igitur fuit iuris ciuilis conſtitutio vt homo poſt moram mortuus adhuc extare crederetur, & peti poſſet, licet nec præſtari nec in condemnationem deduci *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig. iunct. l. ſi ex legati 23. eod. l. promiſſor 21. l. 23. D. de conſtit. pecun.* Alioqui fuiſſet inutilis creditori obligatio per morá perpetuata, ſi ex ea ſequi nõ potuiſſet condemnatio. Quorum omnium nihil eſt quod ſimiliter tractari poſſit homine mortuo poſt condemnationem. Cur enim adhuc eum viuere fingamus? An fortè ad perpetuandam obligationem? Atqui iam perpetuata eſt per moram quæ præceſſit rem iudicatam, ſemel enim moram interueniſſe ſufficit vt obligatio perpetuetur *l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* Aut vt veriùs dicam, iam ſublata obligatio eſt per ſententiam quæ priſtinam & obligationem & actionem nouat, facitque vt nihil amplius niſi ex iudicato debeatur *l. ſi fundus 16. §. ſi pluris D. de pignor.* An igitur ad perpetuandam ipſam condemnationem? Atqui condemnatio quælibet ex ſeipſa eſt perpetua, nec verendum eſt ne liberetur interitu ſpeciei is qui iam ad ſpeciem præſtandam condemnatus fuit, ſicut nec perpetuandæ obligationis cauſſa illa amplius ſubeſt quæ anteà ſuberat, vt ſequi poſſit condemnatio quæ iam ſecuta eſt, nec magis ſequi poteſt. Ergo ceſſante cauſſa inducendæ iſtius fictionis, quę faciat vt homo mortuus viuere exiſtimetur, conſequens ſit vt ex rei veritate omnia diiudicari oporteat, id eſt vt homo mortuus poſt condemnationem habendus ſit pro mortuo, nec proinde æſtimatio eius creſcere poſſit ex die mortis. Mortui ſiquidem hominis nulla æſtimatio eſt, tãtum abeſt vt poſſit vnquam creſcere. Sed illud magis mirum eſt, cur non hoc quoque caſu quo debitus homo & adiudicatus periit poſt condemnationem, ſpectetur tempus condemnationis, id eſt cur poſt condemnationẽ augeatur æſtimatio mortui hominis quæ non augeretur, ſi homo ille extaret. Quod enim mortuus eſt poſt ſententiam facere potiùs deberet vt condemnationis tempus ſpectari oporteret, quàm vt ex eo die creſceret æſtimatio. Quare nõ dubito quin id quod Vlpianus ait mortui poſt cõdemnationem hominis precium ex tempore mortis conſtituendum eſſe ſic accipiendum ſit, ſi alia cauſſa nulla ſit propter quam præſtari debeat æſtimatio quàm quia homo mortuus eſt, id eſt ſi ea condicio hominis fuit vt ſi hodie extaret, is ipſe dari non eius ęſtimatio deberet. Nam ſi talis fuit qui etiamſi viueret dari non poſſet, fortaſſe alienus, aut, vt diximus, iam per creditorem hypothecarium euictus, ratio ſanè non patitur vt alia eius mortui quàm viui æſtimatio ineatur. Nemo enim pluris videri poteſt ob hoc ſolùm quòd ſit mortuus. Sed ſi hoc vnum, habendi eius facultatem victori præripuerit, quod in eo poſt condemnationem præſtando debitor condemnatus moram fecit, atque intereà ſeruus deceſſit, æquum ſanè eſt, nec tantùm æquitati, ſed etiam iuris rationi conſentaneum vt non fiat deterius ius victoris ex mora condẽnati: Fieret autem deterius, ſi victor ea æſtimatione contentus eſſe cogeretur, quę iudicati tẽpore fuiſſet, aucto precio ſerui ex poſtfacto: cũ ſi nõ deceſſiſſet, reddi in ſpecie qualis quantúſq; tũ fuiſſet, debuiſſet, nec ſufficiſſet offerri æſtimationem quæ fuiſſet tempore condemnationis, quia nec de æſtimatione vllomodo eo caſu queri oportuiſſet. Redditus autem, tanti precij commodum potuiſſet adferre victori, quanti verè tunc valuiſſet, non quanti tempore rei iudicatæ.

De differentia moræ, quæ per lapſum diei, & eius, quæ per interpellationem ſiue iudicialem, ſiue extraiudicialem contrahitur, in ineunda rei debitæ æſtimatione.

CAPVT VI.

HVcuſque diximus de ineũda rei debitę æſtimatione, cùm purè dari res debuit, non in diem certam. Videamus nunc, ſi in diem concepta obligatio fuit eadémne dicenda ſint, aut in quo diuerſum ius conſtituendum. Interpretes noſtri hactenus tantùm intereſſe arbitrantur, quod ſi dies adiecta ſit cõtrahitur mora per ſolum diei lapſum, nulla alia ſecuta interpellatione: quæ alioqui requireretur ad debitorẽ in mora conſtituendum, ſiue extraiudicialis eſſet interpellatio ſiue iudicialis, qualis illa eſt quæ fit per libelli oblati denunciationem aut per conteſtationem. Enimuerò ſiue per extraiudicialem interpellationem, ſiue per iudicialem, ſiue per lapſum diei mora contracta ſit, nihil putant intereſſe, ſed omnibus his caſibus debitorem condemnari volunt quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ, nec minùs ſi ſtrictum, quàm ſi bonæ fidei iudicium fuiſſe proponatur, Moti ex *l. 3. §. vlt. de actio. emp.* quæ de bonæ fidei iudicio tractans, non minùs moræ quàm condemnationis tempus ſpectari vult, ſi moræ tempore pluris res fuit, & ex *l. hominem 37. D. mandat.* vbi Africanus poſteaquàm dixit in ſtipulatione quæ ſtricti iuris eſt id tempus ſpectari quo agitur, id eſt quo litis conteſtatio fit, ſubiicit exceptionem *niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret, aut per creditorem quominus acciperet.* Adiecta etiã ratione *moram enim fruſtrato ſua prodeſſe debet.* Prodeſſet autem maxime, ſi morę tempus in quo pluris res fuiſſet, minimè ſpecta-

retur. Addunt illi Vlpianum in *l. 3. De condict. tritic.* vbi ad id quod primùm dixeras inſpiciendũ tempus condemnationis aut moræ, ſubiungit exceptionem *niſi poſt moram res deterior facta ſit*, Deteriorem factam interpretantes eam, quę poſt moram facta ſit vilioris quàm anteà ęſtimationis. Nituntur denique omnibus iis iuris noſtri locis, quibus traditum eſt, cùm res in diem certam debita fuit, ſi quæratur quanti condemnari debitorem oporteat, tanti litem ęſtimandam quanti res tũc fuit cùm dari debuit *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vlt. de condict. tritic. d. l. hominem 37. mãd. d. l. 3. §. vlt. de act. ẽpt. l. quoties 59 de verb. obligat.* Sic enim ratiocinantur, adiectę diei non aliã eſſe vim quàm vt debitorem tacitè pro homine interpellet, non igitur plus eam poſſe ad debitorẽ in mora conſtituendũ aut ad moræ effectus inducẽdos, quàm expreſſam interpellationem. Taciti enim tanta quidem vis interdum eſſe ſolet quãta expreſſi, ſed maior eſſe numquam poteſt. Specioſa ſanè ratio, & dę qua quin vera eſſet, nemo fortaſſe ex interpretibus vnquam dubitauit. At ego longè aliter ſtatuo, concepta quidem obligatione in diem certam nihil hac parte differre bonæ fidei iudicia ab iis quæ ſunt ſtricti iuris, in omnibus autem ſpectari præciſè æſtimationem quæ ea ipſa die fuit ſiue pluris ſiue minoris tùm res fuerit: quò pertinent leges omnes ſupradictæ: ſed ſi nulla dies adiecta ſit, quantumuis interpellatus debitor moram contraxerit, nego habendam vllomodo eſſe rationem moræ in iudiciis ſtrictis licèt ab eo tempore valor decreuerit, in iudiciis verò bonæ fidei hactenus moræ tempus ſpectandum eſſe arbitror vt inſpiciamus non quanti plurimi res fuerit à tempore moræ, ſed vt Vlpianus loquitur *in d. l. 3. §. vlt. de act. emp. vtro tempore pluris res fuit* aut morę aut condẽnationis. De quo quia iã multa ſcripſimus in ſuperioribus; eam tantùm ſententiæ noſtræ partem hîc confirmabimus, quæ eſt de obligatione in diem concepta, & in quo mora quæ ex ſolo diei lapſu contingit differat ab ea quæ per interpellationem aut iudicialem, aut extraiudicialem contrahitur, exponemus. Illud autem primùm conſtituimus, adiectam diem inſpici debere, neque eſt qui dubitet: ſed quod dicimus eius diei æſtimationem inſpici præciſè, ita vt non augeatur condemnatio etiamſi conteſtationis aut rei iudicandæ tempore pluris eſſe res cœperit, hoc verò eſt quod ab interpretibus numquam impetrabo, ſi non fortiſſimis rationibus probauero, & euicero. Illa verò me imprimis mouet, quòd prudentes quibus locis agunt de æſtimanda re debita in diem, adeò referunt æſtimationem ad id tempus quod obligatione comprehenſum eſt, vt nullum aliud vnquam demonſtrent. Et ſanè cùm in ſtipulationibus cæteriſq; contractibus ſequamur ſemper id quod actum dictúmque eſt, abſurdum videtur quærere cuius temporis ratio habenda ſit, obligatione ipſa in diem cõcepta. Indéq; nimirum infero nullam hac in re differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quia omnibus commune illud eſt, vt ad id quod actũ dictúmq; fuit accommodentur *l. ſemper in ſtipulationibus 35. de reg. iur.* Et quidem quod ad ſtricta iudicia pertinet, faciliùs admitti poteſt quod volumus ſpectari in iis tempus quo dari rem conuenit, præciſè, quoniam & nulla die adiecta ſpectaretur pręciſè tẽpus litis conteſtatę vt probauimus in pręcedentibus. Cur enim augeatur æſtimatio à die moræ, vt ita dicam conuentionalis, ſi nec à die conteſtationis augeri poteſt? At in iudiciis bonę fidei difficilius certè videtur vt non creſcat æſtimatio ab elapſo die, cùm ſi mora per interpellationem ſiue iudicialẽ ſiue extraiudicialem contracta eſſet, vtique æſtimatio creſceret in diem vſque condemnationis, non vt quanti plurimi medio tempore fuiſſet præſtaretur, ſed vt quanti alterutro die aut moræ aut condemnationis. Inconueniens enim videtur, vt minùs vtilis creditori ſit ea mora quæ per lapſum diei quàm quę per interpellationem contrahitur, cùm tantæ poteſtatis ſit adiectio diei vt faciat ne interpellatio vlla neceſſaria videri poſſit. Sed reſponderi commodè poteſt, Quoties in obligatione dies adiicitur, eam videri contrahentium voluntatem, non ſolùm vt ſi ad eum diem non ſoluetur, mora ipſo iure cõtracta intelligatur, ſed etiam vt ſi contracta erit, tanti res æſtimetur quanti tunc & ea ipſa die fuiſſe repetietur. Quęnam enim alia cauſſa eſſe poteſt propter quam diem adiecerint? Aut quibus verbis potuiſſẽt apertiùs idipſum ſignificare? Proinde non poteſt abſurdum dici quod eius diei æſtimatio præciſè attendatur, non magis quàm ſi deſignata & expreſſim demõſtrata fuiſſet ęſtimatio temporis præſentis per hæc verba *quanti nunc res eſt*, quo caſu nemo dubitaret eam æſtimationem deberi quæ contractus tempore fuiſſet, nec ob id ſolùm auctam iri, quòd poſt debitoris moram res pluris eſſe cœpiſſet. Sic namque Papinianus reſpondit in *d. l. fundum Cornelianũ 28. D. de nouat.* Cùm enim lex iubet ſpectari tempus litis conteſtatę, vt in ſtrictis iudiciis, aut etiam rei iudicandæ, vt in iis quæ ſunt bonę fidei [non dico *rei iudicatæ* quoniam id diuerſum eſt vt mox dicemus] non aliam habet rationem quàm quòd ita cõſtituendum videatur ex tacita contrahentium voluntate, aliter tamen atque aliter, pro negotiorum & iudiciorum qualitate, interpretãda. Atqui non eſt quod ad tacitam illam voluntatem exquirendam recurramus quoties ipſis verbis conuentionis tam expreſſa illa eſt vt nullus dubitationi locus relinquatur. Nec ad rem pertinet, ſi quis dicat, ea conuentione quę certam diem duntaxat habuerit nihil expreſſum eſſe de rei ęſtimatione vt ad eã ipſam diem referretur, ideóque nihil impedire quominùs aucta poſt moram æſtimatione pluris quoque condemnari reus debeat, ne alioqui fiat vt moroſo debitori ſua fruſtratio prodeſſe videatur. Nam reſpondeo imò verò vi ipſa hoc ipſum obligatione cõtineri propter ſolam diei adiectionem. Inde namque illud etiã fit, vt quamuis ex iudiciis ſtrictis debitor non condemnetur ad fructus aut ad vſuras aut ad id quod intereſt creditoris ex die moræ ante iudicium contractæ, quin nec à die litis conteſtatæ niſi ad fructus quorum acceſſio naturalis eſt, condemnari tamen debeat ſi dies ſtipulationi inſerta fuit *l. ſi fundum certo die 114. de verb. obligat. l. ſi Calendis 11. D. de re iudicat.* tametſi nihil de fructibus aut vſuris aut de eo quod creditoris intererit expreſſum proponatur, quia ſufficit vt ipſa expreſſum id fuiſſe verbis ſtipulationis *l. 4. D. de vſur. iunct. l. quicquid aſtringendæ 99. de verb. obl.* Ea igitur vis eſt adiectionis diei, vt ex voluntate contrahentium aliud nullum tempus inſpici debeat, ſiue quæratur an mora per debitorem contracta ſit, ſiue poſt commiſſam moram dubitetur, cuius temporis æſtimationem iniri oporteat. Quæ etiam ratio eſt propter quam dicimus Numis ſic depoſitis vt ad certam diem redderẽtur, ſi redditi nõ ſint, permittendum eſſe actori vt iuret in litem quanti ſua interfuit eo die ſibi redditos fuiſſe *l. 3. D. de in lit. iur.* quia quamuis ratione numorum ex quocumque contractu purè debitorum numquã iuretur, nec ſi dolus manifeſtiſſimus interuenerit eius qui cõuenitur, ne ſcilicet in infinitũ creſcat æſtimatio [cùm vtilitas quæ ex pecuniæ vſu & negotia-

tione

tione percipi poteſt non ſicut ea quæ ex cæteris rebus percipitur certa ſit & finita]tamen cùm dies adiecta eſt, vereri non debemus ne taxatio eius quod intereſt incerta ſit & infinita, quippe quę ad eam ipſam diem reſtringēda ſit in quadam debuit pecunia: quod vtique non ſimiliter dici poſſet ſi diei adiectio non faceret quominus ſequentis totius tēporis ratio nulla haberi deberet. Alioqui non magis permittendum eſſet iuſiurandum in litem pro pecunia certo die dari aut reddi debita, quàm ſi dies nulla adiecta fuiſſet, cùm idem iurandi in immenſam & infinitam quantitatem periculum ſubeſſet. Ergóne, inquies, impunita erit mora debitoris qui ſua die non ſoluit rē cuius æſtimatio poſteà creuerit? Reſpōdeo non idcirco impunitā fore, quando iam diximus teneri debitorem etiam pecuniæ, ac multo magis debitorem mercis, vt creditori præſtet quanti eius interfuit ſua die factam eſſe ſolutionem: in quo tamē non continebitur precium quod poſteà creuit, quia non quid hodie interſit actoris ob nō factam ſua die ſolutionem inſpiciēdum eſt, ſed quid interfuerit eo ipſo die quo dari res debuit vt loquūtur Iurecōſulti in *d. l. 3. de in lit. iur. d. l. ſi Calen. 11. de re iud.* Non poteſt autem videri quicquam eo die interfuiſſe rationem æſtimationis quæ poſteà maior ſuperuenit: vt ex eo colligi poteſt quod in actione furti obtinet, quæ licèt nō detur ad id quod intereſt acturis, ſed ad duplū vel quadruplū veri precij, nō tamen datur ad duplū eius æſtimationis quæ poſteà creuit, ſed eius dūtaxat quæ furti facti tempore fuit, ſi Pomponio credimus in *l. ei qui furti 9. de furt.* & Iauol. in *l. cū furti 9. de in lit. iur.* Quamquam alia ſententia fuiſſe videtur Celſi in *l. infitiando 67. §. infans de furt.* & Vlpia. in *l. in furti actione 50. eo.* & Pauli in *l. ex argento 23. de cond. furt.* De quo ſeparatim nobis alio capite tractādum erit. Habet enim furtū rationem ſeparatam ab aliis delictis, quia aſſidua contrectatio rei furtiuæ facit vt in ſingula momenta fur nō ſolùm moram ſed etiam furtum facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. 1. eod. d. l. in furti:* quæ Pauli etiam ſententia eſt in *l. quamuis 6. eo. tit.* cùm ait *ſæpe furtum fieri contrectādo.* Quod non obſeruans vir alioquin pereruditus, & de iure noſtro optimè meritus Petrus Pithæus ſcripſit locum eſſe corruptum, & pro *ſæpe* legendum *ſemper* quod numquam furtum fiat ſine contrectatione. Id verò Paulus non negat, ſed ait ſæpius furtum fieri cùm ſæpiùs res furtiua cōtrectatur, licèt vna tantùm ſit furti actio, vt & Celſus fatetur in *d. §. infans.* Sed extra cauſſam furti, id eſt in cæteris delictis ſiue priuatis, ſiue publicis quæ nū habent doli continuationem, certa eſt & generalis regula iuris, numquā creſcere ex poſtfacto præteriti delicti æſtimationem *l. omnis hereditas 138. §. nūquā de regul. iur.* Quanto minus igitur creſcet preteritæ morę æſtimatio, ſi nihil niſi morā ſpectemus? Mora enim multo min' quàm delictum eſt. Etſi namque morā ſemel interueniſſe ſufficit vt perpetuò duret quouſque purgetur, non ideo tamen quod diu durat, ſępius interuenire dicitur, vt conſtat ex Papiniano in *l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* & in fure ſpeciale eſt vt nouam morā in ſingula momenta facere videatur, non alia ratione quàm quia & furtum in ſingula momenta facere, vt dixi, intelligitur. Denique numquam maior ſit obligatio ob id ſolùm quòd tardiùs agatur, vt Paulus ait in *l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem De actiō. empt.* Fieret autē maior ſi ob id creſceret æſtimatio rei debitę, quòd ad dictam diem creditor non egiſſet, debitamque rem non exegiſſet: cùm ſi ſtatim actum fuiſſet, quęri hodiè de maiori ęſtimatione quę nunc ſit, non opporteret. Dices non eſſe rectam conſecutionem, quia Paulus in *d. §. cùm per venditorē,* poſteaquam dixit *nec maior ſit obligatio quòd tardiùs agitur* ſtatim ſubiicit *quamuis creſcat ſi vinum hodie pluris ſit,* Et addit rationem, *meritò: quia ſiue datum eſſet, haberet emptor, ſiue non, ſaltem hodie dandum eſt quod tam olim dari oportuit.* Ita innuens, vt videtur, rei æſtimationem creſcere, tum etiam cùm obligatio creſcere nō poteſt, quoniam æſtimatio nihil aliud eſt, quàm res ipſa, quæ tandiu debetur quandiu ſoluta non eſt. Sed reſpondeo, multùm referre an obligationem, an æſtimationem creſcere quis dicat. Obligatio enim numquam creſcit ex mora ſed tantùm quæ anteà fuit perpetuatur, ideóque dicimus non augeri obligationem fideiuſſoris ex mora rei *l. centum 8. D. de eo quod cert. loco* quamuis fideiuſſor in omnem cauſſam ſe obligauerit vt in ſpecie *l. quæro 54. D. locat.* quia nec ipſius rei qui moram contrahit obligatio augetur. Creſcit tamen & augetur æſtimatio, ſicut & cęteræ præſtationes non iure obligationis ſed ex bona fide, quoties iudicium quod exercetur tale eſt vt bonę fidei interpretationē admittat, quale eſt iudicium empti & venditi de quo in *d. §. cùm per venditorem:* vnde fit vt ad huiuſmodi præſtationes fideiuſſor quoque teneatur qui ſe in omnē obligationis cauſſam obſtrinxit acſi ita fideiuſſiſſet *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tãtum fide tua eſſe iubes.* Inquit idem Paulus in *d. l. quæro.* Bonæ fidei autem ratio illa eſt quę ponitur in *d. §. cùm per venditorem,* vt probetur venditorem per quem mora facta eſt condemnādum eſſe ad eam mercis æſtimationē quæ hodie maior eſt. Non enim ex eo mouetur Paulus quòd pręſens æſtimatio ſit in obligatione, [ipſa namque merx eſt quę ſicut fuit vendita ita venditi obligatione continetur, æſtimatio autem tantùm in præſtatione eſt] ſed quia ſi mora contracta non fuiſſet, haberet nunc emptor mercem: quę ſaltem hodie danda eſt, cùm iam olim dari debuerit. Fit igitur hoc ex fide bona, non obligationis iure. Atqui cùm dies obligationi inſerta eſt, obligatio ipſa demonſtrat quanti æſtimanda ſit res debita, quæ data non eſt ſua die. Tanti ſcilicet quanti ea die fuit. Fruſtra ergo quæramus quid bona fides dari ſuadeat. Tunc enim ad bonæ fidei rationem, & interpretationem recurrendum eſt, cùm deficit aut manca eſt poteſtas obligationis, quia nec bona fides vnquam pati poteſt, vt contra quàm conuētione expreſſa cautum ſit aliquid ſtatuatur, ex quo intelligimus, Pauli ſententiam in *d. §. cùm per venditorem,* ad eum dumtaxat venditorem pertinere qui fuit in mora tradendæ rei venditæ, quam ſine die dare debuit: non etiam ad eum qui mercem certa die tradere fuit obligatus, quia diei adiectio ſicuti pars eſt obligationis, ita deducit in obligationem, quicquid ob non factā ſua die ſolutionem præſtandum eſt, in quo ſanè ipſa rei æſtimatio continetur, quoties locus ſit quæſtioni de æſtimatione præſtanda. Ita igitur fit vt hac parte melior condicio ſit moroſi venditoris qui ad diem tradere mercem debuit, quàm eius qui non ex ſolo lapſu diei ſed ex interpellatione congrua moram contraxit. Hic enim præſtaret vtro tempore pluris res fuiſſet, aut moræ aut condemnationis, *l. 3. §. ſi per venditorem. D. eodem.* Ille autem non ad aliud tenetur quàm ad æſtimationem quæ tùm fuit cùm ex verbis conuentionis dari rem oportuit. Nec verò mirum id videri debet, quia quoties in conuentione aliqua dies adiicitur, pro debitore eſſe intelligitur, non pro creditore: pro reo non pro ſtipulatore *l. eum qui Calendis 41. §. penultim. de verbor. obligation. l. cùm tempus*

17. *de regul. iur.* Proinde neque iuris neque æquitatis ratio patitur, vt in eius odium retorqueatur: quod fieret ſi ob adiectionem diei condẽnandus eſſet, quãti ex eo dieres fuiſſet. Neque tamẽ fatebor plus poſſe moram quæ per laoſum dici, quàm quæ per interpellationem contrahitur. Nam nec illa quæ fit per interpellationem prodeſt creditori, vt maior æſtimatio præſtetur ſi fortè poſt contractã moram creuerit, ſed ad id tantùm vt ea ipſa æſtimatio quæ tempore moræ fuit maior, præſtari debeat, cuius alioqui ratio nulla haberetur, ſed eius ſolius quæ litis conteſtatæ tempore fuiſſet, aut condemnationis. Quod autem præter diem moræ, ſpectamus etiam tempus condemnationia in bonæ fidei iudiciis, non fit propter moram ſed ex æquitate iudicij, & poteſtate formulæ quæ quantitatem deducendam in condemnationem, refert ad tempus ſententiæ & rei iudicandæ, vt diximus in ſuperioribus. Idque ita eſſe ex eo apparet, quòd etiamſi mora nulla præceſſiſſet, non eo minùs tamen condemnationis tempus attenderetur. Item ex eo quòd in iudiciis ſtrictis, in quibus nullam moræ rationem haberi certum eſt, perinde inſpicitur tempus litis conteſtatæ, non etiam tempus condemnationis, licèt mora præceſſerit. In eo itaque potiſſimùm errant interpretes, quòd moræ, quomodocumque contracta ſit, eam vim tribuunt vt ab eo die quo contracta eſt præſtari velint, quanti plurimi vnquam res fuit: quo nihil dici poteſt aut falſius, aut ineptius. In quo igitur differt is qui per diei lapſum moram commiſit ab eo, qui congruo loco & tempore interpellatus diſtulit ſolutionem? In hoc vno, quòd adiecta die dico eam præcisè deberi æſtimationem quæ tum fuit, non quæ poſteà litis conteſtatæ aut rei iudicandæ tempore creuit: cùm tamen ſi dies adiecta non fuiſſet inſpiceretur tempus, in iudiciis quidem bonæ fidei, condemnationis irrogandæ, aut moræ vtro tempore pluris res valuiſſet, in ſtrictis verò litis conteſtatæ. Eáque mihi videtur eſſe Iuliani ſententia in *d. l. quoties 59. de verbor. obligat.* in illis verbis *alioquin rei captio erit.* Sic enim legendum eſt ſublata dictione *alias* quæ ideò lineis interclusa eſt ne dubitemus eſſe irreptitiã ex gloſſa interpretis valde ocioſi, qui præcedentem illam dictionem *alioquin* hac interpretatione egere exiſtimabat. Senſus autem eſt, ideò inſpiciendam eſſe præcisè æſtimationẽ eius diei quæ ſtipulationi inſerta eſt, quòd alioquin eueniret vt ex diei adiectione promiſſor deciperetur: quem ſicut credendũ eſt non aliter conſenſurum fuiſſe quàm vt in eam diem obligatio conciperetur, ita dubitandum non eſt reſpexiſſe ad æſtimationem quæ eo die futura eſſet. Quid autẽ ei prodeſſet diem illam adiecisse, ſi aliam æſtimationẽ deberet, quæ ex poſtfacto maior ſuperueniſſet? Ita fieret, vt quæ ratio eum mouiſſet ad diem obligationi adiiciendam, ratus futurum vt ad eam rei debitæ æſtimationem teneretur, quæ eo die futura eſſet ſi rẽ ipſam non daret, eadem ipſa eum obligaret ad præſtandam maiorem, in quo ſanè ipſius captio verſatur. Nec ſimiliter poſſis dicere quod obiicit Hotomanus illuſt. quæſt. 16. æquè ſtipulatoris damnum fore ſi imminuta poſt diem æſtimatione aliud quàm adiectæ diei tempus ſpectetur. Nam cùm non poſſit promiſſor negare ad illud ſaltem precium ſe teneri quod tunc fuit cùm dies obligationis venit, quantumlibet maius fuerit quam illud quod nunc eſt, apparet ita conſtituto iure vt eum ipſum diem ſpectari oporteat, non poſſe creditorẽ in dãno morari. Et quæſtionis huius quam tractamus, An obligationis tempus præcisè inſpiciendum ſit, non alium eſſe ſenſum quàm hũc, an debitor qui ad diem non ſoluit cõdemnandus ſit præcisè quanti tunc res fuit, licèt fuerit minoris, an verò vtro tempore pluris res fuit, an tunc cùm dies obligationis venit, an cùm res petita fuit, an cùm iudicandum eſt. Quæſtio igitur tota in eo eſt, an promiſſori fauendum ſit an ſtipulatori. Interpretes ſtipulatori fauent odio moræ quæ per lapſum diei contracta eſt, nos verò promiſſori, non vt moræ faueamus, ſed quoniam mora illa non niſi ex lapſu diei inducitur, dies autem pro debitore adiecta fuerat non pro creditore, nec ob id ſolùm ne antè diem peti poſſet, ſed ob id etiam vt ſi ad diem nõ ſolueretur, eam æſtimationẽ quæ tunc futura eſſet, præſtari oporteret, quanta aut quãtulacunque eſſet, nec in arbitrio creditoris eſſet, eámne, an aliam maiorem petere vellet. Nam ſi arbitrium illud eſſet in creditoris poteſtate, ſequeretur diei adiectionem multo cõmodiorem fore & vtiliorem creditori, quàm debitori: quod cùm ita ſit, ridiculè & ſuo more infeliciſſimè Hotomanus Iulianum emendat, vt pro eleganti rectáque ratione reponat ineptam. Sic enim legit *alioquin alius rei pactio erit.* Quaſi ſentiat Iulianus ideo ſpectãdum tempus quo dies obligationis venit, quòd aliter poſito iure, id eſt, inquit, ſi eius temporis quo ſtipulatio facta eſt, æſtimatio ſequẽda eſſet, pactio interpoſita videretur de re alia ſoluẽda quàm quæ debita eſſet. Fateor ſtipulatione in diem concepta non eſſe ſpectãdum tempus ſtipulationis, quia nihildum eo tempore debetur, ſed dico, quod lex ait, ſpectandum eſſe tempus quo dies obligationis venit, habere generaliorem ſententiam, vt cæterorum omnium temporum æſtimatio excludatur, ſiue præcedentium ſiue ſequentium, & ſiue pluris res ante aut poſt eam diem fuerit, ſiue minoris. Et id apparet euidentiùs ex *d. l. ſi Calendis 11. D. de re iudic.* vbi aliam rationem Celſus reddit his verbis *ex eo enim tẽpore quidq; æſtimatur quo nouiſſimè ſolui poterit.* Hoc enim ſibi vult certa die adiecta non poſſe tanti litem æſtimari quãti ante eam diem fuit, quia totum medium tẽpus adhuc liberum eſt promiſſori ad ſoluendum *d. l. cũ qui 41. §. 1. & l. ſeq. de verb. obligat.* [quis verò de hoc dubitet, cùm etiamſi pura eſſet obligatio, tamen illud tempus non inſpiceretur?] nec rurſus quanti poſt eã diem fuit, quia ex quo cœpiſſet intereſſe non poſſet debitor poſt diem ſoluere quod anteà dare debuiſſet *l. ſi ita quis 35. §. Seia. De verbor. obligat.* Quamquam videtur mihi ea ratio facere potiùs pro ſtipulatore in eo ne minorem æſtimationem poſt moram promiſſoris accipere cogatur, quàm in eo vt poſſit etiam ſi volet petere maiorẽ, immutato & aucto precio poſt moram. Tempus igitur quod in conuentionem deductum fuit, præcisè inſpiciendum eſt, nec minùs ſi de rei æſtimatione quàm ſi de eo quod intereſt agatur: Adeò vt non dubitem quin ſi deſinat creditoris intereſſe nihilominus actio duret, quia ſemel interfuit eo tempore quo an intereſſet quærendum erat, vt euenit aliis omnibus caſibus, in quibus id quod actoris intereſt vt certo tempore æſtimatur, *l. vbi exigitur 8. §. 1. D. de edend. l. qui autem 12. §. 1. D. ſi quis caution.* Etſi in æſtimatione rei debitæ non æquè facilè poteſt accidere, vt poſt moram deſinat deberi, aut vt deſinat intereſſe actoris ſi æſtimatio poſt moram decreuerit. Niſi fortè velit quis hac in re ſeparare ſpeciem debitam à merce. Nam ſi merx debeatur, fatuus ſanè iudex fuerit ſi poſt diem condemnet debitorem ad ſolutionem mercis ſimpliciter nulla æſtimationis mentione facta, quam & referre debet ad tempus in quod concepta fuit obligatio: ſcilicet cùm alia

eſt

Digitized by Google

eſt æſtimatio tunc cùm iudicatur, quam fuerit cum dari debuit. Merx enim cùm in genere & quantitate conſiſtat æſtimatur ex precio, potius quàm preciũ ex merce, mutatóque precio ſiue pluris ſiue minoris eſſe cœperit, alia res eſſe videtur. At quoties debetur ſpecies quę deterior facta non eſt, quamuis vilior effecta ſit à tempore moræ, non eo minùs tamen ſpecies ipſa & in condemnationem deducenda, & præſtanda eſt, quia immutatio æſtimationis non facit quin eadẽ ſpecies & maneat, & manere intelligatur. Sed cùm hoc ipſo interſit actoris, qui ſi ſpeciẽ ad ſuã diem habuiſſet, eã tunc vendere maiúſq; precium ex ea redigere potuiſſet, quàm quanti nunc eſt, hactenus diei adiectę rationem haberi conuenit vt quanto minoris nunc ſeruus eſt aut fundus debitus, præſtare teneatur debitor, at non iure æſtimationis (neque enim ad æſtimationem teneri poteſt qui eam ipſam rem pręſtat quam debet, & qualem quantámq; debet) ſed iure eius quod intereſt, cuius petitionem iam diximus naſci ex adiectione diei tametſi ex cõtractu quoq; ſtricto debeatur. E cõtrario autẽ ſi debita ſpecies facta ſit nõ melior ſed propter aucta rerum precia precioſior (ad quẽ vnum caſum vt dictũ eſt tota hæc diſputatio pertinet, id eſt, An dies obligationi inſerta inſpici debeat, an vtro tempore pluris res fuit, aut quo dari debuit, aut quo poſteà pluris eſſe cœpit) non relinquitur locus dubitationi, quia ſi non eo minùs eadem ſpecies manet quòd facta ſit precioſior conſequens ſit vt periode pręſtanda ſit ea ipſa, ac ſi precioſior facta non eſſet: nemo enim putauerit debitorẽ ſpeciei ob id liberatum intelligi debere, quòd poſt eius moram res debita precioſior facta fuerit. Cùm vero ſpecies ipſa præſtatur, an non hoc ipſo habet creditor vtilitatem auctę æſtimationis? Vtique. Non ergo de ęſtimatione quęſtio vlla ſupereſſe poteſt, nec conſequenter de tempore quod inſpiciendum ſit ad æſtimationem ineũdam. Nec in alio poteſt mora commiſſa ex ſolo diei lapſu vtilis eſſe creditori, niſi in eo vt obligationem perpetuet, ſi fortè poſt eam diem ſpecies perierit, aut deterior facta ſit, *d. l. fundum Cornelianum 28. de nouat.*

Ad l. hominem 37. D. mandat. Continuata tractatio.

CAPVT VII.

ET hæc ſine dubio Africani ſententia eſt in *d. l. hominẽ 37. mandat.* vbi ait in eo differre ſtipulationem à mandato, quòd ſi fideiuſſor qui hominẽ certum pro te fideiuſſit & ſoluit, mãdati agat, æſtimatio eius hominis ad id tempus quo ſolutus ſit nõ quo agatur referri debet, *& ideo*, inquit, *etiamſi mortuus fuerit nihilominus vtilis ea actio eſt.* At in ſtipulatione aliter ſeruatur, nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur. Vt inferamus ſi interea homo ex ſtipulatione debitus deceſſerit inutilem eſſe eam ex ſtipulatu actionẽ. Ergo quod ſubiicit *niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret, aut per creditorẽ quominus acciperet, etenim neutri eorũ fruſtratio ſua prodeſſe debet*, ſic accipiendum eſt, vt ſi homo ille ex ſtipulatu debitus deceſſerit poſt moram promiſſoris, licèt priuſquàm ex ſtipulatu ageretur: perinde tamen obligatus maneat promiſſor qui moram cõtraxit, vtiliſq; ſit ex ſtipulatu actio, ne alioqui eueniat vt debitori fruſtratio ſua proſit ſi ſpeciei interitu qui poſt morã contigit liberetur. Nã ſi ponas eũ hominem viuere cùm agitur ex ſtipulatu, ſed factum eſſe deteriorem, idem iuris eſt, quia non magis liberatur moroſus debitor dando ſeruum debitũ factum deteriorem quàm ſi mortuum offerret *d. l. fundum & l. penult. de condict. tritic.* At pone nec mortuum eſſe nec deteriorem factum ſed tantùm vilioris ęſtimationis. Nego caſum hunc tractari ab Africano, quia vt iam ſæpius inculcaui, ſicuti mutatio & imminutio ęſtimationis nõ facit quin ea ipſa ſpecies maneat quę debebatur, ita nec mora facere poteſt, quin promiſſor eam ipſam ſpeciem dando liberetur, nec proinde quærendum eſt de æſtimatione, cuius petitioni aut præſtationi nõ aliter locus relinquitur quàm ſi res ipſa præſtari nequeat. Aliud enim eſt precium rei, aliud res ipſa *d. l. fundum l. ſi aliꝗ 42. §. 1. de vſufr. l. qui vas 48. §. vlt. de furt.* Africanus autem euidenter eum caſum tractat quo æſtimatio petenda aut ſaltem præſtanda ſit, etſi iam dixi eo caſu quo eadem quæ debita fuit ſpecies præſtatur vilioris precij poſt moram, præſtãdum eſſe ſtipulatori quanto pluris res fuit eo die quo dari debuit, tanti enim tùm interfuit. Sed aliud eſt tractare de indemnitate, aliud de æſtimatione actori præſtanda, nos de æſtimatione tantùm agimus, & hoc contendimus nõ augeri eam ob id ſolùm, quòd ſpecies quæ ad certam diem debebatur, ſua die non ſit ſoluta, ſiue hodie extet æquè bona licèt non æquè precioſa, ſiue perempta aut deterior hodie ſit quàm tunc eſſet. Sed etſi is Africani ſenſus admittatur, vt debitor in diem non liberaretur dando promiſſum hominem qui vilioris precij, quamuis non deterior factus fuiſſet, non erit tamen bona conſecutio ſi ex eo inferas cum interpretibus, eandem igitur poteſtatem eſſe debere moræ per interpellationem contractę. Nam ſi nullam hac parte velis agnoſcere differentiam, quę tamen iudicio meo neceſſariò agnoſcenda eſt inter ſpeciem debitam & mercem, dicam de ſpecie idipſum quod iam dixi de merce, nõ tãtę poteſtatis eſſe moram quæ per interpellationem inducitur, quãtæ illa eſt quæ per lapſum diei, quod ad augendam æſtimationis condemnationem: nec quod lapſus diei inducit moram, ex eo fieri quia cenſeatur iure tacitæ cuiuſdam interpellationis, ſed quoniam ea contrahentium expreſſa conuentio párſque obligationis eſſe videtur hoc ipſo quod obligationem in diem concipi voluerunt. Sed & commodiſſimè ſic intelligi Africanus & poteſt & debet, vt ſi ſpecies debita pluris fuerit eo die quo dari debuit, nec data eſt, referatur æſtimatio ad id tempus, nec ſpectetur illud quo agitur, id eſt litis conteſtatæ & quo res minoris eſt, quod alioqui ſpectandum eſſet, quamuis mora præceſſiſſet contracta per interpellationem iudicialem, aut extraiudicialem: non etiam ex diuerſo, vt ſi poſt diem res pluris eſſe cœperit, præſtari debeat augmentum illud propter moram ex lapſu diei commiſſam: neque enim neceſſe eſt tractari de mora vt ea debeatur æſtimatio quæ maior eſt tempore litis conteſtatæ: cùm ex ipſius iudicij quantumuis ſtricti natura fiat vt ea æſtimatio debeatur nulla quoq; mora præcedente, porrò medij temporis quod inter moram ſiue conuentionalem, ſiue iudicialem aut extraiudicialem intercedit, rationem prorſus nullam in ineunda æſtimatione haberi oportere iam ſatis ſupérque docuimus in ſuperioribus. Non igitur poteſt Africanus aliud ſibi velle, niſi vt cùm dies adiecta eſt & eo tempore pluris res fuit quàm ſit litis conteſtatæ tempore, referenda ſit ęſtimatio ad aliud tempus, quod nos vtique non negamus, quin potius tempus illud vſque adeò inſpici volumus quoties rei in diem debitæ æſtimatio ineunda eſt, vt ſi ab eo tempore æſtimatio creuerit maiórque ſit cùm lis aut conteſtatur aut iudicatur, non idcirco æſtimationis condemnationem creſcere patimur. Denique quantum hîc diſcrepent interpretes noſtri ab

Africano, ex eo intelligi poteſt, quod Africanus inſpici vult tempus quo agitur, id eſt litis conteſtatæ cùm agitur ex ſtipulatione, niſi, inquit, mora per debitorem facta ſit quominùs ſua die ſolueret. Tũc enim ſpectandum eſſe tempus moræ, id eſt æſtimationem quæ fuit ea die in qua tradi res debuit. Interpretes verò ad id quod Africanus exceptionis loco ponit ſpectandum tempus poſitum in obligatione, aliam exceptionem adſtruunt, niſi res pluris ſit cùm litis conteſtatio vel condemnatio fit, tunc enim ſpectari debere quanti plurimi vnquam poſteà res fuerit, aut, vt paullo meliùs Cuiacius loquitur, tempus rei iudicatæ vel mortis. Hanc verò exceptionem quam de ſuo comminiſcuntur, neceſſe eſt vt fateantur probari ex Africano nullomodo poſſe. Africanus enim exceptionem ſuam ad eum proculdubio caſum refert quo res pluris fuerit moræ tempore: Nam cùm minoris fuit equidem perinde dicimus eandem æſtimationem deberi, ſed non ea ratione quæ Africanũ mouet ne debitori ſua proſit fruſtratio quæ minùs benè intellecta contrariũ potiùs ſuadere videretur. Aburũtur quoque interpretes eodẽ Africani loco, cũ quod ille ait de mora ex ſolo diei lapſu contracta, protrahunt ipſi ad aliam morã quãlibet, id eſt, ad eam etiam quę cõtracta fuerit per interpellationẽ. Illa enim Africani verba *quo minus ſua die ſolueret* oſtendunt manifeſtè tractare eũ de mora quæ per lapſum diei cõtracta ſit: cuius diuerſum ius & potentius in eo eſt quòd, vt diximus, pars obligationis dies eſt, & mora quę ea diei lapſu inducitur, adeóq; effectus omnes quos ea mora producit, ex cõuentione ipſa proficiſci intelliguntur. At, inquies, ratio illa, quæ apud Africanũ ſequitur generalis eſt *etenim neutri eorũ fruſtratio ſua prodeſſe debet*. Iã enim admiſimus, etiam ex cõtractu ſtricto perinde atq; ex eo qui bonæ fidei ſit, moram contrahi poſſe antè litem conteſtatam & per ſimplicem interpellationẽ. Et hoc nimirum eſt ſanè quod interpretes omnes fefellit. Quibus tamen facilè ſatisfaciemus, ſi dicamus, toties æquum eſſe vt moroſo debitori ſua mora noceat, non quoties mora cõtracta eſt, ſed quoties morę cõtractę ratio aliqua haberi poteſt. Prius enim eſt vt cõtractę morę rationẽ haberi oporteat, quàm vt ex ea mora condemnationem augeri debere quis dicat. Iam autẽ probauimus in præcedentibus, iudiciorum ſtrictorum naturã non pati vt moræ quæ præcedit conteſtationem, ratio vlla habeatur, niſi ad perpetuandam obligationem, id eſt ad hoc vt ſi fortè ſpecies debita perierit poſt moram, aut deterior facta ſit, nihilominùs debeatur qualis quantáque fuerat ante moram, propriúmque ius illud eſſe iudiciorum bonæ fidei, vt ex die moræ non expectata litis conteſtatione vberiores admittant præſtationes. Atqui nos non de perpetuanda obligatione agimus, id eſt non eum caſum tractamus, quo res debita perierit aut deterior facta ſit, ſed illum quo facta ſit dũtaxat vilioris æſtimationis, quod re ipſa ſalua adeóque meliore effecta fieri interdum poteſt, diminuta rerum omnium eius ſpeciei quæ debetur æſtimatione. Nã in genere debito, id eſt in merce quæ in genere ſemper cõſiſtit nõ ſimiliter tractari hoc poteſt, nec moræ quæ fit ante conteſtationem vllua eſſe effectus, cùm neq; perire neque deterior fieri poſſit. Nulla igitur moræ extraiudicialis ratio haberi queat, ac ne iudicialis quidẽ, id eſt contractæ per denũciationem libelli oblati iudici, quandiu ſecuta non eſt conteſtatio, cùm agitur de præſtanda rei debitæ ęſtimatione ex ſtipulatu, alióve quolibet contractu ſtricti iuris. Neque tamen fit conſequens, vt moroſo debitori ſua mora proſit, ſed tantùm ne noceat, quod longè diuerſum eſt. Apud Africanum, qui tractat de ſpecie debita prodeſſe poſſet, ſi fortè is qui hominem certa die ſoluendum ſtipulanti promiſiſſet eum ad diem vendidiſſet preciúmque quod tunc fuit redegiſſet. Nam ſi poſteà conuentus ea ſtipulatione, liberaretur præſtando minorem æſtimationem quæ conteſtationis tempore reperitetur, vtique ſentiret lucrum ex mora ſua, qui quãto pluris homo tum fuiſſet cùm dari debuerat, ſibi retineret. Ideò autem ponimus agi ex ſtipulatu poſt hominem mortuum, quia ſi homo adhuc viueret iudicij accepti tempore, nõ poſſet videri debitor ex mora ſua lucrum ſentire qui ſeruum qualis quantúſque tunc eſſet dum ne deteriorem factum daret, aut ſi alienus eſſet præſentem illius ęſtimationem, tametſi morę contractæ tempore multo pluris fuiſſet, niſi fortaſſis ad ea reſpicias quæ medio tẽpore promiſſori per eum hominem acquiri potuerunt, ſed nihil habet illa cõmune cum ęſtimatione de qua ſola tractamus, ex quo clariùs apparet quàm vera ſit ſuperior noſtra ad Africanum interpretatio: itemque quod diximus, non debere nocere promiſſori qui debitum hominem ad diem nõ ſoluit, quòd ia homo poſt moram vilior factus ſit, ſi modò præſtet eum nõ factum deteriorem. Non enim abſurdum Africano videtur quòd moroſo debitori ſua mora non noceat, dum ne etiam proſit. Quamquam illud etiam verum eſt quod docuimus, quãto pluris homo tunc fuit cùm dari debuit, pręſtari debere ſtipulatori, cui nũc vilior licèt nõ deterior factus homo datur, nõ propter moram aut iure æſtimationis, ſed quaſi debitum iure eius quod interfuit tunc dari, propter diem ſolutioni dictam. Non enim de mora debitoris quærendum eſt, aut an eius moræ rationem aliquam haberi oporteat, aut an debitori mora ſua prodeſſe vel nocere debeat, cùm ea ſtipulationis aut alterius cuiuſlibet contractus verbis apparet, quid creditori omnimodo debeatur. Huicque rei argumento illud eſt, quod ſi non ſpecies debita proponeretur ſed merx, cuius æſtimatio poſt diem in obligatione poſitam decreuiſſet, conſtat non eo minùs pręſtandam fore creditori æſtimationem quæ moræ tempore fuiſſet: & tamen nõ poſſet illo caſu eadem Africani ratio locum habere *ne debitori ſua proſit fruſtratio*. At enim ponimus debitorem habuiſſe mercem quam ad eam diem daret, aut non habuiſſe. Si non habuit, nihil ei profuit quod nõ dedit, nec poteſt videri ob eã morã factus locupletior, ſed tãtùm non pauperior: quomodo haud dubiè factus pauperior eſſet ſi vt creditori ſatisfaceret, eam mercem quanti tunc fuiſſet comparaſſet. Si verò habuit, nec vendidit, nec proinde ampliorem illã æſtimationẽ conſecutus eſt, quàm ex venditione redigere potuiſſet, ſimiliter dicere non poſſis in quo factus ſit locupletior ob hoc quod ad diem non ſoluit. Quod ſi & habuit, & ampliſſimo precio quod tunc fuit vendidit, ac poſteà mercem vilioris iam factam precij dare velit, hic equidem caſus eſt qui maiorem videtur habere dubitationem. Sed tamen ſi ſubtiliùs inſpicias, ne tùm quidem poſſit dici, futurum vt proſit ei ſua fruſtratio ſi non ad eam æſtimationem teneatur, quæ ad dictam diem dari debuit, ſcilicet quia merx illa quam habuit & pluris vendidit, non fuit ea ipſa res quam debuit: mercem namque in genere debuit non hanc aut illam, puta centum modios frumenti in genere, non centum illos frumenti modios qui fuerunt in hoc aut in illo horreo: nec quod hos centum frumenti modios in horreo ſuo habuit, facere debet vt hos ipſos debuiſſe videatur, ideóque totidem alios præſtando liberatio-

berationem proculdubio conſecutus fuiſſet. Proinde non aliod iuria hoc caſu eſſe debet, quàm ſi frumentum nullum debitor eo tempore habuiſſet quod daret, aut ſi quod habebar nec creditori ſoluiſſet nec alij vendidiſſet. Quid ergo? Condemnamus eum creditori ad æſtimationem illam quæ tùm fuit, cùm dari merx debuit, quia tale creditoris ius eſt ex ipſis contractus verbis, nec curat ille an moram debitor contraxerit necne, aut quis moræ effectus eſſe debeat, aut an ex ea mora debitor lucrum ſenſerit aut ſentire potuerit, ſed hoc tantùm contendit deberi ſibi ex ſtipulatione mercem qualis quantáque tum fuit cùm ex ſtipulatione dari debuit. Quare tametſi ponas cauſſam aliquam interueniſſe non dandæ mercis debitæ, propter quam cauſſam videri poſſit debitor excuſatione dignus, ne moram contraxiſſe videatur, vt puta ſi debitor ante diem deceſſerit, necdum fuerit hereditas illius tunc adita cùm dies venit [non enim ſola ceſſatio in ſolutione ſtatim moram inducit *l. ſciendum 21. ſi quis ſolutioni 24. de vſur.* quia nec videtur ceſſaſſe qui impeditus fuit ſoluere *l. ſi cui 5. §. ceſſatum D. vt in poſſeſſ. legat.*] nihilominus tamen dicemus eam deberi æſtimationem quæ die ſtipulationis veniente maior fuit *l. ad diem 77. D. de verb. oblig. l. vltim. D. de nautic. fœnor.* vbi quod magis eſt, placet prudentibus committi hoc caſu pœnam quæ promiſſa fuerat ſub ea cōdicione ſi ad diem pecunia non ſolueretur. Nam ſi pœna quæ ipſa per ſe odioſior eſt cōmittitor, quanto magis æſtimatio debebitur? An verò quia vt vulgo putant, mora hęc ex ipſo contractu cōmittatur? Minimè. Neque enim mora vlla eſſe aut intellectu percipi poteſt vbi nulla eſt petitio *l. ſi pupillus 127. de verb. obl. l. intra 88. de reg. iur.* nulla autē petitio eſſe poteſt iacente hereditate debitoris nullo curatore bonis dato: cùm nō ſit à quo petatur. Sed quia etiā citra moram debetur quicquid in ſtipulationem deductum eſt, ſufficitque condicionem ſtipulationis extitiſſe, id eſt ad dictā diem ſolutum non fuiſſe, ſiue id contigerit quòd eo tempore iacuerit hereditas ſiue qua alia ratione, noo ſecus acſi pœna aut amplior æſtimatio deberetur ſub ea cōdicione *Si nauis ex Aſia veniſſet*, nauis autem iacente hereditate veniſſet. At ex contrario, inquies, ſi mercis æſtimatio creuerit à quo tempore dies obligationis venit, iniuria fiet creditori, ſi cogatur contentus eſſe ea æſtimatione, quæ fuit cùm dies venit ſtáque debitori fruſtratio proderit qui liberabitur dando centum pro frumento, ex cuius venditione nunc ducenta ſit conſecuturus. Nam quemadmodum debitori prodeſſet mora, cùm ſpecies debetur ſi eâ pluris venditâ eo tempore quo dari debuit & pluris fuit, liberaretur ille dando minorem æſtimationem quæ tùm eſſet cùm ageretur *d. l. hominem* [non etiam ſi extantem ſpeciem darer, quia hoc ipſo auctam quoque æſtimationem dare intelligeretur.] Sic ex diuerſo mora debitoris ipſi eſſet profutura, ſi mercem quæ tempore moræ fuit minoris, præſtare poſſet in ea æſtimatione quæ tùm fuiſſet. Cùm ſi mora nulla interueniſſet, neque dies adiecta eſſet, eam æſtimationem deberet quæ litis conteſtatæ, aut ſi bonę fidei iudicium proponeretur rei iudicandæ tempore foret. Reſpondendum eſt, futurum quidem commodius debitori eam præſtare ęſtimationem quæ tum minor fuit cùm dies obligationis venit quā ſi majorē præſtaret quæ ſuperuenit: ſed nō moræ eū ſuæ acceptum illud commodum ferre, at iuri obligationis quæ ſic contracta eſt vt dies adiecta ſit, cuius rationem vterque contrahentium, voluerit haberi. Si.n. ęquum eſt eam diei adiectionē prodeſſe creditori, ad conſequendam ęſtimationē quæ tunc maior fuit, licèt mora nulla interueneri:, vt probauimus, multo æquius eſſe vt mora debitoris ſua die non ſoluentis facere non poſſit, quin eadem diei adiectio debitori ipſi prodeſſe debeat, ne ad aliud precium teneatur, quā quod in obligationem deductum intelligitur, non ſecua acſi ipſis conuentionis verbis iam taxatum eſſet, quandoquidem, vt diximus illa diei adiectio fit pro reo magis quàm pro ſtipulatore. At neque verum eſt, quicquam lucri hoc caſu accedere debitori ob id quod debitam mercem ſua die non ſolnerit. Quid enim lucratur, qui id quod debet non ſoluit eo tempore quo ſitum unni? Dices, hoc ipſum lucratur quod eam rem poſteà carius vendit, & conſequitur liberationem ſoluendo partem eius æſtimationis quaoi ipſe percipit maiorem. At reſpondeo poſſe hîc vſurpari illud ipſum quod iam diſputauimua, cùm mercis ęſtimatio poſt moram decreuit, ſcillcet, cùm poſtea venditur merx pluris facta, non vendi eam ipſam rem in ſpecie quæ debebatur, quia non per modum ſpeciei, ſed generis debebatur merx: nec ſi ſoluta eſſet, futurum ob id fuiſſe vt quæ pluria vendita eſt, non fuiſſet tanti vendita. Nihil enim vetabat & illam quæ debebatur ſolui, & hanc vendi, cùm ea quæ in genere conſiſtunt recipiant inuicem functionem. Et hæc ad Africanum tractaſſe ſufficiat. De reliquis enim quæ ad actionem mandati pertinent dicemua cap. 9. vt & breuiùs hîc & diſtinctius agamus. Reſtat vt moneamus quod iam ſatis ex ſuperioribus colligitur Vlpianum in *l. penultim. de condict. tritic.* licèt de mora loquatur & de æſtimatione ad tempus moræ reducenda, nihil tamen facere ad propoſitam diſputationem quæ eſt de æſtimanda re in diem debita & quæ poſt moram non deterior, ſed vilior tantum facta ſit. Ita demum enim vult Vlpianus rem debitam æſtimari ex tempore moræ ſi poſt moram facta ſit deterior, non etiam ſi vilior. Quæ ſunt longè differentia: cùm fieri poſſit vt ſeruus debitus factus ſit deterior, & tamen precioſior, id eſt maioris precij quàm fuerit anteà propter aucta pro tempore precia ſeruorum. In eóque lapſum etiam Cuiacium miror qui deteriori facto ſeruo paſſim opponit ſeruum factum precioſiorem, cum opponere debuiſſet meliorem: Nō animaduertens, quod tamen non ignorauit, rerū precia non ex ipſarum qualitate duntaxat, ſed etiam ex tempore æſtimanda eſſe. Cæteris quidem paribus & habita eiuſdem temporia ratione fieri nequit. vt precioſior ſit qui eſt deterior. Sed alio & alio tempore inſpecto facillimè hoc contingat vt ſeruus qui antequàm claudus eſſet aut eluſcatus non niſi centum vēdi potuit in magna ſeruorum vilitate, poſteà factus claudus vel eluſcatus dignus tamen ſit ducentis ſuperueniente penuria ſeruorū, & ex penuria, caritate. Illud quoque obſeruari volumus Vlpianum in *d. l. penult.* ſicuti non diſtinguit an mora aliqua præceſſerit necne, aut an pluris homo fuerit tempore litis conteſtatæ, quia tractat de æſtimatione præſtanda poſt condemnationem, vt ſuo loco probauimus, ita neque diſtinguere an ſpecies deberetur in diem, aut ſine die: quia nec ea diſtinctio neceſſaria eſt cùm agitur de æſtimanda re poſt rem iudicatam: ſed vtroq; caſu æſtimamus rem ex tempore condemnationis irrogatæ, quia poſteaquàm iudicatum eſt, incipit res exinde deberi, id eſt ex iudicato nō ex priſtina obligatione: quippe quæ per ſententiam extincta & ſublata eſt, quod non eſt prætermittendum pro interpretationis noſtræ ad eam legem confirmatione. Nam ſi ea Vlpiani ſententia eſſet quæ vulgo creditur, vt in ſpecie æſtimanda aut merce inſpicendum eſſet tempus rei iudicandæ, non erat prætermittenda illa diſtinctio An in

diem cõcepta obligatio fuiſſet necne, quã nec Vlpian. ipſe prætermiſit in *l. vinum 22. de reb. cred.* nec Caius in *l. vlt. de condict. tritic.* nec Africanus in *dict. l. hominem. D. mandat.*

Emendatio l. quoties 59. De verb. obligat. & de differentia dies & condicionis.

CAP. VIII.

QVod toties diximus, die obligationi adiecta ſi quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione ſiue merx ſpecies debita fuit, ac ſiue ex iudicio bonæ fidei, ſiue ex ſtricto, inſpici debere quanti tunc res fuit cùm dari debuit, eo demum caſu verum eſt, quo dies certa fuit, vt Caius loquitur in *l. vlt. D. de condict. tritic.* nec diſſimiliter Vlpianus in *leg. vinum 22. de reb. credit.* iis verbis *ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.* Certam verò diem accipere deberemus non eam duntaxat quæ ipſis contractus verbis expreſſa & demonſtrata eſt, vtputa *in Calendas Martias proximas* ſed illam etiam quæ nullo modo expreſſa, tamen ex contractus verbis adeò neceſſariè colligitur, vt vi ipſa contractui ineſſe exiſtimetur: qualis illa eſt quæ inducitur ex adiectione loci. Nam ſi centum Capuæ aut Lugduni te ſoluturum promiſeris, licèt diem nullam adieceris, conſtat tamen tacitam diem ineſſe ſtipulationi, & quidem certam, eam ſcilicet intra quam ad eum locum in quo deſtinata ſolutio eſt perueniri poſſit *leg. 2. §. qui ita D. de eo quod cert. loc. l. eum qui Calend. 41. §. 1. l. interdum 73. l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Proinde nihil cauſſæ eſt cur æſtimatio quæ eo tempore fuerit, perinde ſpectari non debeat, acſi dies expreſſa fuiſſet. Nam cùm ius illud æſtimãdæ rei debitæ ex eo tempore quo tem dari cõuenit, non aliam rationem habeat, quàm quòd ea contrahentium voluntas fuiſſe videatur, quid obſecro intereſſe poteſt, an certa dies expreſſa ſit, an tacitè ex contrahentium voluntate ſubintellecta? Idque eſt quod ex Vlpiano proponitur in *l. idem erit 60. D. eod.* Cùm enim ex Iuliano ſcriptum eſſet in *l. praced.* quoties in diem oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit: tunc enim peti poſſe, Alioquin rei captionem fore, ſubiungitur ex Vlpiano idem eſſe etſi Capuæ certum olei pondo dari quis ſtipulatus ſit. Nam eius temporis fieri æſtimationem quo peti poteſt, Peti autem poteſt cùm primùm in locum peruenire potuit. Quid ergo ſi in diem incertam debitum fuit? Multa ſunt ex quibus probatur non idem dicendum eſſe, illud primùm quòd fruſtra prudentes de certa die adiecta tractaſſent vt eius temporis rationem in æſtimanda re haberi debere dicerent, ſi in die incerta, idem quoque admittendum eſſe exiſtimaſſent. Deinde quia diſputamus de certa æſtimatione ineunda, & quidem ex voluntate contrahentium. Fieri autem nequit vt de certa æſtimatione cogitauerint contrahentes, qui in diem incertam obligationis non modò vim & poteſtatem, ſed etiam natiuitatem contulerunt. Poſtremò, quia multo magis imputari poteſt ei qui in diem certam debuit quàm ei qui in incertam, cur ad diem non ſoluerit, ideóque durius cum eo agi æquum eſt. Nam qui in certam diem debet toto medio tempore poteſt ſoluere: & quamuis ad ſolutionem vrgeri nequeat, quia vt lex ait totum illud tempus liberum habet, tamen ad hoc omnimodo tenetur ex obligationis vinculo, vt ſoluat, aliqua ſaltem vltima parte eius temporis quod in obligatione poſitum eſt *l. qui hoc anno 42. de verbor. obligat.* Qui verò in diem incertam dare obligatus eſt, adeò non tenetur vllo interim tempore ſoluere vt etiamſi ſoluat, non liberetur, *leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam eod.* Cur ergo condemnemus debitorem ad eam æſtimationem quæ tum fuit cùm dies illa incerta extitit, ſi non fuit in eius poteſtate vt citiùs ſoluendo atque ita plus præſtando quàm deberet, ſe exoneraret? Quod ſi incertam diem a certa hac parte ſeparamus, illud etiam conſequens eſt vt debitorem ſub condicione ab eo, qui in diem certam debet, diſtinguamus. Nihil enim dies incerta diſcrepat à condicione *d. §. inter, l. dies incertus 102. & l. 1. de condict. & demonſt.* nec igitur debitor in diem incertam à debitore ſub condicione: & cùm debitor in diem ſeparatur ab eo qui ſub condicione debet, de eo intelligere proculdubio conuenit qui in diem certam debet non de eo qui in incertam: Quod quamquam ita eſt, tamen quaſi nihil interſit prorſus inter eum qui in diẽ certam, & eum qui ſub condicione dare rem debuit, ſcriptum eſt in *dict. leg. quoties 59. de verbor. obligat.* quoties in diem vel ſub condicione oleum quis ſtipulatur, perinde æſtimationem olei eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit: id eſt ſpectari tempus exiſtentis condicionis, ſicut & diei quæ certa adiecta eſt in obligatione. Neque verò Cuiacius dubitat quin ita ius ſit, quamuis ad eas rationes quas in contrarium adferimus nihil reſpondeat, quaſi nec viderit, cùm tamen ex certiſſimis & cuique obuiis iuris principiis ſint depromptæ. Bartolus autem, licèt multo robuſtiore nec tam delicato ſolitus vti ſtomacho, tam duram ſententiam concoquere facilè non poteſt, magiſque probat vt qui ſub condicione debuit non eam æſtimationem præſtare teneatur, quæ fuit tempore exiſtentis conditionis, ſed illam quæ ſit tempore moræ contractæ per interpellationem, factam vtique poſteaquàm obligationis condicio extitit. Mouetur verò ex eo, quòd vt huius vel illius temporis æſtimatio præſtetur non ex alio fieri poteſt quam ex mora præcedente: cùm enim non æſtimatio, ſed res ipſa in obligatione ſit, putat ille moram præcedere neceſſariò debere vt ad æſtimationis condemnationem & præſtationem perueniri poſſit. Atqui certum eſt moram non videri commiſſam ob id ſolùm quòd ſtipulationis condicio extiterit: ſiquidem condicionis exiſtentia nihil aliud facit niſi vt ex eo tempore obligatio purè contracta eſſe videatur: quod ipſum tamen non ſufficeret ad inducendam moram niſi ſubſecuta interpellatione. Nam quod obligatio pura eſt, efficit duntaxat vt ex ea ſtatim conueniri & vrgeri debitor poſſit, non etiam vt ipſo iure in moram cõſtitutus, quaſi hoc ipſo interpellatus fuiſſe exiſtimetur. Abſurdum namque & inconueniens eſſet eodem temporis inſtanti & obligationẽ & moram ex obligatione contrahi, priúſque neceſſariò eſt vt obligatio ſit & ſubſiſtat quàm vt obligationi ſatis fieri oporteat, ac proinde quàm mora ex obligatione contrahatur, vt non inſubtiliter idem Bartolus diſputat ex *l. quod dicimus 105. de ſolut. leg. promiſſor Stichi 21. §. 1. de conſtit. pecun. §. vltim. Inſtitut. de inut. ſtipulat.* Atqui certum quoque illud eſt ante quàm condicio extiterit nihil prorſus deberi nec obligationis diem ceſſiſſe intelligi *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Quod in debito in diem diuerſum eſt, quia cùm exploratum ſit omnimodo debitũ aliquando iri, [tractamus enim de eo quod in diem certam debetur, vt diximus] ſtatim atque ſtipulatio interpoſita eſt, placet obligationis diem cedere, nec aliud amplius expectari niſi vt veniat, ad hoc vt ex obligatione iam nata agi debitúmque exigi poſſit. In qua Bartoli ratiocinatione vera ſunt omnia, niſi quod ait de æſtimatione præſtanda ex moræ tempore. Neque enim

quie-

quicquam vetat in ineunda æſtimatione illud quoque tempus ſpectari quod moram præceſſit, licèt quandiu mora contracta non eſt, de præſtanda æſtimatione quæri non poſſit. Eiúſque rei manifeſtiſſimum argumentum & exemplum eſt in eo qui ad certam diem dare debuit. Hic enim non priùs moram contraxiſſe videri poteſt, quàm dies præterierit in quam collata obligatio fuit, quia nec antè peti quicquam ab eo poteſt: vbi autem nulla petitio, ibi nec mora vlla eſt *l. ſi pupillus 127. de verb. obligat. leg. mora 88. de regul. iur.* At obligatione in diem concepta, dicimus ineundam æſtimationem habita ratione eius diei in quam dilata fuit exactio, non diei ſequentis. Tempus igitur cuius ratio habenda eſt in ineunda æſtimatione, præcedit neceſſariò tempus moræ, & conſequenter non eſt bona ratiocinatio Bartoli, cùm debitorem condicionalem negat teneri ad eam æſtimationem quę fit tempore condicionis exiſtentis, ob hoc ſolùm quod nulla dum eo tempore mora cõtracta eſſe poſſit. Debuit potius dicere cum Celſo in *l. ſi Calendis 11. D. de re iudic.* ex eo quidque æſtimandum eſſe quo nouiſſimè ſolui potuit: Potuiſſe autẽ id quod ſub condicione debitum fuit, ſolui poſt exiſtentem condicionem citra moram: quia condicio ex ſe non habet incluſam diem certam neque tacitam neque expreſſam: tandiu autem ſolui impunè & citra moram poteſt, quandiu ſoluendi tempus elapſum non eſt, quod porro nec priùs elabi poteſt quàm fuerit conſtitutum. Quoties autem dies certa ſiue expreſſa, ſiue tacita obligationi ineſt, datur inſtans, poſt quod fieri nequit vt ſalua conuentione ſoluatur: illud nimirum quod nouiſſimũ inſtans eſt diei adiectæ in obligatione. Nã etſi poſt eã diẽ debetur quod antè debebatur, quoniam ceſſatio in ſolutione non eſt legitimus modus tollendæ obligationis, verum tamen eſt non ſatisfacere conuentioni eum qui poſt diem ſoluit quod intra eam diem ſoluere debuit: ideóque ex voluntate contrahentium æſtimandum eſt id quod debetur ex vltimo illo inſtanti, vt obligationi ſatisfactum videatur: quamuis mora non niſi poſt inſtans illud præteritum contrahatur. Quæ ratio ſi benè inſpicias non eò pertinet, vt intelligamus totius præcedentis temporis rationem nullam haberi oportere. Nam etſi dies nulla obligationi adiecta eſſet, neque condicio, ſed pura obligatio proponeretur, nemo tamen diceret, certè nemo adhuc dixit æſtimandam eſſe rem ex die interpoſitę ſtipulationis, niſi cùm id faciũt expreſſa verba ſtipulationis vt in *l. fundum Cornelianum 28. D. de nouat.* Abſurdiſſimum autem fuerit in obligatione quæ in diem certam concepta eſt aut ſub condicione, potiùs quàm in pura id exiſtimare. Ergo cùm dicimus ex eo tempore quidque eſſe æſtimandum quo nouiſſimè ſolui potuit, hoc magis ſignificamus, ſequentis temporis rationem haberi non poſſe. Non enim aut iuris ratio aut contrahentium voluntas patitur, vt res debita æſtimetur ex eo tempore quo ſolui amplius ex conuentione non poteſt. Ex eóque apparet eſſe veriſſimum quod nos diſputauimus in ſuperioribus, ex obligatione magis quàm ex mora pendêre ius illud quod conſtitutum eſt à prudentibus de ineunda rei debitæ æſtimatione, nec proinde ob id quod mora commiſſa eſt etiam per interpellationem, ſtatim conſequens fieri vt quãti plurimi res fuit ab eo tempore præſtari debeat, niſi quantum iuris ratio patitur, & natura iudicij quod exercetur. Vnde illud eſt quod Africanus in *dict. l. hominem*, de qua proximè diximus, ſubiiciens exceptionem ad id quod dixerat in actione ex ſtipulatu quæ ſtricti iuris eſt ſpectandum eſſe tempus quo agitur, non ſcripſit *niſi per debitorem mora facta ſit ex creditoris interpellatione*: ſed adiecit *quominus ſua die ſolueret* vt intelligamus, non omnem moram facere vt aliud quàm litis conteſtatæ tempus in iudicio ſtricto inſpici oporteat, ſed eam demùm quæ per lapſum diei contracta ſit, eam, inquam, non quatenus mora eſt, ſed quatenus eo caſu inducitur, quo fieri nequeat vt aliter obligationi ſatisfactum videri poſſit, quàm ſi eius temporis initia quod dari res debuit æſtimatio ineatur. Adeò vt quamuis ab eo tempore æſtimatio creuerit, nihilominus idem tempus ſpectandum ſit. Obſeruandum verò eſt, quod ad propoſitam diſputationem pertinet, non ita ſcripſiſſe Africanum *quominus ſua die aut exiſtente condicione ſolueret*, ſed ſolius diei non etiam condicionis meminiſſe, ſicut & cæteros Iureconſultos in *dict. leg. vinum de reb. cred. & dict. l. vlt. de condict. tritic.* quia nec dubitarunt quin eadem certæ diei & condicionis ratio eſſe non deberet. Quæ omnia cùm ita ſint nec verius quicquam in iure diſputari poſſit, non video quis dubitationi locus relinquatur, quin verba illa legis quoties 59. *de verb. obligat.* quæ eandem hac parte rationem faciunt diei certæ & condicionis, expungi debeant, & inepto interpreti adſcribi potius quàm Iuliano. Nam quod Bartolus ea ſic interpretatur vt exiſtente condicione æſtimatio facienda ſit ex tempore moræ quæ per ſubſecutam interpellationem contracta ſit, nihil minùs quàm Iuliani verbis conuenit quibus diſertè expreſſum eſt, æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit, & quo peti poteſt: vt & in *leg. ſeq.* Vlpianus ait. Porro conſtat ex quo extitit condicio ſtipulationis & cedere & venire diem obligationis ſtatim que ex ea agi poſſe, nec neceſſarium eſſe vt præcedat interpellatio, quæ nec fieri vlla poteſt niſi poſtquàm cœpit agi poſſe, & peti quod debetur. Interpretem fefellit quod exiſtimauit nihil aliud hîc intuendum eſſe niſi an dies venerit quo agi poſſit: Perinde enim venit cùm extitit condicio ſtipulationis, atque ſi in diem certam concepta obligatio fuiſſet, eáque dies iã veniſſet. Quod ſi ita accipiendum eſſet, ſequeretur obligatione nec in diem nec ſub condicione, ſed purè contracta, tempus ipſum contractæ obligationis ſpectandum fore, quoniam ex ea protinus agi poteſt: Quod tamen iam ſuprà negauimus, quin ad inducendam certi temporis æſtimationem, non ſufficit, quod eo tempore agi poſſe cœperit, niſi dandæ actioni cauſſam illud dederit quòd ex eo tempore deſierit promiſſor poſſe conuentioni ſatisfacere *d. leg. ſi Calendis*, quod tùm accidit cùm in diem certam concepta fuit obligatio, non cùm purè, aut ſub condicione quantumuis poſteà condicio extiterit. Eáque etiam ratio reddi poteſt propter quam in iudiciis ſtrictis inſpici oporteat tempus litis conteſtatæ, quia cùm in iis nulla moræ ratio habeatur, niſi ad perpetuãdam obligationem ſi fortè ſpecies debeatur quæ poſt moram perire aut deterior fieri poteſt, non etiam ſi merx ſit in obligatione, apparet poſſe debitorem tandiu ſatiſfacere quandiu lis conteſtata non eſt: ab eo autem tempore quo litem ſecum conteſtari paſſus eſt non poſſe ſatisfacere, quia per conteſtationẽ accedit noua quædam veluti obligatio, cùm in iudicio quaſi contrahatur: quam obligationem nouam diſſolui quoque neceſſe eſt vt priori ſatisfactum videatur, quando ex eo nata ſit quòd prior non fuerit priùs diſſoluta. Portò non aliter poſterior hæc diſſolui poteſt, quàm ſi ea æſtimatio pręſtetur quæ fuit tempore litis conteſtatæ. Nec eo minùs tamen ſpectamus tẽpus condemnationis in iudiciis bonæ fidei ſi tunc res

Digitized by Google

pluris ſit, quoniam licèt ſtricta iuris ratio repugnet quæ ſemper conteſtationis tempus ſpectandum eſſe ſuaderet, tamen bona fides cuius præcipua in his ratio habetur, cogit iudicem vt tam præcedentis quàm ſequentis temporis, id eſt aut moræ aut condemnationis vtro tempore res pluris fuit ineat æſtimationem: quia nec poſt moram integrum eſt promiſſori ſatisfacere conuentioni, cùm in iudiciis bonæ fidei mora ſpectanda & expianda ſit, hoc ipſum quoque non tam iuris quàm bonæ fidei ratione *l. mora 32. §. vlt. l. videamus 38. §. pen. & vlt. de vſur.* Ideo autem Iulianus in *d. l. quoties*, de oleo loquitur & aliis rebus oleo ſimilibus, id eſt quæ mercis appellatione continentur, quia cùm ſpecies debetur in diem non ſimiliter contingit, vt poſt diem ſpecies præſtari nequeat: licèt enim mutata ſit eius æſtimatio, eadem tamen ſpecies manet, ſiue creuerit precium ſiue decreuerit, nec proinde eſt quod quæratur de æſtimatione rei quæ ipſa præſtari poteſt, ſed alia ratione indemnitati ſtipulatoris aut alterius cuiuſlibet creditoris conſulimus, quia ſiue precioſior ſpecies facta eſt, hoc ipſum quod pluris nunc eſt conſequitur creditor, ſpeciem accipiendo: ſiue deterior facta eſt, tenetur debitor in diem vt præſtet creditori quanti eius interfuit, ſua die ſolui: Tanti verò ſaltem interfuit quanti tunc res fuit, Denique in hac lege illud obſcurum videri poteſt quod Iulianus ita ſcribit *alioquin rei captio erit*. Quæ verba Hotomanus emendat vt legat, *alioquin alius rei pactio erit*. Sed quam inſulſa ſit emendatio, & quis Iuliani ſenſus ſit tam apertè docuimus capit. 6. vt non alio Iulianus nunc indigeat aſſertore. Rectéque Accurſius *captionem* interpretatur *damnum* vt & in *leg. vlt. de pact. dotal.* & aliis pleriſque iuris locis.

De differentia mandati, & aliorum bonæ fidei contractuum in debita re æſtimanda, Ad primam partem l. hominem 73. D. mandat.

Cap. ix.

Differre mandatum à cæteris bonæ fidei contractibus, & conſequenter actionem mandati ab aliis bonæ fidei iudiciis cùm agitur de ineunda rei debitæ ęſtimatione, conſtat ſatis ex iis quæ à nobis in ſuperioribus diſputata ſunt, ſi coniungas id quod Africanus ſcribit in *l. hominem 37. D. mandat.* Docuimus enim, & vt nobis videmur, abunde probauimus ita ferre naturam iudiciorum bonæ fidei vt ſi quando rei æſtimatio præſtanda ſit, inſpici oporteat vtro tempore res pluris fuit aut moræ, aut litis conteſtatæ ſi mora nulla conteſtationem præceſſerit, aut rei iudicandæ. Africanus verò in *d. l. hominem*, ſcribit, cùm mandati agit is qui pro te hominem dari fideiuſſit & ſoluit, æſtimationem eius hominis ad id potiùs tempus quo ſolutus ſit non quo agatur referri debere, ex quo infert, etiamſi mortuus interim homo fuerit, nihilominus vtilem eam actionem eſſe. Nec ſanè obſcura diſſimilitudinis ratio eſt in qua etiam tradenda video interpretes omnes conuenire. Non enim mandati obligatio competit fideiuſſori ob id ſolùm quòd fideiubendi mandatum ſuſceperit, aut fideiuſſerit, ſed quia ſoluit, competit autem ex fide bona quòd ęquum ſit indemnem eum ſeruari, nec damnum ſentire ex amici officio quod pro te impleuerit. Porrò quantum ei debeatur indemnitatis nomine, non ex alio ſciri poteſt quàm ex comparatione eius quod ipſi abeſt ex cauſſa mandati. *l. inter 26. §. abeſſe D. mandat.* Quid verò ei abeſt? Nimirum quanti ſeruus fuit tempore ſolutionis. Ergo illud ipſum precium inſpiciendum præſtandúmque erit, ſiue eo tempore quo agitur, ſeruus ille deceſſerit, ſiue pluris tunc ſit aut minoris, Quia ſicuti damnum ex mandato ſentire fideiuſſor aliúſve mandatarius non debet, ita neque lucrum captare. Dices Abeſſe fideiuſſori non eam hominis æſtimationem quæ fuit ſolutionis tempore, ſed hominem ipſum, qui ſolutus fuit, ac proinde quanti homo ille eſt tùm cum agitur, quia ſi hominem ex cauſſa mandati non ſoluiſſet, tantundem hodie conſequi ex hominis venditione poſſet. Reſpondeo, non quid nunc fideiuſſori abſit inſpiciendum eſſe, ſed quid tunc ei abfuerit cùm ſoluit. Ex quo enim facta ſolutio eſt, cœpit certum eſſe quid abeſſet, ac proinde quid actione mandati præſtari oporteret, ſemel autem conſtituta obligatione quæ certam legem certámque quantitatem habuit, non ob id augeri poteſt ex poſtfacto quod tardius agatur *leg. ſi ſterilis 21. §. cum per venditorem D. de action. empt.* Nam ſi ſtatim poſt factam pro te ſolutionem fideiuſſori præſtitiſſes quanti tum homo fuiſſet, nihil à te ſuprà eam quantitatem petere ille potuiſſet: Alioqui cùm mandatario præſtari debeat non tantùm quod ei abeſt propter mandatum, ſed etiam quod abfuturum eſt, creſceret in infinitum ſoluti hominis æſtimatio: nec plenè vnquã liberatus videreris ne tum quidem cùm auctam ex poſtfacto præſentémque æſtimationem præſtitiſſes: quoniam poſt eam ſatisfactionem adhuc hodie pluris eſſe ſeruus poſſet. Quod ſi in mandati actione quæ pleniſſimas recipit præſtationes adeò diſtrictè hoc obſeruatur, vt à quo tẽpore certa deberi cœpit æſtimatio nõ poſſit ea creſcere ex poſt facto, quis ferat quod noſtri volunt, etiam ex contractibus ſtrictis præſtandum eſſe, quanti plurimi vnquam res fuerit à tempore moræ ad diem vſque condemnationis? Aut quis nobiſcum non ſentiat, in iis quoque iudiciis quæ ſunt bonæ fidei, ſi moræ tempore pluris res fuit, non poſſe creſcere æſtimationem? At, inquies, non accipit æſtimatio certam legem ex tempore moræ, ne in bonæ quidem fidei iudiciis, cùm ſi pluris res ſit tempore condemnationis, vtique tempus illud nõ morę inſpici oporteat. *l. 3. §. in hac ff. commod. leg. 3. §. vltim. de action. empt.* Ego verò admitto equidem neſciri poſſe antè condemnationem quænam & cuius temporis habita ratione æſtimatio iniri debeat, ſed ſi condemnationis tempore appareat pluris rem fuiſſe tunc cùm mora contracta eſt, dico iam inde ab eo die certam æſtimationem debitam fuiſſe intelligi, nec quod potuit res pluris eſſe tempore iudicati, conſequens fieri, vt auctæ interim æſtimationis ratio aliqua ſit habenda. Dicerem potiùs certam fuiſſe æſtimationem ex quo mora facta eſt, ſub hac tamen exceptione, ſi non pluris res foret cùm iudicaretur. Cæterum actioni mandati hac parte ſimillima eſt contraria negotiorum geſtorum actio: vtriuſque enim actionis eadem natura, idémque fauor eſt: nec alia vlla differentia, niſi quod mandati actio contraria non competit niſi mandato præcedente, negotiorum verò geſtorum vbi mandatum nullum interceſſit *l. ex mandato 20. D. mandat.* At non eò minus æquum eſt vt indemnem præſtes eum qui pro te abſente & ignorante fideiuſſit, imò tanto magis quanto promptior fuit ille ad negotium tuũ bona fide, & vtiliter gerendum, non expectato mandato. Et in vtraque actione ſpectandum igitur eſt tempus quo alius pro te ſoluit, non quanti poſteà res ſoluta eſſe cœperit, ſiue pluris, ſiue minoris, ſiue morę, ſiue litis cõteſtatæ tempore, ſiue cõdẽnationis. *Aliter*, inquit Africanus in *d. l. hominem, in ſtipulatione ſeruatur.* Vbi notat Cuiacius eos qui nullã inter iudicia bonæ fidei

fidei & ſtricta differentiam agnoſcunt facilè ex illo Africani loco refelli poſſe, cùm ſupradictis verbis apertiſſima differentia conſtituatur inter actionem mandati quæ bonæ fidei eſt, & actionem ex ſtipulatu,quæ ſtricti iuris, idémque mihi aliquando videbatur.Sed omnino,vt nũc video malè, & imperitè. Nec enim hac in re magis differt actio mandati ab actione ex ſtipulatu,quàm à cæteris actionibus bonę fidei, in quibus vt diximus non naſcentis actionis tempus inſpicitur, ſed vtro tempore pluris res fuit aut moræ ſiue iudicialis ſiue extraiudicialis, aut condemnationis: excepta contraria negotiorum geſtorum actione. Illud ſanè locus hic Africani rectè probat, in actionibus ſtricti iuris qualis ea eſt quæ competit ex ſtipulatione, ſpectandum eſſe tempus quo agitur, id eſt,litis conteſtatæ. Cur enim in actione ex ſtipulatu ſic conſtitutum putemus niſi quia ſtricta actio eſt? *l. 3.5.in hac D.commod.l.vinum 22.de reb.credit.l.vl.de condict.tritic.* Parúmque ſubtiliter videtur mihi facere Cuiacius, qui interrogatus cur in ſtipulatione ſpectetur tempus litis conteſtatæ non etiam in actione mandati,reſpondet nullum aliud tempus eſſe quod in actione ex ſtipulatu inſpici poſſit, nec enim, inquit, vnquam occurret quicquam de ſpectando tempore ſtipulationis in quæſtionibus huiuſmodi, niſi in ſpecie *l.cum quis 23.de obligat.& action.* Quaſi verò, inquam, nullum aliud quàm interpoſitæ ſtipulationis tempus ſit,de quo dubitari queat in hac quæſtione,an eius ratio aliqua habenda ſit necne. Cur ergo putat ille cum cæteris interpretibus, ſi mora contracta ſit ſpectandum eſſe tempus moræ quæ præceſſerit conteſtationem? Cur ſpectari tempus condemnationis aut etiam mortis ſi tunc pluris res eſſe proponatur? Cur denique quanti plurimi vnquam res medio tempore fuit,vt veteres omnes interpretes ſomniant?Ratio igitur alia melior quærenda eſt propter quam litis conteſtatæ nec aliud vllum tempus ſpectari Africanus velit,niſi cum dies adiecta eſt. Quod autem vir idem doctiſſimus vt latiùs enarret differentiam quæ eſt inter actionem mandati, & actionem ex ſtipulatu, ſubiicit, ſtipulatorem neque mihi rem geſſiſſe ſtipulando,neque ei quicquam propter me abeſſe, non eſſe igitur cur agat ex ſtipulatu ſi interim homo promiſſus interierit ſine culpa mea, multo impertinentius eſt.Quid enim prohibet ſtipulatorem negotium promiſſoris geſſiſſe? Finge hunc ipſum fideiuſſorem de quo Africanus tractat in *dict. l. hominem*, à te ſtipulatum eſſe,& malle ex ſtipulatu quàm actione mãdati contra te experiri. Nam & ad hunc caſum accommodari Africanus poteſt,cùm ſtipulationes omnes conuentionales pendeant ex negotio contracto, vt Pomponius ait in *l.5.de verbor.obligat.* Et verba illa Africani *aliter in ſtipulatione ſeruatur* poſſunt hanc interpretationem commodè admittere vt aliud ſit ſi fideiuſſor tuus qui pro te ſoluit, obſtrictum te habeat ex ſtipulatu, maſítque ex ſtipulatione agere quàm mandati.Sed & ratio hęc Cuiacij non alij ſatiſfacit quàm ei qui quærat, cur aliter in ſtipulatione quàm in mandato ſeruetur: at manca eſt,ſi quis illud ſciſcitetur de quo nos diſputamus, cur aliter ſeruetur in actione ex ſtipulatu quàm in iis quæ bonæ fidei ſunt, quas non indemnitas actoris parit, vt actiones contrarias mandati & negotiorum geſtorum,ſed alia quælibet iuſta cauſſa contrahendæ obligationis: in quibus tamen non tempus litis conteſtatæ vt in actione ex ſtipulatu,ſed vel morę,vel condemnationis vt diximus inſpiciendum eſt. Illud verò longè improbabilius eſt, quod idem Cuiacius verba illa *aliter in ſtipulatione ſeruatur* ſic interpretatur quaſi hoc tantùm velit Africanus,vt ſi homo ex ſtipulatu debitus ante moram deceſſerit,nulla ſuperſit actio contra debitorem.Etſi enim hoc veriſſimum eſt promiſſorẽ liberari interitu ſpeciei ante moram contingente *leg. ſi ex legatis 23 de verbor. obligat.* non tamen id agit Africanus vt hoc doceat,ſed ſeipſum longè aliter & euidentiſſimè interpretatur cùm ſtatim ſubiicit *nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur.* Priùs ſiquidem cum de mandati actione ageret, dixerat è contrario non tempus quo agatur ſpectandum eſſe,ſed quo ſolutus fuit homo ex cauſſa fideiuſſionis. Quod autem ſubiunxerat,ſi interim ſeruus ſolutus deceſſiſſet,nihilominùs vtilem mãdati actionẽ fore,nõ niſi per quãdam veluti conſequentiam dictum videri debet. Semel enim nata mandati actio ob id quod cœperit abeſſe fideiuſſori non poteſt ideò perire, quod ſeruus ſolutus perierit,quia nec ob id deſinit ei abeſſe. Cæterùm quod in actione ex ſtipulatu obtinet, vt non poſſit exerceri contra debitorem ſpeciei ante moram peremptæ,idem procul dubio locũ habet in aliis omnibus etiam bonæ fidei contractibus,vt puta ſi homo venditus necdum traditus deceſſerit ante moram. Venditor enim liberatur,nec eo minùs precium petere poteſt vt contra Cuiacium diſputauimus libr. 2. cap. 4. Idem eſt ſi ſeruus legatus proponatur, *dict. leg. ſi ex legatis 23.de verbor.obligat.* licèt actio ex teſtamento ſoleat ſequi & imitari naturam bonæ fidei actionum *l.vſura 34.de vſur.* Non igitur quemadmodum ex eo quod in actione mandati ſpectatur tẽpus ſolutionis factæ per fideiuſſorem, inferri meritò poteſt ſupereſſe obligationem & actionem quamuis homo à fideiuſſore ſolutus perierit, ita poſſis inferre hominis promiſſi interitu liberari promiſſorem, ex eo quòd in ſtipulatione tempus illud inſpiciatur,quo agitur:nihil enim hoc cum illo commune habet,ſpeciémque debitam eſſe ſufficit, & nulla mora præcedente peremptam, vt debitor liberatus intelligatur, ſiue ex contractu bonę fidei, ſiuę ex ſtricto debitor fuit.Idque apparet etiam manifeſtiùs ex illa exceptione quam ſubiicit Africanus *niſi fortè per promiſſorem ſteterit quominùs ſua die ſolueret, aut per creditorem quominus acciperet.* Non enim poteſt exceptio illa accommodari ad id quod Cuiacius ab Africano traditũ putat liberari debitorem ſpeciei ea perempta,ſcilicet ex qua parte Africanus tractat de mora creditoris. Nam cùm per creditorem ſtetit quominus ſua die acciperet,tantò faciliùs admittenda eſt liberatio debitoris, qui etiam ſi nulla ex parte mora interueniſſet, liberaretur. Apparet etiam ex ſuperioribus, Iureconſultos cùm tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione ad propriam cuiuſque actionis naturam,& conuentionis poteſtatem reſpicere,non,vt interpretes putant, ad moram. Neque enim is qui fideiuſſorem dedit, in mora conſtituitur ob hoc ſolùm, quod fideiuſſorem de ſuo ſoluere patiatur, nempe quod ad obligationem, & actionem mandati pertinet, quæ nec naſcitur in fideiuſſoris commodum priuſquàm ſoluerit pro debitore: & tamen condemnamus cum ad æſtimationem quæ fuit illo ipſo inſtanti quo ſoluit fideiuſſor hominem qui debebatur. Illud poſtremò peſſimè Cuiacius ad Africanum, quod Accurſium reprehendit qui ſcripſerit idem iuris eſſe ſi incertum atque ſi certum hominem dari quis fideiuſſerit. Etſi enim Africanus de certo homine loquitur,non alia tamen ratione id facit quàm quia tractat de homine non ſolùm promiſſo, ſed etiam ſoluto & poſt ſolutionem mortuo,Incertus autem & in genere nec ſolui nec mori pôt.Et hoc ipſũ eſt quod mouere

nos debet vt nihil intereſſe debeamus credere, an certus homo, an incertus promiſſus ſit, cùm non poſſit locus eſſe quæſtioni, niſi poſt ſolutionem, nec rurſus ſolui homo niſi qui ſit certus.

De emendatione & ſententia l. cum quis 23. D. de oblig. & act.

Cap. x.

HIs quæ hucuſque diximus de ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue pura, ſiue in diem concepta fuit obligatio, maximè illud obſtare videtur quod idem Africanus noſter in *l. cum quis 23 de obligat. & action.* reſpondit, Cùm quis mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius temporis ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Nam ſi adiectæ diei ratio habenda eſt, & quidem præciſè vt docuimus, cur non fideiuſſorem ad eam æſtimationem condemnamus, quæ mercis fuit eo ipſo die quo dari merx debuit? Sin diuerſum hoc caſu obtinet ex iure aliquo ſingulari ob perſonam, aut potiùs in perſona fideiuſſoris, qui ſicut non niſi ex ſtipulationis vinculo teneri, ita neque alia quàm ex ſtipulatu actione conueniri poteſt *l. blanditum 3. C. de fideiuſſ.* Cur non litis ſaltem conteſtatæ tempus ſpectamus, vt in aliis omnibus caſibus in quibus agitur ex ſtipulatione *d. l. hominem 37. D. mand.* Nuſquam enim reperias referri æſtimationem ad tempus initi contractus, niſi vno illo caſu quo idipſum à contrahentibus factum ſit, & contractus verbis expreſſum, vt cùm quis fundum Cornelianum ſtipulatus, poſteà quanti is fundus eſt ſtipulatur *l. fundum Cornelianum 28. De nouat.* Sunt qui poſt Accurſium diſtinguant inter fideiuſſorem & alios, ſed ita tamen vt nullam adferant diſtinguendi rationem: quæ nec certè vlla eſt, cùm fideiuſſor ipſe ex ſtipulatu conuenitur, ſicut nec vlla eſſet ſi ageret ille ex ſtipulatione: quem ſenſum eſſe ſuprà diximus eorum Africani verborum in *d. l. hominem, aliter in ſtipulatione ſeruatur.* Non enim differentiam conſtituit inter fideiuſſorem & alias perſonas, ſed inter contrariã actionem mandati & actionem ex ſtipulatu, tùm etiam cùm hæc aut illa actio per fideiuſſorem exercetur. Quamquam caſus ille dubitabilior eſt quo fideiuſſor ipſe agit ex ſtipulatione, quàm quo conuenitur: nam cùm agit, ſicuti agit tanquam fideiuſſor, ita videretur eadem ratio & æquitas ſuadere vt inſpiceretur æſtimatio quæ ſolutionis tempore fuiſſet, ſi actio ex ſtipulatu interpretationem aliquam recipere poſſet ex æquitate & bona fide. At cùm fideiuſſor ex ſtipulatu conuenitur, cur obſecro aliam ipſius cauſſam conſtituamus quàm ſit cæterorum omnium ex ſtipulatione obligatorum, præſertim verò ipſius debitoris, ex cuius obligatione metienda vtique eſt fideiuſſoris obligatio: alioqui facilè eueniet, vt fideiuſſor aut in aliam aut in duriorem cauſſam acceptus videatur, quod à vulgarib. notiſſimiſque iuris regulis abhorret: ſed in aliam ſanè potiùs quàm in duriorem. Neque enim fieri poteſt vt alia in debitore principali, alia in fideiuſſore ſpectetur ratio ineundæ æſtimationis, ſiue maior, ſiue minor ſit æſtimatio quæ à fideiuſſore debeatur, quin dicendus ſit fideiuſſor in aliam cauſſam acceptus eſſe, ſiquidem quantulumcumque illud ſit quod addas precio, aliud precium eſſe, ideóque ſi de emptione tractetur alia quoque emptio fieri intelligitur *l. pacta conuenta 72. D. de cõtr. emp.* Hoc verò tãto magis in debito mercis obtinet, quæ ſicut in genere & quãtitate nõ in ſpecie cõſiſtit, mutatúrq. in ſingula ferè temporũ momenta, non aliter videri poteſt eadem merx eſſe, eadémque res quæ debetur à pluribus, quàm ſi in omnium perſonis eiuſdem temporis æſtimatio inſpiciatur. Nam & inde eſt, quod poſt diem ſolutioni dictam ſi merx ſoluta non ſit, neceſſariò in condemnationem deducere iudex debet non mercem ipſam ſed mercis æſtimationem, ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris iudicium proponatur, quod in ſpecie debita diuerſum eſt, quæ ſiue pluris ſiue minoris facta ſit etiam poſt moram dũ modo non deterior, eadẽ ſemper ſpecies eadémq; res & eſt, & eſſe intelligitur, vt latius à nobis in ſuperioribus diſputatum eſt. Atqui in propoſita quæſtione cùm quis in diem ſtipulatus eſt in mercem, nemo dubitat quin quod ad reum & principalem debitorẽ attinet, ea mercis æſtimatio conſtituenda ſit quæ eo ipſo die fuit quo dari merx debuit. Sic enim ſcriptum eſt in *l. vinum 22. de reb. credit. l. vlt. De condict. tritic. l. quoties 59. de verb. obligat.* & ab Africano ipſo in *dict. l. hominem.* Ergo nec aliud in huius debitoris fideiuſſore dicendum eſt. Quare nec Accurſius ipſe perſtat in ea differentia, quam inter debitorem & fideiuſſorem primùm conſtituerat, ſed ad aliam confugit diuinationem: & ait Africanum intelligendum eſſe de fideiuſſore accepto poſt diem dictam ſolutioni, vt quod Africanus vult id tempus ſpectari debere quo ſtipulator ſatis acceperit, non aliud ſit quàm ſi diceret idẽ tẽpus & in fideiuſſore & in debitore ſpectandũ eſſe. Quã ſententiam & interpretationem Cuiacius quoque & Hotomanus aliique recentiores nonnulli probarunt, Parum acutè ſanè vt mihi videtur, ne dicã prorſus ineptè. Nam præter id quod vix eſt vt fideiuſſor accipiatur eo tempore quo iam nata eſt actio ad extorquendam ſolutionem, tùm etiam cùm id fit, dico eam æſtimationem à fideiuſſore deberi quæ ſit nõ eo die quo fideiuſſor accipitur, ſed quo dari merx debuit. Alioqui eueniet proculdubio abſurdũ illud quod iam diximus cauendum eſſe, vt in aliam rem planéque diuerſam cauſſam acceptus videatur. Siquidem fieri vix poteſt vt eadem eiuſdem mercis æſtimatio ſit diuerſis diebus, iam autem probauimus, adiecto die eam ipſam æſtimationem præciſè deberi quæ tùm fuit, non eam quæ ſequenti die ſiue creuerit illa, ſiue decreuerit. Etſi autem poſſet abſurdum hoc euitari ſi verum eſſet quod contrà putant interpretes omnes & veteres, & recentiores, etiam adiecta die creſcere æſtimationis condemnationem ſi poſteà pluris res fiat, quia æquè fideiuſſor & debitor auctam æſtimationem præſtarent, pone tamen pluris rem fuiſſe eo die, quo ex verbis ſtipulationis debuit dari, non poteris aſſequi vt fideiuſſor non in aliam cauſſam acceptus videri debeat, qui non obligatur ad eandem æſtimationem ſed ad minorem. At ſecundum id quod verius putamus, vt eius præciſè temporis quod obligatione comprehenſum eſt rationem haberi oporteat, finge minoris rem fuiſſe eo die, ſequenti verò & exinde magis ac magis creuiſſe æſtimationẽ. Eueniet vtiq; vt fideiuſſor accipiatur nõ in aliã ſolũ, ſed etiã quod abſurdius eſt in duriorem cauſſam, id eſt ad mercis æſtimationem maiorem, quàm quæ à reo debeatur. Ita fit vt poſterior hæc interpretatio, præter id quod diuinatoria eſt, vt nemo non videt, nulla ratione probabilis videri poſſit. Illud longè probabilius fuerit ſi quis dicat verba illa Africani *quo ſatis acceperit* ſic accipienda eſſe, acſi ſcriptum eſſet *in quod ſatis acceperit.* Nam quemadmodum contraxiſſe vnuſquiſque in eo loco intelligitur, in quo vt ſolueret, ſe obligauit, ſicuti ſcriptum eſt in *lege contraxiſſe prox. præced.* Ita dici poteſt eo tempore

pore

port videri contractam obligationem, in quod collata ſolutio eſt. Sed tamen durior mihi videtur hæc interpretatio, quàm vt facilè admitti poſſit. Quibus enim verbis poteſt apertiùs demonſtrari, & exprimi tempus accepti fideiuſſoris, ad excluſionem temporis poſiti in obligatione, quàm illis *quo ſatis acceperit*. Nec niſi valdè impropriè poſsis dicere contractum qui hodie factus ſit de pecunia Calendis Martiis proximis ſoluenda Calendis illis factum eſſe. Ideóque Iulianus in *dict. l. contraxiſſe*, vtitur verbo illo *intelligitur* quod ſolet denotare, vt noſtri loquuntur, improprietatem. At illa quæ ſequuntur *quo ſatis acceperit* id tempus demonſtrant quo verè ſtipulator ſatis acceperit, non quo ſatis accepiſſe intelligatur. Nullus ergo fictioni, nullus improprietati locus relinquitur. Igitur, vt tandem dicam quod ſentio, fatendum eſt, ni fallor corruptum eſſe Africani reſponſum & addita negatione legendum *non quo ſatis acceperit*, quæ lectio facit vt legis ſententia non ſolum vera ſit ſed aperta, illa videlicet, vt cùm quis mercē ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius temporis æſtimationem ſpectari oporteat, in quod ſtipulatus fuit, non eius quo ſatis acceperit. Nam & ſimiliter idem Africanus in *dict. l. hominem*, tractans eandem quæſtionem cuius temporis habenda ratio ſit in æſtimatione ineunda, ita ſcribit *æſtimatio eius ad id tempus potius quo ſolutus ſit, non quo agatur referri debet*. Suſtulit verò negationem imperitus interpres, exiſtimans fortaſſe imperfectam fore legis ſententiam ſi ſic legamus *non quo ſatis acceperit* quaſi demonſtrato iis verbis tempore quod ſpectari non oportet, non etiam illo quod inſpiciendum eſt. At obſeruare debuerat, imò dictionem illam *eius* quæ eſt in præcedentibus ſatis exprimere tempus illud de quo iam Africanus locutus fuerat, id eſt diem in quem creditor mercem ſtipulatus eſt: quod vnum tempus eſt cuius hac in re rationem haberi neceſſe ſit. Denique cùm ſua Africano ſententia conſtet, etiam ſublata illa clauſula quam nos emendamus *quo ſatis acceperit* tollendam potiùs eam putarem, quàm mihi perſuadere vnquam poſſem id ſcripſiſſe aut ſenſiſſe Africanum quod à vera rectáque iuris ratione tam euidenter abhorreat, nobis tamen prior illa noſtra emendatio magis placet.

De æſtimatione rerum furtiuarum & amotarum.

Capvt xi.

VEreor ne interpretes omnes & nosmetipſos in hunc vſque diem deceperit, quod Vlpianus ſcribit in *lege in re furtiua* 8. §. 1. *Dig. de condict. furt.* Si ex cauſſa furtiua res condicatur, & quæratur cuius temporis æſtimatio fieri debeat, id tempus ſpectandum eſſe quo res vnquam plurimi fuit. Sic enim id & à veteribus, & à recentioribus interpretibus acceptum eſt vt quanti plurimi res fuit à die furti contracti, tanti condemnatio fiat ex cauſſa furtiuæ condictionis. Quod tamen non ita eſt. Nam vt idem Vlpianus in *l. 2. §. quæſitum de priuat. delict.* condictio ex cauſſa furtiua non egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus, id eſt non pluris æſtimatur res furtiua quàm quanti plurimi fuerit à die litis conteſtatæ in diem vſque quo reſtituatur: ſiquidem iudicij accipiendi tempus aliud non eſt apud iuris noſtri actores quàm tempus litis conteſtatæ, cùm ita ius eſſet vt non niſi lite apud prætorem conteſtata iudices ab eo dari. & conſequenter à litigatoribus accipi ſolerent. Et ridiculus eſt Accurſius qui ad eum locum notat iudicij accipiendi tempus aliud non eſſe quàm tempus ipſum quo furtum factum ſit, quòd inquit, ab eo die liceat domino cui res ſubtracta fuit condictionem furtiuam exercere, deque ea iudicium accipere. Imò verò, fieri nullomodo poteſt, vt eodem tempore quo furtum fit, iudicium accipiatur, quia neceſſe eſt præcedere conteſtationem, quam ipſam præcedit vocatio in ius, & alia eiuſmodi quę ſunt præparatoria iudiciorum. Nec quicquam intereſt inter accipiendi & accepti iudicij tempus, niſi quòd cùm accipiendi iudicij tempus dicimus, illud magis propriè ſignificamus quod tunc eſt cùm litis conteſtatio fit, cùm verò iudicij accepti, illud tempus potius exprimimus quod ſtatim & immediatè ſequitur conteſtationem. Ac quoniam illud perpetuò verum eſt, in iudiciis ſtrictis æſtimari rem ex tempore litis conteſtatæ præcisè, id eſt ita vt neque præcedentis, neque ſequentis temporis ratio vlla habeatur, condictio autem furtiua ſtricti iuris eſt vt & cæteræ omnes condictiones, conſequens eſt vt quanti plurimi res fuit à die commiſſi furti, in diem vſque conteſtationis, non poſſit venire in condemnationem. Nec quod fur moram ſemper facere intelligatur, ad rem facit. Nam & ex contractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei ſunt, poteſt mora contrahi ante conteſtationem, ſi debitor congruo loco & tempore interpellatus non dederit *l. ſi ex legati* 23. *de verborum obligation.* Sed non poteſt ea mora facere vt creſcat rei æſtimatio, quia iudicij ſtricti quod ex contractu ſtricto exercetur natura non patitur, vt præcedentis moræ ratio vlla habeatur, niſi hactenus vt ſpecie debita poſt moram perempta vel deteriore facta ſubſiſtat eadem obligatio, quæ alioqui ſi mora nulla contracta eſſet, penitus ſublata, aut ſaltem diminuta intelligeretur *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur, & §. vltim. eod.* Et quod Vlpianus in *d. l. in re §. 1.* rationis loco ponit *Semper enim moram fur facere videtur*, non ad id referendum eſt quod præcedit de præſtanda æſtimatione quanti plurimi vnquam res fuit (nihil enim commune habet mora cum iure æſtimationis ineundæ niſi quatenus condemnatio fieri poteſt ex bona fide, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis) ſed ad proximam illam clauſulam *maximè cùm deteriorem rem factam fur dando non liberatur*. Vera enim ratio propter quam non liberatur debitor ſpeciei qui rem factam deteriorem reddit poſt moram, illa vna eſſe poteſt, quòd moræ effectus præcipuus & perpetuus ille eſt, vt obligationem perpetuet, qualis, quantáque fuit ante moram. Itaque cùm fur ſemper & quolibet temporis inſtanti moram adeóque furtum facere intelligatur, vt ſequenti capite dicemus, rationi congruit vt rem factam deteriorem dando non liberetur, ſiue ante, ſiue poſt acceptum iudicium deterior facta ſit, dummodo poſt admiſſum furtum. Cur ergò, inquies, ſpectamus eam æſtimationem in condictione furtiua, vt quanti plurimi res vnquam fuit à die litis conteſtatæ præſtetur in diem vſq; condemnationis? Alia enim hic ratio eſt condictionis furtiuæ, alia cæterarum actionum quas ſtricti iuris appellamus. Reſpondeo non ratione aliqua iuris id conſtitutum eſſe, ſed ſolo odio furis contra iuris rationem. Sicut & illud, vt condictio furtiua ſoli domino detur, quæ ex iuris ratione numquam domino datur *l. 1. eodem l. vltim. Digeſt. vſufruct. quemadm. caueat. l. 1. §. vltim. de condict. tritic. §. itaque Inſtit. de action.* Et quemadmodum non poſſis rationem reddere, cur in actione legis Aquiliæ ſpectetur quanti plurimi fuit ho-

mo occiſus eo anno quo occiſus eſt, & quidem anno illo retrorſum computato *lege ait lex 21. Digeſt. ad leg. Aquil.* ac non potiùs quanti plurimi res fuit proximo ſemeſtri aut biennio præterito, (ſunt enim iſta iuris vt vocant poſitiui, ad quæ maximè pertinet quod in *lege non omnium D. de legib.* non omnium quæ à maioribus noſtris conſtituta ſunt rationem reddi poſſe) ita nec dici poteſt, cur domino demus condictionem rei ſuæ aduerſus furem, aut cur furem condemnemus quanti plurimi vnquam res fuit, ex die litis conteſtatæ, vtrumque contra iuris regulas, niſi quia ſic conſtitui placuit odio furis, vt & pluribus actionibus, & duriùs obſtringatur. Cæterùm non poteſt odiū furis efficere vt rei furtiuæ æſtimatio egredi debeat retrorſum iudicij accipiendi tempus, quia totum illud tempus, quod inter admiſſum furtum & litem ex condictione furtiua conteſtatam intercedit, domini potiùs quàm furis moræ adſcribendum eſt, nec oportet domini condicionem ob id fieri meliorem quòd agat tardiùs ad augendam furis obligationem *arg. l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per vendit. de actio. emp.* Nec ſubtilior fuit Stephanus interpres Græcus, quem Cuiacius refert & probat ad *leg. quoties* 59. *de verborum obligat.* exiſtimans quod Vlpianus ait in *dict. l. 2. §. quæſitum de priuat. deli.* ita accipiendum eſſe, ſi à die furti admiſſi in diem vſq; litis conteſtatæ, & iudicij accipiendi, æſtimatio rei furtiuæ non creuerit. Hoc enim ſenſu perinde potuiſſet Vlpianus dicere æſtimationem quanti plurimi in condictione furtiua non egredi retrorſum rei iudicatæ tempus, ſi poneres eandem ſemper fuiſſe æſtimationem rei furtiuæ ab eo tempore quo furtum factum eſt, in diem eum vſque quo condemnatio ſubſecuta ſit: quod tamen vix eſt vt fieri poſſit, cùm rerum omnium precia, nō tantùm pro locorum ſed etiam pro temporum varietate mutentur. Sicut autem Cuiacius alios interpretes ſecutus duriorem facit condicionem furis quàm eſſe debeat, in eo quod vult teneri eum quanti plurimi vnquam res fuit ex quo delictum admiſſum eſt. Ita facit ex contrario meliorem in eo, quod in æſtimanda re furtiua non ſingula momenta ſpectar vult, vt quanti plurimi hoc aut illo momento fuerit inſpiciatur, ſed tantùm vtro tempore pluris res fuit, aut quo furtum admiſſum eſt, aut quo lis conteſtata, aut quo res iudicata, vel res furtiua perempta eſt. Nam imò verò ex quo litis conteſtatio facta eſt, incipit fur teneri quanti plurimi res erit vel minimo, ſi dicere liceat, inſtanti: quare non ob id melioris erit condicionis quod rei iudicatæ tempore idem ſit rei valor, qui fuit conteſtationis tempore, aut etiam fortaſſis minor, ſi modò inter ea tēpora pluris res fuit, quēadmodū & in actione legis Aquiliæ contingit, vt quāuis non pluris ſit ſeruus occiſus, eo tempore quo occiditur, quàm fuerit primo die anni illius retrorſum computati, non tamen idcirco liberetur occiſor, quin æſtimationem illam quæ medio tempore longè maior extitit præſtare teneatur: alioquin non erat cur lex ea verba *quanti plurimi* vſurparet ſi hoc, aut illud tempus præciſè ſpectari voluiſſet. Non eſt contrarium ſuperioribus quod Iauolenus ſcribit in *l. cùm furti 9. De in lit. iurand.* Cùm furti agitur, iurare oportere tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt. Differt enim hac parte actio furti à condictione furtiua, quia licèt vtraq; competat aduerſus furem ęquè omni caſu odioſum, tamen actio furti competit ad vindictam delicti, condictio autem ad ſolam rei perſecutionem. Proinde delicti tempus neceſſariò ſpectandum eſt cùm agitur de vindicādo delicto, vt pœna delicto reſpondeat: tametſi in duplo illo, vel quadruplo quod pro furti pœna debetur ſimplum quoque id eſt rei ipſius precium contineatur: *l. in furti actione 50. D. de furt. §. in duplum Inſtit. de action.* Cùm autem agitur de re perſequenda, id eſt cùm res furtiua condicitur, non ad tempus delicti, ſed ad actionis ius & naturam inſpiciendum eſt, niſi quatenus odium furis ſingulare aliquod ius induxit: itaque ab eo duntaxat tempore quo agi incipitur ineundę æſtimationis ratio ſumi debet. Inde illa etiam differentia, quòd in actione furti æſtimatur res ex actoris iureiurando *d. l. cùm furti*, omnium ſi furti actio iure dominij deferatur vt Papinianus loquitur in *l. ſi vendidero 80. §. 1. de furt.* & res ipſa non reſtituatur, quia non eſt cogendus dominus rem ſuam iuſto precio vendere *l. non enim 9. D. rer. amot.* Nam ſi res ipſa extet ac reſtituatur, non quanti rem fuiſſe actor in litem iurauerit, ſed verum rei precium duplatur, aut quadruplatur. *d. l. in furti actione,* vbi quod ſequitur *ſed etſi res in rebus humanis eſſe deſierit cùm iudicatur, nihilominùs cōdemnatio facienda eſt, idémque etſi nunc deterior ſit, æſtimatione relata in id tempus quo furtum factum eſt*: Oſtendit ſatis in omni caſu idem iuris eſſe vt inſpecto ſolo furti tempore æſtimationem iniri oporteat. Nam & in actione rerum amotarum ſimiliter obtinere dicimus, vt earum æſtimatio ad id tempus quo amotę ſunt referri debeat *l. penult. D. rer. amot.* non alia ratione quàm quia, vt lex ſtatim ſubiicit, *veritate furtū fit, etſi leniùs coercetur mulier*, vt intelligamus nullam hac parte differentiam eſſe inter actiones furti, & rerum amotarum. Etſi non ignoro placuiſſe quibuſdam ex prudentibus, Si rei furtiuę ęſtimatio penes furem creuerit, cōdemnationem quoque in actione furti creſcere debere vt ſequenti capite dicemus. At in condictione furtiua creſcit ęſtimatio ex poſt facto, nec ob id tamē iuratur in litem, ſed rei vindicatione, aut ad exhibendum neceſſariò agendum eſt vt iurari poſſit. Eleganter autem Tryphoninus in *dict. l. penultim.* differentiam hāc quam inter actionem furti, & condictionem furtiuam eſſe dicimus, probat cùm ſubiungit *ſed ſi pluris factæ res non reſtituuntur quæ amota ſunt, creſcit æſtimatio vt in condictione furtiua rei.* Non ſcripſit *vt in actione furti*, ſed *vt in condictione furtiua rei*, quia in actione furti verius eſt nō creſcere ęſtimationem. Ex quo apparet actionem rerum amotarum ſubſtitutam eſſe in locum duplicis illius actionis quę aduerſus alios fures datur, ſcilicet actionis furti, & condictionis rei furtiuę: ideóq; ex vtraque aliquid ſumere quod imitetur. Sumit ex actione furti, vt ſi pluris fuerunt res amotę cùm amotę ſunt, quàm nūc ſint, ad id tempus amotionis referēda ſit ęſtimatio. Ex furtiua autē condictione, vt ſi pluris nunc res ſint cùm agitur, pręſens ęſtimatio debeatur: ne alioqui quod odio mulieris quę res amouit conſtitutum eſt de reuocanda ęſtimatione ad tempus delicti, eidem proſit ſi auctę ęſtimationis nulla prorſus ratio habenda ſit: idque ita ſtatui neceſſe fuit, cùm placuerit nullam aliam ob res amotas pręterquàm rerum amotarum actionem dādam eſſe. At cùm ei furtum factum eſt qui & furti agere & condictionem furtiuam exercere poteſt, verendum non eſt, ne fiat domino iniuria ſi furti actione præteriti duntaxat temporis æſtimationem quæ fortè minor fuit conſequatur, cùm indemnitati ſuæ poſſit conſulere propoſita condictione furtiua, per quam conſecuturus ſit rem ipſam & corpus ipſum, ac proinde quanti nunc eſt ſi extat, ſin extare aut apparere deſiit, ipſius æſtimationem quæ tunc eſt cùm agitur, aut quæ ab eo tempore creſcet id tempus vſ-

que

que condemnationis. Quæ Vlpiani ſententia eſt in *dict. l. in re, in princip. & §. 1. de condiction. furt.* ex quo loco illud etiam notandum eſt, ſi res furtiua extet quæ non deterior quidem ſed tamen vilioris precij facta ſit, non idcirco condicendam æſtimationem quanti plurimi vnquam res fuit, ſed corpus ipſũ condicendum eſſe, nec aliter admitti condictionem aut præſtationem æſtimationis, quàm ſi corpus ipſum præſtari non poſſit, licèt verum ſit furem perpetuò moram facere videri. Quod cùm ita ſit, negari non poteſt quin veriſſimum ſit quod nos contra interpretes diſputauimus in ſuperioribus, extante ſpecie quæ debetur non ob id creſcere condemnationem quòd æſtimatio eius poſt moram decreuerit, ſed ipſam ſpeciem nihilominùs, & in condemnationem deducendam, & præſtandam eſſe, niſi cùm poſt moram deterior facta eſt: alioqui cùm fur moram perpetuò facere videatur, vtique non magis liberaretur reddendo ſpeciẽ ſubreptam viliorem factam, quàm reddendo deteriorem: quod ſi ita eſſet non ſpecies ei condicenda eſſet, ſed æſtimatio, quæ aut furti, aut conteſtationis tempore fuiſſet. Neque tamen ideo melior furis condicio ſit, quia quanto pluris res fuit ipſo furti tempore, per actionem furti vt diximus, adeóque duplum aut quadruplum eius precij conſequi dominus poteſt. Sicut & dicimus in condictione furtiua non iurari in litem ſi res extare deſierit poſt litem conteſtatam, aut ſi extet quidem, ſed dolo malo furis non reſtituatur, quia nec neceſſe eſt, cùm is qui agit condictione furtiua poſſit etiam agere furti, in qua actione cenſeat iurari in litem *dict. leg. cum furti*: ſicut & in rei vindicatione, & in actione ad exhibendum *l. in actionibus 6. de in lit. iur.* quæ omnes actiones competunt domino aduerſus furem cum condictione furtiua. Atqui dicat aliquis, etiam in actionibus ſtrictis iuratur in litem quoties poſt moram res perempta eſt ante conteſtationem *dict. l. in actionibus §. planè.* Cur non ergo idem in furtiua condictione ſeruatur? Reſpondeo non differre condictionem furtiuam à cæteris actionibus ſtricti iuris, quoniam & in ea iuratur ſi ſeruus furtiuus deceſſerit ante conteſtationem, propter moram. Poſt conteſtationem verò eam eſſe differentiam, quòd in condictione furtiua ſpeciali iure receptum eſt odio furis, ſicuti iam diximus, vt quanti plurimi vnquam res fuit à tempore litis cõteſtatæ, præſtare fur debeat: in cæteris actionibus ſtrictis, non item, ex quibus ſcilicet ea æſtimatio debetur quæ fuit tempore litis conteſtatæ. Secundum quam diſtinctionem accipi debet quod Paulus ſcribit in *l. eum qui 30. §. 1. de iureiur.* de æſtimatione ſerui mortui præſtanda in condictione furtiua aut poſt moram. In eóque rurſum differt actio rerum amotarum à condictione furtiua: nam in illa iuratur in litem ſi mulier res, quas amouit & quæ extant nolit reſtituere *l. ſi cùm dos 8. §. 1. & leg. ſequent. rer. amot.* quia vt dixi actio rerum amotarum non tantùm condictionis furtiuę loco eſt, ſed etiam pro actione furti, in qua ſi competeret, iurari poſſet. Ergo quod ſcriptum eſt in *dict. l. penult. eodem.* Si res amotę pluris factę non reſtituantur, creſcere æſtimationem vt in condictione rei furtiuę, non ita accipiendum eſt vt in actione rerum amotarum, perinde ac in furtiua condictione æſtimentur res quanti plurimi vnquam fuerunt, quomodo putat Bartolus, ſed vt præſens earum æſtimatio quę nunc maior eſt debeatur, quæ tamen non deberetur ſi ad exemplum actionis furti, magis quàm cõdictionis furtiuę actio illa accommodaretur. Rurſus id ita accipiendum videtur, ſi maritus cuius res amotæ ſunt velit res ſuas precio ſuo vendere, nec malit in litem iurare, ductus fortaſſis ea ſuperſtitione quæ pleroſque tenet, vt etiã de ea re quam exploratiſſimam habeat, iurare nolint, vt in *l. quod ſi poſſeſſor 71. de rei vindicat.* Nam ſi maritus petat deferri ſibi iuſiurandum in litem, non eſt ei denegandum, nec cogendus ille vt ſuo precio rem ſuam vendat. *l. non enim 9. D. eod. l. ſi filiusfamilias 25. §. 1. D. ſolut. matrim.* vbi eãdem ferè rationem Paulus reddit, his verbis *quia inuitis nobis res noſtras alius retinere non debeat*: quæ tamen ratio oſtendit, non aliter in litem iurari quàm ſi mulier reſtituendæ rei amotæ facultatem habeat, nec reſtituat. Si enim non poſſit nunc reſtituere, nec dolo malo fecerit quominùs poſſet, licèt ab initio dolum admiſerit in rebus ipſis amouendis, non poteſt contra eam iurari in litem, quia iuſiurandum hoc non ad præteritum ſed ad præſentem dolum vindicandum deferri debet: ideóque prodeſſe hoc caſu poteſt quod diximus in actione rerum amotarum creſcere æſtimationem: cuius ſententiæ nullus alioquin effectus eſt, cùm iuratur in litem: quid enim referret an hoc an illud tempus ſpectandum diceres, eo caſu quo non ex veritate aut communi hominum exiſtimatione, ſed ex proprio actoris arbitrio, & iureiurando res æſtimatur? Excipio caſum illum quo furti agitur. Tunc enim iurandum eſt tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt *dict. l. cum furti*, quia in actione furti non agitur de conſequenda rei ſubtractæ æſtimatione, ſed de conſequendo duplo aut quadruplo pro pœna furti quamuis in eo duplo aut quadruplo etiam ſimplum vt diximus contineatur: neque poteſt iniri ratio dupli aut quadrupli, quin certa primùm ſimpli quantitas fuerit conſtituta: cúmque duplum æſtimetur ex ſimpli comparatione nec poſſit aut debeat furti pœna ex poſtfacto creſcere, Omnino conſequens eſt vt tum etiam cùm iuratur in litem ab eo qui agit furti, æſtimatio referenda neceſſariò ſit ad id tempus, quo furtum admiſſum fuit, in neceſſarium antecedens æſtimandi dupli, quod non niſi eo tempore inſpecto quale quantúmque ſit ſciri poteſt.

Defenſio Iureconſultorum in quæſtione l. ei qui 9. D. de furt. & obſeruata in ea lege Triboniani manus, & in l. iuſiurandum 34. §. non ſemper D. de iureiur.

CAPVT XII.

QVæſtio nec inelegans eſt, nec indigna ſanè, quæ diſſentientes habuerit ipſos prudentes noſtríque iuris auctores, an aſſidua rei furtiuæ contrectatione vſque adeò furtum perpetuò facere fur exiſtimetur, vt ſi rei furtiuæ æſtimatio creuerit, creſcere quoque debeat furti & pœna & condemnatio irroganda ex ea cauſſa. Sæpiùs enim furtum fieri conſtat *l. quamuis 6. De furt.* non vt plura furta eſſe exiſtimentur (vnum namque duntaxat furtum eſt *l. inficiando 67. § . infans eod.* vnaque actio furti aut manifeſti aut nec manifeſti, quale illud ab initio fuerit *l. ſiue igitur 5. iunct. d. l. quamuis eod.*) ſed vt quemadmodum moram in re furtiua reſtituenda ſemper facere fur creditur *l. in re furtiua 8. §. 1. De condict. furt.* ita & ſemper furtum facere videatur, id eſt furtum iam factum continuare, vt Celſus loquitur in *d. §. infans*, nec valde diſſimiliter Vlpianus in *l. in furti actione 50. eod.* in illis verbis *quia & tunc furtum eius factum eſſe verum eſt.* Fuerunt qui putarent æſtimationem rei furtiuæ creſcere ſi res furtiua aut melior, aut citra immutationem vllam precioſior facta ſit penes furẽ, ideóq; duplari debere quãti vnquã apud eũ pluri-

mi res fuit. Qua in ſententia fuit Celſus in *d. §. infans*, vbi tractat de infante ſubrepto qui apud furem adoleuerit: & ait, tam adoleſcentis furtum factum eſſe quàm infantis, licèt vnum duntaxat furtum ſit: nec dubitare ſe quin adoleſcētia potiùs quàm infantia æſtimationem fieri oporteat. Quid enim, inquit, tam ridiculum eſt quàm meliorem furis conditionem conſtituere propter continuationem furti? Eādémque ſententiam ſecutus videtur Vlpianus in *d. l. in furti 50. eod. titu.* Nam licèt eo caſu quo res furtiua in humanis eſſe deſierit cùm iudicatur, aut quo deterior eſſe cœperit, velit ille referri æſtimationem ad id tempus quo furtum factum eſt, ſi tamen è contrario precioſior facta ſit, eius duplum quanti tunc cùm precioſior facta eſt fuerit, æſtimandum eſſe volt, quia inquit & tunc furtum eius factum eſſe verius eſt. Aliis contra probabilius viſum eſt, ei qui furti actionem habet, aſſidua contrectatione furis non magis furti actionem naſci poſſe, ne in id quidem in quod creuiſſet poſteà res ſubrepta: quæ Pomponij verba ſunt in *l. ei qui 9. eod. tit.* Nec aliud fuit iudicium Iauoleni in *l. cum furti 9. De in lit. iur.* vbi ſcribit, cùm furti agitur iurare ita oportere, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum ſit, relata ſcilicet æſtimatione ad tempus furti, nec adhibita ea diſtinctione quam Accurſius de ſuo capite adhibet pluriſne tunc res fuerit, an minoris. Nam quod idem Accurſius poſt Azonem probat intelligendam eſſe eam legem de condictione furtiua non de actione furti ridiculum eſt: cùm diſertis verbis Iauolenus exprimat de furti actione ſe tractare, non de furtiua condictione quam paſſim Iureconſulti ſeparant ab actione furti, vt pote cùm vna rei, altera pœnæ perſecutionem contineat *l. ſi pro fure 7. §. 1. D. de cōdict. furt.* ob idque nec condictio tollatur per actionem furti, nec contrà, furti actio per condictionem, quia nunquam pœnalis tollit eāquæ rei perſecutoria eſt aut ex diuerſo *l. ſi pignore 54. §. cùm furti D. de furt.* Neque tamen ob id recta eſt Azonis ratiocinatio, cùm de furti actione Iauolenum intelligi poſſe idcirco negat, quòd actio furti ad pœnam detur non ad rem aut ad rei æſtimationē. Quāquam enim ita eſt, tamen in duplo illo aut quadruplo quod pro furti pœna exigitur, ſimplum vtiq; cōtinetur, id eſt rei furtiuæ æſtimatio, vt omnes & prudentes & interpretes conſentiunt. Proinde non aliter ſciri poteſt quid & quantum pœnæ nomine debeatur, quàm ſi priùs cōſtet quid ſit in ſimplo, id eſt quanti ſit res æſtimanda. Quod ipſum in actione furti fit per iuſiurandum in litem, ſi fur rem ſubtractam non reſtituat, quia non eſt cogendus dominus rem ſuā iuſto precio vendere: quā tamen vendere intelligitur cùm eius accipit æſtimationem: litis enim æſtimatio pro emptione & venditione eſt. Sed ſi res extet & reſtituatur, non quanti dominus in litem iurare paratus ſit, ſed verum rei precium duplandum aut quadruplandum eſt *d. l. in furti*: precium, inquā, verum quod fuit tempore admiſſi furti non quòd nunc eſt ſi Iauoleno credimus in *d. l. cùm furti.* Nam quod æſtimanda res ſit per iuſiurandum in litē, aut citra iuſiurandum non poteſt inducere diuerſitatem iuris ad conſtituendum tempus quod inſpici debet in rei æſtimatione ineunda. Idémq; Tryphonini iudiciū fuiſſe apparet nō obſcure *ex l. pen. D. rer. amot.* quo loco ait rerum amotarum æſtimationem ad tēpus quo amotæ ſunt, referri debere, tum rationem ſubiicit *nam veritate furtum fit, etſi leniùs coercetur mulier.* Quæ ratio prorſus inepta eſt, niſi ſubintelligas in actione furti ſimiliter referri æſtimationem ad id tempus quo furtum factum fuit, non ad præſens, id eſt quod tunc eſt cùm agitur, aut cum res iudicatur. Nec contrariū eſt quod in ea ipſa lege ſequitur, ſi pluris factæ res quæ amotæ ſunt non reſtituantur, creſcere æſtimationē. Subiungit enim *vt in condictione furtiuæ rei,* non autem quod notandum eſt *vt in actione furti,* quoniam hac parte actio rerum amotarum condictioni furtiuæ ſimilior eſt quàm actioni pœnali furti, quamuis è contrario ſimilior ſit actioni furti in eo, quod nunquam æſtimantur res amotæ quanti plurimi fuerunt vt fit in condictione furtiua, ſed aut quanti tunc fuerunt cùm amotæ ſunt, aut quanti nunc ſunt, quemadmodum ſuperiore capite interpretati ſumus, indéque eſt quod actionem rerum amotarum actioni furti ſimilem dicimus non condictioni furtiuæ in referenda æſtimatione ad tempus admiſſi delicti, cùm in furtiua condictione æſtimatio non egrediatur retrorſum iudicij accipiendi tempus, id eſt litis conteſtatæ *l. 2. §. quæſitum. D. de priuat. delict.* Et hæc poſterior ſententia magis conuenire videtur rationi iuris propter regulam quæ habet nunquam creſcere ex poſtfacto præteriti delicti æſtimationem *l. omnis hereditas 134. §. 1. de reg. iur.* Mihi tamen ſi iudicium interponere liceat, magis placet contraria. Ratione illa quam Celſus adfert in *d. §. infans*, quòd ridiculum ſit exiſtimare meliorem furis condicionem eſſe debere ob ipſam furti continuationem. Nam & hinc elegantet ad ſupradictam iuris regulam reſpōderi poteſt, creſcere ſcilicet furti æſtimationem quia non præteritum ſed præſens delictum eſt quod continuatur. Illa potiùs ratio pro Iauoleno, Pomponio & Tryphonino vrgere videtur quod vna duntaxat furti actio eſt. Neq; enim id Celſus ipſe negat, & ad id maximè Pōponius reſpicit in *d. l. ei qui*, illa verba *non magis furti actio naſci poteſt.* Sed tamē reſpōdet Celſus ſubtiliter, alienum id eſſe à propoſita diſputatione, probátque optimè hoc argumēto quòd ſi infans hic furtiuus furi ſubreptus foret, ac rurſus is à fure altero eū recuperaſſet, etiamſi duo furta feciſſet, nō ampliùs tamen quàm ſemel cū eo agi poſſet furti: nec ob id minùs ſecundi furti tempus ſpectandum eſſet, etiam ſecundum eorum ſententiam qui ſolum furti tempus præcisè ſpectari volunt. Hoc enim neceſſariò ſubintelligendum eſt vt recta ſit ratiocinatio: & veriſſimè dicuntur, quia fieri nequit vt non ſint duo furta, cùm duæ ſunt ex interuallo diſtinctæ contrectationes: neque rurſus vt cùm duo ſunt furta, poſterioris nō æquè ac prioris tempus inſpici oporteat ſi tūc pluris quàm antea res fuit. Videtúrque hæc ſententia tandem receptior fuiſſe: quam & Paulus probat in *l. ex argēto 13. de condict. furt.* vbi ait ex argēto ſubrepto facta pocula ſic condici poſſe, vt etiam cælaturæ æſtimatio fiat, quæ impēſa furis facta eſt, quemadmodum, inquit, ſi infans ſubreptus adoleuerit æſtimatio fit adoleſcētis, quāuis cura & ſumptibus furis creuerit. Non eſt igitur quod in Iuriſconſultis hic conciliandis, qui tam probabiles diſſentiēdi cauſſas habuerūt, diutiùs laboremus. Neq; verò benè intelligo quid ſibi Accurſius velit in *d. l. in furti*, cùm ait aucta rei furtiuæ æſtimatione pœnam quidem augeri, ſed nō geminari. Non enim fieri poteſt, quin aucto ſimplo duplum quoque vel quadruplum augeatur, quod ſcilicet ex comparatione & proportione ſimpli neceſſariò conſtituendum eſt. Et malè vulgata lectio in d. l. ei qui habet *in quod decreuiſſet* cùm legendum ſit vt Florent. *in quod creuiſſet.* Sequitur in *dict. l. ei qui*, ſi rem furtiuam à fure vindicauero, condictionem mihi manere: quod ſanè ſic accipiendum

eſt

Digitized by Google

eſt ſi rem ita vindicauero, vt tamen eam non recepetim. Nã recepta re, nemo dubitat quin condictio ſalua eſſe non poſſit, ſicuti nec vindicatio ſupereſſet, ſi ex condictione furtiua dominus rem ſuam à fure recuperaſſet, cùm vtraque ſit rei perſecutoria, nec fieri queat vt perſequatur quis eam rem quã ſit iam conſecutus *d.l.ſi pignore §. cum furti.* Plus enim eſt conſequi rem ex vindicatione quàm vindicare. Vindicat enim qui in iure dicit rem ſuam eſſe: hoc non ſtatim dominus pronuncietur, aut ei res ipſa reſtituatur: neque ſemper tam citò aut tam facilè reſtitutio fit. Denique hoc Pomponius vult ſola electione vindicationis non tolli condictionem, aut contrà, ſed ita demùm perimi alteram, ſi ex altera effectus ſubſecutus ſit rei reſtitutæ. Et tamen non intelligens Tribonianus hanc Pomponij tam apertam ſententiam, ſubiecit de ſuo totam illam clauſulã quæ ſequitur ad finem vſque legis *ſed poteſt dici,* inquit, *officio iudicis qui de proprietate cognoſcit contineri vt non aliter iubeat reſtitui quàm ſi condictionem petitor remitteret, quòd ſi ex condictione ante damnatus reus litis aſtimationem ſuſtulerit, vt aut omnimodo abſoluat reũ, aut, quod magis placet, ſi paratus eſſet petitor aſtimationẽ reſtituere, nec reſtitueretur ei homo, quanti in litem iuraſſet damnaretur ei poſſeſſor.* Scilicet exiſtimauit Tribonianus hanc Pomponij ſentẽtiam fuiſſe vt dominus qui ex vindicatione rem ſuã eſſet conſecutus, poſſet nihilominùs adhuc condicere. Nam ſi admittas quod verum eſt, recepta re furtiua per alterutram actionem ſiue vindicatio ſiue condictio illa ſit, alteram ipſo iure ſublatam eſſe, quid neceſſe eſt vt iudex vindicanti rem adiudicans iubeat remitti condictionem? Quid rurſum abſurdius quàm ſi is qui ex condictione litis æſtimationem aſſecutus eſt, rem adhuc quaſi ſuam vindicare velit? Iam enim diximus eam litis æſtimationẽ pro emptione & venditione eſſe. Quid denique ſtultius quàm illud probare quod Triboniano magis placet, vt qui iam condictionem exercuit, adeóque rei ſuæ æſtimationem ex ea conſecutus eſt, audiendus ſit ſi paratus ſit eam æſtimationem reſtituere vt exerceat vindicationem, iuretque in litem? Nec ſimile eſt quòd ſi actor furti primùm egerit, & dupli aut quadrupli pœnam conſecutus fuerit, ſaluam nihilominùs habet vindicationem, & condictionem *d. §. cùm furti.* Id enim ita accipi debet ſi per actionem furti meram pœnam duntaxat exegerit, id eſt eam quantitatem quę excedit ſimplum, non etiam ſi ſimplum quoque perceperit, quandoquidem ſimplum illud nihil aliud quàm ipſa res eſt, quam porro bis conſequi actor non poteſt. Meminit autem Tribonianus vt ſolet officij iudicis, ad temperandam iuris nimiam aſperitatem, quaſi hîc pugnaret illa cum æquitate, quod falſum eſt. Non valdè diſſimile eſt quod idem ni fallor, Tribonianus in *l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *De iureiuran.* Vlpianum corrupit addito integro illo §. *non ſemper,* vbi ita ſcriptum eſt *nõ ſemper autem conſonans eſt per omnia referri iuſiurandum quale defertur: forſitan ex diuerſitate rerum vel perſonarum quibuſdam emergentibus quæ varietatem inducunt, ideóque ſi quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuſcemodi iuriſiurandi termnetur.* Quis enim ea verba non videt Tribonianum ſapere magis quàm Vlpianum? Præſertim quod ait *terminetur.* Imperantis enim verbum illud eſt, non hominis de iure aut ſcribentis aut reſpõdentis. Vlpiani autem non fuit, ſed Triboniani agere Imperatorem. Cęterùm quæ toto hoc capite itemq; ſuperiore diximus de æſtimanda re furtiua, ad eũ caſum pertinẽt, quo furti actio iure dominij deferatur, id eſt quo is qui furti agit, agat, quia dominus & tanquam dominus. Nam ſi ſola vtilitas æſtimationem faciat, id eſt ſi quis ob id agat furti non quod ſit dominus, ſed quod ſua interſit, ad æſtimationem corporis furti actio referri non poteſt vt Papinianus tractat in *l. ſi vendidero* 80. §. 1. *De furt.*

De iureiurando, quod interpretes appellant veritatis.

Capvt XIII.

Etſi iã ſatis multa in ſuperioribus præſertim cap. 1. diſputauimus de iureiurãdo illo quod interpretes veritatis appellãt, & probauimus tale nullum eſſe, attamen paullo diligentiùs id nobis nunc tractandum eſt, quia video totam hanc rem non ſolùm ab antiquioribus interpretibus, ſed etiam à recentioribus malè explicatam. Bartolus quem cæteri hac in re, vt in aliis ferè omnibus Ducem ſequuntur, ad *l. in actionibus* 5. *De in lit. iurand.* duo neceſſaria eſſe ſcribit ad hoc vt huiuſmodi iuſiurandum in litem deferri poſſit, dolum eius contra quem iuratur, & difficultatem probationis. Dolum inquam, non præſentem vt in iureiurando quod ille vocat adſectionis ſed præteritum: ideóque nec iurari hoc caſu quanti res eſt vt cùm ex adſectione iuratur, ſed quanti fuit, æſtimatione ad præteritum tempus relata: huiúſque iuriſiurandi exempla petit ex *dict. l. in actionibus §. planè, & l. nummis* 3. *eodem & l. ſi quando C. vnde vi.* Omnia malè, & ſi quid vnquam Bartolus, peſſimè. Nullum enim iuſiurandum in litem eſt quod non ſit adſectionis, ſiue certa res quæ debetur æſtimanda ſit, vt in *dict. §. planè,* ſiue id quod intereſt actoris, vt in *dict. l. nummis.* Quamquam non vſque adeò adſectioni iurantis indulgere debet iudex, qui iuſiurandum defert, quin aut ab initio taxare poſſit quantitatem ad quam vſque iurandum eſt, aut poſt iuſiurandum præſtitum ſi in infinitum aut immenſum iuratum ſit, immodicam iurantis adſectionem refrænare *l. videamus* 4. §. *iurare eo.* Ergo quod Bartolus veritatis iuſiurandum appellat, neceſſitatis potiùs dici debet, quia iis demum caſibus defertur, nõ quibus ratio iuris velit iurari, in pœnam & odium contumaciæ, ſed quibus inuita etiam iuriſprudentia neceſſitas eò adigat iudicem vt iuſiurandum deferre compellatur. Proinde non difficultas probationum, vt Bartolus loquitur, locum facit huic iuriiurando, ſed mera & abſoluta impoſſibilitas: quoniã ſi qua ratione fieri poſſet vt ſine delatione iuriſiurãdi res ęſtimaretur, iudex deferre in eã rem iuſiurandũ nec poſſet nec deberet. Indéq; illud etiam apparet nõ eſſe neceſſe quod Bartolus exigit vt dol[9] præceſſerit eius contra quẽ iuratur: cùm non ob dolũ iuretur, ſed ob impoſſibilitatem probationum quę eadem eſt ſiue dolus aliquis interceſſerit, ſiue nullus. Exemplũ vnicũ eſt in *d. §. planè,* vbi ait Marcianus, ſi ex ſtipulatu debitus homo poſt moram perierit, deferendum eſſe hoc iuſiurandum, quia ſine delatione iuriſiurãdi nõ poteſt iudex æſtimare rem, quæ non extat. Non ſcribit *ſi homo debitus perierit dolo malo debitoris,* aut *poſt dolum ab eo admiſſum,* ſed hoc vnum requirit vt debitoris mora interuenerit, & poſt eam moram perempta ſit res quę debebatur. Moram porrò certum eſt contrahi poſſe citra dolũ, adeóque citra culpam aliquando, licèt rariſſimè id contingat, cùm ſpecies debetur. Ideo autem exigimus moram, non quòd moræ per ſe ratio aliqua habenda ſit magis quàm doli, ſed quia ſi mora nulla præceſſiſſet, debitor ſpeciei interitu liberaretur *l. ſi ex legati* 23. *de verbor. obligat.* nec pro-

Digitized by Google

inde quærendum eſſet de æſtimatione. Mora præcedens facit vt res poſt moram perempta adhuc debeatur,& per fictionem iuris extare videatur: ſed non vt præſtari perinde poſſit,quia debitum iuris eſt, præſtatio facti,in iis verò quæ facti ſunt non poteſt fictio iuris locum habere,ſed in iis tantùm quæ ſunt iuris. Itaque licèt homo poſt moram mortuus petendus ſit,quia idipſum petẽdum eſt quod debetur, neceſſe tamen eſt pręſtari æſtimationem, haud aliter quàm ſi deberetur *l.ſi ſeruum 91.§ ſequitur & §.vlt.de verb. obli.l.promiſſor Stichi 21.l.promiſſor 23.de conſtit. pecu.* Æſtimationem,inquam, præſentem & quæ tunc eſt cùm agitur, non eam quæ fuit tempore moræ aut mortis, quia res petitur non tanquam antè debita, ſed tanquam ea, quæ etiamnum debeatur, quaſi adhuc extet.Si autẽ res extaret, talis dari deberet qualis eſſet eo tempore quo iudicium acciperetur *l. 2. D.de vſur.*Cur non igitur perinde teneatur debitor ad eam æſtimationem? Aut cur tempus moræ vel mortis inſpiciamus fauore debitoris qui propter moram obligatus remanet etiam poſt rem peremptam?In eóque rurſum egregiè errat Bartolus, qui æſtimationem hanc per iuſiurandum ineundã referri vult ad tempus præteritum,non ad præſens.Id .n. ſi ita eſſet,quis iuſiurãdum neceſſarium putaret? aut quę difficultas eſſet probandę æſtimationis rei quãtumlibet peremptæ,ſi ad id tempus referri poſſet æſtimatio quo res extitiſſet? Quare nec in ſpecie illa de qua Vlpianus tractat in *l.penult. de condict.tritic.* id eſt cùm ex ſtricta actione qualis eſt triticaria cõdictio,pręſtari debet æſtimatio rei petitæ, iam adiudicatæ, etſi ſpectandum eſt tempus irrogatæ condemnationis aut mortis ſecutæ condemnationẽ, iureiurando tamen æſtimari rem Vlpianus vult, ſicut nec ſi poſt moram res deterior facta ſit, quia cùm hoc caſu reuocanda ſit æſtimatio ad tempus moræ, ſicut & in ſuperioribus caſibus inſpicimus tempus condemnationis, aut mortis, id eſt quo res extitit, nihil neceſſe eſt recurri ad iuſiurandum, quãdo tam facilè ſit dicere quanti,quam qualis eo tempore fuerit res quæ nunc aut nullomodo extat aut deterior vel vilior facta eſt. Sic &, ſi ponas debuiſſe ſpeciem dari ad certam diem,nec tamen datã fuiſſe,ſed poſteà peremptam eſſe,negabo locum fore iuriiurando in æſtimanda re illa debita,quia neceſſariò referenda eſt æſtimatio ad diem illam,in quam dari res debuit,vt ſuprà probauimus cap.6.Non minùs autem commodè ſciri poteſt quanti res illa tũc fuerit licèt extare deſierit, quàm ſi hodie extaret. Nemo enim non videt ex eo quod etiamnum ręs extat, non poſſe faciliorem fieri præteriti temporis æſtimationẽ. Itaque ſi difficultas ſola probationum hoc iuriſiurãdi genus induceret, dicendum eſſet aut neutro caſu aut vtroque deferendum eſſe iuſiurandum: quod tamen qui dixerit nemo vnquam fuit.Neq; verò Marcianus in *d.§.planè.*moueri ſe ait ex difficultate probationum vt agenti ex ſtipulatu iuſiurandum in litẽ accommodet, ſed potiùs ex impoſſibilitate cùm illam adfert rationem *quia non poteſt iudex æſtimare. ſine delatione iuriſiurãdi rem quæ non extat.* Impoſſibilitas verò,vt ita dicam,vno tantùm illo caſu locũ habet quo præſens ęſtimatio debeatur,& res quæ in obligationem deducta fuerat,extare deſierit, nã neque bonus vir vllus,neque iudex qui in omnibus boni viri officio fungitur, ęſtimare vllomodo poſſit, quanti nunc, cùm agitur, ſit ea res quę non extat. Proinde mirum non eſt deferri hoc caſu iuſiurandum etiamſi mora ſola non etiam dolus pręceſſerit: quia nec moram exigeremus ſi fieri poſſet, vt citra

morã perempta res debita adhuc deberetur. Sed quia fieri nequit, vt ne ſpeciei interitu debitor liberetur qui moram non contraxit, cùm impoſſibilium nulla ſit obligatio, impoſſibile autem ſit vt ea res debeatur aut præſtetur, quæ in rerum natura extare deſiit, niſi fictione iuris inducas ad retinendam obligationẽ vt adhuc extare exiſtimetur, exigimus morã præcedentem vt quæſtioni de pręſtanda æſtimatione locus relinquatur. Indéq; apparet, ſi homo ex ſtipulatu debitus non modò poſt moram,ſed etiam poſt litem conteſtatam deceſſerit, non eſſe iuſiurandum actori deferendum quia facilè æſtimare hoc caſu iudex poteſt citra delationem iuriſiurãdi eam quoq; rem,quæ non extat, inſpecto ſcilicet tempore litis conteſtatæ, quod ęquè ſpectandum eſſet etiamſi res extaret. Neque enim difficilius eſt reuocare ad tẽpus conteſtationis æſtimationem rei quę extare deſiit, quàm ſi extare non deſiiſſet. In eóque potentius eſt vis conteſtationis,quàm morę pręcedentis ſiue per iudicialẽ,ſiue per extraiudicialem interpellationem contractę: quia in iudiciis ſtrictis æſtimatio ſicuti nõ augetur ex mora,quę ſequitur conteſtationem, ita nec egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus: nec moræ quę cõteſtationem pręcedit ratio vlla habetur. Quid ergo ſi ex bonę fidei iudicio agatur? Nam in hoc iudiciorum genere conſtat haberi morę rationem, nec minùs illius quæ præcedit quàm eius quę ſequitur conteſtationem in tempus vſque rei iudicandæ *l.3.§. in hac D. commod. iunct. l. 3. §. vlt. de action. empt.* An igitur ſi homo debitus ex vendito, aut ex commodato,vel depoſito,deceſſerit poſt moram, deferemus actori iuſiurandum ad ineundam æſtimationem vt in iudiciis ſtrictis,an potiùs non deferemus quia neceſſitas deferendi nulla ſubeſt cùm inſpici poſſit tempus moræ? Verius eſt delationi locũ eſſe debere,quia licèt in iudiciis bonę fidei inſpiciendum ſit tempus moræ, & quidem vſque adeò præciſè vt nullam ſequentis temporis rationem haberi oporteat ſi poſteà res pluris fuit tempore litis conteſtatæ, præterquàm ſi pluris ſit tempore condemnationis: ſicut & in iudiciis ſtrictis conteſtatę litis tempus ita pręciſè inſpicitur, vt ſiue pluris, ſiue minoris aut antè aut pòſt res fuerit non ideò vel augeatur ęſtimatio vel minuatur. Tamen nõ eſt bona conſecutio ſi quis dicat rem ex bonę fidei iudicio debitam ęſtimari poſſe ex tempore morę, ergo ſi poſt morã perempta ſit nihil cauſſę eſſe, cur iuſiurandum actori deferendum ſit.Fateor enim poſſe tempus morę ſpectari in bonæ fidei iudiciis ſi eo tempore pluris res fuit. Sed nego ſpectari debere ſi tunc fuit minoris: ideóque cùm potuerit ęſtimatio creſcere,in tempus vſque rei iudicandę & per moroſum debitorem factum ſit ne creuerit, non debet eius mora ipſi prodeſſe,quominùs pręſentem debeat ęſtimationẽ, acſi res extaret,quę propter moram extare adhuc creditur,nec ob id melior ipſius condicio fieri debet,quòd ex bonæ fidei iudicio conueniatur. Atqui qualis quantáque ſit præſens illa rei poſt moram peremptæ æſtimatio non magis ſcire iudex poteſt ſine delatione iuriſiurãdi cũ ex iudicio bonæ fidei agitur,quàm ſi ex ſtricto ageretur: perinde igitur neceſſaria & cõſequenter iuſta iuriſiurandi delatio eſt. De illo potius dubitari poteſt, ſi homo ex bonæ fidei iudicio debitus, & petitus poſt litem conteſtatam deceſſerit, an ſimiliter dicendum ſit iuſiurandum actori deferri oportere.Eadem enim videtur vrgere ratio vt deferri debeat, quę vrgeret ſi ante conteſtationem dummodò poſt moram deceſſiſſet: ſcilicet, quia in bonæ fidei iudiciis cùm de ineunda rei æſtimatione agitur, non magis litis conteſtatæ

quàm

quàm moræ præcedentis ratio habetur; ſed ita demum ſi tunc pluris res fuerit: alioqui præſtanda æſtimatio eſt quæ rei iudicandæ tempore maior reperitur *d.l.3 §.in hac D.commod.d.l.3.§ vltim. De action. empt.* Sed non ita eſt. Nam litis conteſtatæ tempus eodem iure ſpectatur in bonæ fidei iudiciis quo in ſtrictis, id eſt ex vera rectáque iuris ratione [ſcilicet cùm mora nulla præceſſit conteſtationem] quia qualequid eſt cũ petitur, tale dari debet *l.2. D.de vſur.* nec differentia hac parte vlla eſſet inter actiones bonæ fidei & ſtrictas, niſi bona fides quę in illis non etiam in his exuberat, ſuaderet vt in illis moræ quoq. ratio habeatur aut condemnationis irrogandæ, cuius tamen temporis in iudiciis ſtrictis ratio nulla haberi poteſt. Atqui bona fides non poteſt facere vt eius temporis æſtimatio ſpectãda ſit quo res ampliùs non extat: ideò nec eius quo res extare deſiit niſi cõdẽnatio præceſſerit vt in *d.l.pen.de condict.tritic.* Non.n. quanti plurimi vnquã res fuerit ęſtimanda eſt, ſed vero tẽpore pluris fuit aut moræ, aut ſi mora nulla præceſſerit, litis conteſtatæ aut rei iudicandæ: proinde re ante condẽnationem perempta ſicuti non poteſt dici pluris eſſe tempore condemnationis rem, quę amplius nulla eſt, ita neq. ratio eius temporis in æſtimãda re haberi poteſt, nec magis neceſſe eſt iuſiurandum deferri vt res æſtimetur, quàm ſi ex contractu ſtricto ageretur, cùm aliud tempus ſit quod non ſolùm ſpectari commodè poteſt, ſed etiam ex iuris ratione & regulis ſpectandũ eſt. Nimirum, vt diximus, litis conteſtatæ. Non enim ſicut in iudiciis ſtrictis litis conteſtatę tempus ita inſpicimus vt eius temporis quo mora cõtracta eſt nulla prorſus ratio habeatur, ſic in iudiciis bonę fidei cõdemnationis tempus adeò ſpectari volumus vt litis conteſtatæ diem negligamus. Eſt enim ex ratione iuris vt tempus litis conteſtatæ ſpectari oporteat non etiam vt illud in quo mora contracta fuit, aut illud etiam quod deducitur in condemnationem. Idque eſt quod ſæpiùs repetij in ſuperiorib. Marciani locum illum de ſtrictis quidem iudiciis loqui, ſed tamen ad alia quoque iudicia ſiue bonæ fidei ſiue arbitraria ſint protrahi debere, ſi homo debitus & poſt moram, & ante litem conteſtatam deceſſerit. Ille verò longè fœdior Bartoli error eſt, quòd aliud exemplũ iuriſiurãdi vt vocat veritatis, ſumit ex *d.l.nummis 3.de in lit.iur.* vbi Iureconſultus ſcribit nummis depoſitis ſi non reddantur, iurari quidem in litem non poſſe, quia nummorum certa eſt æſtimatio, ſed tamen ſi certa die reddi debuerint, permittendum actori vt iuret quanti ſua interfuit ea die redditos fuiſſe. Quis enim Bartolum docuit, iuſiurãdum hoc non eſſe affectionis? An quia in nummos non cadat adfectio? Atqui non de nummorũ valore iuratur, hoc caſu, ſed de eo quod intereſt: in quo æſtimando maximè adfectioni locus eſt, ob idq. nec ratione nummorũ permittitur vnquã extra illũ caſum vt in litẽ iuretur, ne immodicæ adfectionis feneſtra aperiatur, quæ coercenda potius eſt quàm adiuuãda. Die autẽ adiecta reddendis nummis depoſitis ſi non reddantur, iurare licet, aut cogente neceſſitate vt iuſiurandum quod veritatis dici poſſe negamus, ſit falſem neceſſitatis? Minimè verò. Alioqui nummis creditis aut in ſtipulatum deductis ſi certa dies ſolutioni dicta eſſet æquè iurari oporteret: quod falſum eſt: quãuis non minùs debeatur hoc caſu id quod intereſt ſtipulatoris ſua die ſolutos nummos fuiſſe quàm ſi depoſiti fuiſſe proponerẽtur. Quid ergo? Probare ſtipulator debet quanti ſua interfuit reuera: quę tamen probatio difficillima eſt, & plerũq. probationũ inopiã id quod maximè intereſt ad exiguã ſummam deducitur *l. vlt. D. de prætor. ſtipul.* quia quatenus cuiuſque interſit in facto non in iure conſiſtit *l. quatenus 24. de reg. iur.*

Vnde tanto magis apparet ſolam probationum difficultatẽ non poſſe facere vt in iudicio ſtricto iurari debeat, ſed meram & abſolutam impoſſibilitatem, quæ porro nulla eſt, in eo quod intereſt æſtimando. Alia igitur ratio non eſt propter quam iurare liceat in *d.l.nummis*, quàm quia nummi repetebantur actione depoſiti, id eſt bonę fidei iudicio: quoniam in bonę fidei actionibus iuratur: ſed hoc ipſum tamen ita ſi actor ſuos nummos depoſuerat, vt vulgo fieri ſolet, non etiam ſi alienos: Numquam enim ei qui alienam rem repoſcit iurare conceditur cùm in eo non habeat locũ ratio quę ſola iuriiurando locum facit, quod ęquum nõ ſit cogi dominum re ſua carere eámque iniuſto precio vendere *l. maritum 25 §.1. D. ſolu. matr. leg. non enim D. rer. amot.* Itaque in ſpecie *d.l.nummis* tria concurrere neceſſe eſt vt iurari poſſit, primum illud, vt nummi depoſiti ſint aut ex alio bonæ fidei contractu debiti, vt puta commodati, non etiam crediti vel per ſtipulationem promiſſi: deinde vt à domino ipſo depoſiti fuerint, non ab alio. Poſtremò vt certa die reddi debuerint. Dies enim efficit vt interſit actoris, cuius alioqui nihil intereſſe videretur, ſaltem quod in condemnationem deduci poſſet, ideóque licet nummorum certa ſit æſtimatio de qua proinde iurandi cauſſa vel neceſſitas per ſe nulla eſt, ex quo tamen incipit actoris intereſſe ob id quod inuito eo debitor velit ea corpora nummorum quæ ipſa actoris ſunt retinere, incipit etiam locus fieri iuriiurando, non tam iuris quàm æquitatis & bonæ fidei ratione. Quanquam ſi dicere mihi liceat quod ſentio, videtur ea lex ab illis verbis *niſi fortè* Triboniani eſſe potiùs quàm Vlpiani. Nam in exemplis illis quæ lex ponit, Si is qui pecuniam depoſuit eiuſdem quantitatis debitor fuit ſub pœna, aut ſub pignore quod ob factam in ſolutione ceſſationem diſtractum ſit, inferri quidem ex eo poteſt intereſſe actoris, ſed non ſtatim conſequens ſit vt ob eam cauſſam iurari in litem oporteat. Alioqui deferendum eſſet iuſiurandum, quotieſcumque actoris intereſſet, quod euidenter falſum eſt. Præſertim cùm vt in propoſito æſtimari facilè poteſt id quod intereſt ſine delatione iuriſiurandi. Quid enim faciliùs quàm æſtimare quanti interſit actoris ob pœnam commiſſam, ſcilicet ex comparatione pœnæ quæ ſemper certam habet quantitatem, aut ex comparatione precij redacti ex diſtractione pignoris, aut quod ex commodiore diſtractione amplius redigi potuiſſet. Denique quod idem Bartolus adducit ex *l. ſi quando C. vnde vi.* adhuc inſulſius eſt. Non enim tractat ea lex de iureiurando quod interponatur ad æſtimandam rem debitam, ſed ad probandam quantitatem rerum per vim ſubtractarum: quod aliud iuriſiurandi genus eſt veteribus Iureconſultis incognitum & ea primùm conſtitutione introductum. Anteà enim probandum erat per teſtes quid quantumque ſubtractum fuiſſet, quamuis eo probato, quanti res furtiua tempore furti valuiſſet ex ipſius actoris iureiurando æſtimaretur *l. cum furti 9. D. de in lit. iur.* Hodie verò ipſa etiam rerum ſubtractarum & amiſſarum quantitas per iuſiurandum probari poteſt: hoc tamen ex iure vetere retento vt probatione quãtitatis ſic facta, poſſit æſtimatio probari per iuſiurandum, quemadmodum & ſi ſpecies debita poſt moram perempta proponeretur. Vis enim cùm ſine dolo eſſe non poſſit, plus quàm mora eſt, raptórque violentus quẽ leges appellant furẽ improbiorem, non minùs quàm alius fur quilibet morã in re furtiua ſemper facere intelligitur *l. in re furtiua 8.§.1. De condict. furt.* Nec tamen duplex iuſiurandum hoc caſu interponendum eſt, vnum ad probandam quantitatem & qualitatem rerum ſubtractarum, alterũ ad

Digitized by Google

probandam earum æſtimationem: ſed placet vnum ſufficere, adeóque temperandum & refrænandum per iudicem ab initio laxata quantitate ad quam vſque iurare concedatur: quia facilè alioqui res abiret in infinitum ſi actori pro arbitrio & ex adfectione permitteretur iurare, non ſolùm de rerum debitarum æſtimatione, ſed etiam de ipſarum quantitate. Cæterùm nec veritatis iuſiurandum id dici debet, ſed neceſſitatis, quia fieri nequit vt res omnes amiſſas probare poſſit is qui tantam vim paſſus eſt: quamquam nec propriè neceſſitatis iuſiurandum eſt, quando fieri poſſit vt eadem ſubſit neceſſitas deferendi iuriſiurandi propter meram probationum impoſſibilitatem, nec tamen deferatur, vtputa ſi furtũ ſimplex factum ſit, nec vis vlla interuenerit. Nam ad vim potiſſimùm coercendam ea lex & conſtitutio lata eſt. Itaque adfectionis potiùs quàm aut veritatis aut neceſſitatis iuſiurandum illud dici debet, quamuis ab initio certa quantitate coanguſtetur, quia non adfectionis prohibendæ gratiâ id fit, ſed eius duntaxat quæ immodica ſit coercendæ cauſſa, & ne tam facilè periurium committatur, de quo nec quæri ſolet poſteaquàm ex iuris neceſſitate in litem iuratum eſt *l. vlt. D. de in lit. iu.*

De nouatione quæ fit ex iudicato.

CAP. XIIII.

IVdicati actione nouari priorem contractum ſcribit Iuſtinianus in *l. vlt. C. de vſur. rei iudicat.* tam apertis verbis vt nihil dici poſſit apertius. Nec tamen poſſunt interpretes ſibi perſuadere adeò id verum eſſe, quin priorem priſtinámque actionem ex contractu competentem etiam poſt iudicatum manere exiſtiment: nouationem hanc, quæ per iudicatum fit, ſic interpretantes, vt noua actio per iudicatum acquiratur, non etiam vetus perimatur. Sic enim ad eum locum Accorſius, quem Bartolus & alij paſſim ſequuntur. Mouentur ex *l. grege 13. §. etiam D. de pignor.* vbi ſcriptum eſt, etiamſi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypothecam tamen manere obligatam. Sed facilis reſponſio eſt, non ea ratione id fieri quòd per iudicatum nulla fiat nouatio, ſed quia vt lex ait ſuas condiciones, id eſt exceptiones habet actio hypothecaria, id eſt, ſi ſoluta pecunia, aut ſatisfactum eſt: quibus ceſſantibus tenet: ideóque inquit, & ſi cum debitore egero in perſonam, iſque mihi ſatiſdederit, & dãnatus ſit æque hypotheca manet obligata: ac multo magis ſi in perſonam actum ſit, ſiue cum reo, ſiue cum fideiuſſore, ſiue cum vtriſque pro parte, licet damnati proponantur: *nec per hoc*, ait, *videtur ſatiſfactum creditori quod habet iudicati actionem.* Quibus verbis non obſcurè innuit Iureconſultus, dubitandi rationem in ea ſpecie non aliam fuiſſe, quàm quod ex iudicato facta nouatio fuiſſet, nec alia quam iudicati actio ampliùs ſupereſſet. Alioqui priore actione ſubſiſtente, & conſequenter obligatione illa cui hypotheca acceſſerat, quis tam ſtultus eſſet vt in animum poſſet inducere, ſublatam idcirco hypothecam quòd prætereà iudicati actio acceſſiſſet? At quia nouatione facta liberantur hypothecæ & pignora *l. nouat. 18. D. de nouat.* conſentaneum videbatur vt poſt rem iudicatam hypotheca ſublata intelligeretur. Nec mala eſſet conſecutio ſi non alia voluntariæ, alia neceſſariæ nouationis ratio conſtitui deberet. *leg. aliam 29. D. eod. tit. de nouat.* qui locus etſi de ea nouatione loquitur, quæ per conteſtationem fit non de ea quæ per ſententiam, eadem tamen hac parte vtriuſque cauſſa eſt, quoniam vtraque nouatio neceſſaria, neutra voluntaria eſt, & ſicut dici ſolet neminem facere cauſſam ſuam deteriorem exercendo actionem, ſed meliorem *leg. non ſolet 86. cum leg. ſeq. D. de regul. iur.* ita dicimus euidenter iniquiſſimum eſſe rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum eſt *l. euidenter 16. D. de except. rei iudic.* Quamquam inter nouationem quæ per ſententiam, & eam quæ per conteſtationem fit hoc intereſt, quòd per conteſtationem non perimitur vetus actio, quam è contrario ſupereſſe neceſſe eſt, vt agi poſſit tandémque ſequi condemnatio: cùm neque hac actione poſſit quis experiri *l. ſi pupilli 9. §. vltim. de negot. geſt.* neque ex conteſtatione actio vlla naſcatur, quæ in locum prioris ſubſtitui, & exerceri queat: nam quod vulgò iactatur in iudicio quaſi contrahi non hunc ſenſum habet vt ex eo quaſi contractu noua actio detur, ſed ex iudicato demum ſecuta condemnatione *lege tertia §. idem ſcribit D. de pecul.* At nouatio quæ per ſententiam, nouat & perimit priorem obligationem, quia inducit nouam, quam ſufficit competere ex iudicato, cùm alia nulla opus ſit condemnatione. Idque probatur non malè ex eo quod Vlpianus ex Papiniano & Marcello tradit in *dict. §. idem ſcribit*, condemnati quoque patrem de peculio actione teneri, etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio conueniri, nam ſicut in ſtipulatione contrahitur cum filio, ita & in iudicio quaſi contrahi, proinde non originem iudicij ſpectandam, ſed ipſam velut iudicati obligationem: quod vtique falſum eſſet, ſi poſt ſententiam prioris actionis ex qua fuit ſecuta condemnatio, veſtigia aliqua ſupereſſent. Indéque nimirum illud etiam fit, vt ſi caſus talis contingat, in quo nulla ex iudicato naſci poſſit noua actio, ſed ea ipſa neceſſariò exercenda ſit quæ anteà competebat, obſtet actori exceptio rei iudicatæ, ſitque illi neceſſaria replicatio illa *ſi ſecũdũm me iudicatũ non eſt.* Exẽplũ eſto ſi creditori perſequenti adiudicata ſit hypotheca eámque ex iudicato habere velit. Neque enim dominium eius vindicare poteſt, cùm non magis adiudicatio quàm conuentio pignoris & hypothecæ dominium rei transferat in creditorem. Quid ergo? Neceſſe eſt vt eam ipſam actionem quam iam exercuerat, rurſum exerceat id eſt hypothecariam: quod ſummo iure facere poteſt, quia nulla alia actio naſcitur ex huiuſmodi iudicato quæ hypothecariam illam perimere poſſit. Sed occurrit exceptio rei iudicatæ quæ rem iam iudicatam ex integro in iudicium deduci non patitur. Replicatione igitur vtendum erit, ne res iudicata ei noceat pro quo iudicatum eſt, proſit verò ei qui fuit condemnatus. Quæ elegans Marciani ſententia eſt in *leg. ſi fundus 16. §. creditor D. de pignor.* Quam ſi Accurſius, Bartolus cæterique interpretes percepiſſent, numquam eo loco abuſi fuiſſent ad probandum nullam ex iudicato fieri nouationem, neque rurſum tot ineptias in eius interpretatione effudiſſent. Quid enim ipſorum commentis, ne dicam commentariis fœdius? Aiunt tractare Marcianum de condemnato, qui aut ſententiæ tempore non poſſidebat, aut poſt ſententiam poſſidere deſierat: quoniam, inquiunt, ſi & eo tempore quo ſententia lata eſt, & quo iudicati executio fit, poſſideret debitor, qui eſſet condemnatus, agere poſteà ex iudicato creditor deberet, non autem partam ex iudicati cauſſa perſecutionem ad initium alterius petitionis redigere, vt Papinianus loquitur in *l. minor. 40. de minor.* Ego verò etſi non ignoro poſſe agi hypothecaria contra alium, quàm debitorem ipſum, ſcilicet ſi alius quàm debitor rem obligatam poſſideat, hoc tamen contendo, Fieri non poſſe vt alius hypothecaria conueniatur & condẽnetur quàm qui vel poſſidet, vel dolo malo deſiit poſſidere: *d. §. in vindicatione*: neque

dubico

dubito quin Marciani ſenſus ille ſit, vt aduerſus eum ipſum qui hypothecaria iam conuentus, & condemnatus eſt, rurſum agi hypothecaria neceſſe ſit in executione iudicati, nec alia victori actiu vlla competat, ſiue debitor, ſiue tertius poſſeſſor ſit is, qui condemnatus fuit. Ratione illa, quòd hypothecæ adiudicatio nec condemnatio ſit, nec ad inſtar condemnationis, ſed quędam potiùs diſpoſitio, &, vt ita dicam, pręparatio ad condemnationem, ita demum ſecuturam ſi neque pecunia ſoluetur, neque rea obligata reſtituetur. *d.§. in vindicatione.* Actio porrò nulla naſci poteſt ex ſententia quæ non irrogat condemnationem; nec conſequenter nouatio vlla fieri per ſententiam, quæ nullam parit actionem. Non tam enim ſententia ipſa, quàm actio quæ ex ſententia oritur, nouat obligationem & actionem præcedentem, vt Iuſtinianus loquitur *in d.l.vlt.C.de vſur. rei iudic.* Nec aliud eſt in ea vindicatiooe quæ iure dominij datur. Nam qui per ſententiam iudicis pronunciatus eſt dominus, non idcirco actionem vllam habet ex iudicato: neque enim ea pronunciatio irrogat condemnationem. Sed ſi rea petitori adiudicata non reſtituatur iudice ita arbitrante & præcipiente, tum verò condemnatio fit *l.qui reſtituere 63.D.de rei vindicat.* Itaque ire rum vindicare cogitur poſt adiudicationem, quouſque arbitriū iudicis extorſerit de re reſtituēda, vt ſi arbitrio non parebitur, ſequi condemnatio poſſit, quoniam nulla ei actio alia prodita eſt, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure per quam poſſit ille aliam vrgere condemnationem. Proinde obſtaret ei exceptio rei iudicatæ ſi non adiuuaretur replicatione De re ſecundum ſe iudicata. Inepta igitur & ridicula eſt illa Bartoli ad *dict. §. creditor* adnotatio, ſententiam contra vnum latam executioni aduerſus alium mandari non poſſe, quod vtique tam apertum eſt, vt non fuerit cur de eo Marcianus aut dubitaret aut ſcriberet. At neque in toto eo §. quicquam eſt ex quo poſſit colligi tractare Marcianum de illo caſu quo ſententiæ contra vnum redditæ executio aduerſus alium petatur, ac non potiùs contra eum ipſum qui condemnatus eſt. Nam nec alius haberet exceptionem rei iudicatæ quam tamen Marcianus dat conuento poſſeſſori. Neque minùs imperitum eſt quod Accurſius comminiſcitur exceptionem illam rei iudicatæ, accommodari reo hoc colore, quaſi nouatio facta ſit actionis hypothecariæ per ſententiam latam pro creditore. Nam imò verò ſi nouatio facta proponeretur, non poſſet locum habere exceptio rei iudicatæ, quia nec hypothecaria rurſum agi poſſet, quæ per nouationem iam perempta, & ſublata eſſet. Itaque dicere ex contrario debuit, ideo competere exceptionem rei iudicatæ, quòd ea ipſa actio exerceatur ſuper qua iam pronunciatum fuit, id eſt hypothecaria: Idcirco autem hypothecariam ſupereſſe quòd nulla ſit facta nouatio: nullam porrò factam eſſe nouationem quia per ſententiam hypotheca duntaxat adiudicata fuerat, id eſt pronunciatum rem obligatam eſſe: nec prætereà condemnatus reus fuerat ad rem reſtituendam, ad quod neque actionis hypothecariæ poteſtas extenditur. Habet enim actio hypothecaria duo tantùm capita: quorum vnum illud eſt vt pronuncietur rem obligatam eſſe, alterum vt ſi neque pecunia ſoluetur, neque res obligata reſtituetur, poſſeſſor condemnetur. Itaque quamuis iudex hypothecam adiudicauerit, tamen ſupereſt hypothecaria, non ad perſequendam rei reſtitutionem, quæ non magis peti per hypothecariam poteſt, quàm pecunia ipſa quæ debetur, [Neutra.n. eſt in petitione, licèt vtraq; ſit in pręſtatione] ſed ad hoc vt niſi debitū ſoluatur, aut rei obligatæ reſtitutio fiat, poſſeſſor tanti condemnetur quantum debetur. An verò poſt eam quoque condemnationem adhuc hypothecaria ſupererit? Equidem, quandiu pecunia ſoluta non erit, ſed dico id fieri ſpeciali illo iure actionis hypothecariæ, de quo iam diximus, quia ſuas & perpetuas condiciones habet hypothecaria ſi ſoluta pecunia aut aliter ſatisfactum eſt, nemo autem dixerit per hoc videri ſatisfactum creditori, quod habeat iudicati actionem. Itaque non idem erit in directa dominij vindicatione. Nam ſi rei meæ poſſeſſor iuſſus rem reſtituere non paruerit ideóque condemnatus ſit, quanti mea intereſſe in litem iurauero, vtique non potero iterū rem meā vindicare. Sublata enim vindicatio eſt, totaque litis æſtimatio deducta & tranſlata in condemnationem. Proinde neceſſariò me ex iudicato agere oportebit vt conſequar quanti mea intereſſe iam in litem iuraui. Illud verò quàm abſurdum eſt quod idem Accurſius negat vtilem eſſe exceptionem rei iudicatæ, proptereà quòd, inquit, non fiat talis nouatio vt prima actio perimatur. Hæc enim ratio ſi vera eſſet, probaret potius non competere illam exceptionem: quam tamen & competere & vtilem eſſe ex hoc apparet, quod ad eam elidendam opus eſt replicatione. Mouetur etiam Accurſius ex §. *ſi pluris* qui ſequitur in eadem lege apud Marcianum. Quæritur eo loco, *ſi pluris* condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quàm computatio ſortis & vſurarum faciebat, An ſi tantum ſoluerit quantum debebat exoneretur hypotheca? Et reſpondetur quantum ad ſubtilitatem legis, & auctoritatem ſententiæ, non exonerari quia ſemel cauſſa videtur tranſire in condemnationem & inde pecunia deberi, ſed humanius eſſe non amplius cū quā quod re verà debet dādo hypothecā liberare. Ego verò cōtēdo, vel ex eo maximè loco apparere nouationē fieri per iudicatū. Quid.n. aliud obſecro ſibi volūt verba illa *ſemel.n. cauſſa trāſire videtur in cōdēnationē & inde pecunia deberi*. Nā ſi nouatio nō fieret, quænā rogo ad eū locū dubitādi ratio excogitari poſſet? At quidni liberaretur hypotheca ſolutione debitæ quantitatis? Planè de iudicati actione dubitari poſſet, ſed de hypothecaria nullomodo. At dubitatio ex eo proficiſcitur, quòd lata ſētētia & in maiorē quātitatē condemnato debitore non iam quærendum eſt, quid anteà debitū fuerit, ſed quid iudicatū ſit, ac proinde quid hodie ex iudicato debeatur. Sententia enim non ſolùm ius facit, ſed etiam pro veritate habetur: quæ generalis ratio eſt propter quam fateri cogitur nouationem induci iudicato, neque ſanè iuris neceſſitas aut rerum iudicatarum autoritas contrariam ſententiam admittit. Quare nec dubito quin locus ille corruptus ſit, & à Triboniano interpolatus, addito integro verſiculo illo *ſed humanius eſt non amplius eum quàm quod re vera debet dādo hypothecam liberare.* Itémque interiectis verbis illis *quantum ad ſubtilitatem legis, & autoritatem ſententiæ*. Non enim *ſubtilitatem legis* dixiſſet Marcianus, ſed *iuris* aut *legum*, neque contra tam apertas iuris regulas reſpondiſſet, à quibus nec interpretes ipſi ſe poſſunt euoluere. Quærunt enim poſt Accurſium An in propoſita ſpecie creditor ſoluendo id duntaxat quod debet, atque ita minus quàm deductum ſit in condemnationem liberetur ab actione iudicati. Et coguntur dicere Marciani ſententiam illam eſſe vt liberetur. Et verò quis effectus eſſet eius liberationis quā Tribonianus inducit inuita iuriſprudētia ſi liberata iā hypotheca nihilominùs iudicati obligatio & actio adhuc ſupereſſet? Atqui nullomodo fieri

Digitized by Google

poteſt vt ſtante ſententia liberetur dando decem is qui in viginti condemnatus eſt, nec ſi omnium quotquot vnquam fuerunt Imperatorum conſtitutiones in eam rem conſpirent, puto autem ad propoſitam quæſtionem ita ſimpliciter Marcianum reſpondiſſe quod ego propter autoritatem ſententiæ non probo. Semel enim cauſſa tranſiit in condemnationem indéque pecunia debetur. Cætera verò omnia eſſe Triboniani, ſuas æquitates & humanitates vt vocare ſolet nobis ſub Marciani nomine obtrudentis, niſi malis totum §. ei tribuere, quod mihi ſanè probabilius videtur, & ex iis quæ in ſequentibus dicemus, probabilius fiet. Nam quod quidam putant iniquum eſſe creditorem prætextu rei iudicatæ plus exigere à debitore quàm re vera debeatur, quia ſi & ab extraneo plus debito exegiſſet, cogeretur ſuperfluum debitori ipſi reddere pignoratitia actione *lege ſi inter*. 21. §. *vltimo eodem*, id nos iam refutauimus libro ſeptimo capite decimoſexto, etſi facinus Triboniani quod iam tum nobis aliquomodo ſuſpectum erat, non indicauimus. Reddit enim creditor debitori quod plus debito exigit ab extraneo per hypothecariam, non etiam quod autoritate rei iudicatæ & ex ſtultitia iudicis potiùs quàm ea re debitoris: nec quemadmodum manet hypotheca poſt ſententiam quia verum eſt ſolutam pecuniam non fuiſſe, ita ex contrario poſſis dicere ſoluto omni eo quod debebatur liberatam eſſe hypothecam ſi plus ſit in condemnatione quàm fuerit in debito. Nam in debito illud hodie eſſe intelligitur quod in condemnationem deductum eſt, non quòd anteà ex conuentione debitum fuit. Poſtquam enim iudicatum eſt, authoritas rerum iudicatarum non patitur vt de alio quæratur quàm quid iudicatum ſit. Alia Accurſij obiectio eſt ex *l. græcè* 8. §. 1. *D. de fideiuſſ.* vbi ſcriptum eſt Poſt litem conteſtatam fideiuſſorem accipi poſſe, quia & ciuilis & naturalis ſubeſt obligatio. Ergò, inquit, nouatio quæ fit per conteſtationem non perimit præcedentem obligationem. At nos iam ſuprà hoc vltro admiſimus differre hac parte nouationem illam quæ fit per conteſtationem ab ea, quæ inducitur ex condemnatione: quia cùm per conteſtationem nulla producatur noua actio, protſus conſequens eſt vt vel veterem ſaluam manere neceſſe ſit, vel nullam ſupereſſe ex qua & condemnatio ſequi poſſit. Deinde poſſim ſi velim negare conſecutionem. Nam etſi nouatio quæ per conteſtationem fit præcedentem obligationem perimeret, non eo minus tamen verum eſſet ſubeſſe & naturalem & ciuilem obligationem, cuius nomine accipi fideiuſſor poſſet. Siquidem naturalis obligatio quæ tota ex re ipſa & facto æſtimatur, etiam poſt rem iudicatam manet, ſi fortè verus debitor per iniuriam iudicis ſit abſolutus *leg. Iulianus verum debitorem* 59. *D. de condict. indeb.* Multò minus ergò perimi poteſt per conteſtationem, ex ratione illa quæ non patitur obligationem naturaliter contractam aliter quàm naturaliter diſſolui *leg. prout* 80. *de ſolution.* Ciuilis autem obligatio noua contrahitur per conteſtationem quia in iudicio quaſi contrahitur. *dict. leg.* 3. §. *idem ſcribit de pecul.* Vnde fit vt litis exercitationis fideiuſſor accipi poſſit etiam ab eo cui reuera nihil debeatur: quia nec conſtare poteſt an quicquam debeatur, prinſquam perueniatur ad ſententiam. Quod verò ibidem Vlpianus ſubiicit condemnato reo poſſe fideiuſſorem vti exceptione ſi non actionis iudicati, ſed litis tantùm exercitationis nomine acceptus ſit, ſecùs verò ſi totius cauſſæ, ad rem nullomodo pertinet. Nam quod dicimus nouationem fieri ex iudicato, hunc ſenſum habet vt poſtquam iudicatum eſt agi amplius ex priſtina actione nō poſſit, ſed ex iudicato agi neceſſariò debeat, non autem vt vel pignora vel fideiuſſores liberentur quouſque facta ſolutio ſit, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vltim. Cod. de fideiuſſ.* de qua ſcripſimus libro vndecimo, capite vltimo. Maximè verò cum de eo fideiuſſore agitur, qui aut iudicati actionis, aut totius cauſſæ nomine acceptus eſt. Cur enim aut qua ratione hic per ſententiam liberaretur, qui non aliam ob cauſſam adeptus eſt, quàm vt ſecuta quandocunque ſententia conueniri poſſet? Vnum illud diluendum ſupereſt quod idem Accurſius erroris ſui tuendi gratia obiicit ex *leg. argentarium* 45. §. 1. *De iudic.* vbi Papinianus ſcribit nomine puellæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ iudicatum Romæ facere cogendos, vbi mutuam pecuniam mater acceperat, cui filia heres extitiſſet. Nemo autem non ſtatim videt futilem & inanem eſſe obiectionem. Etſi enim nouatio fit per ſententiam, iudicati tamen actio prioris actionis naturam in eo imitatur, vt quod ex priore contractu certo loco ſolui debuit, eo ipſo loco ſoluatur ex iudicato, niſi aliter à iudice conſtitutum & pronunciatum ſit. Quoties enim iuſta actio & petitio eſt, idipſum deduci debet in condemnationē quod in actione deductū fuit: quod ſi per incuriā aut imperitiā iudicis factum non ſit, ex iure ipſo ſupplendum eſt, dummodò id ſententiæ verba patiantur: recipit enim ſententia interpretationem probabilem ex conuentione quæ & actioni & condemnationi cauſſam dedit. Maneat igitur certiſſimum & inconcuſſum iudicati actione nouari priorem contractum & actionem quæ ex contractu illo competebat, indéque fieri quod Iuſtinianus conſtituit in *dict. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* vt alterius modi vſuræ debeantur poſt ſētentiam quàm anteà & ex priſtino contractu deberentur. Itē quod nos in ſuperioribus diximus in interpretatione *l. pen. De cond. tritic.* Cùm quæritur de ineunda rei debitæ æſtimatione poſt rem iudicatam non moræ aut litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſſe, ſed condemnationis tantùm, aut mortis ſi poſt condemnationem res debita in humanis eſſe deſierit, nulla hac in re conſtituenda differentia inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, quia in omnibus commune illud eſt, vt nouatio prioris actionis per iudicatum fiat, id eſt vt quod antea ex contractu ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricto debeatur, peti nunc debeat ex iudicato, nec aliud quicquam deberi, aut vnquam debitum fuiſſe intelligatur niſi quod deductum eſt in condemnationem: quæ cùm multò magis extinguat poteſtatem conteſtationis, ſicut & appellatio extinguit iudicatū *l. 1. in fin. D. ad S. C. Turpill.* abſurdum ſanè fuerit ſi quis dicat etiam poſt rem iudicatam deberi eam æſtimationem quæ fuiſſet tempore litis conteſtatæ, tametſi ea ipſa præcisè alioqui deberetur, ſi res nondum iudicata ſed iudicanda eſſet: hoc ita ſi nō poſt moram res deterior facta ſit. Nam qui ad rem ipſam reddendam condemnatus fuit, ad hoc condemnatus intelligi debet vt eam reddat non factam deteriorem, quia nec reddi videtur, quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. D. commod.* Ideóque ad tempus moræ etiam poſt condemnationem reducenda hoc caſu æſtimatio eſt *d. l. penult. De condict. tritic.*

In actione hypothecaria nunquam iurari in litem.

CAPVT XV.

Mirum eſt quàm audacter & intrepidè iura tractare iis liceat, quos certa cognitio principiorum iuris vix errare patiatur. In actione hypothecaria

caria iurari in litem ſi dolo malo deſierit poſſidere is qui conuenitur, adeò clarè ſcriptum eſt in *leg ſi fundum 16.§.in vindicatione D.de pign.* vt non fuerit ex interpretibus in hunc vſque diem, qui de eo dubitauerit: & tamen ſi ratio iuris ſpectetur quæ proculdubio ſemper ſpectanda eſt, nihil dici poteſt falſius, nihil ineptius. Iuſiurandum enim in litem prorſus nullũ eſt niſi quod aut manifeſta æquitas cum ratione coniuncta, aut mera neceſſitas inducit. Manifeſta æquitas eo demum caſu facit, vt actori iuſiurandũ deferri debeat, quo quis alienæ rei reſtitutionem dolo malo recuſat. Non.n.æquũ eſt dolo poſſeſſoris cogi dominũ vt re ſua carere, eámq. iuſto precio vendere teneatur *l. tutor 8.D.de in lit.iur.l.ſi filiofam.25.§.maritũ ff.ſolut. matr.l.non enim 9.D.rer.amot.* Itaq. non ſolũ res quæ petitur æſtimanda eſt, ſed etiã contumacia poſſeſſoris quod non aliter fit quàm per iuſiurandum in litem, cuius ea vis eſt vt augeat non rei petitæ æſtimationẽ, ſed condemnationem *d.l.tutor.l.1.eo.tit.De in lit.iur.* Id verò contingit in directa rei vindicatione quæ nõ niſi domino datur *l.qui reſtituere 63.iunct.l.in rem 23. D.de rei vindic.* itémque in publiciana quæ datur ad inſtar directæ vindicationis, & eo colore quaſi iam vſuceperit is qui nõdum vſucepit *l.ſed etſi res 7.§.publiciana actio & §.in publiciana D.de public.in rem act.* Idem etiã iuris eſt in bonæ fidei iudiciis *l.in actionibus 5.De in lit.iur.l.3.§.in hac D.commod.* At non in omnibus, ſed in iis duntaxat in quibus agitur de fide rupta, & ita demum ſi de re agatur, quæ iam actoris propria ſit, non quæ actori nunc primùm dari ex contractu tradive debeat. Inde eſt quod neque in contrariis iudiciis iuratur *l.ei apud quem 5.D.depoſ.* neque in actione empti ſi res vendita dolo & procacia venditoris non tradatur *l.ſi traditio 4.Co.de act.empt.* vt pluribus à nobis comprobatum eſt lib.6.cap.17. Neceſſitas autem inducit iuſiurandum in litem vno illo caſu quo res debita perierit poſt moram ante litem conteſtatam, quia præſens æſtimatio quæ tunc debetur fieri nullo modo poteſt ſine delatione iuriſiurandi cùm res non extat *d.l.in actionibus §.planè.* idque ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ſtricto agatur, ſiue dolus interuenerit, ſiue non, vt contra Accurſium & Bartolum diſputauimus cap.13. Atqui in actione hypothecaria nihil tale eſt quod aut ex æquitate aut ex neceſſitate iuſiurandum poſſit inducere. Nam qui hypothecariam exercet, neque dicit ſe dominum, neque fieri poteſt vt dominus ſit, cùm ea nihil aliud ſit, quàm pignoris perſecutio, pignus autem rei propriæ non conſiſtat *l.neque pignus 35.De regul.iur.* E contrario actor contendit & probare debet rem illam in quam agit fuiſſe in dominio debitoris iam tum cùm pignus contrahebatur, niſi obligata ſint bona omnia non tantùm præſentia ſed etiam futura *lege & qua nondum 15.§.quod dicitur D.de pignor.* & euaneſcit obligatio pignoris ſi rei obligatæ dominium creditori acquiratur *lege penult.in fin.D.de except.rei iudicat.* Non igitur æquitas illa facere poteſt vt creditori iuſiurandum deferri debeat, ne cogatur inuitus re ſua carere creditor, qui alienam rem perſequitur non ſuam: adeóque cui non res ipſa debetur, ſed tantùm pecunia, quâ ſolutâ & pignus extinguitur, & conſequenter hypothecaria, quæ non competit niſi de pignore & hypotheca. Ex neceſſitate autem iuſiurandum ei deferendum eſſe multo minus dici poteſt. Deferendi enim iuriſiurandi neceſſitas tunc ſubeſt, cùm æſtimanda eſt res quæ non extat, quia ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quæ non amplius extat. At in hypothecaria, vt modò dixi non res ipſa debetur ſed pecunia, quæ ſui natura certam ſemper habet æſtimationem *leg.nummis 3.De in lit.iur.* Cur ergo ad rem æſtimandam iuſiurandum deferamus? Nam ſi dicas non equidem æſtimandam rem quæ non debetur, ſed contumaciam poſſeſſoris, Reſpondebo contumaciam tametſi adnexum dolum habeat, numquam tamen ſolam æſtimari, id eſt ſine re in qua reſtituenda contumax ille eſt contra quem ob dolum & contumaciam iuratur: rem autem quæ æſtimatur cum dolo & contumacia, vel actoris propriam, vel ſaltem actori debitam eſſe oportere: quorum neutrum eſt in hypothecaria. Quid ergo? Id omnino ſeruandum eſt quod Vlpianus in hanc rem ſcribit in *leg.ſi inter 21. Digeſt.de pignor.* Si res pignorata inquit, non reſtituatur, lis aduerſus poſſeſſorem erit æſtimanda: ſed vtique aliter aduerſus debitorem ipſum, aliter verò aduerſus quemuis poſſeſſorem. Nam aduerſus debitorem nõ pluris quàm debet quia non pluris intereſt: Aduerſus cæteros poſſeſſores etiam pluris, & quod plus debito conſecutus creditor fuerit, debet reſtituere debitori pignoratitia actione. Ex quo loco apparet non ſolùm quid in hac quæſtione iuris ſit, ſed etiam quæ ratio ſit huius iuris. Nam cùm agitur contra debitorem, ideo iurari non poteſt quod nihil intereſt actoris ſupra eam quantitatem quæ debetur: ad eã verò vſque quantitatẽ certiſſima debiti æſtimatio eſt. Cur ergo ei iurare permittamus, cuius nihil omnino intereſt? Cùm autem agitur contra alium quemlibet poſſeſſorem, pluris litem æſtimamus quàm re vera debeatur, quia pluris intereſt creditoris propter actionem pignoratitiam qua tenetur debitori, vt quanto pluris fuit res obligata ei reſtituat, quoties eam rem ita vendidit, vt non videatur carere dolo vel culpa, qui minore precio vendidit, quam quãto vendere diligens paterfamilias potuiſſet *l.ſi pignore 22.§.vlt.De pign.act.* Atqui litis æſtimatio ſimilis eſt emptioni *l.3.D.pro emptor.* Perinde igitur curare debet creditor, vt cùm res pignorata non reſtituitur à tertio poſſeſſore, tanti lis æſtimetur, quanti re vera res eſt, atque ſi eam venderet ne pignoratitia teneatur. Nimirum ſi res extet quæ æſtimari commodè poſſit citra iuſiurandum. Nam ſi deſierit extare, licèt dolo malo poſſeſſoris, non idcirco iuſiurandum actori deferendũ eſt, quia nec eius quicquam intereſt ſupra eam quantitatem quæ debetur, cum ſufficiat nihil ei poſſe imputari de re perdita aut de lite minoris æſtimata, ne pignoratitia conueniri poſſit: Præſertim cùm debitor idemque pignoris dominus actionem ad exhibendum habiturus ſit cõtra hunc qui dolo poſſidere deſiit: in qua actione ſi res non exhibebitur vt vindicari poſſit, tùm verò iurare in litem domino permittetur, quia in actione ad exhibendum quoties ratione dominij datur iurari in litem poteſt *d.l.in actionibus l.3.§.2.D.ad exhib.* Igitur hoc caſu quo res pignorata nec reſtituitur nec æſtimari poteſt ob eam cauſſam quod poſſeſſoris dolo extare deſiit, tanti lis æſtimanda erit quantum actori debetur, non pluris: eadem ratione quæ locum habet cùm agitur aduerſus debitorẽ, quia nec pluris intereſt creditoris. Quemadmodum & eueniret ſi poſt moram poſſeſſoris citra dolum res extare deſiiſſet: Quo caſu nemo vnquam dixit permittendũ eſſe creditori vt iuret, cùm nihil ipſius interſit niſi quatenus ei debetur, nec res ipſa quæ extare deſiit, ſed pecunia tantùm ei debeatur. Non enim quod ſine iuriſiurandi delatione non poſſit iudex æſtimare rem quæ non extat, inducere poſſet iurandi ius, & neceſſitatẽ, ſi non illud etiã cõcurreret, quod æſtimanda neceſſariò eſt res quæ licet ampliùs non extet, tamen adhuc debetur: ſicut ex diuerſo nõ ſufficeret rẽ

Digitized by Google

deberi, & peremptam eſſe ſi alia ineundæ æſtimationis ratio competeret, id eſt ſi poſt litem conteſtatam res periiſſet, quia tunc litis conteſtatæ tempus ſpectari poſſet. Quæ cùm ita ſint, videamus iam quid aliud ſit quod in contrarium proponitur ex Marciano *in d. §. in vindicatione. In vindicatione pignoris*, inquit, *quæritur an rem de qua actum eſt poſſideat is cum quo actum eſt. Nam ſi non poſſideat nec dolo fecerit quominus poſſideat abſolui debet.* Hoc rectè. Nã cùm pignoris perſecutio ſit in rem, fieri non poteſt vt ex ea rectè conueniatur & condemnetur is qui rem non tenet, nec proinde habet ipſius reſtituendæ facultatem. Idémque iuris eſt in directa rei vindicatione quæ iure dominij datur *l. officium 9. D. de rei vind.* vbi Vlpianus ſcribit officium iudicis in ea actione eſſe vt iudex inſpiciat an reus poſſideat necne, id eſt vt ſequẽtia explicant an rem quæ petitur ita teneat vt eius reſtituendæ habeat facultatem. Cui & ille comparatur qui dolo malo deſiit poſſidere, quia ex vulgari iuris regula dolus pro poſſeſſione eſt. Sequitur *ſi verò poſſideat & aut pecuniam ſoluat aut rem reſtituat, æque abſoluendus eſt.* Hoc etiam rectè, quia deſinit creditoris intereſſe ſiue debitor ipſe aut alius quilibet rei obligatæ poſſeſſor eam rem reſtituat, ſiue inferat litis æſtimationem, iuxta eam diſtinctionem quæ traditur *in d. §. vlt. l. ſi inter 21. eo. tit.* Hypothecaria autem actio non poteſt tenere ex quo deſiit intereſſe creditoris, id eſt vbi ſoluta ei pecunia vel aliter ſatisfactum eſt *l. grege 13. §. etiam eo. l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell. Si verò* inquit lex, *neutrum horum faciat condemnatio ſequitur.* Et hoc quoque rectè. Sed quænam condemnatio? An vt poſſeſſor rem reſtituat quæ à creditore poſteà pignoris iure retineatur? Ita vulgò creditum eſt: indéque natus error pragmaticorum, exiſtimantium ſic formandum eſſe libellum in huiuſmodi actione vt rei obligatæ reſtitutio petatur, ita formandam quoque ſententiam vt ea reſtitutio adiudicetur. Quod ſanè abhorret euidenter à principiis iuris. Nam cùm actio hypothecaria ſit arbitraria ſicut & dominij vindicatio directa, nihil aliud petere & intendere poteſt creditor niſi vt pronuncietur rem eſſe obligatam, quæ dicitur adiudicatio hypothecæ *in d. l. fundus §. creditor*, quemadmodum & qui rem vindicat tanquam dominus nihil aliud petere apud iudicem poteſt, niſi vt ſibi res adiudicetur, id eſt vt rei litigioſæ dominus pronuncietur. Quæ adiudicatio ſiue dominij ſiue hypothecæ quantum differat à reſtitutione ex eo apparet, quod poſt eiuſmodi adiudicationem neceſſe eſt ſequi arbitrium iudicis, ex mero eius officio non ex actoris iure aut petitione æſtimandum, quod porrò non tale eſſe debet vt res ipſa præciſè reſtituatur, ſed ſub alternatione, vt vel pecunia debita ſoluatur vel res obligata reddatur. Vtrumque enim in præſtatione eſt: nec magis arbitrari poteſt iudex vt poſſeſſor rem reſtituat, quàm vt pecuniam debitam ſoluat: quod tamen niſi ineptè & iniurioſè facere non poſſit, non ſolùm ſi tertius poſſideat quem conſtat nihil debere, ſed etſi debitor ipſe tanquam poſſeſſor conueniatur, quia per hypothecariam non quaſi debitor conuenitur, ſed quaſi poſſeſſor, quippe qui ea actione conueniri nullomodo poſſet ſi non poſſideret. Planè ſi arbitrio iudicis iubentis rem reſtitui aut pecuniam ſolui non pareatur, tùm verò ſequitur condemnatio, non ad hoc vt alternatiuè res præſtetur vel pecunia ſoluatur, ſed ad præſtandam litis æſtimationem præciſè, id eſt quanti intereſt creditoris, quod ipſum aliter atque aliter in perſona debitoris, & alterius cuiuſlibet poſſeſſoris æſtimatur *dict. §. vlt. l. ſi inter.* Itaque rei reſtitutio neque in petitione, neque in condemnatione eſt, non magis quàm pecuniæ ſolutio, ſed tantum in arbitrio iudicis, & quidem alternatiuè, in quo hypothecaria differt à directa dominij vindicatione. Ibi enim iubetur præciſè reus actori rem reddere, quæ eſt actoris. Poſt condemnationem verò deſinit pignoris reſtitutio eſſe in præſtatione, ſi omnimodo lis æſtimanda, eáque æſtimatio præſtãda eſt, adeò vt oblata reſtitutione non poſſit liberari condemnatus niſi creditor offerat aut agnoſcat conditionem. Cùm verò condemnatio facienda ſit quanti intereſt creditoris, apparet nihil cauſſæ eſſe cur ei iuſiurandum deferri oporteat: quia certa eſt litis æſtimatio, certúmque, quid & quantum creditori debeatur, aut quanto pluris ſit res pignorata cùm extat, ne creditori poſſit imputari, quod minore quàm debuerit, precio litem æſtimauerit. Æſtimatione ſcilicet ineunda inſpecto illo tempore condemnationis non litis conteſtatæ aut moræ præcedentis, ex quo de præſtanda illa æſtimatione non quæritur niſi à tempore condemnationis, antequam poterat poſſeſſor offerens debitum effugere condemnationem præſtandæque æſtimationis neceſſitatem: quanquam hoc ipſum quod dicimus de præſtanda illa æſtimatione quæ ſententiæ tempore fuerit, ita accipiendum eſt ſi non poſt moram res deterior facta ſit, ex iis quæ diximus in interpretatione *l. penult. D. de condict. tritic.* Sequitur apud Marcianum *Sed ſi velit reſtituere nec poſſit, fortè quòd res abeſt & longè eſt vel in prouinciis, ſolet cautionibus res explicari. Nam ſi caueret ſe reſtituturum abſoluitur.* Nec hoc etiam malè. Nam & id ad iudicis officium pertinet *§. etſi in rem Inſtit. de offic. iudic. leg. niſi ſi malit 12. De rei vindic.* vbi ſcriptum eſt huiuſmodi cautionem cum fideiuſſore eſſe debere, id eſt, non nuda cautione, ſed ſatiſdatione victori conſulendũ, *Sin verò*, inquit lex, *dolo quidem deſiit poſſidere, ſumma autem ope niſus non poſſit rem ipſam reſtituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit.* Hoc verò eſt quod ego falſũ puto, neq; dubito quin iure falſiſſimũ affirmare poſſim. Cur.n. hoc caſu quo is qui dolo deſiit poſſidere, fecit quãtũ in ſe fuit vt rem obligatam reſtitueret, iurabitur cõtra eũ in litẽ, non etiam contra eum qui rem adhuc poſſidẽs nec eam reſtituere vult, nec pecuniam ſoluere? De illo enim paulo ante tractans Marcian. illis verbis *ſi verò neutrum horũ fecerit* nihil aliud ſcribit, niſi condẽnationẽ ſequi oportere, nulla iuriſiurãdi facta mentione. At iam diximus in ſuperioribus iureiurando in litem nõ tam præteritum quàm præſentem dolum vindicari, hoc eſt non tam ob id, quòd reus aliquando in dolo fuerit aduerſus eum iurari, quàm quia nunc in dolo ſit qui rem alienam inuito domino retinere velit. Neque verò contra eum qui dolo malo deſiit poſſidere iurari poſſet, cùm non poſſit reſtituere, niſi dolus præſens ex præterito induceretur, id eſt niſi adhuc pro poſſeſſore haberetur. Etſi autem quod nunc nitatur quantum poteſt rem reſtituere, non impedit quominus propter dolum præteritum adhuc habendus ſit pro poſſeſſore, & conſequenter pro contumace, nemo tamen dixerit eius cauſſam deteriorem eſſe debere, quàm ſi rem ipſam reuera poſſideret, nec reſtituere vellet: nec minus illo quàm iſto caſu locum habent omnes eæ rationes ob quas diximus in actione hypothecaria iurari in litem numquam poſſe. Quare fatendum eſt totum illum verſiculũ Triboniani inſcitiæ potiùs quàm Marciani elegantiæ adſcribendum eſſe: quod probabunt euidentiùs quæ ſequuntur: *Sicut in cæteris*, Inquit ille *in rem actionibus*. Quaſi verò hypothecaria actio cæteris in rẽ actionib. ſimilis videri poſſit. Quænam autem ſunt cæteræ illæ in rem actiones? Rei

vin-

vindicatio directa aut vtilis,& Publiciana,& Ad exhibēdū. Atqui quod ad reivindicationē ſiue directā, ſiue vtilē attinet lōgè alia eius ratio eſt. Cùm.n.cōpetat iure dominij ęquitas cum iuris ratione cōiuncta facit vt ei qui obtinuit ſi res non reſtituatur permittendum ſit in litem iurare, ne alioqui re ſua inuitus carere, & eam iuſto precio vendere cogatur quod nequaquam ferendum eſt. At in actione hypothecaria nec de dominio agitur, nec ab eo, qui ſit dominus, ſed à nō domino cōtra poſſeſſorē ad auocandā nudā poſſeſſionem *l.ſi cùm vēditor 66. D.de euict.* niſi reus malit expectare condemnationē, quæ ſi ſequatur non de poſſeſſione fieri debet, ſed de litis æſtimatione præſtanda vt diximus, quod Bartol. in interpretatione *d.§.in vindicatione* nō intellexit. Quid ergo attinet deferri iuſiurandum creditori ad æſtimandam proprietatem? In publiciana non aliud iuris eſt quàm in directa dominij vindicatione. Etſi enim publicianam is exercet qui dominus non eſt, quia tamen exercet quaſi dominus,& eo colore quaſi iam vſuceperit, non minùs hac parte iuris habet, quàm ſi directa dominij vindicatione experiretur. In actione ad exhibendum non ita indiſtinctè idem obtinet. Nam ſicuti competit ex diuerſis cauſſis, nec ei tantùm qui ſit dominus, & iure dominij rem exhibitam poſteà vindicaturus, ſed omnibus etiam illis quorum intereſt rem exhiberi licèt dominiū nō habeant *l.3.§.ſciendū cum ſeq.& paſſ.D.ad exhib.* Ita puto diſtinguendum eſſe cùm quæritur, An in hac actione in litem iuretur, an competat ratione dominij an ex alia cauſſa. Nam ſi ratione dominij, fateor iuſiurandum eo caſu locum habere, quia vindicationis loco eſt, eædémque rationes in vtraque actione locum habent. Sed ſi alius quàm dominus ad exhibendū agat, licèt poſſeſſor dolo malo deneget exhibitionē, cogit me iuris ratio vt negē iuriiurando locum eſſe. Tunc enim ſola vtilitas æſtimationem facit cùm ceſſante dominio actio naſcitur, ideóque ad æſtimationem corporis actio referri non poteſt vt de furti actione dicebat Papinianus in *l.ſi vendidero 80.§.1.D.de furt.* Iuſiurandum verò in litem nunquā datur ad id tantum quod intereſt æſtimandum, ſi nō præterea res aliqua & præſtanda & æſtimanda ſit. Sunt enim iſta prorſus contraria Æſtimari tē quanti actor in litem iurauerit, & æſtimari quanti actoris interfuerit *d.l.qui reſtituere & l.ſemper 15.§.hec interdicto D.quod vi aut clam.* Nec me mouet quod generaliter & indiſtinctè proditum eſt, in actione ad exhibēdum iurari in litem *d.l.3.§.præterea.D.ad exhib.d.l.in actionib.5.D.de in lit.iur.* Id enim ob eam cauſſam factum videri poteſt, quod hęc actio maximè propter vindicationes introducta eſt, vt Vlpianus ſcribit in *l.1.illo tit.ad exhib.* Similiter igitur dicendum eſt in actione hypothecaria iurari non debere, quia non eſt ſimilis actioni ad exhibendum in qua iuratur, id eſt quę iure dominij competit, ſed illi potiùs in qua nō iuratur, id eſt quę ob id datur, quòd ex alia quàm dominij cauſſa intereſt, cùm neque domino neq; pro dominio, ſed creditori duntaxat pro pignore hypothecaria accommodetur. Nec illud rurſus mouere nos debet quod in *d.l.in actio.* generaliter & indiſtinctè ſcriptum eſt, in actionib. in rē iurari: id.n. non eo minùs recipit diſtinctionem, ſi talis actio ſit quę ob id in rem proponatur, ne dominus re ſua careat aut ea quam quaſi ſuam poſſit dicere, vt contingit in vindicatione & publiciana, non etiam in hypothecaria. Sic idem noſter Marcianus in *d.l.in actionib.* ait, In bonę fidei iudiciis in litem iurari, quod & Vlp. ſcribit in *l.3.§.in hac D.commod.* Et tamen nemo dixerit in omnibus bonæ fidei iudiciis idcirco iurari poſſe. Nam vt ſuprà monuimus, neque in contrariis iudiciis, neque in actione empti quę omnium maximè bonę fidei eſt iuratur in litem: ſed in iis tantùm ex quibus petit actor reſtitutionem rei ſuæ, licèt non tanquā ſuæ ſed potiùs tanquam ſibi debitæ. Magis ſen. ētię noſtræ illud obſtat quod in *d.l.qui reſtituere* poſtquam tractatum eſt de iureiurando in litem contra eum dando qui rem petitori adiudicatam dolo poſſidere deſiit ne eam reſtituere cogeretur, ſic Vlpianus ſubiicit, *Hec ſententia generalis eſt & ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet.* Nam ſi ita eſt, ergo in hypothecaria quoque actione quæ haud dubiè arbitraria eſt in litem iurabitur. Sed iam indicaui ſuperiore libro cap.1. mihi ſuſpectam eſſe illam clauſulam, adeóque legem integram,& Triboniano ni fallor potius quàm Vlpiano tribuendam. De quo dicemus paullo latiùs capit. 17. Expediendum enim nunc nobis eſt, vt reliquam Triboniani inſcitiam *in d.§.in vindicatione* prodamus & explodamus. Sequitur enim *nam ſi tanti condemnatus eſſet quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cùm & in perſonā agendo idem conſequeretur?* Egregia verò ratio & digna planè Triboniano, vt euincat permittendum eſſe creditori hypothecariam exercēti, vt in litem iuret. Nihilne igitur, Triboniane, prodeſſe tibi videtur hypothecaria, tametſi per eam non plus creditor conſequatur quàm ſibi debetur? Quid ſi exerceatur cōtra tertiū poſſeſſorem, qui neq; debitor ſit, neque debitoris hæres? An tibi nullum eſſe videtur creditoris commodum ſi quod ab vno ſibi debetur fortaſſis nunc inope, & non ſoluendo, ab alio qui nihil debet, cōſequatur? Sed & cùm agitur aduerſus ipſum debitorem, eundémq; rei obligatę poſſeſſorem, quis non videt expeditius eſſe vt in rem agatur quàm in perſonā? Finge alios eſſe creditores poſteriores quidem, ſed tamen qui ſi perſonali actione experiēdum eſſet, non modò concurrerent, ſed etiam ob fauorabiliorem debiti cauſſam pręferrentur. Conſtat enim perſonalium actionum priuilegia non ex tempore æſtimanda eſſe, ſed ex cauſſa *l.priuilegia 42.D.de reb.autor.iudic.poſſid.vel venund.* An non erit magnum creditoris commodum agentis hypothecaria etiam contra debitorem, quod cæteris omnibus poſterioribus præferetur? In eo ſiquidem potiſſimùm elucere ſolet vtilitas pignorum, vt vel acquirant creditori ius prælationis cōtra cæteros creditores ſi qui ſint poſteriores tempore, ſiue debitor ipſe, ſiue alius poſſideat, vel pariant in rem actionem aduerſus tertios poſſeſſores qui alioquin conueniri nullo modo poſſent. Cęterùm non idcirco deterioris cōdicionis debitorem eſſe oportet, quòd pignus dederit: nec quòd pignus illud non reſtituat, in plus cōdemnari debet quàm ſi pignus nullum dediſſet. Sufficit enim id creditorem conſequi propter quod putauit ſibi conſulendum acceptione pignoris, id eſt indemnitatem, quam porro ei pręſtari facillimum eſt citra iuſiurādum. Neq; verò pignus idcirco datur, vt grauior & ſeuerior cōtra debitorem quandoq; ſequi poſſit cōdemnatio, ſed tantùm vt meliùs cautum ſit creditori. Non eſt igitur abſurdū quod Tribonianus abſurdum putauit, Non plus conſequi creditorem agentē hypothecaria contra debitorem, aut aliū quemlibet poſſeſſorem quàm ſi in perſonam egiſſet. Illud ſanè abſurdum eſſet nō plus cautionis habere creditorem qui pignus aliquod accepiſſet, quam ſi nullum: ſed nihil ea res commune habet cum iureiurando in li-

Digitized by Google

tem, quia iuſiurandum ad augendam condemnationem, non ad maiorem indemnitatis cautionem inducendam pertinet..

Ad l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignor. & l. 2. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluuntur.

Capvt xvi.

Intelligi autem ex ſuperioribus poteſt, quàm egregiè Bartolus poſt Accurſium cæteríque interpretes decipiantur, qui in actione hypothecaria ita demum iurari poſſe volunt, ſi exerceatur contra tertium poſſeſſorem non etiam ſi contra debitorem, vt Marcianum cõcilient cum Vlpiano in *d. l. ſi inter §. vlt. D. de pignor.* Nam ſi recta eſſet illa Triboniani ratio, quã nos improbamus, an non multo magis locum haberet in hypothecaria quæ cõtra debitorem quàm in ea quæ cõtra tertium poſſeſſorem institueretur? Siquidem cùm aduerſus tertium poſſeſſorem agitur, non poteſt dici inutilem eſſe hypothecariam creditori, qui & in perſonam agendo tantundem conſequi potuiſſet: cum neq; in perſonam agere potuerit contra tertium nullomodo obligatum, neque paruum illud commodũ ſit quod ei per hypothecariam præſtatur vt poſſeſſorem ſi nudam poſſeſſionẽ nolet reſtituere, habeat etiam de pecunia obligatũ. At cùm aduerſus debitorem agitur, parum ſanè intereſt creditoris an perſonali actione experiatur, an hypothecaria, niſi cùm aut debitor ſoluendo nõ eſt aut alij creditores adſunt, qui ſi nulla eſſet hypotheca, vel concurrerent, vel præferrentur. Taceo, quod cætera omnia quæ ſunt in *d. §. in vindicatione* generalia ſunt, & accommodata ad actionem quamlibet hypothecariam ſiue contra tertium poſſeſſorem ſiue cõtra debitorem ipſum proponatur. Sicut & Vlpianus in *d. §. vlt. l. ſi inter*, tractat de lite vtroq; caſu æſtimanda, ſed ita tamen vt neutro caſu in litem iurari patiatur. Nam quod ait aduerſus tertium poſſeſſorem pluris litem æſtimari quàm illud ſit quod debetur, non facit vt iuſiurandum eo magis neceſſarium eſſe putare debeamus. Pluris enim lis æſtimatur quia tanti æſtimatur quanti res obligata eſt non quantum debetur: at quãti res ipſa ſit facile ſciri poteſt ſine delatione iuriſiurandi, ſiue res extet, de quo nemo dubitat, ſiue extare deſierit dolo malo poſſeſſoris, quia in eo quod excedit debitam quantitatem nihil intereſt creditoris niſi hactenus vti ne quid dolo malo in re debitoris ſui feciſſe exiſtimetur, qua de re, ipſius etiam religioni ſtandum eſſe voluit Iuſtinianus in *l. vlt. ad fin. C. de iur. domin. impetr.* Denique iuris regula eſt alium in litem non debere iurare quam dominum litis, id eſt qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt *l. vulgo præſumunt 7. D. de in lit. iur.* Atqui creditor qui hypothecariam exercet contra tertium poſſeſſorem non poteſt videri litem exercere ſuo nomine niſi ad eam vſque quantitatem quæ ſibi debetur, quia in ſuperfluo non eſt creditor, ſed procurator debitoris cui & actione pignoratitia idipſum reddere cogitur vt lex ait. Ergo quamuis lis æſtimetur pluris ob id quod pluris res eſt, non tamẽ conſequens eſt vt ea æſtimatio fieri debeat per iuſiurãdum. Nec minùs ridiculum eſt, quod idem Bart. ad *d. §. vlt. l. ſi inter*, ſcribit eo demum caſu pluris litem æſtimari cõtra tertiũ poſſeſſorem quo pignoris poſſeſſio amiſſa fuerit culpa creditoris, quoniam, inquit, alioqui ſola debiti oblatio hypothecariam ſummoueret *d. §. in vindicatione.* Nam obſeruare debuit, multum intereſſe, an debitum offeratur à poſſeſſore ad excludendam hypothecariam, an deducatur in condemnationem à iudice ad litem æſtimandam. Priore caſu ſufficit oblatio debiti licèt pluris res ſit quã debeatur: quia ſoluitur pignus ſoluta ſumma quę debetur, ſoluto autem pignore ſummouetur ius creditoris *d. l. ſi eum creditor 68. de euict. l. Paulus 12. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Poſteriore verò caſu deducitur in condemnationem quanti res eſt, ſiue creditoris culpa pignus amiſſum fuerit, vt Bartolus loquitur, ſiue nulla eius culpa interuenerit, quia tanti creditoris intereſſe intelligitur: hoc ipſũ verò quoniam in tantum tenetur debitori pignoratitiâ actione, ſiquidem vt ſuprà iam attigi, ea litis æſtimatio venditio quædam eſt, *d. l. 3. pro emptor.* cùm creditori liceat ſuo iure pignus vendere, niſi in contrarium conuenerit ne poſſit *l. 4. D. de pign. act.* Atqui pignore vendito, quod ex venditione ſupra debitam quantitatem redactum eſt debitori reſtitui debet *l. elegãter 24 §. ſi vendiderit D. de pignor. actiõ.* Imò & quod ex venditione redigi potuit ſi minùs diligenter creditor in vendendo verſatus ſit *dict. l. ſi pignore 22 §. vltim. eod.* Mirum igitur non eſt pluris litem æſtimari, cùm agitur aduerſus tertium poſſeſſorem. At cùm poſſeſſor pignoris offert debitam quantitatem, vt ſummoueat creditorem, nihil tale interuenit, quia perceptio illa debiti neque litis plena æſtimatio, neque venditio eſt, nec proinde impedit debitorẽ quominùs reddito debito quod poſſeſſor dedit rem ſuam vindicet à poſſeſſore *l. 2. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* quod vtique facere non poſſet ſi non ex oblatione poſſeſſoris, ſed ex iudicato creditor litis æſtimationem conſecutus fuiſſet, non magis quã ſi creditor pignus ſuo iure diſtraxiſſet. Dicitur quidem poſſeſſor offerre litis æſtimationem, qui offert creditori debitã quantitatem *d. l. 2. & l. ſicut 8. §. vlt. eod.* quia nihil aliud eſt quod petere creditor poſſit, & cuius cõſequẽdi gratia exerceat hypothecariam, ſed ea litis æſtimatio non cenſetur iure venditionis, quia non fit à creditore, ſed ex ſola voluntate & oblatione poſſeſſoris, inuito etiam creditore *d. l. Paulus 12. §. vlt. eo.* & ad excludendum potius quàm ad comparandum ius creditoris. Cùm verò lis æſtimatur per iudicem contra poſſeſſorẽ arbitrio non parentem, id eſt neque pignus reſtituere, neque pecuniam debitam ſoluere volentem, factum iudicis habetur pro facto creditoris vt *in l. ſi ob cauſam 18. C. de euict.* & in vicem iuſtæ cõuentionis ſuccedit autoritas iubentis vt ait *l. 1. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Et quamuis iudicium reddatur in inuitum *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* nec magis poſſit fieri venditio ſine conſenſu emptoris quã inuito venditore, attamen non eo minùs emptoris loco & iure habendus eſt poſſeſſor, qui ex iudicato litis æſtimationem intulit, quia hoc maluiſſe videtur *arg. l. ſi patre cogente 22. ff. de rit. nupt.* cùm in eius arbitrio & poteſtate fuerit impedire condemnationẽ, ſummota per ſolius debiti oblationem hypothecaria actione. Proinde licet vtraq; litis æſtimatio ſit, tam quæ offertur à volente poſſeſſore, quàm quæ ab inuito eo autoritate iudicati extorquetur, alia tamẽ atque alia eſt, & hęc longè plenior quàm illa, ob idque etiam potentior ad excludendum debitorem ſi tanquam dominus rem ſuam pergat vindicare à poſſeſſore, qui & condemnatus fuit & ſatisfecit. Itaque ex eo quod intereſt debitoris, qui rei ſuæ dominium amittit per eam litis æſtimationem, naſcitur in ipſius commodum ius pignoratitiæ actionis, vt hoc ſaltem à creditore conſequatur quo pluria res fuit quàm deberetur, quam actionem pignoratitiam vtique nullam habet contra creditorem qui inſtituta hypothecaria nihil niſi debitum conſecutus

cutus eſt à poſſeſſore ante condemnationem, nec ſi debitum cõſecutus ſit poſt arbitrium iudicis prolatum, de pignore reſtituendo aut pecunia ſoluenda, quandoquidem arbitrium illud multum diſtat à cõdemnatione, quæ ipſa nec priùs, nec aliter ſequitur quàm ſi arbitrio non pareatur. Non enim ſicuti condemnatio, ita arbitrium irrogat parendi neceſſitatem, ſed tantùm declinandæ condemnationis facultatem. Quare nec quicquam hac parte refert an poſſeſſor ante vel poſt arbitrium iudicis offerat id quod debet, dummodo non expectet condemnationem. Vtroque enim caſu ſponte offerre intelligitur, & pro ſuo iure, ideóque nec emptoris loco haberi poteſt, qui nihil aliud agit, niſi vt pignus tollat & hypothecariam excludat: quam excludere ſanè is amplius non poteſt qui iam per eam actionem non ſolùm conuentus fuit, ſed etiam condemnatus ad litis æſtimationem omnino præſtandam. Fruſtrà enim tractes de excludenda actione quæ effectum habuit, & ex qua iam ſit ſecuta condemnatio. Alius longè ineptior ne dicam ſtolidior Bartoli error in eo eſt quod ad Vlpianum in *dict. §. vltim. l. ſi inter*, notat poſſe fieri vt etiam contra debitorem ipſum pignus poſſidentem iuretur in litem in actione hypothecaria, ſcilicet, inquit, ſi creditoris agentis interſit pluris quàm illud ſit quod debetur, vt puta, ſi eidem creditori chirographaria pecunia debeatur propter quam retinere poſſet pignus, ſi eius poſſeſſionẽ nactus eſſet, nimirum quod anteà poſſediſſet, ac cuius poſſeſſio ſine ipſius facto poſteà ad debitorẽ rediiſſet. Alioqui fatetur Bartol. non poſſe videri quicquã intereſſe creditoris, quia ius pignoris ob chirographariã pecuniam retinendi non alij competit quàm ei qui poſſidet *l. 1. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poſſ.* Errãdi occaſionem Bartolo illud præbuit quod eam Vlpiani ſententiam eſſe putauit, vt in hypothecaria quæ contra tertiũ poſſeſſorem exercetur, iurari poſſit in litem, ob id ſolùm quod Vlpianus ſcribat litẽ eo caſu pluris æſtimãdã quàm quantũ debetur, inferens eadem igitur ratione dicendum eſſe ſi contingat aliquo caſu in hypothecaria contra debitorem ipſum inſtituta pluris litem æſtimari oportere quã ſit in debito, iuſiurandum quoque in litem creditori deferri debere, quaſi verò paria aut potius eadẽ hęc ſint, quæ nec ſunt conſequentia, æſtimari litem pluris quàm debeatur, & in litem iurari, omnino certè inſubtiliter & imperitè: fateor æſtimari poſſe litem etiam aduerſus debitorem ipſum multo pluris quã ſit debitum, ſi modò quicquam amplius interſit creditoris ſiue ex ea cauſſa quam ponit Bartolus, ſiue ex alia qualibet: nihil enim moror. Sed nego ęſtimationem illam fieri debere per iuſiurandum in litẽ: quia non debet egredi id quod re vera intereſt, quomodo egrederetur, ſi creditori in litem iurare liceret. Niſi rurſus cum Bartolo confugias ad commentitiam illam diſtinctionem duplicis iuriſiurãdi, adfectionis vt ille vocat & veritatis quam nos refutauimus in ſuperioribus. Denique longè aliud eſt dicere æſtimandam eſſe litem ſupra id quod debetur, quod fieri facilè poteſt ſine iureiurando, aliis ſcilicet probationibus exquiſitis quòd ex alia cauſſa pluris interſit. Aliud verò dicere æſtimãdam eſſe litem ſupra quàm re vera interſit, quod ſicut aliter quàm per iuſiurandum in litem fieri nequit, ita nec fit vnquam in actione hypothecaria ſiue contra debitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem exerceatur. Commẽtum igitur eſt Triboniani ius illud quo hodie vtimur, vt in actione hypothecaria iuretur in litem, plerúmque abeſt vt putem quicquid ſcriptũ eſt *in d. §. in vindicatione* à princip. ad finem vſque Triboniani eſſe potiùs quàm Marciani. Solent enim Iureconſulti ſi quãdo diſtinguendum arbitrantur multo breuiùs, & elegantiùs diſtinctiones ſuas proponere quàm Tribonianus, cui numquam ſatis eſt innumera *ſi verò, ſin autem, quòd ſi* & alia huiuſmodi congeſſiſſe. Ac in ipſo ſtatim initio §. illud mihi ſuſpectum eſt quod ita lex loquitur *an rem de qua actum eſt poſſideat is cum quo actum eſt*. Scribi enim debuit *an rem de qua agitur poſſideat is cum quo agitur*. In eo namq; potiſſimum verſatur officium iudicis de hypothecaria cognoſcentis vt ſtatim inſpiciat an qui cõuenitur poſſideat necne, quia pati non debet vt actione in rem vrgeatur & inanibus litis ſumptibus vexetur is, qui cùm nullo modo ſit obligatus, neque ex contractu vel quaſi, neque ex delicto vel quaſi, alia nulla ratione conueniri poteſt quàm quia poſſideat, quique etiamſi per iniuriam eſſet condemnatus, tamen reſtituendæ rei facultatem non haberet, vt in *d. l. officium 9. De rei vindicat.* Itaque non ſententiæ ferẽdæ tempus in eo expectandum eſt ſed ab initio accepti iudicij & cùm agi incipitur officio iudicis id inſpiciendum & perpendendum eſt, Idque eſt quod dici ſolet neminem cogi poſſe vt in rem actionem patiatur, quia licet cuilibet dicere ſe non poſſidere *l. vlt. D. de rei vindicat.*

Obſeruata Triboniani manus in l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindicat. & in l. 4. §. iurare & in l. 5. D. de in lit. iurand.

CAPVT XVII.

IAmpridem mihi tota hæc lex ſuſpecta viſa eſt, & Triboniano dignior quàm Vlpiano. Sed tamen cùm nõdum ſatis liqueret quid omnino ſentiendum videretur, nolui ante hunc diem meam de ea re coniecturam aperire: nunc verò audacter affirmo, ne vnum quidem verbum in tota lege eſſe quod Vlpiano adſcribi debeat, omnia eſſe Triboniani, idémque mecum vt ſpero ſentient qui & contextum verborum, & iuris rationem magis quàm legis inſcriptionem intuebuntur. Tota lege nihil continetur præter diſtinctiones Triboniano quidem familiares, ſed iis præterea verbis conceptas quæ eidem Triboniano familiariſſima eſſe iam diximus, *ſiquidem habeat rem, ſi verò non poteſt reſtituere*. Et rurſum *ſiquidem dolo fecit, ſi verò nec poteſt*. Item in fine legis *ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones*. Rurſum *actiones in rem ſiue in perſonam ſint*. Poſtremò *ad omnia locum habet* pro *in omnibus*. Mala vbique grammatica, quã Vlpianus non ſolùm bonam ſed etiam elegantem proculdubio dediſſet. Omiſſa autem verborum obſeruatione, ſi rem ipſam & legis ſenſum inſpiciamus, illud primùm non puto verum & rationi iuris conſentaneum quod lex ait, eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret contendens non poſſe reſtituere ſi rem habeat cogendum eſſe manu militari vt rem reſtituat, aut potius vt Triboniani verbis vtar ab eo transferendam poſſeſſionem officio iudicis & manu militari: nõ ob id ſolùm quòd fieri id nequeat citra vim & impreſſionem quam ſemper exoſam habet legiſlator, hoc quoque expreſſim prohibito, ne vnquam omnino in negotiis priuatorũ, vel tuitio militaris vel executio tribuatur *l. 1. C. de offic. milit. iudic.* Sed etiam quia iuris ratio non patitur vt incipiatur ab executione id eſt vt executio præcedat condemnationem *l. 1. C. de execut. rei iudic.* Atqui pręceptum illud iudicis rem reſtitui iubentis, non cõdemnatio

eſt, ſed arbitrium, quod in actionibus omnibus arbitrariis, cuiuſmodi eſt vindicatio, præcedere neceſſe eſt, vt ſi non pareatur condemnatio ſequi poſſit *l. itẽ ſi cùm 14. §. hac autem actio de eo quod met. cauſ.* In cóque perpetuus Accurſij, Bartoli & aliorum error eſt quod putant in actionibus arbitrariis duas ferri ſententias, arbitrium iudicis pro ſententia accipientes, contrà quàm à Iuſtiniano ſcriptum ſit in §. *prætereà Inſtit. de action.* Neque enim ſententia dici debet vox quælibet iudicis, ſed ea demum quæ aut abſolutionem continet aut condemnationem. Præſertim cùm de ſententia diffinitiua tractamus, quæ & ſola ſententię nomen meretur, qualem hanc eſſe vult Accurſius, cùm poſſeſſor rei vindicatione conuentus rem reſtituere iubetur. Quod ſi verum eſſet ſequeretur in hoc vindicationis iudicio tres ferendas eſſe ſententias, vnam per quam pronuncietur petitoris rem eſſe. Hanc enim neceſſariò præcedere neceſſe eſt antequàm poſſeſſor petitori rem reſtituere iubeatur: § *& ſi in rem Inſtit. de offic. iudic.* Secũdam per quam iubeatur poſſeſſor reſtituere petitori rem iam adiudicatam. Tertiam qua poſſeſſor ſi non pareat condemnetur, nõ quidem ad hoc vt manum militarem pati cogatur (eſſet enim ea ſententiæ executio dicenda potiùs quàm ſententia, vt & Accurſius ait) ſed vt præſtet quanti actor in litem iurauerit. Nam & eo caſu quo poſſeſſor rem habeat poſſe contra ipſum iurari in litem nõ ſecus acſi dolo deſiiſſet poſſidere, nec Accurſius ipſe aut Bartolus nec alij diffitentur: & tamẽ nemo vnquã dixit ſiue in arbitrario iudicio, ſiue in alio vllo tres ferri ſententias: vna tãtùm eſt per quam reus aut abſoluitur, ſi arbitrio pareat, aut ſi non pareat condemnatur. Prima enim illa adiudicatio dici debet nõ ſententia cùm per eã reus neq; abſoluatur, neq; condemnetur: indéque nimirum fit vt cùm iudex poſteaquàm ſententiam dixit officio ſuo functus ſit *l. iudex poſteaquàm 55. D. de re iudic.* non tamen deſinat eſſe iudex is qui rem petitori adiudicauit, ſed ex officio iubere poſteà debeat eã rem reſtitui quã adiudicauit *d. §. etſi in rem*: ſicut nec poſt arbitrium illud de reſtituenda re redditum, iudicis officium conquieſcit: at profil re ad condemnationem iudex debet, vt non parentis contumacia coerceatur. Ergo fieri nequit vt ab eo qui reſtituere tantùm iuſſus needum cõdemnatus eſt poſſeſſio manu militari transferatur, quin & poſſeſſori & legibus ipſis vis fiat. Et verò arbitrium illud iudicis de re reſtituenda nec condemnationem eſſe nec conſequenter ſententiam ex eo apparet quod Tribonianus fatetur aliam condemnationem ſequi debere. ſubiicit enim *& fructuum duntaxat omniſque cauſſa nomine condemnatio fit*, vt ſignificet, futurum quoq; vt de re ipſa petita & adiudicata condemnationem ſequi neceſſe eſſet, ſi non manu militari poſſeſſio ei aufferretur qui reſtituere iuſſus noluit parêre. Quis verò vnquam audiit, poſt ſententiam diffinitiuam adeóq; iam executioni mandatam poſſe iudicem qui ſemel officio functus ſit de fructibus & cauſſa rursũ pronunciare? *l. terminato 3. cum ſeq. C. de fructib. & lit. expenſ.* Et hæc quoq; non leuis ratio eſt quæ Triboniani inſcitiam detegere mihi videatur. Quin & Accurſ. præſenſit, qui vt ſe expediat, *condemnationem* interpretatur *condemnationis executionem*, aut quod lex de fructibus ait de iis accipiendum eſſe qui poſt ſententiam ſint percepti: vtrumque ridiculè. Condemnationis enim executio nulla eſſe poteſt, vbi cõdemnatio nulla præceſſit, nec rurſus cõdemnationis iure cenſeri præceptum illud iudicis de re reſtituenda: quandoquidem fieri poteſt vt is etiam qui reſtituere iuſſus eſt nec reſtituit abſolui debeat, ſi fortè ſine dolo aut culpa deſierit habere reſtituendæ rei facultatem. De fructibus verò poſt ſententiam perceptis certum eſt ſententiam ferri non poſſe antequã percepti ſint *l. 1. §. 1. D. de vſur.* poſteà verò multo minùs niſi nouo in eam rem iudicio inſtituto. Neque proinde dubitandum eſt quin de fructibus pendente lite perceptis accipi debeant verba illa *& fructuum duntaxat omniſque cauſſæ nomine condemnatio fit*. In quibus tamen quid ſibi velit dictio *duntaxat* valde laborat Accurſius, & abs re cùm ſit apertiſſimum id Tribonianum agere vt doceat nullam fieri debere condemnationem rei ipſius quæ petita eſt, cùm manu militari aufferenda ſit non iureiurando in litem aut aliter æſtimãda. Sanè quod ſequitur veriſſimum eſt, ſi poſſeſſor dolo fecerit quominùs poſſit reſtituere, eum condemnandum eſſe quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit: ratione illa quòd nõ ſit cogendus dominus vt re ſuą inuitus careat, aut eam iuſto precio vendat, ſicut euenit quoties dominus non ſolùm per vindicationẽ aut actionem ad exhibendum petit rem ſuam *l. 1. l. in actionibus 5. De in lit. iur. l. vlt. §. iuſſu D. de appellat.* ſed etiam cùm repetit eam ex iudicio bonę fidei, vtputa ex cauſſa depoſiti, vel commodati, vel alia eiuſmodi *d. l. in actionibus l. 3. §. in hac D. cõmod.* Quãquã difficile eſt vt domino rem ſuã petenti vel repetenti hactenus indulgeamus, vt ei licere debeat iurare in infinitum ſine vlla taxatione. Etſi enim verum eſt poſſe in infinitum iurari, ſolet tamen iudex & debet certam quantitatem ab initio taxare ad quam vſque iurare liceat, ne arrepta occaſione in immenſum iuretur *l. videamus 4. §. iurare De in lit. iur.* adeóque poſtquàm iuratum eſt, poteſt minoris condẽnare *d. l. in actionib us*, quia immodicæ adfectioni nũquam indulgendum eſt. Quam ob cauſam interpretes, quod ait lex qui reſtituere *ſine vlla taxatione* intelligunt de taxatione quę fiat per legem, non de ea, quæ fieri debeat per iudicem, quod tamen non video qua ratione probabile eſſe poſſit, nuſquam enim reperias iuſiurandum in litem taxari à lege, ſed ſemper à iudice vt in *l. ſi quando 9. Cod. vnde vi.* In propoſito autem excludi taxationem quę ab ipſo iudice alioqui fieri poſſet, & deberet, ex eo apparet quod non ſolum lex ait, permittendum eſſe actori vt in infinitum ſine vlla taxatione iuret, ſed etiam cõdemnandum eſſe eum qui dolo deſiit poſſidere in quantum actor ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit. Quibus enim verbis apertiùs poſſis exprimere nullam à iudice in condẽnando poſſeſſore taxationem fieri debere? Igitur ſi quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui reſtituere* accipere velis pro imperatoria conſtitutione in cuius interpretatione quærendum ſit non quid ratio iuris ſuggerat, ſed quid legiſlatoris voluntas conſtituat, non puto dubitandum, quin ita ius conſtitutum videri debeat vt nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur qui rem petitori adiudicatam dolo deſiit poſſidere: nec ſanè mihi vnquam probabile viſum eſt quod ſcriptum video in *d. l. 4. §. iurare & d. l. in actionibus* de taxando per iudicem iureiurando ſiue antequàm deferatur, ſiue poſtquàm delatum & præſtitum eſt: cùm lex patiatur iurari in infinitum. Quid enim aliud eſt iudicem facere poteſtatem iurandi in infinitum, niſi hoc ipſum quod nos contendimus ſine vlla præfinitione & taxatione vel adhibita, vel adhibenda: vtiq; enim nemo fuerit tam inſanus & improbus qui decem millibus aureorũ æſtimare velit rem quæ quinquaginta tantùm aureis digna ſit, quandoquidem

fieri

fieri id non poteſt citra periurium, de quo etſi non facilè quæri ſolet *l. vltim. eod.* queri tamen proculdubio poſſet ſi tam euidens proponeretur, vt vix vlla egeret probatione. Itaque fit mihi probabilius quod in *d. §. iurare* ſcriptum eſt ab iis verbis *ſed an iudex* vſque ad §. ex culpa, Triboniani eſſe non Marciani. Nam cùm Marcianus ſcripſiſſet, iurare in infinitum licere, idque durum Triboniano videretur, quaſi ſenſus eſſet, permittẽdum actori iurare in immenſum, ſubinde quærit ille an iudex modum iuriiurando ſtatuere poſſit vt intra certam quantitatem iuretur, ne inquit arrepta occaſione iuretur in immenſum ridiculè. Neque enim iudex qui poteſtatem facit iurandi in infinitum, id eſt nulla in eam rem definita quantitate, facit etiam poteſtatem pe erandi, id eſt in immenſum iurandi: metúſque periurij poteſt ſufficere ne quis eam ſibi in immenſum iurandi licentiam arroget. Reſpondet verò Tribonianus *& quidem in arbitrio iudicis eſſe iuſiurandum deferre necne conſtat.* Falſo. Nam imò verò cogitur iudex in actionibus illis omnibus in quibus iurari in litem poteſt iuſiurandum deferre, quia nec vnquam niſi ex neceſſitate iuris deferri poteſt, vt Paulus loquitur in *dict. l. vltim.* id eſt iis demum caſibus quibus aliter ſatisfieri non poſſet ſtrictæ rationi iuris, aut æquitati, quę & ipſa iuris noſtri pars & quidem potiſſima eſt, vt tunc maximè contingit cùm quia rem alienam inuito domino retinet, nec vult reſtituere cùm poſſit, aut dolo malo fecit quominùs poſſit reſtituere. An nõ enim apertè iniuriam faciat iudex ſi dominum cogere velit ad rem ſuam iuſto precio vendendam, nec illum pro arbitrio rei ſuæ precium dicere patiatur? Quodnam verò in eam rem remedium aliud, quàm iuriſiurandi eſſe poteſt?

Non igitur iudicis poteſtati & arbitrio acceptũ ferri debet qood ſubiicitur iuris neceſſitati *arg. à contrar. ſenſ. l. non quicquid* 40. *Digeſt. de iudic.* Nec eſt quod quis dicat Paulum in *dict. l. vlt.* cùm loquitur de iureiurando ex neceſſitate iuris pręſtito, de eo intelligere quod in actionibus quoque ſtricti iuris locum habet, cùm homo ex ſtipulatu debitus periit poſt moram & ante litem cõteſtatam, de quo Marcianus tractat in *dict. l. in actionibus §. vlt.* Non etiam de illo quod vulgo vocant adfectionis. Iam enim ſæpiùs inculcauimus iuſiurandum in litem nullum eſſe quod non ſit adfectionis, id eſt per quod non aliqualiter adfectioni iurãtis indulgeatur, & quidem ex iuris neceſſitate quod alioqui fieri nequeat vt ſuũ cuique tribuatur, qui præcipuus iuris noſtri, & iuſtitiæ finis eſt, proinde poteſt etiam dici iuſiurandum neceſſitatis ſi de neceſſitate iuris intelligas. Nam quod maioris diſtinctionis gratia diximus in ſuperioribus, iuſiurandum illud de quo Marcianus tractat in *d. §. vlt. l. in actionibus*, magis ſpecialiter dici poſſe iuſiurandum neceſſitatis, ad neceſſitatem facti potius quàm iuris referri debet: cuius ſcilicet deferendi cauſſa non illa eſt quæ aliis caſibus eſſe ſolet, quòd deferri æquum ſit ad coercendam contumaciam eius qui alienam rem inuito domino retinet, ſed quià, vt Marcianus ait, non poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rem quæ nõ extat, quã ſi per ſe aut per viros probos æſtimare poſſet, vtiq; iuſiurandum non deferret. Paulum verò in *d. l. vlt.* non loqui de hoc genere iuriſiurandi ex eo conſtat, quod nec ſi iudex vellet periuriũ tamen iurãtis hoc caſu detegere, & coercere poſſet, cùm de ea re æſtimanda agatur, quæ ſine delatione iuriſiurandi æſtimari nullomodo poteſt, niſi proponas iuratũ eſſe in quantitatem adeò immenſam vt & legibus & iudici illuſum fuiſſe dubitari non poſſit, ex comparatione ſcilicet aliarum ſpecierum eiuſdem generis, quæ extant. Tribonianum illud decepit, quod credidit in actionib. arbitrariis cuiuſmodi ſunt vindicatio, & ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria eſt, in quibus potiſſimum iurari in litem ſolet, arbitrio iudicis permitti condemnationem, indéque conſequens fieri vt in iudicis arbitrio ſit an iuſiurandum deferre velit necne. In eo autem errat ſanè manifeſta ignoratione principiorum iuris. Non enim arbitrariæ actiones dicuntur ob id quod ex iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, ſed quòd arbitrium præcedere neceſſe ſit, cui ſi paritum non fuerit, tũ demùm ſequatur condemnatio: nec alia ferendæ condemnationis ratio ſit quam quòd arbitrio non pareatur. Itaque condemnatio non eſt poſita in arbitrio iudicis, ſed ſtatim atque contumax reus fuit in parendo, habet iudex quod ex neceſſitate iuris omnimodo ſtatuere debeat, & deducere in condemnationem: quale inter cætera illud eſt vt iuſiurandum deferre cogatur, ſi id admittat natura propoſitę actionis. At nec arbitrium ipſum quod præcedere debet condemnationem idcirco arbitrium dicitur quod ſit in poteſtate & electione iudicis vt hoc vel illud pro arbitrio iubeat, ſed quia viri boni officio fungens arbitrari cogitur vt hoc aut illud fiat, vt puta in actione ad exhibendum aut in vindicatione vt res quam petitoris eſſe pronunciauit ei exhibeatur vel reſtituatur, nec ſi velit poteſt citra iniuriam id non arbitrari §. 1. *Inſtit. de offic. iudic.* Multo minùs ergo facere poterit, ſi poſt arbitrium ita redditum poſſeſſor parêre nolit per contumaciã aut dolo etiam fecerit ne poſſit, quominus cogatur inuitus quoque deferre petitori iuſiurandum in litem, & quidem in infinitum, id eſt ſine vlla taxatione, quæ vel præcedat, vel ſequatur condemnationem. Falſum igitur eſt, atque ita Triboniano non Marciano imputandum, quod in *dict. §. iurare* ſcriptum eſt in arbitrio iudicis eſſe vt iuſiurandum deferat necne. Sequitur *an igitur qui poſſit iuſiurandum deferre, idem poſſit iuriiurando taxationem adiicere quæritur.* Scilicet apud imperitos. Nam ſi verum eſſet quod Tribonianus habet pro explorato, in arbitrio & electione iudicis eſſe an iuſiurandum deferendum ſit necne, quis tã ſupinus eſſet, qui dubitaret quin multo magis iudici liceret iuriiurãdo adiicere taxationẽ: nec tamen audet Tribonianus apertè reſpõdere: ſed vt inſcitiam ſuã magis detegat quam nos indicauimus conflatam ex ambigua dictionis huius *arbitrium* ſignificatione reſpondet *arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc cõgruit.* Ego verò quid bonæ fidei iudicium ſit non ignoro, ſed *bonæ fidei iudicem* vt hic ſcriptum eſt alibi dici nuſquam inuenio: nec ſanè meliùs poſſis dicere *bonæ fidei* iudicẽ quàm *ſtricti iuris.* Subiicit Tribonianus aliam quæſtionem, *item videndum*, inquit, *an poſſit iudex qui detulit iuſiurandũ non ſequi id ſed vel prorſus abſoluere vel etiã minoris condẽnare quàm iuratum eſt.* Quaſi verò iuſiurandum in litem ſoleat aut poſſit præcedere condemnationem, ac non potiùs ipſa condemnatio ſit, adeóque condemnationis executio quædam & taxatio vt loquitur *l. ſi traditio* 4. *C. de act. emp.* Sic. n. concipienda ſententia eſt vt tanti reus condemnetur quanti ſua intereſſe actor in litẽ iurabit. Iuramento ergo præſtito quærere an reus poſſit abſoluere aut minoris condemnare nihil aliud eſt quàm quærere An iudex eum quem iam condemnauit poſſit abſoluere aut minoris condemnare: quod certè tam alienum eſt à principiis iuris, vt non poſſit cadere in dubitationem. Quod

ſi quæſtio ipſa ridicula eſt, quis probabit reſponſionem? *Et magis eſt*, inquit, *vt ex magna cauſſa & poſtea repertis probationibus poßit*. Ita innuens magnam illam cauſſam propter quam poſſit iudex abſoluere aut minoris condemnare eum contra quem iuratum eſt, hanc vnam eſſe poſſe, ſi aliæ probationes poſtea emerſerint. Atqui conſtat ſub prætextu inſtrumẽti poſteà reperti tranſactionem bona fide initam reſcindi non poſſe *l. ſub prætextu instrumenti 19. C. de tranſact.* ſicut nec rem iudicatam *l. ſub ſpecie 4. Cod. de re iudic. l. Imperatores 35. D. eod. l. cum de hoc 27. D. de except. rei iudic.* iuſiurandum verò & tranſactionis & rei iudicatæ vim habere *l. 2. ff. de iureiur.* tum etiam cùm ab aduerſario defertur, multo igitur magis ſi à iudice deferatur. Vtroque enim caſu non poteſt recedi à iureiurãdo, quin reus periurij arguatur. Scio poſſe aliquãdo licèt perrarò retractari ſententiam ex iureiurando redditam ob inſtrumenta de nouo reperta vt in ſpecie *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l. admonendi 31. D. de iureiur.* Sed nego poſſe id pertinere ad iuſiurandum in litem, cuius in hoc diſpar à cæteris ratio eſt, quod in cæteris condemnatio fit ob iuſiurandũ ab vno ex litigatoribus præſtitum, in hoc verò iuratur ob condemnationem & in executionẽ ad taxationem cõdemnationis potiùs quàm vt condemnatio ſequatur. Prius enim eſt vt iudici conſtet condemnari quem debere, & quidem ob proprium dolum quàm vt aduerſus eum in litem iurari patiatur. Itaque fieri non poteſt vt à iureiurando in litem præſtito recedatur, quin ſententiam & condemnationem ipſam quę iurare permiſit, retractari oporteat: quod tamen ſub prætextu inſtrumentorum poſteà repertorum fieri non poſſe iam diximus ob rerum iudicatarum autoritatẽ. Et verò quomodo fieri obſecro poteſt, vt qui paſſus eſt contra ſe iurari in litem ob eã cauſſam quod dolo malo alienam rem inuito domino retinere vellet, abſoluatur ob inſtrumenta poſteà reperta, quin reſcindatur adiudicatio, quam præcedere neceſſe eſt vt arbitrium iudicis ſequi poſſit, quod locum facere queat condẽnationi? Aut quomodo poſſunt facere inſtrumenta poſteà reperta vt non fuerit in dolo is de cuius dolo conſtitit antequàm iuſiurandum deferretur? Eſt igitur proculdubio Triboniani tota illa ſententia, & conſequenter quod in *d. l. in actionibus* ſcriptum eſt *ſed iudex poteſt præfinire certam ſummam vſque ad quam iuretur: licuit enim & à principio nec deferre, nõ etſi iuratum fuerit, licet iudici vel abſoluere vel minoris condẽnare*, ſicut illud ipſum eſt quod in lege præcedenti Tribonianus ad Vlpianum de ſuo addiderat contra iuris rationem: ita nõ ab alio quàm à Triboniano ſcriptum videri debet. Cui in mentem vt veniret taxationem iſtam iuriſiurandi inducere quam vetus mediáque iuriſprudẽtia numquam certè agnouit, cauſſam dediſſe videtur conſtitutio Imperatoris Zenonis in *l. ſi quando 9. C. vnde vi*, qua primũ factum eſt vt liceat iudici pro perſonarũ & negotij qualitate taxare quantitatem vſque ad quam iurare liceat ei cuius res inuaſæ & per vim abreptæ ſunt. Sed alia ratio eſt illius iuriſiurãdi, alia verò eius de quo diſputamus, licèt vtrumque ſit in litem. Illud enim non ob id duntaxat interponitur vt æſtimatio rerum ſubtractarum probetur, ſed etiam vt earum quantitas alioqui incerta & incognita manifeſtetur: quam probationis ſpeciem iuris noſtri autores nũquam admiſiſſent. Ea verò admiſſa cùm maximè verendum eſſet ne in immenſum iuraretur, & quidem ita vt nullomodo detegi periurium poſſet, actore tanto audaciùs & impudentiùs mentiente, optimũ ſanè fuit ita ius conſtitui, vt iudex certã quantitatem taxaret quam egredi iurans nõ poſſet, ne alioqui impunè perierãdi occaſio actori per iudicem oblata videretur. Eſt enim multo periculoſius arbitrio & religioni actoris committere probationem quantitatis rerum amiſſarũ, quàm probandę æſtimationis facultatem: quanto ſcilicet facilius eſt periuriũ detegi eius qui conceſſa in infinitũ iurandi poteſtate, in immenſum iurando abuteretur. Ex qua differentia, illa etiam naſcitur quod iuſiurandum, vt ita dicam, Zenonianum præſtari neceſſe eſt ante condemnationẽ vt verba legis probant, quia fieri non poteſt vt perueniatur ad ſententiam quin ſciatur quid illud ſit de quo diſputatur. At iuſiurandũ quod ad rem petitam ex actoris arbitrio & adfectione æſtimandã præſtari neceſſe eſt, non præcedit condemnationẽ, ſed ſequitur potius, quia vt diximus, ſententiam ſic concipi oportet vt condemnetur reus quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, cùm nec iurare poſſit niſi iudice deferente, nec iudex deferre quin condemnet. Itaque ſecuta iuriſiurandi præſtatio nihil niſi condemnationis executio & veluti taxatio eſt. Valeant igitur Accurſius & Bartolus cum ſuis ſectatoribus, qui quod ſcriptum eſt in *d. l. qui reſtituere* de cõdemnando reo qui rem petitori adiudicatam dolo deſiit poſſidere, quanti actor in litem iurauerit ſine vlla taxatione & in infinitum, ſic interpretantur, vt tamen taxatio à iudice fieri debeat ne in immenſum iuretur. Quod ſequitur in *d. l. qui reſtituere, ſi verò nec poteſt reſtituere nec dolo fecit quominus poſſet, non pluris quam quanti res eſt, id eſt quanti aduerſarij interfuit condemnandus eſt*, ſanè congruit cum ratione iuris, nec vllam habet dubitationem. Sed postrema illa legis clauſula *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones in rem, ſiue in perſona ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur locum habet*, ea verò eſt quæ apertè Tribonianũ ſapit, ſiue ineptum contextum ſiue ſenſum verborum intuēare. Eſt enim falſum in omnibus actionibus arbitrariis & in interdictis manu militari auferendam eſſe poſſeſſionem quæ ſit penes reum reſtituere nolẽtem. Falſius verò iurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus. falſiſſimum denique in interdictis reſtitutoriis iuſiurandum hoc locum habere poſſe: vt in ſequentibus ſeparatim dicemus. Iam enim videmur nobis ipſis longiores quàm par ſit. Sed tamen facere non poſſumus quin ſubiiciamus, malè interpretes vt defendant quod in hac lege Tribonianus tradit de manu militari, ſolere tanquam ſimile quidpiam adducere quod Papinianus ſcribit in *leg. dominus 36. De liber. cauſſ.* dominum qui obtinuit in iudicio liberali ſi velit ſeruum ſuum abducere, litis æſtimationem pro eo accipere cogendum non eſſe. Nec enim abductionem illam manu militari faciendam eſſe, vult Papinianus, ſed propria autoritate domini, qui non ſolùm abductionis ſed etiam vitæ & necis poteſtatem habet in ſeruum ſuum: nam cùm ſeruus caput nullum in ciuitate habeat, planéque ignotus ſit iure ciuili, aut hactenus ſaltem cognitus vt quadrupedibus comparetur *l. 2. Digeſt. ad leg. Aquil.* non curat ciuilis legiſlator an ei vis fiat & impreſſio, quam non niſi inter ciues ſuos prohibendam & coercendam habet, proinde ſolius domini ius & perſonam intuetur, facitque illi poteſtatem abducendi propria autoritate ſerui dummodò poſt ſententiã & rem pro ſe contra libertatem, iudicatam: nec ſeruum quem præſentem abducere poteſt, vendere cogitur, quomodo cogeretur ſi eum ab alio ciue vindicaſſet, contra quem

aut pro-

aut propria victoris autoritate aut manu militari executionem aliquam fieri ciuilis legiſlator nunquã pateretur. Et ſane ſi ita ius eſſet, vt ab eo qui rem alienam reſtituere iuſſus quam haberet, poſſeſſio manu militari auferri poſſet, numquam eo caſu permittendum eſſet iuſiurandum in litem, quia nec ſo rei neceſſe cùm alia & multo certiore ratione victori poſſet ſatisfieri adhibita manu militari. Iuſiurandum namq; in litem numquam defertur niſi ex neceſſitate iuris *d. l. vlt. De in lit. iur.* & ob eam potiſſimum rationẽ vt toties diximus ne liceat ei qui conuenitur alienam rem inuito domino retinere: at nõ retineret is à quo per manum militarem auferetur, eſſétque præterea remedium illud conſultius, non ſolùm poſſeſſori qui nihil ex victoris adſectione præſtaret ſupra rem ipſam, ſed etiam victori ne ancipitis periurij periculum ſubiret, quod ex lubrico immodicę adſectionis non parum verendum eſt, niſi omnem vſum manus militaris à priuatorum negotiis & magiſtratuum tribunalibus, honeſtas publica legúmque autoritas penitus arceret. *l. 1. §. 2. ff. ſi ventr. nomin. mulier in poſſeſſ. miſſ.* Iſque noſtrorum interpretum error intolerabilis eſt, quod electionẽ dant victori an rei poſſeſſionẽ manu militari à poſſeſſore in ſe transferri velit, an potius iuſiurandum in litem ſibi deferri, contra quàm lex ſtatuat. An ergo, inquies, legem hanc è libris noſtris delebimus cùm non ſit Vlpiani? Imò verò pro Imperatoria cõſtitutione habebimus, ſed ad eam interpretandam in perquirenda iuris ratione quam apertè labefactat, operam, ſi mihi credis, non impendemus. Potiúſque fatebimur arbitrarias actiones hodie nullas eſſe, poſteaquam placuit Triboniano, manu militari faciendum eſſe vt omnimodo arbitrio pareatur.

In actionibus arbitrariis De eo quod metus cauſa, & De dolo in litem nunquam iurari.

CAP. XVIII.

TEmerarij fortaſſe videbîmur iis, qui putabunt inſtitui a nobis diſputationem contra ipſos iuris autores, quam nos ex propoſito inſtituimus contra Tribonianum: quo magis æquum erit ingenij noſtri tenuitati illos ſuccurrere, quibus idem ſtudium erit quod nobis, vt iuriſprudentiæ noſtræ dignitas non ſolùm ab interpretum barbarie & inſcitia, ſed etiam à Triboniani audacia ne dicam impudentia vindicetur. In tot iuris noſtri locis qui cavent De actione, quæ cõpetit ex capite edicti De eo quod metus cauſa, vel de dolo, nullibi reperias iurari in litem aduerſus eum qui arbitrio iudicis non paret, id eſt qui rem per vim & metum, aut per dolum extortam reſtituere iuſſus non vult reſtituere, ſed ſiquidem de eo quod vi metúſve cauſa geſtum eſt agatur, pœna quadrupli edicto ipſo prætoris cõſtituta eſt aduerſus contumacẽ, & reſtituere nolẽtem *l. ſi cum exceptione 14. § 1. ff. de eo quod met. cau.* ſi verò de dolo, condemnatur reus quanti res eſt, i. e. quanti reuera intereſt actoris *l. arbitrio 18. ff. de dolo.* Nã hęc verba, *quãti ea res erit*, vel *quanti eam rem eſſe paret*, nihil .n. intereſt, nunc referuntur ad veram rei æſtimationẽ, *l. inter hæc verba 179. ff. de V. S. l. hæc verba 193. eod.* nunc etiam ad id quod intereſt *vt in l. 1. §. hæc verba ff. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ. miſſ. eſt l. 3. §. vlt. ff. vti poſſid.* Vnus tantùm iuris locus eſt qui admittit in vtraque hac actione in litem iurari poſſe. Is eſt in *d. l. arbitrio in princ.* vbi poſteaquàm Paulus ſcripſit, in ea actione de dolo arbitrio iudicis reſtitutionem comprehendi, & niſi reſtitutio fiat ſequi condemnationem, *Quanti ea res eſt*, ſubiicitur in hæc verba, *ideo autem hic & in metus cauſa actione certa quantitas non adiicitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari.* In quo illud primùm falſum eſt, quod dicitur in actione quod metus cauſa certam quantitatem non comprehendi verbis edicti. Nam e contrario certa quantitas & certa pœna conſtituta eſt, ſcilicet quadrupli vt diximus ex *d. l. 14. §. 1. de eo quod met. cauſ.* Nec potuit certior pœna eſſe conſtituta: quæ proinde efficiat vt in litem iurari in eo actionis genere nunquam poſſit, ſi verum eſt quod in pręcedentibus diximus & probauimus, numquam deferri iuſiurandum in litem niſi ea neceſſitate iuris, *l. vlt. ff. de in lit. iur.* id eſt cùm aliter indemnitati actoris conſultum eſſe non poteſt. Nam quod Iacobus Cuiacius tentat poſt Accurſium quadrupli quidem pœnam certam eſſe & conſtitutam, ſed ſimplum quod quadruplatur ex iureiurando in litem æſtimari debere, atque ita vtrumque verum eſſe & in litem iurari, & quadruplum præſtari, hoc iam oſim Bartolus refutauit, & meo iudicio non malè. Vlpianus enim *in d. l. item ſi cum §. quadruplatur*, diſertè ſcribit quadruplari quanti res eſt cum fructibus & omni cauſa quibus verbis etſi non verum preciũ, ſed id quod intereſt hac edicti parte continetur, vt idem quoque Vlpianus ex Iuliano explicat *in §. pen. eiuſd. legis*, nõ tamen quod ſua intereſſe actor ea adfectione iuret, ſed id tantùm quod re vera intereſſe conſtet ſignificatur, cùm ſint iſta ea diametro contraria, *quanti res eſt*, & *quanti actor in litem iurauerit. l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindic. l. tutor 8. ff. de in lit. iur. ſemper 15. §. hoc interdicto ff quod vi aut clàm.* Quã in rem apertiſſimus omniũ & elegantiſſimus textus eſt *in l. non à iudice 64. de iudic.* vbi Vlpianus ſcribit doli ęſtimationem à iudice faciendam eſſe non ex eo quod intereſt, ſed ex eo quod in litem iuratur. Ideóq; & prædoni competere ob eam cauſam actionem depoſiti, & commodati, licèt re vera nihil eius interſit. Sed & *in §. 1. d. l. 14.* diſertè ſcriptum eſt id demum quadruplari quod reſtitui oportuit. Atqui nemo dicerit reſtitui debere quanti actor in litem iurauerit. Omnes enim fatentur nec poſſe quem admitti ad iurandum in litem niſi eo demum caſu quo non reſtituatur, id quod ex arbitrio iudicis reſtitui debuit, priuſque eſt vt quid reſtitui debeat, quàm vt ob id non reſtitutũ in litem iuretur. Non igitur fieri poteſt vt iureiurãdo in litem æſtimetur ſimplum illud quod quadruplandum eſt. Cui etiam illud conuenit, quod *in d. §. quadruplatur*, traditum eſt quadruplari rem cum fructibus & omni cauſa, quoniam hęc quoque reſtitui debuerunt: at cauſæ & fructuum nomine in litem iurari non poſſe certum eſt iis etiam caſibus quibus de re ipſa iurandũ neceſſariò eſt, quia fructus qui ex re noſtra vel percepti ſunt vel percipi potuerunt numquam petimus quaſi noſtros, ſed quaſi nobis debitos & reſtituendos, item quia ex cõparatione ipſius rei debitę aut eius ęſtimationis quomodocumque initę, fructuum quoque ratio citra iuſiurandum poni facilè poteſt. Quod verò idem Bartolus aliam eiuſdem Accurſij interpretationem ſecutus putat eſſe in electione eius qui vim aut metum paſſus eſt vt vel quadruplum petat, vel quãti in litem iure paratus eſt, multò minùs defendi poteſt. Cùm enim verbis ipſis edicti certa pœna eaq; grauiſſima, id eſt quadrupli conſtituta ſit (nullã namq;

grauiorem pœnam ius ciuile agnoſcit quæ quadruplum egrediatur §.*omnes autem Inſtit.de action.*) cur iudici permittamus de actione quæ ex prætoris edicto competit cognoſcenti vt aliam pœnam pro arbitrio irroget, adeóque eam quæ nunquam irrogari ſoleat aut poſſit, niſi vrgente aut potius omnino cogente iuris neceſſitate? nec ſanè probabile eſt iuris noſtri autores qui non ſolùm in *tit. De eo quod met. cauſſ.* ſed tot aliis etiã locis tractant de actione quod metus cauſſa, prætermiſſuros fuiſſe pœnam illam iuriſiurandi in litem ex ea cauſſa deferendi ſi locum ei aliquem dandum eſſe exiſtimaſſent. Dicat aliquis fortaſſe actionem hanc de eo quod metus cauſſa cõpetere quoties quis vim vel metum paſſus eſt ſiue in re propria alienanda, ſiue in aliena promittenda, ideóque poſſe hac diſtinctione rem temperari vt qui rem ſuam repoſcet per hanc actionem admittendus ſit ad iurandum, qui alienam non niſi quadruplum petere debeat. Sed non ita eſt. Nunquam enim fieri queat, vt per huiuſmodi actionem quis repetat rem ſuam, cùm venditio traditióque etiam per vim aut metum extorta dominium transferat, ex quo fieri neceſſe fuit vt alia quàm iuriſiurandi pœna in eum qui metum intuliſſet conſtitueretur, quia iuriſiurandi in litem deferendi cauſſa illa eſſe ſola poteſt, ſi quis alienam rem inuito domino retinere velit, non ſi eam, quæ iam facta ſit ſua *l. ſi filiofamilias 25.§.1.D. ſolut.mat.l.non eum 9.D.rer.amot. d.l.tutor 8. D.de in lit.iur.* Quæ ratio etiam facit, vt intelligamus in actione de dolo non magis in litem iurari poſſe: quia perinde transfertur dominium ex traditione dolo malo extorta, atque ſi vis illata eſſet, quando nec vis aut metus inferri poteſt ſine dolo *l.1. D.de eo quod met. cauſſ.* Nec proinde fieri poteſt vt iudicio de dolo ſuam rem quis repoſcat, ſed alienam ſemper. In eo ſanè differt actio quod metus cauſſa ab actione de dolo, quod per actionem quod metus cauſſa petitur certa quantitas, id eſt pœna quadrupli ſi res non reſtituatur, in actione verò de dolo certa quantitas non adiicitur, ſed ſi reſtitutio nõ fiat, reus quanti res eſt, id eſt quanti actoris intereſt condemnatur: quia mitius agendum eſſe viſum eſt cum eo qui dolum duntaxat admiſit, quàm cum eo qui præter dolum vim quoque aut metum intulit. Igitur falſum eſt quod ait *d.l.arbitrio*, in actione quod metus cauſſa nullam adiici certam quantitatem non magis, quàm in actione de dolo, illud autem falſius quod ſequitur ideò factum hoc eſſe vt poſſit reus per contumaciam ſuam tanti condemnari quanti actor in litem iurauerit. Vera enim ratio propter quam certa quantitas in actione de dolo non adiicitur nec adiici poteſt, alia non eſt, quàm quia eius quod intereſt quantitas ſemper eſt incerta. Quatenus enim cuiuſque interſit, in facto non in iure conſiſtit *l. quatenus 24. De regul.iur.* In eámque rem neceſſariæ ſunt probationes quarum difficultate & inopia plerumque fit, vt quamuis multum interſit, tamen condemnatio ad exiguam ſummam deducatur *l. vltim. D. de prætor.ſtipulat.* Neque verò nullo alio iuris loco reperias in actione de dolo iurari vllo caſu in litem, cùm tamen in libris noſtris nihil ſit frequentius mentione actionis huius, & condemnationis ex cauſa doli irrogandæ, quam ſemper iuris autores referunt ad id quod intereſt actoris, non valentes apertius excludere iuſiurandum in litem cui tum demum locus eſt, cùm ratio iuris & æquitatis non patitur vt is qui conuenitur, præſtatione eius quod re vera actionis intereſt liberetur. Quod autem ſequitur *in dict.l. arbitrio, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari*, adhuc ineptius eſt, & alienius à iuris ratione quæ quoties in litem iurari permittit, in infinitum iurari patitur *l. 4. §. iurare de in lit. iurand.* id eſt non in immenſum [metus enim periurij frænos adfectioni adhibet, ne ſi euidentiſſimum periurium ſit, non ſolùm Deus Optimus Maximus, ſed iudex quoque quem multi magis quàm Deum verentur, vindex ſit & vltor *dict. l. vltim. de in lit. iur.*] ſed ſine vlla præfinitione & taxatione, quemadmodum ſuperiore capite interpretati ſumus vno illo caſu excepto de quo Zenonis conſtitutio lata eſt *in dict.l.ſi quando 9. Cod. vnde vi*, id eſt cùm non tantùm de ſubtractis rebus æſtimandis agitur, ſed etiam de probanda earum quantitate: ſuíque immemor hîc videtur fuiſſe Tribonianus, qui *in l. qui reſtituere 68. De rei vindicat.* ſub Vlpiani nomine ſcripſit reo non reſtituente rem vindicatam, condemnationem faciendam eſſe quanti actor ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit ſi modò interuenerit dolus, eámque ſententiam non tantùm ad vindicationes pertinere, ſed etiam ad cæteras omnes actiones arbitrarias, adeóque ad interdicta & ad actiones in perſonam ex quibus non reſtituitur id, quod reſtitui iubetur. Cur enim taxatione refrænabit iudex iuſiurandum in litem in actione quod metus cauſa aut de dolo ſi in his actionibus iurare liceat, potiùs quàm in rei vindicatione? Eritne hac parte odioſior cauſſa eius qui rem alienam poſſidere deſiit dolo malo, vt reſtituendi facultatem ſibi præriperet, quàm illius qui rem alienam & dolo extorſit adeóque per vim aut metum, & eandem dolo malo retinet etiam poſteaquàm arbitrio iudicis illam reſtituere iuſſus eſt? Aut quidni hoc etiam caſu, ſi rem qua de agitur reus habeat, poſſeſſio manu militari ei auferetur, & in actorem transferetur? An ob id magis permittemus poſſeſſori, vt alienam rem inuito domino ſibi compareт precio quantumcunque iniuſto & immodico, quòd eam conſecutus ſit per rapinam? Abſit, *l.nec quaſi Publicianam 70. De rei vindicat.* Atqui conſequens id eſſet ei quod *in dict. l. qui reſtituere*, proditum eſt ſententiam illius legis generalem eſſe ad arbitrarias omnes actiones: niſi confugias ad commentitiam illam & improbabilem interpretationem Accurſij exiſtimantis, ita intelligendum illud eſſe, vt quod in vindicatione conſtitutum eſt in aliis quoque arbitrariis actionibus perinde obtineat, quod ad quædam, non quod ad omnia, in his verò & in illis aliter atque aliter: id eſt, inquit, in quibuſdam ratione poſſeſſionis per manum militarem transferẽdæ, in aliis ratione iuriſiurandi in litem indulgendi, in aliis quod ad præſtandum quanti re vera intereſt actoris. Quo tamen ineptius dicere nihil poſſis. An enim potuit apertiùs exprimi omnia quæcunque in eo loco de rei vindicatione ſcripta & conſtituta ſunt ad alias omnes actiones ſiue in rem ſiue in perſonam ſint adeóque ad interdicta ex quibus quid non reſtituitur, pertinere? *Hac ſententia*, inquit lex *generalis eſt.* Neque verò illius legis multiplex ſententia eſt, ſed vna tantùm, licèt per aliquot diſtinctionis partes explicata. Itaque aut ad totius legis ſententiam integram verba illa referenda ſunt, aut ad nullam. Sed quis non Accurſij & Bartoli & aliorum quotquot ſunt omnium interpretum miſereatur potiùs quàm vt iis ſuccenſeat quos tam miſerè & impudenter Tribonianus decepit? Et verò quis vnquam ſe ex tot difficultatibus poſſit euoluere ſi Triboniani ſomnia pro recta iu-

ris

ris ratione accipere velit? Quod ſi quid vnquam à Triboniano in prudentum reſponſis corruptum eſt,auſim ego affirmare eos præcipuè locos corruptos fuiſſe in quibus tractari legimus de iureiurando in litem deferendo:motum autem fuiſſe Tribonianum ex eo quod vti iam indicauimus, putauit delationem iuriſiurandi poſitam eſſe in arbitrio iudicis,ob id quod in vindicatiooe & actione ad exhibendum quæ maximè arbitrariæ ſunt, iuratur in litem:ſed iam docuimus actiones arbitrarias non ideò arbitrarias dici, quod ex iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, ſed quia arbitrium iudicis præcedere neceſſe eſt,vt ſi ei non parebitur,ſequatur condemnatio. Cæterùm condemnatio ipſa neceſſaria eſt,quam iudex non poſſit aut imminuere aut commutare,id eſt qualis,quantáque pro cuiuſque actionis natura & condicione legibus conſtituta eſt.Nec eſt contrarium quod *in d.l.in actionibus*,generaliter ſcriptum eſt in actionibus in rem iurari in litem ſolere. Id enim ad eas actiones pertinet quæ ratione dominij competunt & ad rem vindicandam,cuiuſmodi eſt vindicatio ciuili iure comparata: itémque publiciana ex prætoris edicto & iuriſdictione ad exemplum ciuilis actionis introducta : ſed ſicuti non pertinet id ad actionem hypothecariam, tametſi merè illa in rem ſit quia per eam non de dominio agitur, ſed tantùm de iure pignoris vt diſputauimus cap. 15. Ita nec poteſt pertinere ad actionem quod metus cauſa, quæ licèt in rem ſcripta ſit, tamen in perſonam directa actio eſt §.*prætereà Inſtit. de act.* Multò minùs ad actionem de dolo,quæ tota in perſonam & directa & ſcripta eſt. Fruſtra enim Marcianus *in d.l.in actionibus*, ſcripſiſſet in actionibus in rem iurari poſſe in litem ſi in iis etiam quæ in perſonam ſunt iurare liceret. Cúmque eo loco Marcianus caſum quoque illum vnicum perſequatur, quo in actionibus ſtricti iuris contra regulas iurare permittitur, apparet non alia de cauſa tractare eum de actionibus in rem quàm vt excludat actiones in perſonam, præterquàm ſi quæ ſint bonæ fidei. Nam in his quoq; iurari poſſe noo prætermiſit, quamquam nec id generaliter verum eſt, ſed ita demum ſi bonæ fidei iudicio agatur de fide rupta *l.ei apud quem 5.ff.depoſit.* adeóque de re quæ ſit in dominio actoris, & quam ei reddi non tantum tradi aut dari oporteat. Sed & actionis ad exhibendum Marcianus meminit ſpecialiter, quia licèt in rem ſcripta ſit, tamen in perſonam proponitur, ob idque nec actionum in rem appellatione veniſſet. At de actione quod metus cauſa verbum nullum eſt apud Marcianũ, nec rurſus de actione de dolo,quas certè non fuerat ille prætermiſſurus ſi in his quoque iurari poſſe exiſtimaſſet. Nec poſſum ſatis mirari Tribonianum qui alios hac de re iuris locos, adeóque hunc ipſum corruperit in eo quod ſequitur poſſe iudicem etiam poſt iuſiurandum præſtitum abſoluere reum aut minoris condemnare aut à principio non deferre, hac tamen parte incorruptum reliquiſſe Marcianum. Planè quàm falſum ſit, quod ſcriptum eſt *in d.l.arbitrio*,in actione quoque de dolo iurari in litem,ex eo apparet quod ibidem ſequitur,non ſemper in eo iudicio arbitrium iudicis dandnm eſſe. Quid enim,ſi manifeſtum ſit reſtitui non poſſe? Veluti ſi ſeruus dolo malo traditus defunctus ſit,ideóque protinus,iuquit Paulus, condemnari debet in id quod intereſt actoris.Non igitur in id quod ſua intereſſe actor iurauerit. Sunt enim iſta, vt toties diximus non modò diuerſa, ſed etiam puguantia,præſtari quod intereſt actoris, & præſtari quanti actor in litem iurauerit. Neque id Bartolus negat, ſed ait non poſſe hoc caſu iurari in litem,quia nec arbitrio locus vllus ſit,ſola autem rei contumacia non parentis arbitrio locum faciat iuriiurando. Omnino male, nam & cùm arbitrium nullum reddi poteſt,non eo minùs ſequitur condemnatio quæ præcedente arbitrio ſequeretur, nec mors ſerui dolo malo extorti liberat reum à pœna, non magis quã ab ipſius ſerui æſtimatione præſtanda, imo ne tũ quidem cùm ſerui interitu reus ab eo præſtando liberatur,vt in actione quod metus cauſa contingit *d.l.item ſi cum 14.§.quatenus ff. de eo quod met. cauſ.* Sed & finge ſeruum illum dolo malo extortum de quo agimus,nõ tantùm poſt moram dolúmque admiſſum, ſed & dolo ipſo malo rei periiſſe.Non negabis videri reum dolo malo deſiiſſe poſſidere qui fortè hominem reſtituendum occiderit priùs etiam quàm de eo reſtituendo arbitrium datũ eſſet,ac proinde eaſdem pati debere pœnas, quas pateretur ſi adhuc poſſideret,quia dolus pro poſſeſſione eſt,adeo vt non minùs iurari hoc caſu in litem deberet,ſi ita ius eſſet vt homine extante iurari poſſet:alioqui melior fiet condicio rei ob id quod hominem occiderit,atq; ita fecerit ne arbitrio de homine reſtituendo locus eſſe queat, quod tamen rectè dicere nemo poſſit.Atqui non eo magis poterit locus fieri arbitrio iudicis de homine illo reſtituendo, cùm manifeſtum ſit reſtitui non poſſe hominem qui ampliùs in rerum natura non eſt. Perinde igitur locum habebit hoc caſu quod Paulus ait, omiſſo arbitrio protinus deueniendum ad condemnationem. Ad quam verò condemnationem? In id ſcilicet, quod intereſt actoris vt lex ait,neque enim tam ad id Paulus reſpicit an facto ſuo an facto eius qui conuenitur homo perierit,quàm vtrum reſtitui hodie poſſit néene.Neutro igitur caſu ex Pauli ſententia iurabitur in litem, ſed præſtabitur, quod re vera intereſt actoris. Ergo nec ſi homo ille extet ac reſtitui iuſſus non reſtituatur. Quid enim poteſt referre quod ad pœnam, vtrum præceſſerit arbitrium de eo reſtituendo & ſequatur contumacia, an verò dolo malo rei factum ſit ne arbitrium ferri vllum poſſit, homine ipſo, iam antequàm ad arbitrium perueniretur,occiſo?

Triboniani eſſe tetum §.quatenus l.item ſi cùm 14. ff.quod met.cauſ.& de illius ſententia ac emendatione.

CAPVT XIX.

NON abs re præfatur Bartolus, non eſſe in tota illa Pandectarum parte quam Digeſti veteris nomine interpretes donarũt, locum alium difficiliorem. Quid enim poteſt eſſe difficilius,quàm vt iuris ratio aliqua conſtet ei ſententiæ, quam Tribonianus per inſcitiam, & meram iuris ignorationem pro arbitrio corruperit? ſi quid verò in toto Pandectarum corpore tale eſt non dubito quin potiſſimum & nobiliſſimum ex hoc §.exemplum ſumi poſſit. Occurrit autẽ ſtatim prima ipſa dictio *quatenus* quam hoc ſenſu,id eſt pro *quod* accipi apud Iurecõſultos numquam reperias,apud Tribonianum verò quàm ſæpiſſimè,ſicut & pro *vt* vſurpat ille in ſequẽtibus *cautio ab eo extorquenda eſt quatenus & perſequatur*.Solent enim Iurecõnſulti elegantiſſimè hac dictione *quatenus* vti tunc cùm reſpondet præcedenti illi *eatenus* ſiue expreſſa illa ſit,ſiue ſubintellecta,vt cũ ſcribunt,quatenus cuiuſq; interſit in facto conſiſtere non in iure *l.quatenus 24.De R.I. & alibi paſſ.*Sequitur verò *hoc ita diſponendum eſt*, ne dubitari poſſit quin verba ſint diſponentis & conſtituẽtis

Digitized by Google

potius quàm interpretantis. Ergo Imperatoris aut eius qui Imperatorem agat, non Vlpiani qui interpretari tantùm non etiam diſponere aut conſtituere quicquam potuit. Reliquus contextus verborum æquè inelegans, & ineptus eſt, & inſolentibus locutionibus refertus, quales illæ ſunt, *pœna autem vſque ad triplum ſtetur*. Et paulo poſt *quia tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur*. Et rurſum *cautio ab eo extorquenda eſt quatenus perſequatur*. Item *cauẽdum eſt per iudicem vt eum perſecutus reddat*. Item illa, *ſi ab eo quo cum agitur aberit*, pro eo quod dicendum fuit, *ſi mortuus fuerit*. Taceo inculcatas illas dictiones, *omnimodo, quomodo, ſi autẽ*, quæ Triboniano longè magis quàm Vlpiano ſunt familiares. Sed pergam quæſo ad ſententiã loci diſcutiẽdam. *Quatenus autem*, inquit lex, *diximus quadruplo ſimplum ineſſe, ſic hoc diſponendum eſt vt in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur, & eius reſtitutio fiat, pœna autem vſque ad triplum ſtetur*. Hic verò primus & omnium grauiſſimus error eſt, ex quo cæteri profluxerũt. Nam quod edicto prætoris conſtitutum eſt vt in actione quod metus cauſa, quadrupli condemnationem fieri oporteat, hunc omnino ſenſum habet vt poſteaquàm reus arbitrio parêre recuſauit, id eſt rem quam reſtituere iuſſus eſt per dolũ & contumaciam reſtituere noluit non amplius ad rẽ reſtituendã condemnari debeat, ſed ad quadruplũ, ita tamen vt in eo quadruplo ſimplum contineatur, id eſt æſtimatio ipſius rei quæ reſtitui debuit, nec fuit reſtituta. Secum enim pugnaret iudex ſi eã ipſam rem quam reſtitui iam iuſſiſſet deduceret in condemnationem: quam nec ſi vellet deducere tamen poſſet: cùm ſi id faciendi ius haberet, iam inde ab initio condemnationem non arbitrium ferre debuiſſet. Cur enim arbitrarias actiones appellamus, niſi quia nulla ſubſiſtente obligatione, quæ actionem producere poſſit ſua ſponte nedum condemnationem, neceſſe eſt arbitrium iudicis precedere ex quo poſtmodum ſequatur condemnatio, ſi arbitrio non pareatur? Sed & cum non aliter pœna infligatur quàm ſi res non reſtituatur, apparet fieri non poſſe vt eadem condemnatione & rei reſtitutio & pœna irrogetur, quãdiu enim res ipſa reſtitui poteſt, tãdiu in poteſtate & electione eſt eius qui conuenitur, vt pœnam euitet, adeò clementer cum eo prætor egit vt Vlpianus ait *in d. l. item ſi* §. 1. Ergo quamuis in quadruplo illo ſimplum cõtineatur, nec totũ quadruplum in pœna ſit, vt eſt in actione furti manifeſti, ſimpli tamen appellatione, nõ rem ipſam quæ reſtitui debuit intelligimus, ſed eius æſtimationem, nec rei tantùm, ſed etiam fructuum & acceſſionum omniũ, ac prætereà ſi quicquam interfuit, ſimplum enim illud eſt ex cuius comparatione quadruplum æſtimatur. Quadruplari autem conſtat, vt proximo capite diximus, id omne quod reſtitui oportuit *d. §. 1. & §. quadruplatur ead. leg* Et verò cùm neceſſariò deueniendum ſit ad æſtimationem vt quadrupli ratio ineatur [nec enim res ipſa poteſt quadruplari] nemo non videt ex quo ſecuta eſt condemnatio quadrupli, non poſſe ampliùs de rei reſtitutione tractari, ſed pro re, precium & æſtimationem præſtari: idque dictio ipſa *ſimpli* demonſtrat. Qui enim *ſimplum* dicit, precium ſemper rei non rem ipſam intelligit. Alioqui non quadrupli pœna conſtituenda erat, ſed tripli, nec condemnatio in quadruplum fieri deberet, ſed in triplum, adiecta rei reſtitutione. Atqui non ita eſt. Vna enim pœna eſt quadrupli, vna condemnatio quadrupli, licèt in eo quadruplo ſimplum contineatur. Et quemadmodum quod excedit ſimplum non poteſt in æſtimatione & in pecunia numerata non conſiſtere, ita nec alia ratio poteſt conſtitui ſimpli quod ineſt in quadruplo, cum ſit pars & quidem integralis, vt vocant quadrupli, quod vtique aliter interpretantibus, diuerſo iure cenſeretur. Nec video ſanè quid videri poſſit intereſſe actoris. Nam ſi dicas, imò verò quàm maximè intereſſe, vt rem ſuam habeat ſi haberi poſſit, potiùs quàm rei æſtimationem, nec cogendum eum rem ſuam vendere, reſpondebo hoc incommodum potiùs quàm damnum abundè ſarciri, adiecta ad ſimplum tripli condemnatione: & quemadmodum nemo abſurdum putat dominum qui in iudicio vindicationis aduerſus poſſeſſorem nolentem reſtituere iurauerit in litem carere re ſua, quia in pœnam contumaciæ longè plus conſequitur, quàm quanti re vera res ſit, nec fieri poteſt, vt & rem ſuam pręcisè conſequatur, & prætereà in pœnam doli & contumacię poſſeſſoris quanto pluris ſua intereſſe iurauerit, ita nec abſurdum videri debet cogi dominum, ſi dominus adhuc dicendus eſt, qui rem ſuam per vim & metum in alium tranſtulit per traditionem, carere re ſua pro qua non modò iuſtam & veram æſtimationem, ſed triplo amplius ſit conſecutus, aut conſecuturus. Nam quę pœna eſt iuriſiurandi in litem in vindicatione & aliis ſimilibus, ea eſt quadrupli in actione de eo quod met. cauſ. & ſicuti in ea quantitate quã actor ſibi deberi iurat in litem, comprehenditur res ipſa quę petebat, ſed tamen quod ad preciũ & ęſtimationem non quòd ad rei corpus, ita & in quadruplo ſimplum continetur, & quidem ita vt non res ipſa quæ per vim extorta eſt ſit ſimplum, ſed illius rei æſtimatio. Mouit Tribonianum quod iam ille conſtituerat in vindicatione & aliis ſimilibus iudiciis, in quibus non parente poſſeſſore & nolente reſtituere, condemnatio fieri olim ſolebat quanti actor in litem iuraſſet, vt ſi reſtituendę rei facultatem poſſeſſor haberet, poſſeſſio per manum militarem ab eo transferatur. Idem enim Tribonianum conſtitutum voluiſſe in actione quod metus cauſa ex eo apparet quod in fine *legis qui reſtituere 68. ff. de rei vindicat.* quę nouum illud præclarúmque, ſi diis placet, ius continet, ſubiicit ſententiam illius legis generalem eſſe & ad omnes actiones ſiue in rem ſiue in perſonam ſint ex quibus aliquid reſtitui oporteat, pertinere. Neque verò ſi quis quęrat qua ratione poſſis cogere eum qui vim aut metum intulit & iam ad quadruplum condemnatus eſt, vt rem ipſam reſtituat non rei æſtimationem, aliud quicquam reſpondere poſſis, niſi quod per manum militarem ea coactio facienda eſt. Quanquam nec hoc quidem abſolutè verum eſt. Aliud enim eſt cogi quem manu militari reſtituere, aliud vero manu militari auferri poſſeſſionem. Prius nunquam fit, quia nemo cogi poteſt ad faciendum pręcisè, quoniam ea coactio fieri nequit ſine vi & impreſſione. Poſterius licet inciuile ſit, tamen tolerabilius eſt, quia eo modo cogitur quis nõ vt faciat, ſed tantùm vt patiatur. Sed tamen debuit Tribonianus animaduertere, ita poſito iure futurũ, vt longè aliud ius ſit in actione quod metus cauſa, aliud verò in vindicatione in quibus tamen idem iuris eſſe voluit. Nam in vindicatione tametſi omnium maximè in dolo illę ſit, qui rem quam & reſtituere iuſſus eſt & adhuc poſſidet, non vult reſtituere, cũ tamen manu militari poſſeſſio ab eo tranſlata eſt, nihil prætereà in pœnam contumacię ab eo pręſtatur neq. aduerſus eum in litem iuratur [in quo ſanè

ſanè ridiculus fuit Tribonianus qui clementiùs egit cum poſſeſſore doloſo & contumace, quàm cum eo qui dolo malo deſiit poſſidere) at in actione quod metus cauſſa vult Tribonianus præter illius rei reſtitutionem quam præciſè, & vt ipſe loquitur, omnimodo fieri præcipit, triplii quoque adiici condẽnationem, illud igitur pro fixo & indubitato cõcludendũ eſt, prætotis cõſtituẽtis in quadruplo ſimplũ ineſſe non eam fuiſſe ſententiam quæ Triboniani fuit vt rem ipſam quæ extaret & reſtitui poſſet omnimodo reſtitui oporteret, ſed vt vera iuſtáq; ipſius æſtimatio iniretur eáque æſtimatio quadruplaretur, ne quicquam dici poſſet intereſſe eius qui vim paſſus fuiſſet, quòd rem ſuam non haberet: Hinc autem cæteræ omnes illæ quæſtiones prodeunt quas Tribonianus perſequitur in *d. §. quatenus*, & quibus locus nullus relinqueretur ſi ex iuris ratione & autoritate rem ageremus. Videamus tamen quid ille ſomniet aut potiùs deliret. *Quid ſi homo*, inquit, *ſine dolo & culpa eius, qui vim intulit, & condemnatus eſt, perijt?* Quæſtio hæc otioſa eſt, & inepta. Nihil enim certius eſt quàm quod ait *l. 1. Cod. eod. tit.* perſecutionem eorum quæ vi vel furto ablata ſunt etiamſi poſteà interciderint integram tamen manere: quia & moram præceſſiſſe ſufficeret ad impediendum ne rei interitu debitor liberaretur *l. ſi ex legati a. l. ſi ſeruum 91 §. ſequitur. & §. vlt. de verb. oblig. l. promiſſor 21. l. 23. D. de conſtit. pecun.* At qui furtum fecit plus quàm moroſus eſt, qui verò vim intulit etiam plus quàm fur. Quis ergo dubitare poſſit an ſuo facto perempta re quæ per vim extorta fuerat, liberetur is qui non modò vim fecit, ſed etiam ex ea cauſſa conuentus adeóque condemnatus eſt? Et tamẽ contrà placet Triboniano qui ad ineptam quæſtionem ineptiore adhibita diſtinctione ſic reſpondet, *In hoc caſu à rei condemnatione ideò relaxabitur ſi intra tẽpora iudicati actionis moriatur, quia tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur.* Diſtinguit ergo Tribonianus an homo ille per vim extortus perierit intra tempus iudicati necne, vt priore caſu liberetur is qui condemnatus eſt, & quidem ita vt neque rem neque precium præſtare & reſtituere cogatur: Poſteriore verò caſu maneat obligatus ad præſtandam æſtimationẽ. Quę diſtinctio quàm abſurda ſit ex eo cognoſci poteſt quòd quoties quis condemnatur ad rem precisè reſtituendam non habet dilationem illam quæ iudicatis dari ſolet ad ſatisfaciendum iudicato, ſed rem ipſam ſtatim reſtituere cogitur ſi eius reſtituendę habeat facultatem, ſin minùs officio iudicis proſpiciendum eſt vt ex iuſta cauſſa dilatio detur, & cautionibus res expediatur. *§. etſi in rem. Inſt. de offic. iudic.* Scio Bartolum diſtinguere an rei reſtitutio petita ſit per actionem in perſonã, cuiuſmodi hæc eſt de eo quod met. cauſ. an per actionẽ in rem, quaſi is qui ex perſonali actione cõdemnatus eſt ad rem reſtituendam eodẽ legis beneficio gaudere debeat quo gauderet ſi pecuniam dare damnatus eſſet ex *l. 3. in princ. D. de vſur.* Sed obſeruare debuit multum differre rei reſtitutionem quæ ex cauſſa fideicõmiſſi faciẽda eſt de qua ibi Papin. loquitur, ab ea quã fieri vult Tribonianus ex actione De eo quod met. cauſ. Fideicommiſſi perſecutio merè in perſonam eſt, nec tam reſtitutio quàm præſtatio dicenda videtur cùm id quod per fideicommiſſum relictum eſt nomquam fuerit fideicommiſſarij, nec alia ratione dicatur reſtitui, quàm quia ſic fideicõmiſſum relinquitur vt quod quis à teſtatore accepit alij reſtituere iubeatur. At in actione quod metus cauſſa petit actor reſtitutionem rei quæ ſua fuit, & quidẽ eo colore quaſi ſua eſſe nõ deſierit quę ſcilicet per vim extorta eſt. Quam ob cauſſam conſtitutum eſt vt ei qui vim paſſus eſt liceat ſi malit vtili in rem actione experiri quaſi eã rem in bonis ſuis retinuerit *l. metum 9. §. volenti & §. licet. D. quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* Cur ergo ei qui ex actione quod metus cauſſa condemnatus eſt dilationẽ demus vt rem reſtituat quã ſtatim poſſit reſtituere? Aut quid hac parte putet intereſſe an iudicio vindicationis an actione quod metus cauſſa reſtitutio petatur, etiam ſecũdum ſententiam Triboniani qui vt diximus idem iuris in vtraque actione voluit conſtitutum *dicta lege qui reſtituere*. Non inficior eum qui ex hac actione quod met. cauſs. condemnatus eſt dilationem habere debere quæ cęteris condemnatis datur, nimirum quia actio in perſonam eſt, & ex qua condemnatio fit nõ ad rem reſtituendam ſed ad quadruplum ob rem nõ reſtitutam: ſed hoc contendo ſi ita ius eſſet vt ex eiuſmodi condemnatione rem ipſam præciſè reſtitui oporteret quomodo voluit Tribonianus, illud quoque conſequens fore vt nulla ei dilatio dari deberet, ſicut nec vlla datur cùm ante condemnationem ex arbitrio iudicis rem reſtituere iubetur. Nã cùm actio ſit arbitraria fatentur omnes quod fateri neceſſe eſt arbitrium præcedere debere per quod is qui cõuenitur rem reſtituere iubeatur: nemo aũt dixerit dandam eo tempore dilationem intra quam res reſtituatur, dilatio enim illa non datur niſi iudicatis, iudicatus verò dici non poteſt qui arbitrio iudicis rem reſtituere iuſſus eſt, quia cùm arbitrium illud præcedat condemnationem, condemnatio eſſe non poteſt: hoc autem admiſſo, quis rogo, probabit & admittet dandam eſſe dilationem cõdemnato in actione quod metus cauſſa, vt rem reſtituat, quam iam anteà ſtatim reſtituere ſit iuſſus? An melioris erit condicionis contumax qui propter contumaciam iam condemnatus eſt quàm qui contumax nondum fuit? An non admitteretur reus ad purgandam moram etiam poſt ſententiam ſi dilationem haberet ad rem reſtituendam quam reſtituere ante ſententiam noluiſſet? Atqui certum eſt nullo prorſus caſu admitti poſſe vt mora poſt ſententiam purgetur, quę nec ſolet purgationem admittere poſt litem conteſtatam: nec liberum eſſe ei qui vim aut metum intulit, vt pœnam euitet, niſi in tempus vſque ferendæ ſententiæ *d. l. item ſi §. 1.* Et vel ex hac maximè ratione colligi poteſt, numquam in actionibus arbitrariis, id eſt in quibus arbitrium præcedere oportet dandam eſſe condemnato facultatem reſtituendi rem pro qua non reſtituta iam cõdemnatus fuerit, quoniã id implicaret cõtradictionem: tantùm abeſt vt ad eam reſtitutionem faciendã debeat habere dilationem illam quæ iudicatis à lege datur. Taceo, quòd prudentum temporibus & ante Iuſtinianum in *l. vlt. C. de execut. rei iudic.* nullum fuit tempus legitimum actionis iudicati. Nã quod lege duodecim tabularum fuerat conſtitutum iam in vſu eſſe deſierat, pendebátque ex arbitrio iudicis, vt quale quantùmq; tempus vellet iudicato faciendo ſtatueret *l. 2. D. de re iud.* Itaq; verba illa *intra tẽpora iudicati actionis* mouent me magis vt Triboniani manum cogar agnoſcere. Sed &, ſi actio quod metus cauſſa, ex earum numero eſſet in quibus poſt condemnationem dari dilationem oporteret, non ideo tamen conſequens eſſet vt interitu rei debitæ liberari deberet is, qui iam eſſet cõdemnatus, quem interitus ille ante ſententiã contingens nullomodo liberaſſet. Occurrit enim ratio illa elegans qua Papinia. mouetur in *d. l. 3. de vſur.* quòd nõ debeat cõ-

dicio cuiuſquam melior eſſe poſt condemnationẽ, quàm futura eſſet ſi nulladum lata ſententia proponeretur. Ita enim fieret vt ei prodeſſet ſententia cõtra quem iudicatum fuiſſet, quod euidenter iniquiſſimum eſſe ait *lex euidenter 16 ff. de except. rei iudic.* Ratio autem illa Triboniani vt ideo relaxetur reus à rei condemnatione. [Deus bone quæ verba! quæ locutio !] *quia tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur* longè ineptior eſt. Nunquam enim actiones plures pręſertim pœnales de eadẽ re concurrentes alia aliã conſumit *l. nunquã 130. de R. I.* Multo minus ea quę pœnalis eſt perimere poteſt rei perſecutionẽ *l. ſi pignore 54. §. cùm furti. ff. de furt. l. ancilla 12. C. eo. l. ſi pro fure 7. §. 1. ff. de condict. furt.* Nec eſt quod dicas cum interpretibus reum hunc qui in eo grauatur, quod tripli pœnam præſtat, debere in alio releuari vt rei interitu intra iudicati tempora contingente liberetur. Non enim grauatur qui contumaciæ ſuæ debitam pœnam pręſtat: in eóque alius Triboniani error eſt quod putat pœnam tripli præſtari propter facinus, vt ipſe loquitur, id eſt propter vim illatam, neque enim propter vim illatam pręſtatur, ſed propter contumaciam tunc contractam cùm reſtituere iuſſus reus noluit parêre: argumento apertiſſimo eſt, quòd ſi poſt arbitrium de reſtituenda re redditum paruiſſet, tripli pœnã nunc non pręſtaret, tametſi non eo minùs verum eſſet vim ab illo factã fuiſſe. Ob idque nimirum dicitur prętor clementer cum eo egiſſe qui purgandi delicti facultatem ei dedit vſq. ad ſententiam, nec aliter condemnari eum voluit quàm ſi ad facinus accederet etiam contumacia in non reſtituendo: accedente autem contumacia fit condemnatio non tripli vt Tribonianus vult, ſed quadrupli quamuis ita, vt in eo ſimplum contineatur. Eſſet enim longè tolerabilius de condemnatione detrahi triplum quàm ſimplum, quanto ſcilicet fauorabilior eſt rei perſecutio quàm pœnæ, cum nec pœna tripli alia de cauſa irrogetur, quàm quia reſtituta non fuit res quę reſtitui debuit. Deniq. verba edicti de eo quod metus cauſa non ſeparant triplum à ſimplo, nec patiuntur vt ex huiuſmodi actione vlla vnquam irrogetur condemnatio, niſi quæ ſit quadrupli. Quod à recentioribus interpretibus animaduerſum, fecit vt aliam rationem quærẽdam putauerint propter quam dicendum ſit mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto liberari reum, quia, inquiunt iudicati actio nouat pręcedentem actionem *l. vlt. C. de vſur. rei iud. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris & §. creditor. ff. de pign.* Proinde noua mora opus eſt, quæ porro nulla poteſt intercedere quãdiu iudicati tempora largiuntur vt iudicato ſatiſfieri poſſit, quandoquidem totum illud tempus condemnato liberum eſt ad ſoluẽdum. Sic enim Cuiacius ad hunc locum, ſecutus Goueanum *lib. 1. var. lect. ca. 11.* In quo tamen videntur mihi parum ſubtiles. Nuſquam enim proditum reperias nouationem quæ fit per iudicatum purgare moram præcedentem, non magis quàm quæ fit per litis conteſtationem: imò contrà diſertè ſcriptum eſt *in d. l. 3. de vſur.* etiam quod ad fructus attinet. Quãtò minùs enim purgabit moram ratione ipſius rei quæ debetur? Scilicet vt homine debito poſt condemnationem perempto liberetur reus qui eo ante ſententiam adeóque ante conteſtationem dummodo poſt moram defuncto non liberaretur? Iam enim ſæpiùs monuimus in ſuperioribus aliam cauſam eſſe nouationis volũtariæ, aliam iudicij accepti, quia nemo litem conteſtando facit condicionem ſuam deteriorem, ſed meliorem. *l. aliã 29. ff. de nouat.* Ex quo reſponderi etiam poteſt ad id quod Cuiacius obiicit, ſi à fure ſtipulatus ſim, quod ex cauſa cõdictionis furtiuæ dare facere oportet, nõ ſolum valere ſtipulationem, ſed etiam ita valere vt ſi poſtea citra moram ſeruus deceſſiſſe proponatur, deſinat fur teneri condictione, quaſi purgata mora per ſtipulationem. *l. ſcire debemus 29. §. vltim. ff. de verbor. obligat.* Eſt namque multo facilius vt purgetur mora præcedens per ſubſequentem ſtipulationem etiam, quod magis mirum eſt, condicionalem, & ex qua nunquam agi potuit, quàm per condemnationem vt *in l. quoties 14. §. 1. ff. de nouat.* Nunquã enim mora purgatur quin aliquid ſit quod poſſit imputari ei cui nocet purgatio, vt ex tacita ſaltem eius voluntate purgatio illa inducatur. Quid verò imputari poteſt ei qui litem conteſtatus eſt & obtinuit propter quod videatur præcedentem moram aut purgare aut purgatam eſſe voluiſſe? An debuit nunquam agere ob id ſolùm ne vnquam mora purgaretur? Addo quod fortaſſis nemo adhuc dixit, in actionibus arbitrariis fieri non poſſe vt actio aut contractus nouetur per iudicatum. Non contractus, quia nullus in iis cõtractus præcedit, ex quo agatur, ſed dantur omnes aduerſus eum qui nullomodo eſt obligatus, neq; ex cõtractu vel quaſi, neq; ex delicto vel quaſi: nec igitur conſequenter actio ipſa nouabitur, quia neq; actio vlla eſſe videtur cũ nulla ſit obligatio ante cõdemnationem. In cæteris enim actionibus dicimus nouationem fieri per iudicatum, quia poſt ſententiam incipit deberi ex iudicato quod anteà ex alia cauſa debebatur *d. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris. De pigno.* At in actionibus arbitrariis nihil omnino debetur ante condemnationem. Quænam ergo fieri nouatio poteſt? Siquidem nouatio nulla eſt quę non ſit præcedentis obligationis peremptio, & trãsfuſio in ſequentem *l. 1. ff. de noua.* Aliæ actiones in id competũt vt quod debetur, præſtetur. Ea namq; actionis in genere diffinitio eſt. Arbitrariæ a. in hoc dantur vt aliquid debere incipiat ex condemnatione is qui nihil dũ ante condemnationem debet. Nec ſanè Tribonianus rationem hanc factæ per iudicatum nouationis prætermiſiſſet ad inducendam liberationem cõdemnati mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto ſi nouationem hoc caſu fieri exiſtimaſſet. Erat enim obuia & in promptu, quanquam inepta. Sed cũ rationẽ hanc ceſſare animaduerteret, aliã excogitauit nec meliorem nec ſubtiliorem quæ à nobis refutata eſt. Dices parum referre an nouatio fiat nécne quod ad hoc de quo quærimus, ſed ſufficere vt per eum qui eſt condemnatus nulla mora intra tempora iudicati facta eſſe videatur: quod æquè accidit etiamſi facta nõ ſit nouatio, cùm antequã tempora præterierint agi ex iudicato non poſſit. Reſpõdeo ſufficere moram præcedentem hoc ipſo cõtractam re ipſa quod per vim vel metum res ablata eſt. Comparatur enim hac parte is qui vim aut metũ intulit, furi. *d. l. 1. C de eo quod met. cauſ.* fur autem ſemper moram facere intelligitur *l. in re 8. §. 1. de cond. furt.* Inſtabis rurſum, Morã illam pręcedentem poſſe purgari per condemnationẽ ſicut & purgaretur per ſtipulationem condicionalem nulla etiam facta nouatione *d. l. quoties 14. §. 1. De noua.* Sed non rectè cõparatur condemnatio ſtipulationi. Nam ſtipulatori poteſt imputari cur ab eo ſit ſtipulatus, qui moram iam contraxerat, ei a. qui egit & obtinuit nihil tale imputari poteſt vt iam diximus, adeóq. nec vnquam euenit vt mora ante condemnationem cõtracta per ſubſecutam condemnationem purgetur. Sequitur apud Tribonianum *pro eo autem qui in fugam eſt cautio ab eo extorquenda eſt quatenus & perſequatur &*

omni-

omnimodo eum reſtituat. Hîc verò manifeſtiùs inſcitiam ſuam detegit Tribonianus, qui duriorem facit cauſſam cōdemnati ſi intra iudicati tempora ſeruus per vim extortus aufugerit quàm ſi perierit. Vult enim cautionem præſtari (quomodo dicere debuerat non *extorqueri*: non enim *extorqueri* rectè dicitur quod iuſſu & autoritate iudicis præſtatur) non ſolū de ſeruo perſequendo, ſed etiā de eo omnimodo reſtituendo. Cùm tamen ſi ſeruus periiſſet, cōdemnatus hic ſi eidem Triboniano credimus ab eius reſtituendi neceſſitate liberaretur. Atqui nullo alio iuris loco reperias teneri de fuga eum qui de interitu nō tenetur, cùm eadem ratio faciat vt vtroque caſu vel teneatur ſi mora præceſſit, vel liberetur ſi mora nulla interuenit. Fateor quandiu ſeruus viuit qui debitus eſt licèt in fuga ſit, non ideo tamen ſic extinctam obligationem vt in debitoris poteſtatem reuerſus peti quandocunque non poſſit: ob ídque nec nego debere cautionem interponi etiam cùm mora nulla præceſſit quæ perpetuet obligationem. Sed tamen dico eo caſu quo ſi ſeruus periiſſet debitor omnino liberaretur, ſi tantùm in fuga ſit, non ad aliud teneri poſſe debitorem quàm vt caueat ſe eum ſeruū ſi quādo nactus fuerit reſtituturum, nō autem de eo perſequendo & omnimodo reſtituēdo *d. l. vtē ſi cū §. aliquādo*. in propoſito autē quid obſecro huiuſmodi cautione opus eſt? Nam ſi condemnatum teneri volumus de ſeruo omnimodo reſtituēdo qui auffugit licèt intra tempora iudicati, quidni admittimus potiùs vt in quadruplum condemnetur rectà, & in eo quadruplo ſimplum id eſt ipſius rei æſtimatio contineatur? Vtiq; enim nemo dixerit intereſſe actoris vt habeat cautionem potius quàm præſentem æſtimationis numerationem. At neque video quomodo caueri poſſit de ſeruo qui in fuga eſt omnimodo reſtituēdo. Quid enim ſi haberi numquam poterit? An ſemper obligatus manebit debitor? An verò inutilis in perpetuum erit cautio ſtipulatori? Aut in quod vſque tempus ea reſtitutio differetur? Nihil enim eſt apud Tribonianum ex quo poſſint iſta definiri? Quod verò Bartolus poſt Accurſium, & cæteri interpretes tentant duriorem eſſe debere condicionem condemnati propter fugam ſerui quàm propter mortem, propterea quòd fuga ſerui non etiam mors impediri potuerit, mihi probabile non videtur. Nos enim cum Triboniano caſum ilſum illum tractamus, quo ſeruus in condemnationem deductus perierit vel auffugerit ſine dolo aut culpa poſſeſſoris: quo caſu non eſt quod imputetur poſſeſſori cur non impedierit fugam. Sanè dubitationem nullam habet quod apud Tribonianum ſequitur, cautionem ab eo præſtitam qui vim intulit & condemnatus eſt, non adimere domino facultatem rei perſequendæ per actionem in rem aut ad exhibendum aut ſi qua alia competit, ita vt ſi quoquo modo rem receperit, tutus ſit exceptione is qui ex ſtipulatione conuenitur: etſi hoc quoque tam inconcinnè ſcriptum eſt vt facile ſit cuilibet Tribonianum ab Vlpiano ſecernere. Subiungit, *Hæc ſi poſt condemnationem. Si autem ante ſententiam homo ſine dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur.* Rectè, cum is ipſe conuenitur qui vim fecit, ſi enim contra tertium agatur, qui neque vim, neque dolum participauerit, conſtat liberari eum interitu hominis citra culpam & ante condemnationem contingente *d. §. aliquando*. Sed ratio quam Tribonianus ſubiicit eſt falſa cum ait. *Et hoc fit ex his verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur.* Nam perempta re antequam iudex eam reſtitui iuſſerit non magis fieri poteſt vt arbitrium iudicis vllum ſequatur de re reſtituēda, quàm vt res ipſa reſtituatur. Fatuus námque iudex fuerit, qui iubeat & arbitretur reſtitui rem quam ſciat peremptam eſſe, licèt eius æſtimatio adhuc debeatur. Ideóque protinus hoc caſu debet ad condemnationem decurrere nullo arbitrio præcedente vt in actione de dolo quæ æquè arbitraria eſt ſcribit Paulus in *l. arbitrio 18. §. 1. De dolo*. Non nego condemnari etiam re perempta eum qui vim intulit, & quidem ob eam cauſſam quòd rem ipſam non reſtituat quam certū eſt nec reſtitui poſſe. Sed nego condemnari eum ob id quod arbitrio iudicis rem non reſtituat. Sunt enim iſta longè differentia, rem non reſtituere, & arbitrio iudicis non reſtituere. Quare nec dubito quin hoc caſu poſſit is qui conuenitur euitare pœnam tripli ſi paratus ſit præſtare æſtimationem ſiue ante, ſiue poſt arbitrium iudicis: quia præſtat quod poteſt & debet qui rei ſine dolo malo ſuo adeóque ſine culpa peremptæ præſtat æſtimationem. Nec poteſt defendi quod vult Tribonianus eum teneri, ſi ſic intellexit vt non tantum ad mortui hominis precium, ſed etiam ad totum quadruplum teneatur: niſi vno illo caſu quo nec preciū præſtare velit. Propter quod proculdubio arbitrium iudicis neceſſarium eſt, nimirum vt is qui conuenitur iubeatur reſtituere non rem ipſam quæ perempta eſt ſiue ipſius dolo & culpa perierit ſiue ſuo facto, ſed rei precium, & ni reſtituat, condemnationē quadrupli patiatur: eadem enim hoc caſu arrogandæ condemnationis & coercendæ contumaciæ cauſſa ſubeſt, quæ ſubeſſet ſi res adhuc extaret. In eóque fatendum ſanè eſt differre actionem de eo quod met. cauſ. ab actione de dolo. Etſi enim vtraque arbitraria eſt, tamen ſi res dolo extorta deſierit extare, nullum ſequi debet arbitrium de ea re vel ipſius æſtimatione reſtituenda, ſed rectà decurritur ad cōdemnationem *dict. §. 1. l. arbitrio*, quia condemnatio quæ fit ex illa parte edicti non eſt pœnalis, ſed qui dolum admiſit in id tātùm quod re vera actoris intereſt condemnatur. Conſtat enim perinde intereſſe actoris qui rem ſuam dolo malo aduerſarij extortam habere amplius non poteſt, ſiue ideo habere nequeat quòd eam reſtituere aduerſarius nolit cùm poſſit quia extat, ſiue quòd non poſſit tametſi maximè velit quia non extat. Nec quod paratus ſit reus præſtare æſtimationem liberare eum debet, cùm appareat non eo minùs intereſſe actoris, qui vtique rē ſuam, quam eius precium habere mallet, neq; recuſare poteſt is qui dolum admiſit quominus præſtet actori quicquid re vera intereſt actoris. At in actione quod metus cauſſa, condemnatio pœnalis eſt ſcilicet quadrupli, in quo licèt ſimplum contineatur, tamen quicquid excedit ſimplum pœna non rei perſecutio eſt: pœnam autem infligi non oportet niſi propter contumaciam non ex eo ſolo æſtimandam quòd res non reſtituatur, ſed ex eo tantùm quòd arbitrio iudicis non reſtituatur. Arbitriū igitur omnimodo præcedere neceſſe eſt vt quadrupli condemnatio ſequi poſſit ſiue res extet ſiue non, & ſiue dolo malo aut culpa eius qui vim fecit extare deſierit, ſiue nullo dolo nullâque culpa interueniente: hac tantùm differentia quòd ſi res extet, arbitrium iudicis tale eſſe debet vt rem ipſam præciſè reſtitui iubeat. Sin ſecus, æſtimationem. Ita fit vt melioris condicionis ſit is qui vim intulit quàm qui dolum admiſit ſi res perierit ſine dolo ſuo, quia nihil niſi veram & iuſtam æſtimationem debet, ille autem etiam ſi quid præterea actoris interſit, quoniā ex contrario re extante nec reſtituta, deterioris con-

dictionis in eo eſt quòd quadruplũ præſtare cogitur, cũ is qui dolũ admiſit non niſi ad id quod actoris re vera intereſt teneatur. Etſi.a.nihil refert an dolo malo eius qui vim intulit, an ſine dolo adeóq; ſine culpa deceſſerit homo qui per vim extortus fuit, quod ad hoc vt precium præſtare teneatur, refert tamẽ cũ de quadrupli pœna irrogãda tractatur: quia cũ is qui dolo deſiit poſſidere pro poſſeſſore dãnari, & dolus pro poſſeſſione haberi debeat *l. qui dolo* 131. *De regul. iur.* æquè cõdemnandus eſt ad quadruplũ is qui dolo fecit ne hominem poſſit reſtituere, vt puta ſi eũ occiderit acſi viuum adhuc poſſideret. Et hoc vno caſu admittam facilè idem iuris ſeruandum eſſe in actione quod metus cauſſa, quod in actione de dolo ſeruati diximus, vt nullo præcedente arbitrio recta deueniatur ad eam cõdemnationem, ad quam deueniretur ſi reus arbitrio non paruiſſet, quia tametſi reus pro poſſeſſore habeatur, non eo minùs tamen certũ eſt rem ipſam quæ in rerum natura extare deſiit reſtitui non poſſe, nec niſi fruſtra & ineptè iudex rem ipſam præcisè reſtitui iuberet quam ſciret in rebus humanis ampliùs non eſſe. At neque præſtandæ æſtimationis facultatem reo facere debet quem videt pro poſſeſſore dãnari oportere. Illud ergo relinquitur vt rectà nulloq; interpoſito arbitrio irroget quadrupli condemnationem, nam & ex ea cauſſa deferret iuſiurandum in litem ſi actionis natura eam cõdemnationem pateretur, vt euenit in actionibus in rem & ad exhibendum *dict. l. qui reſtituere* 68. *De rei vindic.* Quæ enim in iis actionibus pœna eſt iuriſiurandi in litem, ea eſt quadrupli in actione quod metus cauſſa vt docuimus in præcedentibus. Cæterùm nullo caſu poteſt bona eſſe ratio illa Triboniani quæ vult ex his edicti verbis *neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur* fieri vt teneatur reus ad præſtandam ſerui ante condemnationem perempti ſolam æſtimationem. Illa namq; edicti verba non niſi ad totius quadrupli condemnationem irrogandam pertinent in odium & pœnam cõtumaciæ eius qui arbitrio iudicis parere & rẽ reſtituere recuſauit. Cui contumaciæ locus nullus relinquitur, cùm homo per vim extortus non ſolùm antè condemnationem, ſed etiam ante arbitrium, quam noſtri ridiculè primam ſententiam vocant, citra dolum poſſeſſoris deceſſit. Sanè ſi poſt arbitrium latum deceſſerit, id eſt poſtquàm reſtitui potuit ſi arbitrio paritum fuiſſet, faciunt verba edicti vt perinde reus condemnari debeat in quadruplum propter contumaciam, niſi manifeſtiſſimum ſit & indubitatum æquè penes actorem perituram rem fuiſſe: quod in dubio præſumendum non eſt, cùm potiùs credibile ſit fuiſſe actorem eam diſtracturum ſi reus arbitrio ſtatim paruiſſet. An Tribonianus eum caſum tractat quo ſeruus per vim extortus deceſſit ante condemnationem nõ adhibita ea diſtinctione, antène vel poſt arbitrium latum deceſſerit. Et verò ita eſt. Vtroque caſu tenetur reus non ad ſubeundam condemnationem quadrupli, ſed ad præſtandam æſtimationem. Illa ſcilicet ratione quæ & vera & generalis eſt cùm de ſola æſtimatione præſtanda quæritur, quòd qui vim fecit licèt non dolo deſierit poſſidere vt tanquam poſſeſſor condemnari perpetuò & indiſtinctè debeat, hoc ipſo tamen eſt in mora quod ſemel vim admiſit, non ſecus acſi furtum feciſſet, cúmq; ea mora tamdiu duret quandiu purgata non eſt per ipſius rei reſtitutionem aut aliam indemnitatis præſtationem, conſequens eſt vt ipſius rei interitu quantumcumque naturali, quaſi poſt moram contingente liberari reus non poſſit *d. l. 1. C. de eo quod met. cauſ.* quæ cùm furi comparat eum qui vim fecit, oſtendit ſatis teneri illum etiam poſt rem ſuo facto peremptam, non propter verba edicti, ſed propter moram quam furis exemplo ſemper facere intelligitur. Pergamus iam ad reliqua. *Ergo* inquit Tribon. *etſi in fuga ſit ſeruus ſine dolo malo & culpa eius eum quo agetur, cauendum eſt per iudicem vt eum perſecutus reddat.* Hic quoque mancus eſt Tribonianus. Quid enim ſi numquam recuperare ſeruum poterit, nec proinde reddere? Aut quid ſi in longius tempus ea perſecutio differatur? An interim nihil habebit actor, & ſola cautionis præſtatione reus liberabitur? Debuit igitur Tribonianus conſtituere, vt cautio interponatur de ſeruo intra certum tempus perſequendo reddendóque, ac ni intra id tempus reddatur, de præſtanda æſtimatione, niſi fortè malit actor ipſam ſtatim conſequi æſtimationem: nec enim dubito quin pro ſuo iure poſſit eam petere ſi velit, neq; cogi debeat cautionem accipere pro pecunia etiãſi nullo ipſius dolo culpáve ſeruus aufugerit: quidni enim hoc admittamus cùm etiamſi mortuus eſſet, non idcirco tamẽ reus liberaretur? Sequitur *ſed etſi non culpa ab eo, cum quo agitur aberit, ſi tamen peritura res non fuit ſi metũ nõ adhibuiſſet, tenebitur reus.* In quib. verbis obſeruãda primùm eſt elegãtia Triboniani qui hominem à reo abeſſe dicit, quem motuum dicere voluit: deinde eiuſdem Triboniani ſubtilitas in diſtinctione illa inducenda an res æquè peritura fuerit necne penes actorem. Quæ tamen diſtinctio propoſitæ diſputationi nullomodo conuenit. Nam ſiue peritura penes actorem res fuit, ſiue non, fieri nequit vt nõ teneri debeat is qui vim fecit exemplo furis, quia hoc ipſo per eũ ſtetiſſe videtur quominus reſtitueret, vt in interdicto de vi & vi armat. cuius comparatione hîc Tribonianus vtitur, Vlpianus ſcribit in *l. 1. §. rectiſſimè & ſeq.* D. *ill. tit. De vi & vi armat.* Siquidem ex ipſo tempore vis illatæ pluſquàm fruſtrator conſtitutus eſt is qui vim fecit, ſicuti Tryphoninus loquitur in *l. penultim. eod. tit.* Etſi autem videtur hac de re non ſatis conſtitiſſe inter Proculianos & Sabinianos ſi verum eſt quod de Sabino & Caſſio ex Caio proponitur in *l. ſi plures* 14 *§. ſiue autem* D. *depoſ.* tamen quod ad actionem quod metus cauſſa & interdictum vnde vi, nulla prorſus diſtinctionis ſiue diſſenſionis huius veſtigia extant in libris noſtris, non magis quàm cùm de furtiua cõdictione agitur, ſi hunc locum tollas quem tractamus, & quem Triboniani eſſe ex iis quæ hucuſq; diximus, nemo vt opinor iam negauerit. Numquam enim patiar meliorem hac parte condicionem eſſe eius qui per vim rem extorſit, quàm ſit furis condictione furtiua conuenti. Et, vt dicam liberè quod ſentio, cogit me hic locus vt ſuſpicer non minùs Caium in *d. §. ſiue autem*, quàm Vlpianum hîc à Triboniano corruptum fuiſſe, illa enim oratio valde ieiuna eſt *& ſuâ naturâ res ante rem iudicatam interciderit, veluti ſi homo mortuus fuerit.* Et quæ ſequitur ratio *vtique cùm interitura eſſet ea res etſi reſtituta eſſet actori* ineptior eſt quàm vt tantos Iureconſultos mouere potuerit. Nam etſi æquè interitura fuit penes actorem ea res quæ penes reum fato ſuo perempta fuit, potuit tamen actor eam diſtrahere priuſquàm apud ſe moreretur, atque ita precium lucrari: qua ratione paſſim cæteri prudentes mouentur vt contra moroſum debitorem etiam re poſt moram perempta indiſtinctè reſpondeant *lege item ſi verberatum* 15. *§. vltim. Digeſt. de rei vindicat. l. cum res* 47. *§. vltim. de legat.* 1. *lege cum ſeruus* 39. *alias l. apud Iulianum §. ipſius quoque rei eod. l. ſi ex legatis* 23. *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſe-*

91.§.*ſequitur & §.vltim.de verb.obligat.* Mouet me præterea nō parum, quod in *d.l.ſi plures*, ablatiui illi abſoluti in fine prioris ſententiæ poſiti *cautela idonea reddenda* Triboniani haud dubiè ſunt, ſi quid aliud in toto iure noſtro Triboniani eſt. Sicut & in *dict.l.item ſi verberatum §.vlt.* tota illa clauſula *ſi fortè diſtracturus erat petitor ſi accepiſſet*. Sequitur enim, *nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet & precium eſſet lucratus*. Quæ ratio eadē erit cū dicto ſi admittas præcedentia illa *ſi fortè diſtracturus erat petitor ſi accepiſſet*, vt taceam non niſi ineptè conditionem illam adiici poſſe *ſi fortè diſtracturus erat*. Facta enim contra moroſum interpretatione credendus eſt petitor diſtracturus fuiſſe, ſi rem ſuam aut ſibi debitam accepiſſet, quia & diſtrahere potuiſſet. Niſi is qui moram contraxit probet fortaſſe, tam citò poſt moram periiſſe rem petitam vt medium tempus nullum aut non ſatis idoneum interceſſerit ad eam diſtrahendam, vt in eo caſu quem Vlpianus tractat in *l. ſi alius 7.§.eſt & alia D. quod vi aut clam*, & Paulus ad Labeonem in *lege vltim.§.ſi ea cōditione D.ad leg. Rhod.de iact.* Quod tamen vix eſt vt eueniat in ſpecie *dict. §. ſiue autem*, id eſt quando depoſitarius non ſolùm in mora per interpellationem cōſtitutus, ſed etiam ſecum litem conteſtari paſſus eſt, quantumcumque temporis interuallum interceſſerit dum ne res iudicata ſit, habent enim & initia & media iudiciorum tractum temporis, vt nemo neſcit. Quòd ſi qua actio eſt in qua ſeueriùs agi ęquum ſit contra moroſum debitorem, difficile ſanè eſt vt improbo & perfido depoſitario parcendum ſit, cuius in cæteris ferè omnibus durior cauſſa eſſe ſolet ſiue depoſitum neget, ſiue depoſiti quod fatetur reſtitutionem recuſet. Itaque ſi Caij ſententiam illam incorruptam eſſe velis, dicam Sabini, & Caſſij opinionem eo loco referri duntaxat nō etiam probari quæ tot aliis iuris noſtri locis manifeſtiſſimè improbatur. Neq; enim id in libris noſtris nouum eſt vt docuimus *lib.2.cap.8.* Alius ſanè longéque diuerſus caſus eſt ille quem Paulus tractat in *l.ſi is 56.in prin.de iur.dot.* vbi agitur de mora per maritum contracta non in reſtituenda dote ſed in exigenda. Apparet tamen ex *d.§.ſiue autem*, parum ſubtiliter facere Iacobum Cuiacium, qui in huius loci interpretatione ſcribit, diſtinctionem hanc vtrū æquè res peritura fuerit penes actorem an non, ad eum caſum pertinere quo res perierit intra tempora actionis iudicati. Illa namq; verba quæ iā retulimus *ſi res ſua natura ante rem iudicatam perierit* an non oſtendunt apertiſſimè nullū poſt rē iudicatā diſtinctioni huic locū ſupereſſe? Niſi fortè dicas ita ſcriptū eſſe fauore cōdemnati quaſi melior eius cōdicio eſſe debeat poſt cōdēnationē propter illā nouationē quæ ex iudicato inducitur. Sed iam probauimus in ſuperioribus fieri nō poſſe vt mora purgetur per condemnationem, aut vt nouatio fiat per ſententiā in actione arbitraria ex qua nihil omnino ante ſententiam debetur. Idem Cuiacius malè hunc locum emēdat vt detracta negatione ſic legat *ſed & ſi culpa ab eo quo cū agitur aberit*. Adeóq; refellitur ea ipſa ratione qua mouetur. Nam ſi in culpa ſit reus, inquit, hoc ſolo rei præſtationi ſatis ſubiicitur, neq; id inſuper exigendum eſt vt res peritura non fuerit apud dominum. Et rectè. Et tamē hoc ipſum inſuper exigunt ſequentia illa in quibus nihil ipſe emendat *ſi tamen peritura res non fuit*. Sic enim fit vt in contrarium caſum, id eſt ſi æquè peritura res fuit, lex noſit teneri reum, quem tamen abſurdum eſſet non teneri ſi in culpa fuiſſet, quia culpa plus quàm mora eſt, præſertim cùm accedit ad moram iam contractam.

Sed & verba illa, *ſed etſi non culpa eius, &c.* oſtendunt tractari de caſu magis dubitabili, multò autem difficilius eſt vt teneatur reus qui in culpa nō eſt, quàm qui eſt. At retenta negatione quam retineri debere probauimus, inſulſam repetitionem inducis, cùm is ipſe caſus non modò præcedentibus, ſed etiam proximis verbis comprehenſus ſit. Cuius abſurdi euitandi gratia mirum eſt quantopere ſe Accurſius, Bartolus cæteriq; interpretes omnes exerceant, nec hilum tamen proficiant. Mihi verò abſurdum non videtur aut inſolitum inſulſam à Triboniano repetitionē factam fuiſſe, cui ſcilicet nihil eſt tā familiare. Quod verò iidē interpretes Ioānem ſecuti tradūt in actione quod metus cauſſa ſingulare ius eſſe vt adhibenda ſit illa diſtinctio an res æque peritura fuerit penes actorem, necne, quòd, inquiunt, actio hæc dānum exigat nō etiam cæteræ, mihi nullo modo probabile videtur: Quid enim rogo intereſt quod ad dānū pertinet an per vim quid extorſeris an eripueris? Intereſt ſanè in modo damni dandi, quia qui vim intulit cùm poſſeſſionem à me ſit cōſecutus & vt Accurſius loquitur, habeat meam voluntatem licèt coactam, fur nō eſt, qui autem vi rapuit fur eſt & quidem improbior vt ex Iuliano ſubiicitur in §. ſeq. Sed damnum datum vtroque caſu par & æquale eſt, quia vtroq; caſu rem alienam is nanciſcitur, qui nanciſcendi ius non habet, adeóq; ſibi eam ipſo iure acquirit is qui per vim extorquet venditionem. Quidni ergo admittemus indiſtinctè teneri eum qui vim intulit perinde ac raptorem? Nam de raptore nō eſt qui dubitet quin teneatur omnimodo, id eſt ſiue peritura res fuit penes actorem, ſiue non fuit. Sed & in interdicto vnde vi, quod conſtat concurrere cum actione quod metus cauſſa *l.extat 9.eo.* placet interpretibus ei diſtinctioni locum non eſſe ex *d.l.1.§.rectiſſimè & l.penult ſi.tit. De vi & vi armat.* Cur ergo in actione quod metus cauſſa diuerſum ſeruabimus? Eandem enim & actionis huius & interdicti illius rationem eſſe Tribonianus diſertis verbis profitetur. Nam quod addunt in interdicto vnde vi damnum non exigi, falſum eſt, cùm nō alij competat interdictum quàm ei qui de poſſeſſione deiectus in eáque damnum paſſus eſt, vnde & recuperandæ poſſeſſionis interdictum appellatur *d.l.1. §.1. §. ſiue autem §.eum qui & paſſ.eod.* Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt nec illud commodè explicari poſſe quod Tribonianus ſubiicit idem in interdicto vnde vi obſeruari, quod in actione de eo quod metus cauſſa obſeruandum eſſe dixerat. Sanè Accurſius & Bartolus nō poſſunt ſe euoluere, fatenturque ingenuè longè diſſimilem eſſe huius actionis & illius interdicti rationem, nulla tamen diſſimilitudinis bona reddita ratione. Cuiacius verò ſic eludit ſuauiter, vt dicat alios locos ex hoc interpretandos eſſe, vt eadem in interdicto quę in hac actione diſtinctio adhibeatur, vtrum æquè res peritura fuerit penes actorem, necne: quod tamen nullo alio iuris loco ſcriptum eſſe non diffitetur. Quaſi verò non illud etiam in contrarium apertiſſimè proditum ſit, eum qui ex cauſſa interdicti vnde vi conuenitur omnimodo condemnari debere etiam poſt rem peremptam, quia per eum ſteterit ne res tunc reſtituta ſit cùm reſtitui potuit, id eſt priùs quàm periret, quandoquidem nec de reſtitutione quærendum nunc eſſet ſi res vi ablata non fuiſſet *d.l.1.§.rectiſſimè & §.pen.ill.tit.* Sed illud multò difficilius eſt ad explicandum quod Tribonianus idem iuris eſſe vult non ſolùm in interdicto vnde vi, ſed etiā in interdicto quod vi aut clam. Nam cùm interdictū hoc quod vi aut clam non niſi ad opera pertineat, &

quidem ad ea ſola quæ fiunt in ſolo *l.1.§. hoc interdictũ ad ea D. quod vi aut clam.* difficile videtur, imò prorſus ἀδύνατον reperiri caſum in quo tractari poſſit an qui vi aut clam opus fecit teneri debeat de re citra culpam ſuam perempta. In interdicto vnde vi facilè caſus occurrit. Etſi enim ad res mobiles interdictum illud non pertinet, ſi tamen aliquæ res eiuſmodi fuerint in fundo vel ædibus vnde quis vi deiectus eſt, etiam earum nomine interdictum competere non eſt ambigendum *l.1.§. illud vtique De vi & vi armat.* At cùm vi aut clam quid factum eſt nihil tale tractari poteſt. Et ridiculus eſt Accurſius qui exemplum adfert, ſi in ſolo tuo vi aut clam ædificaui, & hoc ſine culpa mea chaſmate periit, vt hoc etiam caſu tenear ad id quod tua intereſt ex *l. competit.16.§.1.& vlt. D. quod vi aut clam.* Cùm enim interdictum illud ſit reſtitutorium vt ait *l.1. eod.* & verba ipſa edicti demonſtrant, apparet non poſſe interdicto locum eſſe ſi nihil amplius ſit, quod reſtituatur. Probabilius fortaſſe quis exemplum ſumpſerit ex *d. l. ſi alius 7. §. belliſſimè eod.* ſi ædes à te ædificatas ego vi aut clam demolitus fuero. Nam ex hoc caſu tibi contra me interdictum competere Vlpianus eo loco ſcribit: quamuis addat profuturã mihi exceptionem ſi tu priùs vi aut clam ædificaueras. Finge in iis ædibus quas ego demolitus ſum, fuiſſe quaſdam res mobiles quæ poſteà fato ſuo perierint ſiue ante, ſiue poſt redditum interdictum. Non dubitatur quin earum quoque nomine interdicto teneri debeam vt euenire diximus in interdicto vnde vi. Poteſt autem perinde quæri an res illę mobiles æquè perituræ fuerint penes te an non. Sed vereor ne hoc exemplum nec ſatis accõmodatum ſit. Nam ſi eo tempore quo ædes demolitus ſum, res illæ mobiles quæ in iis fuerunt ruina perierint, quo caſu fateor earũ æſtimationem per interdictum peti poſſe, apparet non fuiſſe illas æquè perituras ſi nihil ego vi aut clam feciſſem. Quòd ſi demolitis ædibus res illæ ad me peruenerunt, non puto de iis mecum agi eo interdicto poſſe, quia non propter demolitionem ad me peruenerũt, ſed quia demolitis ædibus eas rapui: proinde vel furti, vel vi bonorum raptorum agere earum nomine debes, non quod vi aut clam. Quæ ſi ita ſunt tãto manifeſtior ſit inſcitia Triboniani, qui quod in actione quod metus cauſſa & interdicto vnde vi inepte cõſtituerat idem in interdicto quod vi aut clam ſeruandum eſſe ineptiùs ſubiecerit, ſanè totam illam clauſulam quæ ad finem *d.§. belliſſimè* addita eſt, *quod non aliter procedere debet niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſſa; alioquin hæc omnia officio iudicis celebrare oportet* Triboniani eſſe non Vlpiani, nemo vt puto non videt, & nos iam indicauimus lib. 12. cap. 17. Conſtat autem ex ſuperioribus luculentiſſimè quã improbabilis & inanis ſit ea loci huius interpretatio quæ à Iacobo Cuiacio prolata eſt, quámq; ille adeò luculentam eſſe gloriatur. De Accurſij gloſſis & Bartoli aliorúmque commentariis plura hic dicere nihil attinet. Videbunt quibus legendi ocium erit quàm parum illi in tota hac quæſtione viderint, neq; vel breuiùs vel diſtinctiùs iſtas Triboniani nugas chimericas à nobis detegi refelliq; potuiſſe: etſi cùm hæc ſcriberemus, ocij penuria valde laborabamus. Quod autem Tribonianus concludit, *itaque interdum hominis mortui precium recipit, qui eum vẽditurus fuit ſi vim paſſus nõ eſſet,* ſicut infertur ex precedentibus ita eodem vicio laborat. Debuerat enim dicere ſemper non interdum teneri eum qui vim intulit vt precium præſtet ſi rẽ ipſam ob id quòd extare deſiit præſtare non poſſit, & quidẽ quandocumq; & quomodocumq; res illa perẽpta ſit, id eſt ſiue ante, ſiue poſt condemnationem, & ſiue dolus culpáve interuenerit eius qui vim intulit, ſiue non. Sed & ſecum pugnat Tribonianus cùm tractãs de actore qui hominem venditurus fuit ſi vim paſſus non eſſet, ait tamen nõ niſi interdum poſſe eum reperere mortui hominis æſtimationem. Fatendum enim eſt hũc ſaltem poſſe ſemper reperere, quoniã apparet nõ fuiſſe penes eum rem æquè perituram hoc ipſo quod ponimus diſtracturum illum fuiſſe. Video certè Triboniani ſententiam illam eſſe vt interdum actor ſerui mortui preciũ recipiat, id eſt vno illo caſu quo venditurus eum fuit ſi vim paſſus nõ eſſet. Sed ſi ita ſenſit, cur non ita ſcripſit? Vel hoc maximè probat Triboniani eſſe totum hunc locum, non Vlpiani, cuius oratio ſibi ſemper conſtans tota dilucida eſt & ornata.

In interdictis numquam in litem iurari poſſe.

CAPVT XX.

NON obſcura eſt iuris ratio quæ probat quod nos hoc capite cõtra Tribonianũ potiùs quàm contra interpretes probandum ſuſcipimus, in interdictis iurari in litem numquam poſſe. Certiſſimum enim eſt non niſi de poſſeſſione interdicto agi, nullúmque interdictum eſſe quod ad proprietatis quæſtionem pertineat: Sed ſunt omnia aut adipiſcendæ poſſeſſionis, aut retinendæ, aut recuperãdæ, in eamque rẽ aut prohibitoria, aut exhibitoria, aut reſtitutoria. Vnde fit vt quãuis edicti verba vt plurimũ ſic cõcepta ſint, vt qui interdicto tenetur cõdẽnari debeat *quãti res eſt* relata condẽnationis ſumma ad rei ipſius æſtimationem, præſertim verò in interdictis illis frequentioribus vnde vi, & vti poſſidetis *l. in interdicto 6. Digeſt. vnde vi. l.1. D. vti poſſid.* id tamen ad ſolius poſſeſſionis cauſſam referri debeat, ita vt inſpiciatur duntaxat quanti interſit actoris habere poſſeſſionem. In eóque meritò notata & reprehenſa eſt Seruij ſententia æſtimantis tanti poſſeſſionem æſtimandam quanti res ipſa eſſet. Longè enim aliud eſt rei precium, aliud poſſeſſionis, vt eleganter contra Seruium Vlpianus diſputat in *leg. tertia §. vltim. eodem titul. vti poſſid.* Cui conuenit Paulus in *d. l. in interdicto*, cùm ait in interdicto vnde vi tanti faciendam eſſe condemnationem quanti interſit poſſidere: ideóque poſſe id interdum pluris eſſe quàm quãti re vera res ſit, veluti cùm quæſtionis habendæ aut rei probãdæ, aut hereditatis gratia intereſt actoris ſeruum à ſe poſſideri. Denique nulla edicti prætorij de interdictis pars eſt, quæ non det actionem in id quod intereſt vt ex omnium interdictorum enumeratione & inſpectione ſciri probarique facile poteſt. Hoc verò cùm ita ſit, conſequens eſt vt ex interdicto numquam iurari in litem poſſit, nam vt in ſuperioribus ſæpiùs à nobis dictum & inculcatum eſt, ſunt iſta non modò diuerſa ſed etiam pugnantia, condemnari quem in id quod intereſt actoris, & condemnari quanti actor in litem iurauerit *l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindicat. l. tutor. 8. ff. de in lit. iurand. l. nõ à iudice 64. ff. de iudic.* Sed & docuimus iuriſiurandi in litẽ indulgendi rationem aliam nõ eſſe quàm quòd iniquum ſit cogi dominum re ſua carere, & eam iuſto precio vẽdere *l. ſi filiofamilias 25. §. 1. ff. ſolut. matr. l. non enim 9. ff. rer. amot. & d. l. tutor.* Ideóque per iuſiurandum non æſtimari rem pluris quàm re vera ſit, ſed præter ipſam rem æſtimari quoque cõtumaciam poſſeſſoris atque ita creſcere condemnationem vt ait *l.1. eod. tit. De in lit. iur.* Quoties igitur non de dominio tractatur, ſed de ſola poſſeſſione, vt in interdictis

terdictis omnib. fieri diximus, nulla ratio eſt propter quam permitti debeat actori vt in litem iuret, ſatiſque ei conſultum eſt quod conſequi poſſit quanti ſua intereſſe probauerit. Nam neque pœna illa iuriſiurandi in litem facilè vnquam infligenda eſt, ſed tunc duntaxat cùm mera iuris neceſſitas eò iudicem vel inuitum adigit, vt aliud nihil conſtituere poſſit *l. vl. D. eod.* Quæ iuris neceſſitas numquam ſubeſt, cùm interdictum exercetur. Singulis enim interdictis ſi quid ſecus quàm oporteat factum ſit, pœna ſua conſtituta eſt, ea ſcilicet quam diximus, vt in id omne quod actoris intereſt reus condemnetur. Proinde numquam permittendum eſt actori, vt petat ſupra quàm ſua interſit. Qua ratione auſim dicere nō modò in interdictis, ſed in aliis etiam actionibus omnibus prætoriis quotquot ſunt excepta Publiciana generaliter obſeruandum eſſe vt condemnationem iuriſiurandi in litem numquam admittāt, quia nec ſolet prætor nouam actiònem inducere quin ſimul exprimat & qua de cauſſa & ad quid dari eam velit, nūquam autem edicti verba ſic concepta eſſe reperias, vt in litem iurandi licentia actori concedatur. Sicut nec ciuilis vlla actio eſt ex iis quæ legitimam certámq; pœnam habent in qua iurare liceat, tametſi in dolo maximè ſit is qui conuenitur, vt cernere eſt in actione legis Aquiliæ, vi bonorum raptorū & ſimilibus. Excipio quod ad prætorias attinet, publicianā, in qua non dubito quin iurare liceat, haud ſecus quā in directa & ciuili rei vindicatione, quia eam prætor introduxit ad exemplum, & vt ita dicam in ſubſidiū vindicationis deficiente iuris ciuilis ratione *§. nāque Inſt. de act.* Ob idq; dicitur ad proprietatem reſpicere non ad poſſeſſionem cùm eo colore detur quaſi iā vſucapionem compleuerit is, qui nondum cōpleuit. *l. ſed etſi res 7. alias l. eum qui §. publiciana actio D. de publician.* eadémq; omnia in publiciana actione obtinent quæ in vindicatione *§. in publiciana ead. leg.* Hincq; fortiſſimum argumentū ſumi poteſt ad confirmandum id quod in præcedētibus diſputauimus, neq; in actione hypothecaria, neq; in actione quod metus cauſſa, neq; rursū in actione de dolo fieri poſſe vt actori liceat in litem iurare. Sūt enim actiones illæ omnes prætoriæ, ſuáſq; leges & condiciones habent ex edicto prætoris, qui tamen in iis proponendis nullā iuriſiurandi mentionem fecit, quare ad rem nō pertinebit ſi quis obiiciat fieri poſſe vt in interdictis quoq; dominij ratio nonnumquam habenda ſit, vt puta ſi propter opus quod vi aut clam factum eſt, ſeruitutes amittantur, vel vſusfructus intereat *l. ſemper 15. §. ergo nonnunquam D. quod vi aut clam*, aut ſi in fundo vel in ædibus vnde quis vi deiectus eſt aliquæ fuerint res mobiles, quarum etiam nomine interdictum reddi oporteat *l. 1. §. illud vtique D. de vi & vi armat.* Nam perinde actiones illæ quod metus cauſſa & de dolo competunt ratione dominij, ſi dominium fortè per vim aut dolo malo extortum ſit, nec ob id tamen ex ea cauſſa in litem iurare licet, ſed pœnæ illæ perſequendæ quas prætor induxit, nimirum quadrupli ex edicto de eo quod met. cauſ. & eius quod re vera intereſt ex edicto De dolo. Etſi in eo diſſimilis interdictorum ratio eſt, quòd ſi quādo in illis dominij ratio habenda eſt, id tamen nō principaliter fit, ſed tantùm in conſequentiam, nec in iis de dominio vnquam cōtenditur, ſed tantùm de poſſeſſione. Sicut autē in toto titulo Quod metus cauſſa prorſus nulla iuriſiurandi in litem mentio fit, nec ſimiliter in tit. *De dolo*, ſi vnum illum locum tollas quem nos Triboniani eſſe iam probauimus in *l. arbitrio 18. in princip. De dolo.* Ita neque vllibi reperias Agenti interdicto deferendum eſſe hoc iuſiurandū, ſi excipias quod apud Vlpianum in *d. l. ſemper § ſed quod intereſt*, in hæc verba ſcriptum legimus, *ſed quod intereſt aut per iuſiurandum in litem quod actor iurauerit, aut ſi iurare non poſſit iudicis officio æſtimandum eſt.* At facile eſt meo iudicio Triboniani manum illo etiam loco ſi quo alio vnquam vllo agnoſcere. Non enim latina phraſis illa eſt *iuſiurandum quod in litē actor iurauerit*, ſed Hebraica potius, vt in excellentiſſimo illo Zachariæ cāntico *iuſiurandum quod iurauit ad Abraham patrem noſtrum* ſi ſacra profanis miſcere licet. Deinde quis vnquā prudentū ſic locutus eſt vt iudex æſtimare debeat quod actoris intereſt per ipſius iuſiurandum in litem ſi actor iurare poſſit, aut ſi iurare non poſſit officio iudicis, eam æſtimationem fieri debere? Imo verò quoties æſtimatio per iudicem fieri poteſt, numquā prudentes patiuntur fieri eam per iuſiurandum actoris, ſed ita demùm ſi aliter rem æſtimare iudex nōn poſſit, vt cùm res ampliùs non extat *l. in actionibus §. planè de in lit. iur.* Atquin idem Vlp. paullo ante, id eſt in §. hoc interdicto dixerat eo interdicto, quod vi aut clam tanti litem æſtimari quanti actoris intereſt id opus factum non eſſe, officióque iudicis ita reſtitutionem fieri oportere vt in omni cauſſa eadem ſit cōdicio actoris quæ eſſet futura, ſi id opus dè quo actum eſt, neque vi, neq; clam factum eſſet. Quibus verbis quid apertius dici potuit ad excludēdum iuſiurandum in litem? Neque enim fieri poteſt vt iuſiurandum deferatur, quin iurantis adfectioni indulgeatur, tùm etiam cùm neque dolus neque contumacia vlla eſt quæ veniat in æſtimationem. Prætor autem non ſicut id agit vt damnum nullum is ſentiat in cuius necem aliquid vi aut clam factum eſt, ita videri etiam poteſt id agere vt ex opere vi aut clam facto lucrum aliquod ſibi acquirat. Alioqui non ad id quod actoris intereſſet daretur interdictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet, quod nūquam fit. Et ſanè ſi quod eſſet interdicti genus in quo iurare permitti deberet, in eo maximè iuraretur quod cōpetit de vi & vi armat. Eſt enim illud tanto fauorabilius cæteris, quanto odioſior res eſt deiici quem per vim de ſua poſſeſſione, vt facilè coniici poteſt ex Zenoniana illa conſtitutione quæ ad hoc duntaxat interdicti genus, non etiam ad cætera accommodatum voluit iuſiurandum illud, quod aduerſus iuris veteris rationem induxit non tantùm ad ineundam rerum per vim ablatarū æſtimationem, ſed ad probandam quoque earum quantitatem *l. ſi quando 9. C. vnde vi.* At verò nullus in toto illo titulo Digeſtorum vnde vi aut alia Pandectarum parte locus eſt quo probari poſſit aduerſus eum qui te de fundo tuo per vim deiecerit permittendum tibi eſſe vt in litem iures: cur ergo potius ei permittetur in cuius ſolo alius vi aut clam quid fecerit? Quibus conſequēter fatendum eſt non poſſe ex iuris ratione defendi aut verum eſſe quod in fine *dictæ l. qui reſtituere* ſcriptum eſt, ſententiam illius legis quæ in litem iurādi facultatem præbet actori ſi dolo malo aduerſarij res non reſtituatur, ad interdicta quoque pertinere ex quibus non reſtituitur quod reſtitui iubetur. Id enim ſi quo caſu verum eſſet ad interdictum vnde vi maximè pertineret quo id agitur vt erepta poſſeſſio reſtituatur. Nam licèt interdictum quoque quod vi aut clam reſtitutorium dicatur *l. 1. §. 1. ill. tit. quod vi aut clam*, alio tamen ſenſu id dicitur, nimirum vt res in eum ſtatum reducatur in quo erat prinſquàm opus factum eſſet, non etiam vt qui vi aut clam fecit, aliquid actori reſtituere iubeatur.

Quod ſi admittas, de quo nec puto dubitandũ, Triboniani eſſe non Vlpiani quod in *d. l. qui reſtituere* præſertim de interdictis & arbitrariis in perſonam actionibus, non erit difficile perſuadere, ab eodem Triboniano additum eſſe verſiculum illum quẽ nos delemus in *d. l. ſemper §. ergo nonnunquam D. quod vi aut clam.* Illud verò longè ineptius eſt vt quod de poſſeſſione per manum militarem trãsferenda proditũ eſt in *d. l. qui reſtituere* ad interdicta quoq; accommodetur. Interdictorum enim ius ordinarium eſt, & poteſtatis & manus militaris extraordinariũ, vt ideo Vlpian. noſter eleganter tractat in *l. 1. §. 2. D. ſi vent. nomin. mulier. in poſſ. miſſ.* vbi ait quod prætor adiecit eum qui per dolum venit in poſſeſſionem decedere cogendum ſic accipi debere vt cogat eum decedere nõ prætoria poteſtate vel manu miniſtrorum, ſed meliùs & ciuiliùs facturũ ſi eum per interdictum ad ius ordinarium remiſerit. Extra ordinem enim fit quod per manum miniſtrorum fit *l. vlt. §. vlt. D. de eo quod met. cauſſ.* Vnde illud eſt quod ſcriptum legimus in *l. vlt. D. de iudic.* Solere quidem magiſtratus populi Romani viatorem interdum loco arbitri dare ad exequendum iudicatum *l. ſi pignora ſi. D. de euict.* ſed tamen id quod minùs ciuile ſit & extra ordinem fiat non niſi perrarò & ita ſi res vrgeat fieri debere. Obſtat tamen quod ex eodem Vlpiano traditur in *l. 3. in princip. D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.* Si quis miſſus in poſſeſſionem fideicommiſſi ſeruandi cauſſa non admittatur, poteſtate eius inducendum eum eſſe in poſſeſſionem qui eum admittit. Sed reſponderi poteſt faciliùs id permittendum quàm vt poſſeſſio quę penes alium ſit ab eo per manum militarem transferatur, quod fieri ſanè non poteſt citra vim & impreſſionem, quæ non ſimiliter fit cùm quis in poſſeſſionem mittitur, licet ab alio admitti prohibeatur. Quanquam & hoc caſu melius eſſe agere interdicto & citra manus militaris interuentum fatetur ſatis idem Vlpianus, cùm ſubi cit *aut ſi quis volet vti interdicto conſequens erit dicere interdictum locũ habere*, vt intelligamus cùm interdicto locus eſt, manum militarem adhiberi nõ oportere. Ex quo infero Triboniani quoque eſſe quod ſtatim ſequitur *ſed melius erit dicere, extra ordinem ipſos iure ſuæ poteſtatis exequi oportere decretũ ſuum, nonnumquam etiam per manum militarem.* Quid enim attinebat clauſulam hanc adiicere cùm iam Vlpianus ſcripſiſſet poteſtate prętoris mitti poſſe in poſſeſſionem eum qui non admittitur? Nimirum meminerat tùm Tribonianus eius ſententiæ quam Vlpiano adſcripſerat in *d. l. qui reſtituere.* Memor etiam eius quod dici ſolet, mendacem memorem eſſe oportere. Cæterũ vnus ille locus probat maximè quod volumus, & cõtra quàm ſcriptum ſit in *d. l. qui reſtituere*, cùm interdicto agitur nihil extra ordinem & manu militari faciendum eſſe, ſed omnia iure ordinario, ſolitóque iudiciorum ordine peragi & expediri oportere.

AMPLIS-

AMPLISS. ET SAPIENTISS. VIRO D. DOMINICO BELLO SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CANCELLARIO,

ANTONIVS FABER S. P. D.

PVdebat me iam hoc fere integro biennio ſiluiſſe, nec aliquid quod ad iuriſprudentiam noſtram ornandam pertineret, in publicum edidiſſe, cùm ad me allatum eſt, de tua, ſapientiſſime Cancellarie, ad præcelſum iſtius dignitatis faſtigium promotione. Nunc verò pudet magis, quòd in tanta optimorum, eruditiſſimorúmque omnium gratulatione, quanta præſtantiſſimis virtutibus & honorib. tuis ab omnibus debeatur, nihil dum habeo, quod tibi, cui multis de cauſis præcipuo quodam iure deuinctum me ſentio, pro teſtanda ſingulari mea erga te obſeruantia publice priuatímve offerre ſatis poſſim. Illa enim Chiliadis noſtræ ſecunda pars, quã à pleriſque, quibus prima non diſplicuit, auidiſſimè expectari vndique audio, & quam in tuo nomine apparere maxime cupiebam, ne adhuc abſolui potuerit, multa prohibuerunt. Inter cætera verò, grauiſſima valetudo, quæ me, ex quo ferè tempore ſum in Italia, male habuit, & ex qua vixdum bene conualui. Deinde quod quicquid operæ, laboríſque in hæc ſtudia noſtra inuitis medicis quaſi furtim conferre licuit, aut potius ſuprà quàm liceret, libuit, totum id neceſſariò conſumendum fuit in tractanda ex ſcripto, & pro dignitate ea lite, quam ab illuſtriſſima & excellentiſſima D. Anna Eſtenſi Gebennenſium, Namurci, Carnutumque Duciſſia contra ſereniſs. Mutinæ Ducem Cæſarem Eſtenſem, Romæ inſtitutam de vniuerſa Alfonſi vltimi Ferrariæ Ducis hereditate, fideique & diligentiæ meæ, ne dicam induſtriæ, quæ nulla eſt, commiſſam eſſe non ignoras. Quam in rem, quãtum eniti ac inſudare me oportuerit in ipſis etiam conualeſcentiæ primordiis, faciam aliquando vt conſtare poſſit ex iis ſcriptis, quæ poſt obtentam, quod ſpero, litis victoriam, in lucem daturus ſum, ac in volumen iuſtæ magnitudinis collaturus, vel ob hoc maximè, ne quis nos aut aliquam in ocio vel minimo ignauiam ex occaſione morbi captaſſe putet, aut, quod eſſet fœdius, in ſumma ocij abundantia fuiſſe penitus ocioſos. Quanquam nec nobis temperare potuimus ex quo primùm die Romam venimus, quin ipſius vrbis nomine atque amplitudine inuitati cœperimus cogitare de Romano iure amplificando magiſque ac magis illuſtrando (ſi quid tamen tale eſt, quod à nobis proficiſci præſtarive queat) magnum planè ingenſq. opus adgreſſi à multis antehac tentatum, à nemine, vt puto, exactum, at ne quidem fortaſsis bene inchoatum de tota iuriſprudentia in nouam veteris ſcientiæ formã redigenda. Quo demum opere abſoluto, ſi tantum vitæ, feliciorisq; ingenij largietur Deus Opt. Max. quãtum ad abſoluendum neceſſe eſt, non recuſabo quominus de iuriſprudentia ipſa, nedum de iuris noſtri ſtudioſis omnibus bene meritus videri velim. Sed quoniam magis vrgent, quæ iam inde ab aliquot annis præſtare promiſimus, ratioq; ipſa poſtulat, vt in diſſoluendis obligationibus, ab iis incipiatur, quæ & cauſa & tempore ſunt antiquiores, dum aliquid expecto, quod meam de Codicis Sabaudici editionẽ cunctationem perimat, hos Coniecturarum meárum libros duos ex quatuor nouiſsimis qui pro coronide expectantur, quanta facere potui celeritate ac diligentia concinnatos, nunc præſto, tibique vni, vir ampliſsime, offero, dico, conſecro. Non ob id ſolùm vt de tuæ dignitatis acceſsione toti reipublicæ mihique potiùs quàm tibi peropportunè gratulentur, ſed etiam, vt, quod iampridem geſtio, extet aliquod publicè nec obſcurum, nec oculis tuis, ſi me, quod facis, amas, ingratum, vtinam & perpetuum perpetuæ meæ in te & obſeruantiæ & gratitudinis monumentum. Bene vale, vir ampliſsime, & nobis boniſque omnibus diu felix viue. Dat. Romæ 4. Id. Decembr. 1599.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus ſeptimus.

Explicatio l.1.C.de inoffic.teſtam.l.2.C.de petit.hered.l filium 20.§.ſed quemadmodum de bon.poſſ.contr.tab.

CAPVT I.

CONSTITVTIONEM hanc omnium quæ in toto Codice ſcriptæ ſunt difficillimam, & obſcuriſſimam ſibi videri ſcribit Antonius Goueanus *lib.1. var.lect.c.5.* cui tamen vix quicquam in toto iure noſtro difficile ac obſcurum videri potuiſſe crederem, ſi non is ipſe adfirmaret. Sed illud magis mirandum eſt tantum Iureconſultum in ea tot verbis & paginis contra morem ſuum interpretanda, non ſolum maximè laboraſſe, ſed etiam apertis oculis cæcutiiſſe, ſicut & cæteros omnes iuris noſtri interpretes, niſi tamen nos ipſi potiùs cæcutimus, qui ab omnibus non vltro ſanè, ſed libenter tamen, cogente ratione diſſentimus. Conſtitutionis verba hæc ſunt; *Cùm de inofficioſo matris ſuæ teſtamento filius dicere velis aduerſus eum, qui ex cauſa fideicommiſſi hereditatem tenet, non eſt iniquum hoc ei accommodari, vt perinde fideicommiſſarius teneat ac ſi pro herede aut poſſeſſore poſſideret.* Nos ſingulas ſingulorum ſententias & referemus poſtea & refellemus, Noſtram primùm, & quidem paucis verbis, ſed tamen vt ſolemus apertiſſimè proponemus, vt qui eam probabunt, dubitare non poſſint falſas eſſe cęteras omnes, vel hoc ſolo q̃ à noſtra ſint omnino alienæ. Dubitandi rationem, vt hinc exordiamur, non aliam fuiſſe arbitror, quàm quòd querela inofficioſi teſtamenti de qua & in hac lege, & in toto titulo agitur, nõ ſoleat, neq; poſſit dari niſi contra heredem adeóq; poſt aditam hereditatem, *l. Papinianus 8.§.ſi conditioni.ff.eod.* (in quo vt ſæpius monuimus, differt illa à bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ ideo dicitur dari contra lignũ, quia datur etiamſi nulluſdum heres ſit, & ante aditionem hereditatis, *l.quod vulgo 19.ff.de bon.poſſ.contr.tab.*) vt rupto per querelam teſtamento, atq; ita teſtatore inteſtati exitum faciente, condemnetur heres, tanquam qui non niſi pro herede habeat hereditatem, cùm deſierit eſſe heres. Nec enim fieri poteſt vt maneat heres ex eo teſtamento quod ſemel ruptũ fuit, *l.mater 16.l.circa 24.& paſſ.ff.de inoff.teſt.* Nec quod dici ſolet, eum qui ſemel heres extiterit ſemper heredem manere, *l.aut prætor 7.§.ſed quod Papin.ff. de minor.l.ei qui ſoluendo 88.ff.de here.inſt.l.ex facto 43. §.vlt.ff.de vulg.& pup.ſubſt.* pertinere poteſt ad hunc caſum, in quo tandem rupto teſtamento apparet ex poſtfacto nunquam ex eo vtiliter adiri hereditatem potuiſſe, cùm ex quo ruptum eſt in ea cauſa habeatur, ac ſi nunquam ritè factum fuiſſet, maximè verò cùm rumpitur per querelã, ſiquidem non alius querelæ color eſt, quàm quia furioſus & inſanæ mentis fuiſſe credatur teſtator eo tempore quo contra officium pietatis teſtamentum ordinauit, *l.2.& 3.l. Titia 13.in fin.ff.eod.* adeò vt etiam ſubſiſtente teſtamento pro ea parte pro qua nõ fuerit inſtituta querela, nihilominus pro alia parte ſuccedat ab inteſtato is qui in querela obtinuit, atque ita teſtator pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus deceſſiſſe intelligatur cõtra iuris regulas communes *d.l.circa.* Atqui fideicommiſſarius non eſt heres, quia heres rogatus de reſtituenda hereditate etiam poſt reſtitutionem heres perſeuerat, *§.reſtituta Inſtit.de fideicom.hered.* Ergo nec ſi victus ſit, poteſt tamen dici poſſidere pro herede: quippe qui non ſolum heres nunquam fuerit, ſed nec eſſe potuerit, fideicommiſſarius ſemel factus. Vt enim idem & heres & fideicommiſſarius ſit, non magis fieri per rerum naturã poteſt, quàm vt vnus idémq; homo in plures diſtribuatur, *l.ſi plures 9.ff.de pact.l.2.§.1.de verb.obl.l.ſtipulatus ſum 9.§.1.l.qui hominem 4.in prin.& §.1.ff.de ſol.* Quinimò tum quoq; cùm victus eſſet fideicommiſſarius, perinde tamen fideicommiſſarij nomen retineret, ac ſi fideicõmiſſi iure tituloq; poſſideret, id eſt pro fideicommiſſario, vt mox probabimus. Ergo nec pro herede, nec pro poſſeſſore, quoniam pro herede poſſidet is demum qui ſe dicit heredem, pro poſſeſſore verò is, qui interrogatus quare poſſideat, nihil aliud reſpondere poteſt, quam quia poſſidet, *l.pro herede 11.cum dua.ſeqq.de pet.her.* Quod ſi ita eſt, illud etiam conſequens fit, vt fideicommiſſarius hic conueniri non poſſit petitione hereditatis, ne quidẽ poſtquàm ſuccubuerit in querela, quia petitionem hereditatis certum eſt non dari contra titulo poſſidentem, ſed contra eum duntaxat qui non niſi pro herede poſſideat, vel pro poſſeſſore, *l.regulariter 9.& ſeq.eo.l.2.C.eo.* in cuius fine quod ſcriptũ eſt *Emptor autem qui proprio titulo poſſeſſionis munitus eſt, etiam ſingularum rerum iure conuenitur*, non hunc ſenſum habet vt emptor ſingularũ rerum hereditatis tam petitione hereditatis quam rei vindicatione conueniatur, aut vt ad inſtar emptoris vniuerſitatis fructuum nomine teneatur (proponebatur enim eo loco empta tota hereditas non hereditatis res ſingulæ, nec verum eſt eum qui ſiue hereditatem ſiue res hereditatis ſingulas emerit aut petitione

hereditatis

hereditatis teneri, aut ad reſtitutionem fructuum ante litem conteſtatam perceptorum.) Nec illum quoq; vt emptor hereditatis ac vniuerſitatis etiam ſingularum rerum nomine conueniatur (quam & hoc falſum eſt ſi de petitione hereditatis intelligatur, indubitatum vero ſi de vindicatione rerũ quas emptor poſſidet) ſed hunc tantum, vt petitio hereditatis non detur contra emptorem, ſed ſola vindicatio rerum ſingularum licet non res ſingulæ, ſed hereditas ipſa empta proponatur, ideóq. nec fructuum cõdemnatio fieri debeat, niſi eorũ qui percepti ſint ex die litis conteſtatæ, quia hereditatem duntaxat fructus augent non res ſingulas, hereditas a. non magis ab ipſius emptore peti poteſt, quàm ſi ſingulas duntaxat res comparaſſet. Itaque dictio *etiam* quæ tanquam implicatiua doctores noſtros implicat & perturbat, ſic accipienda eſt ac ſi apertiùs ſcriptũ eſſet, emptorem hereditatis quemadmodum habet ſingularem titulum ſuæ poſſeſſionis, quamuis emerit vniuerſitatem, ita etiam ſingularũ rerum iure conueniri debere, non hereditatis nomine, ac proinde ſingulari iudicio vindicationis, non petitione hereditatis, quod iudicium vniuerſale eſt. Nõ alio ſenſu quàm ſi pro *etiam* ſcriptum eſſet *ſimiliter* & pro dictione *proprio* ſcriptum *ſingulari*. Quid enim diſtat inter proprium titulum & ſingulare ? Vniuerſalis namq. titulus hoc eſt hereditarius nõ hominis proprius eſt, ſed legis quæ & hereditatẽ & heredem facit. Deniq. cũ relatio ſit in dictione *proprio*, illatio verò in dictione *etiam*, conſequens eſt vt quod lex ait emptorem hereditatis etiam ſingularum rerum iure conueniri, ita accipiatur, vt ſicut poſſidet ille ex titulo proprio & ſingulari, ita non niſi ſingularum quoq; rerum iure conueniatur. Non dixit *nomine*, ſed *iure*, quia etiam ſingularum rerum nomine nihil vetat quem conueniri eo iure quo ſi vniuerſitatis nomine conueniretur, id eſt petitione hereditatis *d. l. regulariter 9. cum ſeq.* Sed ſingularum rerũ iure is tantùm conuenitur, contra quem ſic agitur ac ſi ſingulas tantum res hereditarias emiſſet, non ipſam hereditatem, hoc eſt qui rei vindicatione non hereditatis petitione conuenitur. Quod nos obiter & quaſi extra rem manendum putauimus, ne quem ea lex à nobis allegata, malè haberet. Cur verò fidei commiſſi titulum retineret fideicõmiſſarius etiam qui ſuccubuiſſet in querela inofficioſi teſtamenti? An quia fiat aut fieri poſſit vt rupto per querelam teſtamento fideicõmiſſum in eo relictũ nihilo magis intercidat? Imò verò intercidit *l. Titia 13. in fi. l. cum mater 28. ff. de inoff. teſt.* Verùm quia fieri nequit vt rumpatur teſtamentum per querelam contra eum propoſitam qui heres non fuit. Siquidẽ vero heredi ſententia contra fideicommiſſarium lata nocere nõ poteſt, quominùs maneat heres, qualis erat anteà, etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem *d. §. reſtituta*. Porrò nec illud fieri poteſt vt quandiu heres qui & rogatus fuit de reſtituenda hereditate & eam reſtituit, heres manet, ex teſtamento, fideicommiſſarius deſinat eſſe fideicommiſſarius cùm ius habeat in ſe tranſlatum per reſtitutionem quæ ſemel facta eſt ex Trebelliano vtiliter. Proinde cùm titulum ſuum retineat, ſupereſt ex iis quæ ſuprà diximus, vt petitione hereditatis nec poſſit nec debeat conueniri. Denique ſummo iure fideicommiſſarius non eſt legitimus cõtradictor in querela inofficioſi teſtamenti, quia non poteſt victoria contra ipſum per filium obtenta facere inteſtatum patrem, qui nõ eo minùs habiturus ſit ex teſtamento heredem illũ ipſum quẽ habuit ſemel. Quomodo.n. poſſet dici inteſtatus qui heredẽ habet ex teſtamento? Sed tamen quia ſummũ illud ius, ſumma eſſet iniuria, reſcripſerunt Imperatores, non eſſe iniquum & contra fideicõmiſſariũ querelam filio accõmodari, vt oſtendant non iuris ratione aliqua, ſed mera æquitate niti cõſtitutionẽ. Æquitatis a. ratio ex eo pendet, ꝙ fideicõmiſſarius vict⁹ non ſit audiendus ſi velit dicere melioris ſe conditionis eſſe debere ob id ꝙ victus ipſe fuerit inaudito herede, quã ſi ſe inaudito quòd fieri poterat heres victus fuiſſet. Quo tamẽ caſu, extincto ruptóq. teſtamẽto ſicut heres deſiiſſet heres eſſe, ita & fideicõmiſſarius, quãuis inaudit⁹ deſiiſſet eſſe fideicommiſſarius, quandoquidẽ nullũ ius habet niſi ex perſona heredis & per conſequentias *l. aliud eſt 160. §. abſurdũ de R. I.* Adeò vt nec ad litem vocandus ſit, quæ cum herede inſtituatur, quia ſufficit cum eo actum eſſe qui ius habuit defendendi. *l. ſi adeo 55 §. 1. ff. de euict.* Quanquam ſi velit adeſſe metu collutionis, poteſt, nec id ei denegatur, *l. ſi ſuſpecta 29. ff. de inoff. teſt.* Igitur cùm mera dũtaxat iuris ſubtilitas noceat filio nec quicquam interſit aut heredis qui iam hereditatem reſtituit (quia tametſi reuera heres maneat, nihil tamen niſi nudum heredis nomen retinet) aut fideicommiſſarij qui ipſe & auditus & victus fuit, damus & accommodamus filio querelam contra fideicommiſſariũ, vt vbi vict⁹ erit perinde teneatur petitione hereditatis ac ſi pro herede aut pro poſſeſſore non pro fideicommiſſario poſſideret, id eſt, ac ſi teſtamentum ruptum eſſet, quod reuera ruptum nõ fuit. Abſurdum .n. eſt fideicommiſſarium condemnatum plus iuris habere ob id ſolùm quòd non fuerit heres verè quàm habiturus erat, ſi reuera heres extitiſſet. Exemplo eius quod ſcriptum legimus *in l. 3. ff. ſi vſusfr. petat.* eum qui vſufructu ſibi ex cauſa fideicommiſſi tradito vſus non eſt per tantum tempus quanto amiſſurus eum fuerat ſi legitimè ipſius factus fuiſſet, nõ ideo meliore iure cenſendum eſſe, ſed perinde habendum ac ſi non minùs dominium quàm poſſeſſionem vſusfructus nactus fuiſſet. Puto autem intelligendã eſſe hanc legem de illo caſu quo hereditas reſtituta ſit ex Trebelliano, id eſt tota, & ita vt penes heredem nihil remanſerit præter nudum nomen heredis. Alioqui non poſſet victoria quam obtinuiſſet filius in querela ius ei tribuere petendę à ſolo fideicommiſſario totius hereditatis. Siquidem heres qui neque auditus neq; condemnatus eſſet, vtiq. retinere nihilominus poſſet ea quæ tanquam heres habuiſſet. Quamquam hoc etiam caſu ſi filius contentus eſſe velet iis quæ ad fideicommiſſarium peruenerunt, non puto dubitandum quin perinde indulgeri ei oporteat, vt poſſit contra ſolum fideicommiſſarium proponere querelam, non ſecus ac ſi cùm plures patris heredes eſſent, contra alterũ ex iis duntaxat agere filius voluiſſet, vt eadem ſit ratio partis ad partem quæ totius ad totum. Et verò qua fronte poteſt fideicommiſſarius dicere non teneri ſe petitione hereditatis poſt filij victoriam in querela, ob id tantũ quod ipſe per ſententiã vict⁹ ſit non heres? *arg. l. 3. verſ. qua tandem ratione ff. de vſur.* Planè petitionẽ hereditatis & contra fideicommiſſariũ dari ſcriptũ reperias, *in l. nec vllã 13. §. idẽ erit de cedũ ff. de pet. her.* Sed is locus eſt de fideicõmiſſario cui reſtituta eſt hereditas non quę fuerit defuncti vt in ſpecię quã nunc tractam⁹, ſed quã defunctus non niſi ꝓ herede poſſederat, vel pro poſſeſſore: de quo ẽ *in §. Neratius 3. & §. heredẽ 11. eiuſd. legis.* Malè igitur ex veteribus interpretibus nonnulli legem hanc emendarunt, pro *perinde* legentes *exinde*, quaſi rumpatur teſtamẽtum per querelam aduerſus fideicommiſſarium inſtitutã, nec niſi rupto teſtamento permittendũ filio ſit vt agat petitione hereditatis quod

vtrumque docuimus falſum eſſe. Malè alij dixerunt proponentem querelam inofficioſi hoc ipſo proponere petitionem hereditatis, quaſi effectu nihil inter vtramq; interſit. Querelam enim præcedere & vincere neceſſe eſt vt poſtmodum petitio hereditatis inſtitui poſſit, *l. filium 20. in fi. pr. ff. de bon. poſ. cōt. tab.* Malè item nonnulli ſic legem accipiunt, quaſi ratio dubitādi ea fuerit, quòd querela inofficioſi teſtamenti non detur niſi contra eum, qui vel heres ſit vel poſſideat pro herede vel pro poſſeſſore. Nuſquā enim ſcriptū reperias dari eam contra poſſeſſorem hereditatis, qui poſſeſſionis ſuæ titulum alium non habeat, quàm pro herede aut pro poſſeſſore. Datur ſiquidem contra ſolum heredem, aut qui ſaltem eſſe ctu ipſo & verè ſit loco heredis, cuiuſmodi eſt fiſcus cùm ad eum bona teſtatoris heredumve ipſius deuoluta ſunt iure ſucceſſionis aut alia ex cauſa, dummodo poſt aditam hereditatem, *vt in l. ſi heredum* 10. *C. de inoff. teſt.* de qua ſequenti capite dicemus. Item emancipatus filius qui per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rupto propter præteritionem paterno teſtamento ſolus ſucceſſit excluſo in totum fratre exheredato qui manſerat in patris poteſtate, vt in ſpecie *d. l. filium in fi. pr.* Nam cùm teſtamentū quod per bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas iam ruptum eſt in totum (nec enim pro parte rumpi poteſt) amplius & iterum per querelam rumpi nō poſſit, nec rurſus filius exheredatus, ſemel propter exheredationem excluſus à communione beneficij prætorij bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ad partē ſucceſſionis admitti cum emancipato cui ſoli fauere prætor voluit & debuit, *l. non putauit* 8. *eod.* Conſequens eſt vt vel omni auxilio carere debeat filius etiam immerenter exheredatus, quod fuerit certè periniquum. Aut vt debeat ei licere querelam inſtituere contra fratrem emancipatum, qui ſolus totam poſſidet hereditatem, licèt non tanquam heres, ſed tanquam bonorum poſſeſſor. Quid enim referre poteſt cùm bonorū poſſeſſor quilibet ſit heredis loco? Dices, fideicommiſſarium quoq. heredis loco eſſe non minùs quàm eum qui per bonorū poſſeſſionem contra tabulas fact⁹ eſt bonorum poſſeſſor *d. §. reſtituta. l. 1. l. quāuis 40. §. 1. & paſſ. ff. ad SC. Treb.* Quidni ergo etiam cōtra eum ſummo iure dari poteſt querela ſicut & contra quemlibet bonorū poſſeſſorem? Nam & hic quoq. ſcrupulus tollendus eſt qui prima facie non leuis videtur. Reſpondeo diuerſitatis rationem ex eo pendere, quòd bonorum poſſeſſor ita heredis loco eſt, vt alius verus heres nullus ſit. Rupto ſcilicet per bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas teſtamento. Siquidem ex eo teſtamento quod ruptum eſt ſiue ciuili ſiue prætorio iure, neque eſſe neq; nancti heres quiſquam poteſt. Fideicommiſſarius verò poſt hereditatis reſtitutionem ita eſt heredis loco, vt tamen non impediat quominus alius reuera heres maneat, & quidem ex eo ipſo teſtamēto ex quo & fideicommiſſarius heredis loco eſt, quia reſtitutio hereditatis non rumpit aut deſtruit teſtamentum, ſed ſupponit, vt proinde neceſſe ſit illud rūpi per querelam inofficioſi teſtamenti priuſquam ad petitionē hereditatis admitti poſſit fili⁹ qui fuit exheredatus. Ruptum porrò eſſe non poteſt, vt iam diximus, quamdiu verus heres ex eo ipſo heres manet, quod fit etiamſi fideicommiſſarius ſuccubuerit in querela, dum ne heres ipſe & auditus fuerit & cōdemnatus. Mirum igitur non eſt, filio exheredato querelam ſummo iure contra fideicommiſſarium dari non poſſe, quæ tamen datur contra fratrem emancipatum, qui per bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas ſolus ſucceſſit patri. Etſi fatendum eſt valde ſingulare ius eſſe illius querelę de qua Tryphoninus *in d. l. filium*, cùm non ad id detur illa vt teſtamentum rumpat quod petita bonorum poſſeſſione contra tabulas iam ruptum ſit, ſed ad hoc tantum vt fratri emancipato perinde partem hereditatis auferat exheredatus, ac ſi emancipatus totam hereditatem quaſi heres & teſtamenti iure poſſideret. Eſtq; is caſus etiam valde ſingularis, in quo neceſſaria ſit filio exheredato querela etiam poſt ruptum teſtamentum (ſicut & illud quoq. ſingulare habet, quod Tryphoninus ſubiicit plus iuris in ea ſpecie habere filium exheredatum quàm ſi exheredatus non eſſet. De quo tamen quoniā ab inſtituta diſputatione alienius eſt nunc non tractamus) An & poſt deſtitutum? Ita videtur *ex d. l. ſi heredum*. Sed aliud tamen eſt vt ex iis quæ ſequenti cap. dicem⁹, apparebit. Cæterum vel ex ea maxime Tryphonini lege intelligi poteſt nūquam dari querelam contra eum qui neq. verus heres ſit, neq. veri heredis loco, etiamſi fuerit ipſe aut eſſe potuerit heres aliquādo, quoniam alioqui mouenda eſſet querela in ea ſpecie non contra emancipatum, quod lex ait, ſed contra extraneum heredem inſtitutum, à quo fuerat exheredatus filius tanquam ab herede ſcripto, non autem ab emancipato, qui & ipſe contra vel ſaltem præter voluntatē patris ſucceſſerat. Omniū verò peſſimè Goueanus, meo iudicio, legē hāc interpretatus eſt de petitione hereditatis, nō de querela inofficioſi teſtamenti, ſeu de filio exheredato qui cōtra fideicōmiſſarium petitionē hereditatis inſtituere maluerit, quā querelam exercere, quaſi laudandus ſit hic filius & cōtra iuris regulas ad hereditatis petitionem rectà admittendus, propterea quòd matris honori parcere ſtuduerit quem propoſita inofficioſi querela ſuggillaſſet. Nā præter id quod ſecundū hāc interpretationē pertineret lex *ad tit. de petit. hered.* non ad hunc ſub quo poſita eſt *De inoffic. teſtam.* ipſa etiam legis verba repugnant. Quod enim lex habet *non eſt iniquum hoc ei accommodari*, aliū ſenſum recipere non poteſt quàm vt huic filio contra iuris rigorem indulgendum ſit ius proponendæ aduerſus fideicommiſſarium querelæ. Id enim erat quod filius volebat vt ſibi de inofficioſo matris teſtamento contra fideicommiſſarium dicere liceret quemadmodū priora legis verba demōſtrant. Quod verò ſequitur *vt perinde fideicommiſſarius teneatur, ac ſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret* ſicut à præcedente verbo *accommodari* interiecto cōmate diſtinguendum eſt, ita & ſic accipiendum vt fideicōmmiſſarius conueniri quidem poſſit petitione hereditatis, quæ nō niſi contra eū dari ſolet qui pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat: ſed tunc demū cùm in querela inofficioſi iam ſuccubuerit, licèt non eo minus priſtinum, eūmque iuſtum poſſeſſionis ſuæ titulum retineat ex cauſa fideicommiſſi relicti in teſtamento, quod & ab initio valuerit, & etiamnum poſt filij victoriam ſubſiſtat. Id verò addendum fuit neceſſariò, quoniam fruſtra inſtitueretur querela inofficioſi teſtamenti contra eum qui etiam victus & condemnatus, ſubinde tamen hereditatis petitione conueniri non poſſet, vt probant verba illa Tryphonini *in d. l. filium verſ. ſed quemadmodum De bon. poſſ. contr. tab. Sed ad hereditatis petitionem admittendus eſt ex cauſa inofficioſi querelæ contra emancipatum mouendæ.* Eáq;, vt diximus, præcipua dubitandi ratio apud Imperatores erat, propter quam non videretur filio permittendum, vt contra fideicommiſſarium ageret de inofficioſo, quòd etiam poſt victoriam in querela obtentam

tentam futurum eſſet, vt nihilo magis petitione hereditatis cōueniri fideicommiſſarius poſſet, quippe qui tum quoque nec pro herede nec pro poſſeſſore, ſed pro fideicommiſſario poſſideret, nimirum teſtamēto per querelā licet victricē minimè rupto.

Emendatio l. ſi heredum 10. C. eod. tit. De inoffic. teſtam.

Capvt II.

QVintinianus deceſſerat facto teſtamento, quo heredes extraneos inſtituerat, filium quem in poteſtate habebat, exheredauerat. Defuncti hereditatem adierant heredes inſtituti, atque ita cœperat contra eos filio competere querela inofficioſi, cui tum demum locus eſt cùm adita fuit hereditas non priùs, vt diximus capite ſuperiore. Sed cùm in eo eſſet filius vt aduerſus eos heredes agere vellet, euenerat vt ad fiſcum bona peruenirent. Conſulti à filio Imperatores an ob id peremptum eſſet ius querelæ proponendæ, & ſi non eſſet peremptum, apud quem peragi cauſam oporteret. Reſcripſerunt, & integram agendi cauſam ſupereſſe, & apud procuratorem Cæſaris inſtituendam litem eſſe. Sed quia filius non ſatis apertè precibua ſuis expreſſerat quonam iure bona patris ad fiſcum perueniſſent, an quia heredibus patris fiſcus ſucceſſiſſet an ſeparatim & tanquam bona patris ab heredum bonis diſtincta. Sic quoque Imperatores loqui neceſſe fuit, vt omnem caſum comprehenderent, qui fauore filij ex iuris ratione comprehendi poſſet. Reſcripti autem verba hæc ſunt, *Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum eſſe dicis, aduerſus quos de inofficioſo teſtamento acturus eras, iure ſucceſſionis bona ad fiſcum pertinent, vel ipſius Quintiniani bona vtpote vacantia filius tenet, cauſam apud procuratorem noſtrum agere potes.* Quorum verborum is ſenſus eſſe creditur, & alius ſanè vix eſſe poteſt, vt eo quoque caſu quo fiſcus bona Quintiniani tanquā vacātia teneat, per querelā inofficioſi teſtamenti à filio conueniri poſſit. In quo nihil mihi aut mirum aut ſuſpectum eſſet, ſi viderem fieri poſſe vt in eadem ſpecie ambo iſta concurrerent. Et bona patris fieri vacantia, & filium exheredatū patri ſuccedere velle ab inteſtato. Cùm enim fiſcus alicui ſuccedens eo ipſo iure vtatur quo vſurus erat is cui ſucceſſit *l. 3. §. ſi poſteriori. l. fiſc. 16. & paſſ. D. de iur. fiſc.* quis miretur dari querelam filio contra fiſcum ſucceſſorem heredum Quintiniani aduerſus quos & querelam inſtituere ipſe poterat, & mox inſtituturus fuiſſe proponebatur, ſi ad fiſcū bona nō perueniſſent? Nā nec fiſcum ſolū, ſed & quod magis eſt eum qui à fiſco comparauit cōſtat debere omnes omnino actiones excipere, quæ cōtra defunctū ipſum cui fiſcus ſucceſſit, cōpetere potuerūt *l. eū qui 41. D. eo.* Sed vnum illud eſt quod neq. cōcoquere poſſū, neq. intelligere quomodo fieri poſſit vt bona patris ſint vacantia ſuperſtite filio quāuis exheredato qui ſuccedere patri velit. Nā præter id quod vacantia bona illa demùm ſunt quæ non habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato *l. filiusfamilias 114. §. qui inteſtato. de leg. 1. l. 1. §. Diuus Pius eod. l. 2. in fin. D. de ſucceſſ. edict.* illud etiam me mouet, quod destituto teſtamento propter repudiationem heredis inſtituti nolentis adire, aut propter præmaturam mortem ipſius ante declaratam voluntatem, aditámque hereditatem defuncti, fieri nequit vt ſubſiſtat exheredatio in eodem teſtamento facta, id eſt vt teſtamentum per omnia irritum ad ſolam exheredationis notam profeciſſe videatur, quomodo loquitur Tryphoninus in *l. filium 20. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* vbi etiam ex hoc infert ille, filium hunc exheredatum ſcriptis heredibus non adeuntibus ſuum heredem eſſe ex aſſe, non ſecus acſi pater ab initio inteſtatus deceſſiſſet. Parum enim refert an ab initio teſtamentum nullum à patre factum ſit, an res tandé redeat ad exitum inteſtati. Ergo quemadmodum nullo condito teſtamento non poſſent bona fieri vacantia, quandiu ſuperſtes filius ab inteſtato heres eſſe vellet: ita neque facto teſtamento, quod ob ſecutam extraneorum heredum repudiationem fuerit deſtitutum. Immò nec hoc caſu fieri poteſt vt locus vllus ſit querelæ de inofficioſo teſtamento, cùm neque heres quiſquam ſit contra quem ea proponatur, neque bonorum retinēdorum prætextum vllum fiſcus habeat filio ſuccedere volente, quando non aliam ſuccedendi cauſam habet, quàm quia ex omnibus iis qui ſuccedere poſſent ſi vellēt, nemo ſit qui velit. Sufficit namque filium velle querelam proponere vt ſuccedat, ne bona fiant vacantia, multò magis autē nemine alio ſuccedēte, eundē filium ipſum poſſe ab inteſtato ſuccedere, nil obſtāte exheredatione, quæ per heredum inſtitutorum repudiationem euanuerit cum ipſo teſtamento. Sed neque verba legis patiuntur vt eum caſum tractari putemus, quo ab extraneis heredibus inſtitutis fuerit hereditas repudiata, ſed ille potiùs è contrario quo adita fuerit & acquiſita. Id enim demonſtrāt legis verba illa *aduerſus quos de inofficioſo teſtamento acturus eras*, cùm iā dixerimus nō niſi cōtra eum qui hereditatem iam adierit proponi querelam poſſe *l. Papinianus 8. §. ſi conditioni. D. de inof. teſt.* Porrò certiſſimum eſt, ſi quid in toto iure certū, hereditatem ſemel agnitam repudiari poſtea nunquam poſſe *l. ſicut 4. ff. de repud. vel abſtin. hered. l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſ. edict.* Et præterea hereditatem Quintiniani aditam fuiſſe ex illo apparet quod lex ponit Quintiniani bona pertinuiſſe ad fiſcū hoc ipſo quod ipſius heredū bona ad fiſcū ſucceſſionis iure peruenerint. Quomodo.n. puenire potuiſſēt, ſi Quintiniano prius heredes ipſi non extitiſſent? Nec eſt contrariū quod eadem lex alium caſum ſubiungit quo ſolius Quintiniani non etiam ipſius heredum bona ad fiſcum fuerint deuoluta. (Qui proculdubiò ſenſus eſt eius verſiculi, *vel ipſius Quintiniani bona fiſcus tenet*, vt nouus hic & ſecundus caſus differat à primo.) Nihil enim vetat & aditam eſſe Quintiniani hereditatem ab ipſius heredibus extraneis, & nihilominus ſolius Quintiniani bona perueniſſe ad fiſcū, ſiue viuis adhuc heredibus, ſiue iam defunctis, puta quod heredes inſtituti ea ipſa bona incapaci alicui ex fideicommiſſo tacito reſtituere rogatus probaretur, in qua ſpecie dubium non eſt quin quod incapaci relictum eſt, ſiue ipſe ſe deferat, ſiue ab alio præuentus deferatur, fiſco vindicari *l. 1. & tot. tit. ff. de iur. fiſc.* Quid ergo ſupereſt niſi vt ex hac lege tollamus ea verba, quæ difficultatem inexplicabilem pariunt, *vtpote vacantia?* Vacant enim proculdubio, nec bonum ſenſum vllum habent, ideóque imperito alicui interpreti nō Imperatorib. ſunt adſcribēda. Putauit nobiſ mirū impetitus ille interpres quiſquis fuit, nō aliter poſſe caſum hūc diſtingui à præcedente qui ſi de iis patris bonis intelligeretur, quæ tanquā vacātia fiſco delata eſſent, nec animaduertit, nō ſolùm fieri è contrario non poſſe vt vacantia ſint quæ filius exheredatus ſibi acquiri velit deſtituto iam per heredem inſtitutum teſtamento. Sed & aliis multis de cauſis fieri poſſe vt bona etiam quæ vacantia nō ſint fiſco acquirantur. Et verò ſi tale quid Imperatores reſcribere aut voluiſſent, aut potuiſſent, credibile eſt,

Digitized by Google

ſcripturos eos fuiſſe, *vt vacantia* potiùs quàm quomodo ſcriptum legimus *vtpote vacantia*. Sunt enim dictiooes iſtæ *vt*, *tanquam*, & aliæ ſimiles aptiores ad ſimilitudinem & improprietatem, quàm ad veritatem deſignandam: illa verò *vtpote* prorſus affirmatiua, & eius rei quæ pro veriſſima habeatur, vt ita loquar expreſſiua. Porrò non erat cur in propoſita ſpecie Imperatores adfirmarent bona Quintiniani ad fiſcum iure vacantium perueniſſe, non ob id tantùm quod iam diximus id fieri nullomodo potuiſſe ſuperſtite filio qui de proponenda querela non alia ob cauſam cogitabat, quàm quòd patri ſuccedere vellet, ſed etiam quia ex aliis eiuſdem legis verbis apparet neſciuiſſe Imperatores qua ea cauſa patris bona quæ filius propoſita querela poſtmodum per petitionem hereditatis à fiſco auferre volebat, ad fiſcum perueniſſent, propterea quòd filij precibus nō ſatis clarè id eapreſſum fuiſſet, ac proinde verba illa dubitatiuè & incertè potius quā affirmatiuè concipi debuiſſe. Ergo ſic ſcribi, *vt vacantia* non *vtpote*. Sic & *in d.l.filiusfamilias* 114.§.*qui inteſtato de leg*.1. facilè ſuſpicor irreptitiā eſſe dictionem *vacantia*, tametſi non negem in illa ſpecie, id eſt cū is qui ab inteſtato decedens, fideicommiſſum reliquit à fiſco ad quem ſciuit bona ſua peruentura, nō aliter poſſe bona peruenire ad fiſcū: nec fideicommiſſo in iis grauari fiſcum quàm ſi fiant vacantia. Neq; rurſus ſententiæ noſtræ obſtat quod ſuperiore capite diximus, poſſe fieri vt rupto iam teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vtilis tamen adeóq; neceſſaria ſit querela inofficioſi teſtamenti filio exheredato, vt fratri emancipato qui totū habuit per bonorū poſſeſſionem cōtra tabulas auferat ille ſuo iure partem *d.l.filium* 20.*verſ.ſed quemadmodum ff. de bonor. poß.contr.tab*. Alia enim ratio eſt vel in illa ipſa ſpecie rupti teſtamenti, alia deſtituti. Deſtituto teſtamēto redit res ad cauſam inteſtati, fitq; locus iis qui ipſo iura ſucceſſuri erant ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet: atq; idcirco filius etiam exheredatus admittitur, & quidem ſolus niſi quod emancipatum quoq. prętor pro ſua virili parte tuetur, tanquam ab inteſtato, vt ca lex ait, quæ ratio ſimiliter facere debet ne ſuperſtite eaheredato, qui patri ſuccedere velit, bona fiant vacātia. Rupto autem teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas quem filius emancipatus idémq. præteritus obtinuit à prætore, qui nec eam daturus fuerit fratri exheredato, nec eū ad beneficij ſui participationem admiſſurus, non ſimiliter fieri poteſt vt eaheredatus admittatur, niſi propoſita priùs querela, quoniam emācipatus rumpendo teſtamentum per contra tabulas non ſolùm fecit inteſtatum patrem (quod ſi eſſet nō minùs fratris quàm ſuum proprium negotium geſſiſſe intelligeretur) ſed etiam ſibiipſi hereditatem acquiſiit, excluſo per eādem edicti partem fratre exheredato, quandiu nō probaret ſe immerenter eaheredatum, quod ipſum tamen niſi per querelā inofficioſi probare non poteſt *l. non putauit* 8. *eod*. Eaemplo eius quod dicimus poſthumum à patre præteritum rumpere teſtamentum, non tantùm eo modo quo iam natus filius, idémque prętęritus iniuſtum facit, ſed cum eo præterea priuilegio vt rumpendo ſuccedat, ſibiq. locum faciat *l.nam etſi* 5.*ff.de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſt*. Ergo in ſpecie *d.l.filium*, hoc eſt rupto teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ideò neceſſaria eſt querela filio exheredato quia extat perſona quę ſuo iure vniuerſa patris bona poſſidet, & à qua nihil prorſus auferre poſſit quandiu manet exheredatus, id eſt quouſq. probauerit ſe immerenter exheredatum, quod nō fit niſi per querelam. Deſtituto autem teſtamento per extranei heredis repudiationē, inofficioſi querela dari nec poteſt nec debet, quia nemo eſt qui in iis bonis filio quamuis eaheredato præferendus ſit, irrita quoque facta cum ipſo teſtamentu exheredatione, nec qui prohibere poſſit quominus filius etiam citra querelam ſuccedat patri vtpote inteſtato, ne fiſcus quidē eo prętextu quaſi vacantia ſint bona cū prius ſit excluſum eſſe filium à ſpe ſuccedendi ab inteſtato quā vt bona fieri vacātia poſſint *d.l.*1.§.*Diu*°.*ff.de iur.fiſc*.

Emendatio l.Statius Florus 48.*ff.de iur.fiſc.*

CAPVT III.

SI quis adhuc eſt qui putet nullum in toto iure noſtro locum eſſe quem imperiti interpretis audacia inſcitiáq. corruperit, quod antiquiores omnes interpretes ſcrupuloſè & ſuperſtitioſè magis quam aut verè aut verecundè defenderunt, vel vna hęc lex facere poterit vt intelligat, nihil falſius dici poſſe. De qua tamen miror nihil quod viderim tactum fuiſſe ab iis qui tot alios iuris loco ſimili morbo vitióq. laborātes aut indicarunt, aut etiam quod non æquè facile eſt, feliciter emendarunt. Statius Florus teſtamēto ſcripto heredis ſui Pompeij ea toto aſſe inſtituti tacitę fidei commiſerat, vt ei qui ea legib° capere non poterat daret fundum, & certam pecunię quantitatem, nec contentus ea tacita Pompeij fide curauerat eo nomine exigi ab ipſo cautionem. Sed quam, aut de qua re? *ſe reſtituturū ea qua ei per præceptionem dederat*. Sic enim textus habet, quod tamen quàm ridiculè additum ſit, & conſequenter interpreti potiùs quàm Paulo adſcribendum, ex eo ſtatim apparet, quod iam diximus, fuiſſe Pompeium ſolum eo teſtamento heredem inſtitutū. Quomodo enim potuiſſet ei relinqui præceptiones vtiliter, aut ab alio quàm à ſeipſo? Quis neſcit heredi à ſemetipſo legari non poſſe? *l.& quidem totum* 28.*l.planè* 34.§.*ſi duobus de legat*.1. à coherede vero ſolo poſſe? *l. legatum eſt* 116.§.1.*eo*. Aut verò quid aliud præceptio eſt, niſi legatum, quod vel pro parte capitur à coherede *vt in d.l.legatum eſt*, *l.miles ad ſororem* 75.§.1. *De leg*. 2.*l.in quartam*.91. *ff.ad leg.Falcid*. vel etiam totum ex portione alteri reſtituēda deducitur, vt in ſpecie *l.eum pater* 77.*in princ.de legat*.2.*l.deducta* 58.§.*accepto ff.ad SC.Treb*. Non ergo potuerunt in propoſita ſpecie præceptiones dari Pompeio qui ſolus & ex toto aſſe ſcriptus erat, ac proinde non potuit ille fideicommiſſario incapaci cauere, ſe ipſi reſtituturum omnia quæ à teſtatore per pręceptionem accepiſſet. Quid ergo? Cautionem conceptam fuiſſe neceſſe eſt de reſtituendo nominatim fundo & ea ipſa quantitate quæ tacito illo fideicommiſſo fuerat definita. Hęc igitur prima emendatio ſit, quod totam illam clauſulam tollim°, quam ſicuti pro præcedentium verborum interpretatione ſubiectam fuiſſe negari non poteſt, ita & fatendum eſt parum eleganter ſic fuiſſe conceptam, *ſe reſtituturum ea qua ei*, &c. Scripſiſſet enim Paulus *ſibi* vel *ipſi*, non *ei*, atque ita iuſtam Laurentij Vallæ reprehenſionem effugiſſet. Sequitur, *Poſtea idem Florus facto ſecundo teſtamento, & eodem Pompeio & Fauſtino heredibus inſtitutis, nullas præceptiones Pompeio dederat*. Hîc verò cœpit Paulus loqui de præceptionibus, vbi cœpit tractare de pluribus heredibus inſtitutis, ac de coherede dato huic Pompeio qui priore teſtamento ſolus inſtitutus nullum habuerat coheredem. Noſtri autem interpretes hanc tantùm differentiam obſeruant inter vtrunque teſtamentum, quod poſteriore teſtamento præceptiones nullæ relictæ fuerant, ſed priore, Cùm è contrario dicere & obſeruare debue-

Digitized by Google

debuerint priore non ſolùm relictas nullas fuiſſe, ſed nec relinqui potuiſſe. Poſteriore vero relictas quidem ſimiliter nullas fuiſſe, ſed tamen relinqui aliquas potuiſſe, ſi teſtator voluiſſet. Cur ergo monet Paul⁹ nullas poſteriore teſtamento præceptiones Pompeio datas eſſe? Aut quid erat hoc neceſſe, ſi nec vllas priore teſtamento idem Pompeius acceperat? Nimirum quia ex eo videbatur ſumi poſſe pro Pompeio non obſcuram coniecturam voluntatis, quòd teſtator à tacito illo fideicommiſſo quod priore teſtamento reliquerat, receſſiſſe videretur. Cùm enim à ſolo Pompeio illud reliquiſſet, quem & ſolum priore teſtamento ſcripſerat heredem, quis crederet voluiſſe teſtatorem vt non eo minùs præſtaretur ab eodem Pompeio, cui ſecundo teſtamento coheredem Fauſtinum, præceptionem verò nullam adſcripſiſſet? Nō enim poterat bona eſſe illatio à grauamine iniuncto ei qui ſolus ex toto aſſe inſtitutus idipſum ex tota hereditate ſoluere commodè potuiſſet, ad grauamen ab eo præſtādum, cui datio coheredis partem dimidiam hereditatis abſtuliſſet. Et hæc ſanè dubitandi ratio non inelegans apud Paulū licèt ab eo minùs expreſſa fuit. Quid tandem accidit? *Hæc perſona*, inquit Paulus, *quæ capere non poterat, ſe detulerat.* Nempe vt taciti fideicōmiſſi partem ex edicto & beneficio Diui Traiani cōſequeretur. Edicto enim Traiani conſtitutum eſt, vt ſi quis antequàm cauſa eius ad ærarium deferretur, profeſſus eſſet eam rem quam poſſideret capere ſibi non licere, ex ea re partem fiſco inferret, partem ipſe retineret. *l. edicto 13. in princip. l. Senatus cenſuit 15. §. Senatus. l. cùm tacitum. 49. D. eod. tit. Cōſules Imperatores à procuratoribus ſuis* quorū de huiuſmodi cauſis cognitio eſt, *reſcripſerant ſi non probaretur mutatam voluntatem eſſe, præſtandum fideicommiſſum.* Probationem igitur mutatæ voluntatis exigendam putauerunt ab ipſo herede qui mutationem illam allegabat, non à fideicommiſſario, tametſi fideicommiſſarius actor eſſet, heres autem reus. In eóque cum interpretibus noſtris ſentio. Si enim à fideicommiſſario ipſo aliqua probatio exigeretur, eius eſſet probare non mutatam voluntatē, non probare mutatam. Sed quod iidem in hanc rem adferunt Papiniani reſponſum in *l. 3. D. de probat.* mihi placere nullomodo poteſt. Nam quod eo loco Papinianus reſpondit, Cùm tacitum fideicommiſſum ab eo datur, qui tam in primo quàm in ſecundo teſtamento pro eadē parte vel poſtea pro maiore heres ſcribitur, probationem mutatæ volūtatis ei incumbere qui conuenitur, Oſtendit manifeſtiſſimè à cōtrario ſenſu, ſi heres qui tacitam fidem accommodauit, ſcriptus ſit ex minore portione in poſteriore teſtamento, non eſſe illum hoc præterea incommodo afficiēdum vt mutatæ voluntatis probatione oneretur. Quod & eiuſdem Papiniani ſubnexa ratio clarius demonſtrat, *Cum ſuſcepti ſecreti ratio*, inquit ille, *plerumque dominis rerum perſuadeat eos ita heredes ſcribere quorum fidem elegerunt.* Senſus enim eſt, credendum plerunque eos qui tacitam fidem defuncto contra leges accommodauerunt nō alia ratione ſcriptos heredes, quàm vt iis veluti fraudis ſuæ miniſtris teſtator abuteretur, non vtique ſcripturus eos ſi fidem ſuam accommodare noluiſſent. Quæ tamen ratio non aliud probat quàm quod Papinianus probare voluit, ſolam teſtamenti morationem non ſufficere vt credi debeat heredi alleganti mutatam eſſe voluntatem quod ad tacitum fideicommiſſum attinet ſi poſteriore teſtamento idem heres vel ex eadem, vel ex maiore portione ſcriptus proponatur: quamuis ſi fideicommiſſum expreſſum non tacitum relictum fuiſſet, proculdubio ſufficeret mutatum eſſe teſtamentum, vt ab omni voluntate in eo contenta receſſum videretur, *l. ſi quis priore 27. D. ad SC. Trebell.* Nam quod regulare eſt vt ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbat onus probandi *l. eum qui voluntatem 22. D. de probat.* tunc obtinet cùm idem teſtamentum manet aut idem codicillus, non cùm prior ſcriptura per poſteriorem non ſolùm immutata, ſed etiam ſublata eſt. Atque ita quod mirum videri poſſit maior vis eſt taciti & fraudulenti fideicōmiſſi, quàm expreſſi & liciti quod ad hoc ſaltem vt difficilius reuocatum eſſe intelligatur, cùm idē heres tacitè grauatus, & vtroque teſtamento inſtitutus non minus commodi ſenſurus eſt ex poſteriore quā ſenſurus fuerat ex priore ſi ſublatum illud per poſterius non fuiſſet. Cæteri námque heredes ideò grauati creduntur, quia fuerunt inſtituti *vulg. l. ab eo 9. C. de fidei.* Hic contra, vt Papinianus ſentit, ideo inſtitutus intelligitur, quia fuit oneratus tacito fideicōmiſſo. Ceterum non idem Papin. ſenſit, nec ſentire quiſquam iure poſſit, illo etiā caſu quo heres cuius tacita fides electa eſt minus cōmodi percepturus ſit ex poſteriore teſtamēto, quoniā illa ipſa ſuſcepti ſecreti ratio qua Papin. mouetur nō ſolùm non inducit, ſed neq; patitur, vt eadē ſubſiſtente taciti fideicōmiſſi voluntate heredis qui fidem ſuam accōmodauit inſtitutio poſteriore teſtamēto minuatur. Atqui ea in ſpecie quā nos tractam⁹, imminuta fuerat inſtitutio Pōpeij per poſterius teſtamentum ſcilicet adiectione coheredis qui nullus erat in priore adſcriptus. Sic enim fit vt qui maoēte priore teſtamento hereditatē totam habiturus fuit, nō niſi dimidiā eius partē conſequatur ex poſteriore. Ergo ſi nihil niſi Papiniani verba & illius reſpōſi ſententiā inſpicere volumus, cōſequens potius eſt vt in propoſita ſpecie non ſit Pompeius mutatæ voluntatis probatione onerandus. Et tamen reuera ita eſt vt onerandus ipſe ſit, non fideicommiſſarius. Qua igitur ratione? Noua certè, nedū à quoquam, vt arbitror, explicata. An illa fortaſſe, quòd hic heres non tam ex defuncti voluntate conueniatur, quā ex propria cautione? vt proinde mutata quoque teſtatoris voluntate non eo minus conueniri poſſit, hactenus ſaltem vt ad elidēdam actionem quam ſummo iure contra ſe dandā videt, neceſſaria ei ſit exceptio doli mali *l. 2. §. circa D. de doli except.* quæ porrò cùm nō niſi æquitate nitatur, *l. 1. eod.* nulla æquitatis ratione videtur ei accōmodanda, qui ſe obligādo id egit quātum potuit vt fraudem faceret legi, *ar. l. matrē pen. in fi. D. ad SC. Treb.* Minimè verò. Nā ſi ratio bona eſſet æquè concluderet non ſolùm probatione mutatę voluntatis, onerandum eſſe heredē quod nos admittimus, ſed etiāſi millies probaret mutatam voluntatē, perinde tamen futurū vt ex proprio chirographo vtiliter & efficaciter conueniri deberet: quod nos negamus, negántq; Imperatores à Paulo relati & probati hoc ipſo quod mutatæ voluntatis probationem exigunt ab herede. Cur enim exigerent, ſi nihil eſſet ea profutura? An fortè id vnquā agere lex ſolet, aut Princeps aut bonus iudex vt quēquam oneret ſuperuacua probatione? Vtiq; non magis quàm vt ſuperuacua cautione, quod iniquū eſſe ait Vlp. in *l. hæc ſtipulatio 14. in fi. D. vt lega. ſeu fideic. nom. caue.* Dicendū igitur eſt exigere nos probationē ab herede, quia licèt minus cōmodi ſentiat ex poſteriore inſtitutione quàm ſenſurus fuerat ex priore, nec æquū ſit mutatione voluntatis probata, teneri eū ex propria cautione, quippe quā fecerit ſecutus tacitā illā teſtatoris voluntatem pro cauſa, qua mutata & ceſſante nullas quoq; cautionis vires eſſe ipſo iure oporteat, *arg.*

Digitized by Google

l.1.§.ſi quis ſub condicione eo.ti.&l.ſi quis ſub condicione 7.D.de condic.inſtit. nulla tamen prȩſumptio pro eo facit, nec ſumi poteſt cuniectura mutatæ voluntatis ex eo ſolo quod poſteriore teſtamento acceperit coheredem, quoniam ſicuti teſtator non vſque adeò tacitam illius fidem ſecutus eſt, vt non etiam curauerit exigi ab eo cautionem: ita credibile eſt ſi mutaſſet ille voluntatem, fuiſſe facturum vt interpoſita cautio extingueretur. Id enim conſequens erat naturali iuris regulæ vt taciti fideicommiſſi vinculum eo ipſo modo quo colligatum erat diſſolueretur. Atqui factum id non erat nec de cautionis iure diſſoluendo quicquam à teſtatore rogatum aut cogitatum proponebatur. Manebat ergo integra præſumptio contra heredem, non minus quàm ſi ex eadem aut ex maiore portione in poſteriore teſtamēto ſcriptus extitiſſet. Quod ſanè ſecus fuiſſet ſi Pōpeius heres aut nullam cautionem taciti fideicommiſſi nomine, aut aliquam equidem, ſed eā vltro & ſponte, non etiā idipſum curante & ſatagente teſtatore emiſiſſet. Sequitur apud Paulum, *Atque ita Pōpeius condēnatus*, ſupple cùm probare nō poſſet mutatam voluntatem (ideò enim quȩri ſolet, cui onus incumbat probandi, quoniam is cui incumbit, ſi nihil probet, omnimodo cōdēnandus eſt, etiāſi aduerſarius nihil ex parte ſua præſtet, *l.4.C.de edend.§.cōmodū Inſti.de interd.*) *deſiderabat onus eſſe id hereditatis opertere.* Vt ſcilicet quemadmodum partē dūtaxat dimidiā totius hereditatis habebat propter adiectū coheredē, ita & taciti fideicōmiſſi, de quo in ſolidū rogatus fuerat, non niſi partē prȩſtaret. Ratio autē qua mouebatur illa erat, quam Paulus ſubiicit, *quia præceptiones non acceperat.* Cuius rationis nō ille ſenſus eſt, quem malus interpres credidit cùm præcedētia corrupit, quaſi teſtator in poſteriore teſtamēto ademiſſet Pompeio præceptiones quas ei dederat in priore. Sed is potius quem in ſuperioribus iā indicauimus, quòd nulla ſubeſſe videretur cauſa propter quam totum fideicommiſſi taciti onus præſtare deberet īs qui dimidiam tantùm partem hereditatis haberet, cùm iniuncti fideicōmiſſi tempore tota ei hereditas deſtinata relictaq; fuiſſet. Eſt enim regulare vt quod alicuius emolumēti prȩtextu iniunctū fuit onus, vel nō debeatur ſi emolumentum illud nō detur, *l.Titia cùm teſtamēto 34.in princ.de legat.2.* vel pro rata diminuti emolumenti ipſum etiam diminuatur. *d.l.cùm pater 77.§.cùm exiſtimaret eod.l.pen.D.de iur.codic.* Sicut & è contrario interdum euenit vt per adeptionem oneris quod legato vel fideicommiſſo adiectum fuerat, legatum quoque aut fideicommiſſum ademptum intelligatur. *l. alumna 30.§. ab heredibus D.de adim.legat.* Tanta eſt inter diſpoſitionem quamlibet, quȩ onus habet, ac onus ipſum connexitas. *l.ſed duobus 5.§.1.de leg.2.l.legatarie 22.ff. de fideic.liber.* Subiungit Paulus, *nec poſſe videri pro parte in prima voluntate teſtatorē perſeuer aſſe, ſed in vniuerſo pronunciauit.* Hæc verò verba ſunt, quæ interpretis noſtri imperitiam prodūt euidentiùs. Adiecit enim de ſuo verbum, *pronunciauit*, cùm ſi bonus fuiſſet grammaticus, ſcribere debuiſſet *pronunciauerūt*, cùm non de imperatore locutum ſit in ſingulari numero in prȩcedentibus, ſed de imperatoribus, iis verbis, *conſulti imperatores.* Adiecit autem vir minimè malus, quia putabat deeſſe verbū à quo regerentur cætera verba infinitiui modi quæ in eadem clauſula, & prȩcedunt, & ſequuntur, *nec poſſe videri, extare, peti potuiſſe.* Animaduertere verò debebat præcedere verbum *deſiderabat*, à quo conſtrui cōmodè poſſint, tanquam quod implicitè ac vi ipſa contineat & ſignificet idipſum quod verbum *dicebat* vel *contendebat*, vel quod aliud ſimile, ſi fuiſſet expreſſum, ſignificaſſet. Deinde nec nouum eſſe vt cùm infinitiuis vtimur, prȩtermittamus verbum à quo regi poſſint, vt cùm dicimus, *Ille ſtatim pallere, mox erubeſcere*, & ſexcenta ſimilia, quæ vel minimus quiſque Grāmaticulus ſubminiſtraret. Denique tota illa clauſula, *nec poſſe videri pro parte in prima voluntate teſtatorem perſeueraſſe, ſed in vniuerſa, nec teſtamentum prius extare, nec ſi dediſſet in primo teſtamēto ex poſteriore peti potuiſſe, niſi petitum eſſet*, rationes contineri quibus cauſam ſuam Pompeius non inſubtiliter tuebatur, ne taciti fideicommiſſi, quāuis à ſe ſolo relicti onus ſupra portionem ſuam hereditariam agnoſcere & ſuſcipere cogeretur. Prima illa erat, quòd cùm placuiſſet Imperatoribus teſtatorem in dubio non videri à priore volūtate receſſiſſe, tametſi teſtamentum mutaſſet, adeóq; Pompeium hunc ex minore quàm anteà portione teſtamento poſteriore heredē inſtituiſſet, illud etiam conſequens videbatur, vt credēdus eſſet in prima illa volūtate nō pro parte dūtaxat, ſed in vniuerſo perſeueraſſe, id eſt voluiſſe non vt totā hereditatē Pōpeius haberet, à quo ſolo tacitū fideicōmiſſum reliquerat, ſed vt perinde ex tota hereditate fideicōmiſſum prȩſtaretur, ac ſi ſolus Pompeius ex priore teſtamento heres eſſet, vt adiectio coheredis ſi nō noceat fideicōmiſſario, proſit ſaltē grauato vt nō ex ſola ipſius portione fideicōmiſſum prȩſtetur, ſed ex tota hereditate, ad quā vtique reſpexit teſtator, cùm eum ſolum grauauit qui ſolus quoque heres ſcriptus erat. Alioqui videbitur induci diuiſio voluntatis, nec niſi pro parte teſtatorem in prima voluntate perſeueraſſe, ſi totum onus prȩſtandum ſit, neque tamen ex tota hereditate, ſed ex ſola Pompeij non niſi ſemiſſem habentis portione. Secunda ratio erat, quia non alio colore poterat Pompeius fideicommiſſi huius taciti nomine conueniri, quàm quia priore teſtamento heres ſcriptus fuiſſet. Fideicōmiſſa enim tacita licèt in teſtamento non ſcribantur, ſi quādo tamen præſtentur ab herede qui tacitam fidem accommodauit, præſtantur tanquam ab herede, quaſi qui non minùs obligatum ſe ſentiat vt prȩſtet quicquid promiſit teſtatori, licet teſtamento id ſcriptum nō ſit, quàm ſi apertè ſcriptum ritéque datum eſſet. Certe nec magis obligatus eſſe poteſt ad prȩſtādum id quod ſcriptum non fuit, etiamſi fraus facta legibus minimè detegeretur. Atqui teſtamentum prius quo fuerat Pompeius inſtitutus, & quod ſolum teſtatori cauſam dederat vt tacito iſto fideicommiſſo Pōpeij fidem obſtringeret, deſiit extare, ex quo ſecundum teſtamētum factū eſt, eóque ſublatum primum. Alterutrum igitur fatendum videtur, vel nullomodo manere obligatum Pompeium vt fideicōmiſſum tacitum præſtet iure primi teſtamenti quod ſublatum fuit, vel non niſi ex poſteriore teſtamento obligatum videri debere, atque ita liberandum eum partis præſtatione, cum eo teſtamento nō niſi pro ſemiſſe fuerit inſtitutus, non vt reliquȩ partis iacturā faciat fideicommiſſarius quem iam admiſimus totum conſequi debere, totū inquam quod ex Traiani beneficio conſequi poteſt, hoc eſt totius fundi & quātitatis per tacitum fideicommiſſum relictȩ dimidiam portionem, ſed vt reliqua illa pars ex adiecti coheredis portione detrahatur, vt quod vnus heres totum deberet ſi ſolus eſſet, ab vtroque præſtetur, & ex tota hereditate cùm duo fuerūt inſtituti. Tertia ratio erat, quia illa etiām fideicommiſſa quæ primo teſtamēto rectè & vtiliter relicta ſunt, facto alio teſtamento nō modò ex priore teſtamento quod ſublatū eſt peti amplius nō poſſunt,

ſed

Digitized by Google

ſed neque ex poſteriore etiam in quo idem heres ſcriptus ſit qui in priore, niſi fuerit iterum ille rogatus. Quantò minùs igitur ex poſteriore teſtamento, in quo additus ſit coheres fideicommiſſum debebit Pompeius qui eo teſtamento rogatus non fuit, licèt fuerit aliquando rogatus, nō quidē priore teſtamento, ſed tamen tanquam heres priore illo inſtitutus ex toto aſſe? Verū ratio hæc vltima leuior eſt, quia ſupponit fuiſſe per poſterius teſtamētum mutatam voluntatem: quod falſum iámque negatum eſt, niſi rationem adiuues & ſuppleas Pompeium hunc nō ſolum rogatum non fuiſſe poſteriore teſtamento, ſed nec rogari potuiſſe vt totū fundum ex portione ſua daret, cùm eius partē neceſſe ſit capere ipſum à coherede *d.l.cùm pater 77.in prin.& d.l. deducta §. acceptis*. Reſponderi tamē ad rationes iſtas omnes poteſt, futurum vt locum haberent ſi teſtamento vel priore vel poſteriore Pompeius tanquam heres cōueniretur, quomodo conueniri eū neceſſe eſſet ſi de tacito fideicommiſſo præſtando nihil cauiſſet. At cùm ex cautione ſua conueniatur, nec probet ſibi datas vllas præceptiones per quas imminui debeat hereditaria portio coheredis, nihil aliud eſt quod dicere poſſimus, quàm quod placuit Imperatoribus debere præſtari totum fideicommiſſum ab illo ſolo, id eſt, ita vt nullum in ea re ſit onus coheredis qui nec expreſsè nec tacitè fuit rogatus, & *ex ſola ipſius cautione*, vt lex ait, hoc eſt ita vt ex cautione tantùm nō etiam ex teſtamento condemnatio fiat, tametſi nō alio prætextu aut iure maneat efficax cautio ad agendum, quàm quod mutato quoque teſtamēto nihilomagis voluntas teſtatoris mutata cēſeatur. Ergo bene Paulus noſter qui quid ab Imperatoribus ſuis decretum & cōſtitutum eſſet nihil dixerat, totam quæſtionē ita concludit, *Placuit, quia non probabat ſibi datas præceptiones ex ſola ſua cautione ſolum fideicommiſſum præſtare debere*. Elegāter verò in Pompeium retorquet eam ipſam rationem qua Pompeius præcipue mouebatur. Putabat enim non debere ſe teneri niſi pro parte quia præceptiones nullas acceperat propter quã æquum videri oporteret totum fideicōmiſſum ab eo præſtari qui pro parte tãtùm heres eſſet. Imperatores verò ob hoc ipſum quod nō probabat ſibi datas vllas præceptiones, nec rurſum mutatam teſtatoris voluntatem putarunt eum cōdemnandum, vt ex ſola cautione ſua ſolus totum fideicommiſſum præſtaret. An fortè tanquam Pompeius & ex propria perſona obligatus? Nequaquam, ſed tanquam heres Flori. Si enim poneres poſteriore teſtamento nulla ex parte fuiſſe illum à Floro inſtitutum, nulla prorſus ratio eſſet cur ex ſua cautione, ſiue in totū, ſiue pro parte condemnandus videretur. Sed cùm heres manſerit, licèt pro parte tantùm, cōdemnatur in ſolidum ex propria cautione, quia & in ſolidū cauerat, & iuſta cautionis cauſa ſupererat, quantumuis modica eſſet hereditatis portio, quam ille ex poſteriore teſtamento retinuiſſet. Legis ſpecies & ſententia eſt ſanè perelegās, & in qua vix puto quēquam ex Iureconſultis noſtri temporis ſi eadem facti ſpecies nunc primùm incideret, idē fuiſſe reſpōſurum quod Impp. pronunciarūt: nec abs re poſſet quis iocando ſuſpicari apud Cæſares alioqui nomini Pompeiano infeſtiſſimos, tam nocuiſſe iſti heredi quod Pompeius nominaretur, quàm quòd tacitam fidem contra leges accommodaſſet, ſi iuris ratio à nobis iam fuſiſſimè explicata minùs diligenter attenderetur.

Emendatio l.2.C.de tranſact.

CAP. XV.

FRater cum ſorore ſua à qua hereditatis paternæ controuerſiam aliquam verebatur, tranſegerat nulladum lite mota, ex eáque cauſa cauerat certam pecuniæ quantitatem ei ſe debere, nec tamen ſoluerat, ſed priuſquam ad ſolutionem vrgeretur, conſulebat Imperatorem, an ius haberet condicendæ promiſſionis & obligationis, quaſi ſine cauſa factæ, licèt tranſactionis color quæſitus eſſet, cùm nulla lis vnquam fuiſſet de qua tranſigi potuiſſet. Reſcripſit Imperator, etſi nulla fuiſſet adhuc mota quæſtio hereditatis, ſufficere tamen quod propter timorem litis interpoſita eſſet tranſactio, vt pecunia eo nomine promiſſa rectè cauta intelligatur. Neque id vllam apud me aut aliquem ex interpretibus habet dubitationem. Conſtat enim iuſtiſſimum eſſe titulum tranſactionis, nec ſine cauſa videri datum aut promiſſum quod per trãſactionem datū aut promiſſum eſt, quãuis pro ſeiunctis & ſeparatis habeantur iſta, Dari quid ob tranſactionem, & dari quid ob cauſam in *l.ſummã 65.in princ. D.de condic.indeb.* Ideo fortaſſe quia trãſactio ſatis idonea & ſufficiēs ſui ipſius cauſa eſt. Nam, vt ibidem Paulus ſubiungit quod trãſactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit ex illa parte, non repetitur, cùm ſi lis aliqua fuerit hoc ipſum quod à lite diſceditur iuſta tranſactionis cauſa eſſe videatur. Etſi verò adiecimus *Si lis aliqua fuerit* quomodo etiã Paulus loquitur, nō tamen caſum illū excludimus, nec excludere Paulus voluit, quo nulladum lis fuerit tempore interpoſitę tranſactionis, ſi modò iuſtus potuerit ſubeſſe metus futurę litis. Quid enim hac parte poteſt intereſſe an lis pręſens ſit, an futura? An non periode dubia res eſt de qua metui lis iuſta poteſt? Cur verò de lite hic loquimur, niſi vt ſignificemus dubiam eſſe rem & incertã de qua tranſigitur, quia nec de alia re fieri tranſactio poteſt, in eóque præcipuè diſtat à pacto? *l.1.D.de tranſact.* Nam & inde eſt quòd ſi per euidentem calumniam lis inſtituta proponatur, non eò magis trãſactio valet *d.l.in ſumma* §.1. Tunc enim per euidentem calumniam inſtituta lis dicitur, cùm dubitandi ratio nulla fuit quæ litis non calumnioſæ materiam præbere poſſet. A quo caſu differt ille cùm dicis cauſa mouetur lis, & perfunctoriè ad hoc ſolùm vt trãſactioni color quæratur inter aliquos in alterius necem colludētes. Huiuſmodi namque tranſactio per colluſionem non per calumniam facta dici debet. Quæ per calumniam fit id agit vt damnum irroget ei perſonę cum qua tranſigitur. Quæ per colluſionem, dolum vtriuſque tranſigentis habet, vt tertio damnum inferatur. Neutra valere debet, quia quod dicis cauſa, hoc eſt perfunctoriè ac ſimulatè fit, ſemper pro infecto habendum eſt *l. 4. D. commod. l. 1. §. excuſãtur 34. D. ad SC.Silan. l.ſi ex precio 6. C.ſi cert. pet.* Et eæ demum tranſactiones valēt & ratæ habentur, quæ nec vi nec dolo, ſed ſponte ac bona fide factæ ſunt *l.fratris 10. l.præſes prouinciæ 12. & ſeq. l.ſub prætextu inſtrumenti 19. C.de tranſact.* Sed quod ſequitur apud Imp. in *d.l.2. ex qua cauſa ſi fiſco ſoluiſſes repetere non poſſes, & ſi nō ſoluiſſes tamen iure conueniretis*, quem ſenſum habeat difficile eſt explicare. Quid enim propoſita ſpecies aut quæſtio commune habeat cum iure fiſci, vt hîc de fiſco tractari oporteat? Nihil prorſus, niſi cum Accurſio & recentioribus nonnullis Accurſium ſecutis ſuppleas ſucceſſiſſe fiſcum ſorori cum qua frater tranſegerat. Quod tamen nec ſine diuinatione ſupplere poſſis, cùm in præcedentibus nihil ſit ex quo poſſis id conijcere, at ne quidem ſororis mortem aut damnationem ſuſpicari, nec rurſum cauſa aliqua fuerit propter quam de fiſco potiùs quam de alio herede quolibet agi

oporteret. Illud verò longè improbabilius eſt quod Hugo Donellus, terſus alioquin & eleganaIureconſultus ſcripſit tractari de fiſco ea hypotheſi, vt etiáſi ia ſorori ſucceſſiſſet aliqua ea cauſa, non eò minùa tamen tranſactio valere deberet atque efficax eſſe tam ad agendum quàm ad retinendum. Cur enim putaremus deteriorem eſſe debere hac parte condictionem fiſci, quàm alterius cuiuſlibet ſucceſſoris, cùm in cæteris ferè omnibus melior eſſe ſoleât? Quod verò Iacobus Cuiacius libro 9. Obſeru. cap. 24. hanc legem intelligit de vieeſima hereditatia quæ fiſco ſoluebatur, nihil minùs quàm probabile eſt. Non enim ſoluebatur cùm de parentum hereditatibus, vt in propoſita ſpecie inter fratrem & ſororẽ agebatur, propterea quòd eiuſmodi hereditates parentum ea ipſorum voto, iuréque naturali liberis debitæ crederentur. Qua etiam ratione lea Iulia de caducia erubuerat iugum imponere liberis ad tertiũ vſque gradum vt Iuſtinianua teſtatur in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Dicendum igitur eſt meudum magnum, ſed quod facilè ex literarum ſimilitudine conflari potuit in verba legis irrepſiſſe, & pro *fiſco* reponendum eſſe *ilico*. Hoc ſenſu vt cautio & promiſſio facta certæ quantitatis ea cauſa tranſactionis cõdici nullomodo poſſit, quia ſiue ilico ſoluta fuiſſet ea quantitas, repeti poſtea non poſſet, ſiue ſoluta nõ eſſet, peti vtiliter poſſet ac ſine vllius exceptionis metu. Conſequens igitur eſt vt obligatio etiam vtiliter facta contractáque intelligi debear, ob idq. nec cõdici poſſit, quomodo poſſet vtiq. ſi vel ea nulla vel ex falſa vel ea iniuſta cauſa frater ſorori cauiſſe proponeretur. Tã aperta verò eſt hæc emendatio, & prima etiã frõte tam probabilis, vt in ea comprobanda diutiùs immorandum nobis eſſe non arbitremur.

Emendatio l. hæc Scriptura 26. D. de cond. & demonſt.

Capvt V.

VVlgata lectio ſic habet, *Hæc Scriptura*, ſi viginti dederit aut iurauerit ſe aliquid facturum *vnam cõdicionem exprimit habentẽ duas partes.* Hoc verò falſum eſt. Duplicem enim condicionem hæc ſcriptura exprimit, non vnam habentem duas partes. Prior cõdicio illa eſt *ſi dederit viginti*. Poſterior autem diſiunctim & alternatiuè ſubiuncta *ſi iurauerit ſe aliquid facturum.* Idq; iam ante nos Iacobua Cuiaciua lib. 5. Obſer. ca. 1. feliciſſimè & ingenioſiſſimè, vt alia penè innumera obſeruauit. Mendum tamen vulgatæ lectionis non ſatia feliciter vt arbitror, emẽdauit. Putar enim ſic legendum, *ſi iurauerit ſe viginti daturum, aut aliquid facturũ*, nec animaduertit quod meo iudicio per ſe notiſſimum eſt, hoc quoq; caſu duas eſſe condicionea, non vnam duntaxat quæ duaa partes habeat. Etſi enim tota hæc clauſula nõ niſi vno verbo *iurauerit*, vnicóque articulo illo *ſi*, qui cõdicionem facit, perficitur, idem tamen verbum tacitè repetendum eſt, idémque articulus, vt non minùs ſecunda quàm prima condicio bonum habeat ſenſum. Quid enim refert an ſcriptura ita vti ex Cuiacio diximus cõcepta ſit, an hoc potiùs modo *ſi iurauerit ſe viginti daturum, aut ſi iurauerit ſe aliquid facturum?* An non idem vtriuſq; formulę ſenſus eſt? Et tamẽ quis negauerit poſteriore ſcriptura duaa exprimi condiciones? Ergo & priore, noua igitur formula verborúmq; conceptio quærenda eſt per quã fiat vt verè dici poſſit non duas eſſe condiciones, ſed vnã duntaaat, quamuis duas habentem partes. Eam verò facile inueniemus ſi ſic legemua *ſi iurauerit ſe aliquid facturum.* Nemo enim dixerit his verbia tam ſimplicibua & pręciſis duas condiciones vllo caſu, vllóque modo contineri. Vna tantùm eſt quam nec paucioribus verbis exprimere poſſis. In eóque non puto quemquam reperiri poſſe adeò imperitum qui à me ſit diſſenſurus. Sed facilè omnes quærent quomodo aut quo ſenſu poſſit fieri vt hęc condicio tam ſimplea duas partes habeat, & quęnam illę ſint. Hoc enim vnum eſt quod antiquum interpretem primùm feſellit, & vt ita dicam, coegit, vt perelegans Iuliani reſponſum corrumperet, additis præcedentibus illis, *ſi viginti dederit*, ſubiuncto etiam articulo diſiunctionis *aut*, non animaduertens ſecundum iſtam emendationem fieri non duas partes vnius eiuſdémq; condicionis, ſed duas, vt diximus, condicionea. Id etiam proculdubio fuit quod aſſequi non potuit vir doctiſſimus, vt ſublato mendo quod non erat obſcurum, reſtitueret veram lectionem, & quod è contrario fecit vt in eundem impegerit errorem. Cùm tamen nihil apertius aut verius ſit, quàm vnica illa condicione *ſi iurauerit ſe monumentũ facturum* duas partes cõtineri. Quarum vna illa eſt ſi iurauerit, altera, ſi monumentum fecerit. Nã qui iurat ſe monumentum facturum, hoc primùm facit quod ſe obligat vt faciat monumentum: Illud deinde quod adhibet iuſiurandum, vt fortiore vinculo muniat obligationem. Similiter is cui relictum aliquid eſt ſub vnica iſta & ſimplicĩ condicione *ſi iurauerit ſe monumentum facturum*, de duobus iuſſua intelligitur, de illo primùm vt faciat monumentum, deinde etiam de illo vt iuret ſe facturum. Quod etſi naturalem habet intellectum, probari tamen non ineleganter poteſt ex *l. Celſus 23. §. 1. D. de recept. arbitr.* vbi Vlpianus ea Celſo contra Proculum ſcribit, Si arbiter iuſſerit me tibi centum dare intra Cal. Ianuar. proximas, & tu valetudine aut iuſta alia de cauſa fueria impeditus, ne accipere potueria me offerente, poſtea verò te parato accipere dare nolim, pœnã me debere. Duo enim eſſe arbitri præcepta, id eſt, vt nemo nõ videt interpretandũ eſſe, iſtius pręcepti quod re vera vnũ duntaaat eſt, duas eſſe partes, vnam *pecuniam dari*, alteram *intra Calẽdas dari.* Et ideò quamuis in pœnã non cõmiſerim ea ea parte qua intra Calendas non dedi, quia per me non ſtetit, tamen nunc me committere ea ea parte qua non do ſi tu accipere ſia paratus. Sed ad propoſitum noſtrum multò accommodatius eſt, quod idem Vlp. ſcribit in *l. qua ſub cõdicione 8. §. quoties de condic. inſti.* quotiea iurare heres iubetur daturum ſe aliquid vel facturum quod non improbũ ſit, nõ aliter debere actiones habere hereditarias, quàm ſi dederit vel fecerit id quod erat iuſſua iurare. Hoc enim cur ita? Niſi quia quod iuſſus erat iurare daturum ſe vel facturum, idipſum multò màgia & in neceſſarium antecedẽa dare vel facere iuſſus erat? Et verò hoc ipſum quoq; eſt, aliud verò pręterea nihil quod Iulianus tractat in *d. l. hac ſcriptura*, cùm ſtatim poſt primam clauſulam de cuius emendatione diſputamus, ſubiicit in hęc verba, *Quare quicunque heres ſcriptus erit ſub condicione ſi iurauerit ſe decem daturum, aut monumẽtum facturum, quãuis verbis edictis ad hereditatem vel legatum admittatur, tamen compellitur facere id quod facturum ſe iurare iuſſus eſt, ſolo iureiurãdo remiſſo.* Nimirũ ſi id quod facere iuſſus eſt, improbum non ſit, vt Iulianus ex Vlpiano intelligatur & ſuppleatur. Alioqui vtrumque ſimul remittit prætor & iuſiurãdũ, & iuſtum faciendi, nec magis cogitur heres cui faciendi cõdicio adſcripta eſt, facere quàm iurare. Dicẽs ſupraſcriptia illis Iuliani verbis, *ſub condicione ſi iurauerit ſe decem daturum aut monumentũ facturum.* Cuiacij emendatione apertiſſimè cõfirmari cùm ea ipſa verba ſint, quæ putat

putat ille in priocipio legia eſſe reponenda. Nec ſanè dubito quin hac potiſſimum ratione motus is fuerit, vt legem ſic emendaret. In eo falſus & deceptus euidenter, niſi fallor ego ſtupidiſſimè, quòd ea verba *ſi iurauerit ſe decem daturum, aut monumentum facturum* pro vnico propoſitæ cōdicionis exemplo accepit, quæ proculdubio exempla ſunt eius condicionis & ſcripturæ, de qua cum Iuliano tractamus. Vnum, *ſi iurauerit ſe decem daturum*, Alterum, *ſi iurauerit ſe monumentum facturum*: Quibus duobus exemplis Iulianum vti conueniens fuit, vt oſtenderet nihil hac parte inter dandi & faciendi obligationes intereſſe: quod & ab Vlpiano factum eſt in *dicto §. quoties*. Sed non dū bene & omnino Iulianus explicatus eſt. Quęret enim aliquis fortaſſe, cur diſtinguat Iulianus an duplex condicio ſit, an vna tantùm quæ duas habeat partes? Reſpondeo, quia cum vna duntaxat condicio eſt duas partes habens, vtraque pars eſt implenda, ſi non altera edicto prętoris remittatur. Eſt enim proprium illud cuiuſlibet condicionis, vt ſit indiuiſibilis, & conſequenter in totum implenda, nec proficiat illum fuiſſe impletam ex aliqua parte, niſi cùm ex coniectura voluntatis diuiſio condicionis induci poteſt *l. cui fundus 56. eodem tit. de condicion. & demonſtr.* Ergo in propoſita ſpecie quamuis iuſiurandum remittat prætor, atque ita faciat ne is qui iuſſus erat iurare ſe decem daturum, cogatur implere condicionem ex ea parte qua iurare iuſſus fuit, non eo minùs tamen cogitur decem dare, & ex hac parte parêre condicioni, quoniam vnica condicio eſt, quæ licèt pro impleta habeatur, ex qua parte à prætore remittitur, quia tamen non in totum, ſed pro parte duntaxat remittitur, neceſſariò implenda eſt quatenus non eſt remiſſa. Alioqui diuideretur, & ſufficeret impleri eam pro parte contra iuris noſtri rationem. At cùm duplex condicio eſt, ſi non vtraque coniunctim adſcripta ſit, ſed diſiunctim, &, vt loquuntur, alternatiuè, conſtat ſufficere vt alterutra impleatur, ac proinde quod eſt conſequens, etiam ſufficere vt alterutra prætoris edicto remittatur, ſiquidem quę remittitur, licèt pro non implenda verius quàm pro impleta habeatur, vt alibi ſcripſimus ex *l. ſi facta 36. §. ſub condicione D. ad SC. Trebell.* non minus tamen ei cui adſcripta fuerat prodeſſe debet ne alteram cōdicionem præciſè implere compellatur, quàm ſi ea quę remiſſa eſt, & implenda fuiſſet & impleta. Aliter enim poſito iure fieret vt quæ non niſi eius gratia fit remiſſio, ipſi noceret. Itaque ſi fingas heredem te inſtitutum ſub duabus his alternatiuis condicionibus, *ſi Titio decem dederis, aut iurauerit te Maniam coniugem tuam occiſurum*, dubitandum non eſt quin heres futurus ſis, etiamſi Titio non dederis decem, quia non ſub illa tantùm condicione dandorum Titio decem ſcriptus fuiſti, ſed ſub alia etiam, quam ſufficit à prætore remiſſam eſſe in totum, id eſt, non tantùm quod ad iuſiurandum, ſed & quod ad factum de quo iurare iuſſus eras, vt ad tuum commodum pro impleta habeatur, hactenus ſaltem ne aliam præciſè implere cogaris, quæ diſiunctim & ſub alternatione non coniunctim fuerat adſcripta, *l. ſi heredi plures 5. D. de condic. inſtitu.* Perinde igitur heres eſſe poteris, etiamſi des Titio nihil, ac ſi & iuraſſes te coniugem tuam occiſurum & ſubinde occidiſſes, quia non poteſt tibi imputari cur vel hanc condicionem non impleueris quæ fuit contra leges & bonos mores, vel aliam dandorum Titio decem, quæ quamuis fuerit licita, non ſic tamen iniūcta tibi fuit, vt eā omnimodo & præciſè implere debueris, cùm idem teſtator arbitriū tibi dederit nō implēdi, adiecta condicione alia, eáque alternatiua. Idque eſt quod idē Vlp. ſcribit in *d. l. qua ſub condicione. §. ſi quis ſub iuriſiurandi. De condic. inſtit.* Si quis ſub condicione iuriſiurandi ſit inſtitutus, aut ſi decem dederit, hoc eſt alternata condicione, vt aut pareat condicioni, aut iuret, poſſe quidem dubitari nunquid remitti ei condicio non debeat, quia poteſt alteri condicioni parendo eſſe ſecurus, ſed eſſe verius remittendam cōdicionem, ne, inquit, alia ratione alia cōdicione eum vrgeat ad iuſiurandum, puta quòd fortè ita ſit affectus vt facilius ſit iuraturus quàm decem daturus. Ex qua ratione apparet, quod lex ait *remittendam condicionem*, non de ſola iuriſiurandi condicione intelligi debere, ſed de cōdicione ipſa alternata, de qua & in ſingulari numero Vlp. loquitur, quia cùm alternatiuam condicionem dicimus, licet in numero ſingulari, omnes condiciones quotquot in alternatione ſunt ſignificamus, quaſi vnius appellatione includendas ob id quòd vna eadémque condicionis clauſula & formula continentur. Porrò alternatam condicionem remitti nihil aliud eſt, quàm eum cui duplex illa condicio alternatiua fuerat adſcripta neutram implere compelli. Longè diuerſum eſt quod idem Vlp. in eadem lege ſcribit in §. præcedente Si quis ſub iuriſiurandi condicione, & præterea ſub alia ſit inſtitutus, magis quidem eſſe vt ei remitti debeat condicio iuriſiurandi, ſed non eò minùs cogendum illum vt alij pareat condicioni. Habet enim id rationem illam, quòd hoc caſu duplex cōdicio fuerat adſcripta coniunctim non ſeparatim: ita vt proinde vtramque impleri oportuiſſet, ſi non altera remiſſa fuiſſet *d. l. ſi heredi plures.* In ſumma nihil refert quod ad propoſitam quæſtionem, An duæ ſint condiciones, ſi modò coniunctim fuerint iniunctæ, An vna tantùm duas habens partes, quia vtroque caſu vtramque ſiue condicionem, ſiue condicionis partem, aut remitti neceſſe eſt aut impleri, aut ſi alterius tantùm remittendæ ratio ſubſit alteram impleri. Sed multum refert an vna tantùm condicio ſit duas habens partes, an duæ condiciones alternatiuæ, quoniam priore caſu remiſſa vna tantùm condicionis parte, altera pars implenda eſt. Poſteriore verò alterutram remiſſam eſſe ſufficit, vt neutra impleatur, quia & ad extinguendam eam quæ non eſt remiſſa, ſufficeret impletam ſolùm alteram quę à prętore remiſſa fuit.

Corruptum fuiſſe à Triboniano reſponſum Marciani in l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum. De legat. 1.

Caput XI.

Marcianus in *l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum De lega. 1.* refert apud Marcellum agitatam fuiſſe talē quæſtionem. Quidā, inquit, ab eo cui fundum legauerat, fideicōmiſerat vt eum fundū poſt mortem ſuam Sempronio reſtitueret. Eiuſdem præterea legatarij fidei commiſerat vt centum Titio daret. Queritur quid iuris ſit. Et ait Marcellus, ſi legatarius poſt tantum temporis deceſſiſſet, vt ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum: ſin poſt acceptum legatum confeſtim deceſſiſſet legatarius, Titij fideicommiſſum extingui, quia placet non plus poſſe quē rogari reſtituere quàm ei ſit relictum. Sed ſi Titij fideicommiſſum non eſt in tempus mortis legatarij collatum, confeſtim fideicōmiſſum Titio dandū, ſed cautione exacta quātò amplius cœperit reddi. Quā cautionē ita cōmitti, ſi priùs legatari⁹ deceſſerit, quā ex fructibus cētum perciperet. Atq; ita Marcellū ſcripſiſſe non dubito, ipſiúſque ſententiam à Marciano probatam fuiſſe, vtpote quæ & iuris rationi

conueniens ſit,& volũtati teſtatoris. Sed tamen quãtopere corrupta & deprauata ſit à Triboniano (quis enim vnquam interpres iã multa de ſuo addere auſus fuiſſet?) ex eo apertiſſimè liquet, quòd ex cæteris omnibus, quę in legis contextu leguntur, nihil prorſus eſt quod cum aliquo iuris colore poſsis tribuere aut Marcello, aut Marciano. Primùm in illis verbis: *Et ait Marcellus, ſi Titio teſtator centũ ex fructibus, quos viuus legatarius perceperit, reliquerit, & legatarius poſt tantũ temporis deceſsiſſet, &c.* apparet nõ potuiſſe ita ſcribere Marcellũ, quin propoſitę à ſeipſo queſtionis ſpeciẽ variaret, quod tamen nemo dixerit ab eo factũ eſſe in reſpondẽdo ad propoſitam ipſam quæſtionem. Eſſet enim id hominis parũ cõſiderati nec ſibi ſatis conſtantis, aut ad id quod ageret, bene attẽdẽtis. Nã in proponẽda facti ſpecie, nihil aliud Marcellus expreſſerat, niſi quod eiuſdẽ legatarij qui fundum ſibi legatum reſtituere Sempronio iuſſus erat, teſtator fideicõmiſerat vt Titio quoque centum daret: non additis verbis illis, *ex fructibus quos viuus legatarius percepiſſet.* Itaque circumſcriptis intermediis omnibus ſic lego: *Et ait Marcellus, ſi legatarius poſt tantũ tẽporis deceſsiſſet.* Alioqui ſi poneres iuſſiſſe teſtatorem vt centũ illa ſoluerẽtur Titio ex fructibus quos viuus legatarius ex fundo ſibi legato percepiſſet, confeſtim verò poſt acceptũ legatũ deceſſiſſe legatarium, perinde quidẽ verum eſſet, quod Marcello placuit Titij fideicommiſſum extinctum fore, ſed nõ ratione illa quã Marcellus probauit, quòd nemo poſſit rogari plus reſtituere quàm ei relictũ ſit. At illa potiùs, quòd eo caſu fideicõmiſſum Titio relictũ eſſet cõdicionale, ſi aut quatenus ex fructibus fundi legati tantundem legatarium percipere cõtingeret, quæ condicio ſicuti deficeret legatario ante tot fructuum perceptionem defuncto, ita & defecta ſemel non pateretur valere fideicõmiſſum quod ſub ea relictum eſſet *arg. l. defuncta 58. §. 1. ff. de vſufr. l. ſi debitor 39. §. veriſimile. ff. de contr. empt. l. ſcribit 34. §. vlt. ff. de aur. & arg. leg. iunct. l. Stichum 6. de legat. 1.* Proinde non eſſet quærendum, An valeret, necne fideicommiſſum Titij ſupra quàm legatario relictum eſſet, quia nec fideicõmiſſum vllum datũ intelligitur, quoties defecit condicio ſub qua datum fuit. Ob idque etiam ita poſito iure vt qui ex legato accepiſſet centum, poſſet onerari in ducentis, quod falſum eſt, non eo magis tamen fideicommiſſum hoc Titio deberetur, tanquã nec datum. Atqui ratio Marcelli oſtendit futurum omnino, vt deberetur, niſi fieret indebitum ex eo ſolo, quòd regula iuris nõ patitur, vt quis in plus oneretur quàm acceperit. Fatẽdum igitur eſt non eam ſpeciem à Marcello tractari, in qua iuſſus ſit legatarius centum ſoluere Titio ex fructibus fundi legati à ſe percipiendis, ſed in qua ſimpliciter iuſſus ſit Titio dare centum. Nec pugnat quod cęteris verbis retentis admittimus Marcellum ſcripſiſſe, *ſi legatarius poſt tantum temporis deceſsiſſet vt ex fructibus centum fierent.* Non enim ideò conſequens eſt vt ea centum ex fundi fructibus ſolui præceperit teſtator, cùm ea verba Marcelli ſint non teſtatoris, longéque aliud ſit de ea fructuum perceptione tractare quam teſtator ipſe in fideicommiſſi condicione poſuerit, aliud verò de fructibus quos à legatario perceptos eſſe contigerit, ita vt ex iis, centum Titio ſoluere nullo ſuo incommodo poſſit. Dices ſi ea verba deleantur quæ nos tollimus, futurum vt nihil ſuperſit in præcedentibus, ex quo poſſit colligi eam ſpeciem à Marcello tractari in qua voluerit teſtator non niſi poſt legatarij mortem Titio centum præſtari. Præcedentia enim ſimpliciter ita ſcriptum habent, *eiuſdem legatarij fidei commiſerat vt Titio dares centum*, nulla mortis legatarij facta mentione. Et hoc quoque eſſe potuit, ni fallor, quod Tribonianum decepit. Nam ſecunda diſtinctionis pars ſic concepta, *ſed ſi Titij fideicommiſſum non eſt in tempus mortis legatarij collatum* cogit nos fateri in prima diſtinctionis parte tractatũ fuiſſe caſum illum quo fideicommiſſum pecunię relictum Titio in tẽpus mortis legatarij collatum proponeretur. Ac ſanè ita eſt. Potuitq; Marcellus idipſum colligere non obſcurè ex eo quòd fideicõmiſſum illud pecuniarium Titio relictum fuerat, immediatè poſt fideicommiſſum fundi Sempronio datum. Porro legatarius nõ niſi poſt mortem ſuam fundum ſibi legatũ Sempronio reſtituere iuſſus erat. Quidni ergo eadem clauſula in ſequenti fideicommiſſo repetita intelligeretur? *arg. l. ſi mihi & tibi 12. §. vlt. l. talis ſcriptura 30. in fin. cum ſequenti hoc titul.* Aut cur crederetur teſtator in dubio magis adſtrinxiſſe legatariũ in fideicommiſſo pecuniæ non legatę, quàm in fideicommiſſo legati fundi? Nihil igitur neceſſe eſt verba, quę nos delemus retinere, vt inducamus caſum illum quo legatarius rogatus ſit de cẽtum poſt mortem duntaxat ſuam Titio præſtandis. Quòd ad ſecundam verò diſtinctionis partem attinet, impugnauit Tribonianus Marcelli ſententiam, ſed hæſitanter ſuo more, & ita vt facilè agnoſcas nõ reprehendendi animum, aut ſtudium, ſed ſcientię fiduciam homini defuiſſe. Cùm enim Marcellus ſcripſiſſet Titij fideicõmiſſum ſi in tempus mortis legatarij collatum non eſſet, Titio confeſtim dandum eſſe, ſed exacta priùs cautione, quanto ampliùs cœperit reddi, eámque cautionẽ ita cõmitti ſi prius legatarius deceſſerit, quàm ex fructibus centum perciperet, noſter ille Tribonianus ſubtilem agens ſub nomine Marciani, *ſed vix eſt*, inquit, *vt legatarium ex reditibus voluit ante dare quàm fructus legatarius percepiſſet.* Quis verò tibi dixit Triboniane, voluiſſe teſtatorem hunc dari Titio centum ex reditibus fundi legati? An fortè Marcellus cùm in prima diſtinctionis parte ſcripſit, *ſi legatarius poſt tantum temporis deceſsiſſet vt ex fructibus centum fierent.* Atqui iam diximus non eſſe teſtatoris verba illa, nihilque ex iis inferri poſſe. Quod ſi nihil fuit apud Marcellum, neque in proponenda facti ſpecie, neque in reſpondendo ad propoſitam quæſtionem, ex quo potueris coniicere teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt non niſi ex fundi reditibus ea centum ſoluerentur, Cur ſupponis falſum, vt anſam tibi vltrò prębeas Marcelli reprehendendi? An putas fortaſſe, tam ſubtilem & aſtutum Iureconſultum, qui ne Iuliano quidem pepercerit, ignoraſſe quod nemo neſcit, eum qui ex fructibus certi fundi aliquid præſtare iuſſus ſit, neque aliter cogendum præſtare, quàm ſi tantundem ex fructibus perceperat, neque priùs quàm perceperit? *l. nomẽ debitoris 34. §. vni ex heredibus, de legat. 3.* Sed à te Marcelli ſententiam quam non intellexeris corruptam, primùm pro arbitrio, deinde ex falſi ſuppoſitione reprehenſam fuiſſe non miror. Illud potiùs miror tam audacem te qui in prudentum reſponſis emendandis, aut veriùs deprauandis, tibi non temperaueris, minùs tamen hîc adrogaueris iudicio tuo, quàm vt reprehenſionem auſus ſis pro bona iuſtáque ſecurus dare: *vix eſt*, inquis. Nihil ergo adfirmas. Etſi non ignoro prudentibus noſtris eſſe familiare, vt eiuſmodi locutione ſententiam ſuam modeſtè inſinuent, tùm etiam cùm adfirmant. Sed non idem tibi contigiſſe, indicat manifeſtè quod mox ſubiungis, *certè erit legatarius audiendus, ſi velit totum fundum præſtare, ſi de reſtituendo*

mendo caueatur. Nam ſi abſolutè & audacter negare potes verum eſſe quod Marcellus dicebat, confeſtim præſtandum Titio fideicommiſſum exacta prius cautione, de qua diximus, quid attinet huic legatario electionem tribuere præſtandi fũdi, pro pecuniario fideicommiſſo, ſi id maluit? An ideo fortaſſe ne magna ei fiat iniuria, ſi confeſtim vt Marcellus volebat, & ante vllos perceptos ex fundo legato fructus cogatur dare Titio centum? Atqui tutus eſt ipſo iure, & ex ipſa etiam teſtatoris voluntate, ſi Marcelli ſententiam vis haberi pro falſa, quæ falſiſſima vtique eſſet, ſi ad eum caſum aptaretur, quem tu tibi cõminiſceris, quo ſcilicet ex fundi legati fructibus centum illa ſolui debuiſſent. Nullo igitur caſu permittendum eſt legatario, vt electionem illam habeat dandi pro pecunia fundi, ſiue Marcelli ſententia vera ſit, ſiue falſa. Et verò quis vnquam dixit, vel audiit, eum cuius fidei teſtator cõmiſerit, vt Titio daret centum, poſſe quidem eius fideicommiſſi nomine conueniri, ſed tamen liberari ſi fundum ſibi legatum, & alteri tandem reſtituendum pręſtare malit quàm pecuniam? An non id à iuris ratione abhorret manifeſtiſſimè? Nam ſi fideicommiſſum huiuſmodi non valet, cur de fundo ipſo præſtando agimus? Sin placet valere, cur aliud pro alio ſolui permittimus? An quòd abſurdum ſit legatarium de ſuo præſtare centum, vt ſubiungit Tribonianus? Immò verò longè abſurdius eſt exiſtimare, poſſe vllo caſu contingere ſecundum Marcelli ſententiam, vt legatarius hic de ſuo centum præſter, ne tùm quidem cùm ante vllos fructus perceptos, confeſtim centum Titio dare compellitur, etiamſi addas poſtridie illius diei quo ſoluta pecunia fuerit, ipſum deceſſiſſe. Remedio námque cautionis quam exigi Marcellus voluit occurritur facile huic periculo & iniquitati, cùm quanto plus Titius ex euentu cepiſſe reperietur, quàm ex fundi fructibus ad legatarium peruenerit, tantumdem ille heredi eu liber legatarij ex interpoſitæ cautionis poteſtate ſit reſtituturus. Nec video qua ratione dici poſſit legatarium de ſuo ſoluere, quod non aliter pro bene ſoluto haberi poſſit, quàm ſi poſtea ex fructibus fundi legati ea ſumma conficiatur, quódque certum ſit ante functo legatario quàm ex fructibus tantumdem redigi potuerit, ipſius heredi omnimodo reſtitutum iri oportere. Dices, Illud ſaltem Marcelli ſententię conſequens eſſe, vt noſter hic legatarius de ſuo proroget fideicommiſſum pecuniarium Titio relictum, ſi confeſtim & ante vllos fructus perceptos id ſoluere iubeatur, nec ei liceat ipſius fundi præſtatione ab eo ſe incommodo liberare. Fateor, ſed id abſurdum eſſe nego, ſiue initium inſpicias, ſiue exitum obligationis. Initio námque inſpecto, eſt quod ſibi legatarius imputet, cur legatum vltro agnouerit, quòd huiuſmodi prorogationis onere & incommodo affectum eſſe non ignorauit. Si verò quis huius obligationis exitus ſit conſideres, vtrique indemnis ſeruatur legatarius remedio, vt diximus, cautionis. Et pro illo modico prorogationis & repræſentationis damno quod vltrò ſubiit legatarius agnoſcendo legatum, ſperare poteſt commodum illud perceptionis futuræ fructuum, quos ſi iuuet, ipſe diutius multò ampliores percipere poteſt quàm quantos eſſe neceſſe ſit ad ſummam fideicommiſſi pecuniarij conficiendam. Vt proinde tanto minùs ei ſuccurrendum ſit ſi eius lucri ſpe ac veluti pretio repræſentandæ pecuniæ neceſſitatem ſibi vltro irrogauerit. Vidit enim & cogitauit dãnum ſibi imminens non in re ipſa poſſe contingere, ſed tantum in tempore, lucrum verò quod ſperare potuit, non in tempore, ſed quod multò maius eſt in emolumento fructuum & in ipſa quantitate. Sed & præſentis lucri & commodi ratione moueri potuit ad legatum agnoſcendum vt quandiu viueret fundo ipſo ſibi legato frueretur; cuius multò magis quàm centum habere ſua ſciret intereſſe. Tum quoque cùm fundus non niſi centum dignus eſſet, aut ſaltem non multò pluris, alioqui enim quid eum compellebat vt legatum agnoſceret? Etſi vix eſt vt prudens teſtator qui non niſi fundum alicui relinquat, eum oneret per fideicommiſſum vt & fundum ipſum Sempronio reſtituat poſt mortem ſuam & Titio det centum, ſi fundus centum duntaxat nummis dignus, aut non multò pluris fuit. Quæ res magis me mouet, vltimaque huius §. clauſula, vt manum Triboniani agnoſcam illo loco *maximè* ſi fundus centum vel non multò pluris eſt. Eſt enim mirus ille in conquirẽdis iis caſibus qui vix vnquã poſſint euenire, vt maiore prætextu æquitatis ſuã ſcientiã muniat, quoties melior æquitatis arbiter videri vult quã fuerint veteres Iurecõſulti. Agnoſco etiã manũ in verborũ modis Triboniano more inuerſis, cùm ſcriptum video *perceperit*, ꝓ *perciperet*, *Reliquerit* pro *reliquiſſet*, *Voluit* pro *voluerit*, *Cauetur* pro *caueatur*. Agnoſco denique eandem manum in poſtremis illis verbis *quo iure vtimur.* Fuerunt enim addenda a Triboniano vt ſententiam ſuam ſub Marciani nomine propoſitam contraria Marcelli opinione & diſtinctione faceret potiorem. Cæterùm nec Tribonianus ipſe dicere poſſit quid iis verbis voluerit ſignificare. An eo iure nos vti vt nullo caſu cogatur legatarius Titio centum ſoluere, antequàm ex fructibus tantundem redegerit? At nec Tribonianus id affirmare auſus eſt ne tum quidem cùm ex reditibus fundi ea centum fieri teſtator voluiſſet, quamuis caſus ille nullam habeat dubitationem, ne quidem apud Marcellũ. An potius eo iure nos vti, vt audiendus ſit legatarius ſi malit totum fundum ſub cautionis onere præſtare quàm centum? At iam diximus eſſe id omnino alienum à iuris ratione, neque neceſſitate vlla nos vrgeri vt ad ſententiam adeò nouam decurrere debeamus, vitandi eius abſurdi gratia ne alioqui de ſuo centum ſoluere legatarius teneatur, cùm remedio cautionis ex Marcelli ſententia interponendæ poſſit & debeat indemnitati legatarij eſſe conſultum. Nihil ergo cauſæ ſubeſt cur à Marcelli ſententia & diſtinctione non minùs ſubtili quàm vera recedere debeamus.

Emendatur §. ſi centum l. Imperator 70. de legat. 2.

CAP. VII.

QVod ſup. c. diximus ex Marcello, Non poſſe quẽ rogari vt ex fideicommiſſo plus reſtituat quàm acceperit, huic emendationi hoc loco ſubiiciẽdę cauſam dedit. Et quãuis emendatio leuis alioquin videri poſſit ſi ad literarũ figurã magis quam ad legis ſententiam referatur, tanto maior tamen digniórque videri debet, quanto fœdiora ſunt menda omnia quæ in Papiniani quàm quæ in aliorum prudentum reſponſa irrepſerunt. Papinianus in tota *l. Imperator 70. De legat. 2.* non aliud agit variis ſpeciebus & quæſtionibus propoſitis, quàm vt hoc ipſum doceat, Fieri nullomodo poſſe vt in plus oneretur legatarius, quàm acceperit ex teſtamento. Ac primum refert Imperatoris Antonini reſcriptum quo cautum fuit vt legatarius à quo fideicommiſſum relictum eſt ſi nihil ex legato acceperit, poſſit actionibus ſuis cedere nec id ſoluere compellatur. In quo dubitãndi ratio illa erat, quòd fideicõmiſſum ab initio non fuiſſet inutile, cũ teſtator nõ plus à legatario per fideicommiſſum quàm ipſi legatario per legatum reliquiſſet: quódque nõ deberet

fideicommiſſario nocere ſi legatum ad legatarium non perueniſſet ſiue propter calumniam & tergiuerſationem heredis, ſiue ex qua alia extrinſeca cauſſa. Sed tamen placuit ad aliud non teneri legatarium niſi vt quas contra heredem actiones habet eas præſtet, vt & aliàs euenire ſolet quoties non ob aliam cauſſam alteri quis tenetur quàm quòd actiones habeat, *l. quod in diem 16. § vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus D. de petit. hered. l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul.* Denique generale & perpetuum eſt vt fideicommiſſum quod à legatario relinquitur ita demum ab eo debeatur ſi legatum ad eũ peruenerit. *l. ſi fideicommiſſum 78. De legat. 1.* Ne ſcilicet aliter poſito iure fiat vt legatum damnoſum ſit legatario, quod eſſe nunquam debet, *l. ſi hereditatem. 32. D. mandat.* Quid ergo inquit Papinianus, ſi non totum ſed partem legati relicti reſtituere rogatus abſtinuit eo? Vtrum actionibus ſuis in totum cogetur cedere, an verò nonniſi ad eam quantitatem quę fideicommiſſo cõtinetur? Ratio hoc poſterius ſuadet, quia licet nihil videatur intereſſe legatarij qui abſtinet à toto legato, nec iniquum videri poſſit hoc ſaltem conſequi fideicommiſſarium quod ſine legatarij diſpendio futurum ſit *arg. l. in creditore 38. ff. de euict.* qua fronte tamen fideicommiſſarius cui pars tantum legati fundi relicta eſt per fideicõmiſſum petere poſſet actiones ſibi pręſtari integras & in totũ? Prius .n. ſemper de illo quærendum eſt, An & quatenus interſit actoris, quàm reſpiciẽdum ſit ad perſonã eius qui conuenitur, vtrum & quatenus ipſius quoque interſit. Notãdum autem eſt loqui Papinianũ de legatario qui legato abſtinuerit, non qui legatum repudiauerit. Sunt .n. iſta longè differentia, Cùmq. per repudiationem amittatur legatum, ita vt ei qui repudiauit nulla pro legato ſupereſſe poſſit actio contra heredem, cõſequens eſt vt nonniſi fruſtra & inutiliter condemnari eo caſu legatarius poſſit ad pręſtandas fideicommiſſario actiones quas ipſe amplius nullas habeat, vt dici ſolet de creditore cui fideiuſſor aut mandator ſoluit nullo præcedente aut incontinenti ſubſecuto pacto cedendarum actionum, *l. vt fideiuſſor 39. ff. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 76. D. de ſolut.* Nam ſi ei velis imputare cur repudiauerit legatum cuius partem ex fideicõmiſſo reſtituere debebat, nõ ideo tamen facies vt poſſit aut debeat cedere actione quam non habet, quia impoſſibiliũ nulla obligatio eſt, at nec illud rucſua vt condemnandus ſit tantum pręſtare fideicõmiſſario, quantum ille ex actione ceſſa cõſequi potuiſſet, quaſi qui dolo malo & in necem fideicommiſſarij repudiauerit legatum atq. ita facto ſuo deſierit habere quod cedere poſſet ac deberet. Nã præter id quod inuitus nemo legatum agnoſcere cogitur ſiue ſui ſiue alieni cõpendij cauſa, & conſequenter nihil dolo malo feciſſe videri poteſt qui iure communi vſus eſt, cõſtat etiam nihil fideicommiſſarij intereſſe, ſiquidem repudiante legatario futurum eſt vt legatum remaneat penes heredem cum ſuo onere fideicommiſſi ſcilicet à legatario relicti, *l. ſi ab eo 7. D. de vſufr. legat.* Dices, Cur ergo legatarium condemnamus, vt etiamſi abſtinuerit legato, ſuas tamen actiones fideicommiſſario præſtare cogatur? Reſpondeo, quia legato abſtinere non illud eſt, repudiare legatum, ſed tantùm illud non petere. Quod ipſum non ſufficit vt remaneat penes heredem cum onere ſuo. Quandiu enim repudiatum non eſt peti per legatarium poteſt. Ideóque cùm nec interim actio vlla ſit fideicommiſſario contra heredem qui non fuit rogatus, nec quicquam prohibeat quominus legatarius præſtet actionem quam adhuc habet pro legato, licèt ipſum legatum non habeat, diximus eſſe illum condẽnandum ad hoc ſaltem vt eas ipſas actiones quas habet præſtet. Quid ſi legatum perceperit? Non amplius ex cauſa fideicõmiſſi ſoluere cogendus erit, quàm recepit, vt Papinianus ait. Nec enim poteſt ei imputari cur legatum agnouerit quod ſciuit aut ſcire potuit plus incommodi, quàm commodi habiturum. Cùm è contrario ſcire & credere debuerit, ita iure comparatum eſſe vt grauari legatarius numquam per fideicommiſſum poſſit ſuprà quàm ex legato perceperit, & in ſuperfluo prorſus eſſe inutile fideicommiſſum. *§. hoc ſolum Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. 1. §. ſi is qui quadringenta. l. ex facto 17. §. non tantùm. D. ad SC. Trebell.* Sicut enim recipiendum non eſt vt cui nihil dederis eum rogando obliges, *l. ſed etſi 6. in fin. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideic.* ita nec vt in plus eum obliges quàm ipſi dederis. Adeò vt etiamſi magnum aliquid à te acceperit quod tamen pecuniariam æſtimationem nullam recipiat, puta libertatem, nullo tamen fideicommiſſo pecuniario grauari poſſit, *l. planè ſi filium 94. §. vlt. D. de legat. 1.* Ne alioqui paulatim dici poſſe incipiat, cogendum eum præſtare fideicommiſſum quantæcumque quãtitatis, ob id ſolùm quod ab eodem teſtatore acceperit rem infinitæ æſtimationis, cuiuſmodi eſt libertas *l. non eſt ſingulis 176. §. infinita. De reg. iur.* Quo etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *leg. non amplius 26. De legat. 1.* non amplius legatorum nomine videri ad quẽquã perueniſſe quã ſuperſit deducto etiam eo quod implẽdæ cõdicionis cauſa pręſtare iuſſus fuit. Inde Papinianus quærit, ſi cẽtũ legatis rogatus ſit legatarius duplũ reſtituere, hoc eſt ducẽta, An valeat fideicõmiſſum ad ſummam vſque legatam, an potiùs inutile ſit in totum, tanquã quod neque valere poſſit eo modo quo teſtator noluit, obſtante nimirum iuris ratione: Neque eo rurſum modo quo poſſet quia teſtator noluit. Numerus enim ducentorum, quem ex fideicommiſſo relictum ponimus, vnicus numerus eſt, qui non niſi ducenteſimi nummi vnitate perficitur, ex eâque formam ſuam accipit, ſi philoſophis vt par eſt credimus. Sed tamen magis probat Papinianus, vt ad ſummam vſque legati videatur fideicommiſſum conſtitiſſe. Sic enim legere malo, quàm vt vulgo *conſtituiſſe*, etſi vulgata quoque lectio defendi non incommodè poteſt eo ſenſu vt teſtator qui centum legatis reliquit à legatario ducenta, multò magis ad cẽtum ſaltem vſque fideicommiſſum reliquiſſe intelligatur. Nam & illud eſt quod paſſim ſolemus dicere in maiori ſumma minorem ineſſe ſi non formaliter vt aliquid philoſophia loquamur ſaltem virtualiter & in effectu *l. 1. §. ſi ſtipulanti D. de verb. obligat. l. cùm furti 9. D. de in lit. iur. l. diem proferre 27. § ſi plures. De recept. qui arbitr. l. quoties 9. §. ſed ſi maiorem* D. *de hered. inſtit.* In dubio autem ſi de legati viribus quæratur, ea potiùs interpretatio capienda eſt quæ faciat vt legatũ valeat, quàm vt pereat: cùm & ea credatur fuiſſe voluntas teſtatoris *arg. l. 3.* D. *de teſtam. milit. l. Lucius 88. alias l. codicillis. §. vlt. D. de legat. 2.* Subiicit Papinianus *Si autem poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit, vſurarum duntaxat additamentũ admittetur.* Quarum verò vſurarum? An fortè quas legatarius ipſe ab herede perceperit? Minimè. Non enim ponimus factã eſſe ab herede moram in legato ſoluendo, legati autem vſuras certum eſt niſi à die moræ nullas deberi vt nec fideicõmiſſi *l. Titia Seio 87. §. vſuras & leg. ſi quis ſeruo 84. eod. tit.* De *legat. 2. l. 3. in princ.* D. *de vſur.* An potius quas legatarius perceperit ab alio quàm ab herede, vt puta ab eo cui pecuniã ſibi legatam ſolutámque dederit per aliquot annos vtendam? Ne id quidem. Quid enim ſi in arca & otioſam ſemper eam penes ſe habuerit? Vtique non eo minus fideicommiſ-

ſum

Digitized by Google

ſum certæ quantitatis vſurarum additamento augebitur, Id eſt ita vt fideicommiſſum iſtud præſtare legatarius teneatur, non tantùm ad eam vſque quantitatem quæ fuit legata, ſed computato etiam commodo quod ex medij temporis interuſurio accedere legatario potuit, licèt re vera nullum acceſſerit. Itaque ſi ponas eum cui legata fuerunt purè centum, rogatum eſſe ſibi poſt decennium reſtituere ducenta, medio autem tempore ſiue ex vſu ſiue ex vſuris legati potuiſſe eum conſequi quinquaginta, neque centum duntaxat reſtituet quamuis centum duntaxat ſint in legato, neque ducenta ne plus ei damni adferat legatum, quàm commodi, ſed centum & quinquaginta. Quoniam ſi non ex ipſo legato ſolo, ſaltem occaſione legati tantundem ex iudicio & liberalitate aut ſaltem ex re teſtatoris percepiſſe intelligitur. Semper enim medij temporis ratio habetur quoties quæritur quid & quantum ſit in legato *l. debiter 82. eo. tit. de legat. 2. l. verbis 5. D. ad leg. falcid.* Sufficit namque quod patriſfamilias diligenti potuerit commodum illud iure licitéque contingere propter legatum, licèt huic legatario parum fortaſſis induſtrio omiſq. negligenti non ita contigerit. An igitur ſimiliter dicemus, ſi fortè legato percepto hic legatarius magnum emolumentũ ex negotio aliquo conſecutus ſit, aut pœnam ſtipulationis imminentem euaſerit eum ad ducenta vſque præſtaturum? Hoc verò Pap. negat & rectè, quoniam emolumentum aliud nimis alienum & diſtans eſt à legato nec circa rem ipſã verſatur vt in *l. ſi ſterilis. a. §. cum per vẽditorẽ. ff. de act. empt. ſed hæc ita*, inquit ille, *ſi quãtitas cũ quãtitate cõferatur*, id eſt, ſi pecuniarium legatum ſit, & pecuniarium quoq. fideicommiſſum. *Enimuerò ſi pecunia accepta rogatus quis ſit rem propriã quãquã maioris precij reſtituere non eſt audiẽdus legatarius legato percepto ſi velit cõputare*, hoc eſt inire æſtimationem rei ſuæ quam per fideicommiſſum reſtituere rogatus fuit, vt inita ea æſtimatione ſciri poſſit an plus minúſve ſit in legato quàm in fideicõmiſſo. *Non enim æquitas hoc probare patitur*, ait Papinianus. Sed cur ita? Non aperit. Ratio tamen diuerſitatis non obſcura illa eſt, quòd ſpecies nullam certam habeat æſtimationem, ſed pro temporum ac locorum varietate & venditorum emptorúmq. arbitrio conſentiente mutabilem, præſertim verò ſi venditor ſiue iuſta aliqua de cauſa ſiue per ſtultitiam ſuam minoris æſtimare rem ſuam velit quàm ſit. Quid n. vetat eum cui legata fuerint centum duntaxat ſi rogatus ſit alteri reſtituere fundum ducentis dignum, malle tamen habere centum quam fundum? imputet ergo ſibi qui legatum agnoſcendo tanti nec pluris rem ſuam æſtimauerit. At ſi quãtitas cum quantitate conferatur, non idem euenire dici poteſt. Quis enim tam ſtultus & ſupinus eſt, vt citra computationem non poſſit dicere an plus quàm acceperit reſtituere iuſſus ſit is, qui non niſi centum acceptis ducẽta reſtituere iuſſus fuit? Aut vt ſua putet intereſſe centum habere potiùs quàm ducenta? Nam cùm pecunia quælibet recipiat in ſuo genere functionem, nullo prorſus caſu euenire poteſt, vti ne pluris ſint ducenta, quàm centum eiuſdem generis nummorum: quod in rei cuiuſque precio longè diuerſũ eſt, cùm precium nec res ipſa ſit, nec quid ſimile, nec denique ex re, ſed tantùm ex cogitatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de hered. vel act. vendit.* Subiungit tamen Papinianus per modum & ſpeciem condicionis, hoc ipſum quod modò diximus, æquitatem non pati vt audiendus ſit legatarius pecuniæ gratuitus de fundo reſtituendo ſi percepto legato velit computare, ſic accipiendum eſſe, *ſi quod legatorum nomine percepit, legatarius offerat.* Secundùm quam lectionẽ ſi recta eſt, non alius Papiniani ſenſus eſſe poteſt, quàm vt nihilò magis audiendus ſit legatarius, quia omnia quę legatorum nomine perceperit, fideicommiſſario reſtituere ſit paratus. Quod tamen non ſolùm inconcinnè ſcriptum eſt, ſi præcedentia inſpicias (nam pro *ſi* ſcribendum erat *etiamſi*, aut *necſi*) ſed etiam perperam & falſò. Neque enim dubito, quin huic legatario qui pro centum ſibi legatis rem ſuam ducentis dignam alteri ex fideicommiſſo reſtituere iuſſus eſt, licere debeat poſt acceptum quoque legatum exuere ſe & liberare ab obligatione præſtandi fideicommiſſi, offerendo id omne quod ex legato & ꝓpter legatũ perceperit. Vtrũque enim eleganter & breuiter ſuo more Papinianus expreſſit iis verbis, *legatorum nomine.* Nec aliter facere poſſis, vt Papiniani ſententia conueniat cum eo, quod toties diximus, Fieri numquam poſſe vt propter legatum in plus quis oneretur, quàm acceperit nomine legati, quàm ſi textum hunc emendes, & quàm facilè mendum irrepſit in textum, ſcripto *ſi* pro *niſi*, eadem facilitate, ſed maiori felicitate pro *ſi* reponas *niſi*. Quo facto ſenſus erit & elegans & verus, non quidem eſſe audiendum legatarium, ſi accepto legato pecuniario velit computare quanti ſit reuera fundus, ne ex fideicommiſſo eũ tantum præſtare compellatur, ſed id exceptionem vnã habere, niſi quod legatorum nomine percepit, offerat fideicommiſſario. Hoc enim caſu audiri eum debere, quia nihil aliud ab eo ſit exigẽdum, niſi vt nihil commodi ex legato retineat, ſi fideicommiſſum præſtare nolit, non etiam vt legati nomine vel minimum ſentiat & incurrat damnum. Porrò nullum ſentire ex legato lucrum poteſt legatarius qui paratus ſit reſtituere quicquid legati nomine percepit. Idque tam apertum eſt iudicio meo, vt nihil dici poſſit apertius. Cætera quæ in eadem lege apud Papinianum ſequuntur, partim nulla egent interpretatione, partim à nobis alio fortaſſis loco commodius explicabuntur.

Emendatio l. 1. C. de ordin. iudic.

CAPVT VIII.

REſcripti verba hæc ſunt, *Adite præſidem prouinciæ, & ruptum eſſe teſtamentum Fabij præſentis agnatione filij docete. Neque enim impedit notionem eius quod ſtatus quæſtio in cognitionem vertitur, etſi ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſit.* Quib. verbis aptiſſimè illud exprimitur, cauſam ſtatus ad cognitionem præſidis prouinciæ minimè pertinere. Quod tamen tam euidenter falſum eſt vt nihil magis. Conſtat enim cauſam ſtatus quæ & liberalis cauſa dicitur, maiores iudices ſemper habuiſſe haberéque debuiſſe fauore libertatis, *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali D. de recept. qui arbitr.* Adeò vt quamuis hodie ex conſtitutione Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de pedan. iudicib.* iubeantur præſides in quibus cauſis ipſi antea iudices dare ſolebant propriæ notionis examen adhibere, ſub ea tamen exceptione niſi propter occupationes publicas vel cauſarum multitudinem impediantur ne poſſint ipſi cognoſcere vt eo caſu etiamnum iudicis dandi habeant poteſtatem, eadem nihilominùs conſtitutione excepta ſit cauſa ſtatus, id eſt, vt lex diſtinguit cauſa ingenuitatis & libertinitatis, de qua perinde ac antea ipſi omnino iudicãdum habeãt. Quis enim maior iudex libertatis eſſe poteſt, quàm præſes prouinciæ, qui in prouincia ſua imperium habet maius omnibus poſt Principẽ *l. 4. D. de offic. præſid.* Viciſſim verò quænam maior cauſa tractari poteſt apud præſidem quàm libertatis? quæ & cæteris rebus fauorabilior dicitur, & infinitam, hoc eſt nullam habere æſtimationem? *l. libertas 106. l. libertas 122. l. nõ eſt*

ſingulis 176. §. infinita de reg. iur. Itaque negari nō poteſt, quin fuerit ea vera & propria cognitio præſidis, quod & ſcriptum eſt in *l. cùm ſtatus 5. C. de ordin. cogn.* Ergo verba illa, *neque enim impedit notionem eius*, & quæ ſequuntur de præſide prouinciæ intelligi nullomodo poſſunt. Sed neceſſariò referenda ſunt ad iudicē pedaneum, quem aditus preſes prouincię dederit pro hereditate de qua inter litigatores diſceptabatur: vt manifeſtè illud probat, quod in eadem lege ſubiungitur. *Pertinet enim ad officiū iudicis qui de hereditate cognoſcit vniuerſa incidentē quæſtionē quæ in iudicium deuocatur, examinare, quoniā non de ea, ſed de hereditate pronūciat.* Neq. hoc vllam recipere dubitationem poteſt, ſi reſcripti ſententia ex iuris ratione ęſtimetur, & ad eam, vt ſēper faciendū eſt, accōmodetur. Sed dubitatio ex eo tota naſcitur quod in præcedentib. nihil eſt dictum de iudice, nec quod facere vel pati poſſit, vt dictio *eius* quę nodum hunc inducit, ad alium, quàm ad præſidē prouinciæ de quo ſolo priùs actū fuerat, referatur. Proinde dubitandum non eſt quin locus ſit emendandus. In eóq. vt & in aliis pleriſq. aſſentio libentiſſimè viro doctiſſimo, & de libris noſtris, iuriſque ſtudioſis omnibus, optimè merito Dionyſio Gothofredo, quem honoris cauſa nomino, & cuius immenſis laboribus tātum me ſtudiáq. mea debere ſentio, ac profiteor ingenuè, quantum vix alius quiſquam ex iis omnibus in quorū manus lucubrationes ipſius peruenerunt. Is primus quem viderim, vt eſt in iuris noſtri principiis adprimè verſatus, mendum obſeruauit, indicauit, & quomodo emēdari poſſe exiſtimaret, docuit. Putat autem erratum fuiſſe in primis verbis legis, & pro eo quod legitur, *Adite præſidē prouinciæ*, reponendum eſſe, *adite præſidis prouinciæ delegatum*. Quæ lectio ſi admittatur, omnem hanc ſanè quam diximus difficultatis & dubitationis materiā tollit. Sed vereor ne emēdatio minus ſit probabilis, quam vt ſatisfacere omnib. poſſit. Primum. n. vix reperias vllo Pandectarū loco, at ne quidem in priorum Impp. cōſtitutionibus inter quos pono Seuerum & Antoninū, quorum hæc lex eſt, quiq. reſcriptis ſuis omnib. elegantiæ plurimum ineſſe voluerunt, iudicem delegatū dici eum qui à præſide datus ſit, aut alio vllo ſēſu, ſed de iudice dato vel addicto ſemper locuti fuerunt Iureconſulti. Numquam de delegando aut delegato, niſi cùm de ea ſpecie nouationis egerūt quæ proprio nomine delegatio appellatur. Eſt quidem iudicis delegati nomen ad hunc ſenſum hodie accommodatum, ſed ex poſteriorum Imperatorum quos minùs diſertos fuiſſe ſcimus, conſtitutionib. inductum, *l. à iudice 5. C. de iudic.* quæ eſt Imp. Gordiani. *l. vnic. C. qui pro ſua iuriſd. iudic. dare dariue poſſ.* quæ eſt Impp. Theodoſij & Valentiniani. Poſtea verò ab interpretibus noſtris, quorum barbaries fecit vt minus elegantia ferè ſemper habuerint pro melioribus frequentiſſimè vſurpatum fuit, pręſertim quoties tractarunt de mandanda vel mandata iuriſdictione. Quod enim prudentes noſtri ſemper dixerunt mandandam iuriſdictionem vel mandatam, interpretes noſtri dicunt vulgò delegandam vel delegatam. Et quod illi iudicem datum, iſti paſſim delegatum appellant. Quæ tamen res parum curanda eſſet, ne de verbis tantùm diſputare videremur, niſi inde factū tādem eſſet, quod multò grauius eſt, vt quemadmodum & ei cui mandata iuriſdictio eſt, & iudici dato delegati nomen accommodant, ita & nihil putent intereſſe, an de hoc an de illo, agamus, neque diſtinguant vtrum de mandanda vel mandata iuriſdictione agamus, an de iudice vel dādo vel dato. Cū tamen tā inter ſe hęc diſtent quàm iuriſdictio & iudicium, ius dicere & iudicare. De quo quia & ſcripſimus alibi, & Deo adiuuāte, copioſiùs ſcribemus, pertinétque ad tractatum de iuriſdictione, plura nunc dicere neceſſe non eſt, ſicut nec curioſius inueſtigare an à Proconſulis legato iſta delegati appellatio deriuata ſit, an ab ea potiùs nouationis ſpecie, per quam fit vt mutetur perſona creditoris & alius in alterius locum ſubſtituatur. Secūdò difficile eſt, vt quicquam immutandum ſit in primis illis verbis, *adite præſidem prouinciæ*. Eſt enim ille omnino adeundus, vel ob hoc ipſum vt iudicem dare, & ſi ſic loqui malis, delegare poſſit. Non enim dabantur iudices, ſiue à prætore, aliiſue maioribus magiſtratibus in vrbe, ſiue à præſide aut proconſule, in prouinciis niſi poſt litem conteſtatam, litis autem conteſtatio fiebat apud magiſtratum, à cuius autoritate & dignitate id duntaxat alienum videbatur vt de facto cognoſceret, ſi quando facti non iuris controuerſia incidiſſet. Quæ porrò facti quæſtio non priùs emergit quàm eueniat vt ex litigatoribus alter neget quod alius adfirmat, quod ipſū fit in ipſo actu conteſtationis litis non antea *l. vnic. C. de lit. conteſt.* Itaq. fieri nō poterat vt non adito priùs præſide iudex quiſquam eſſet delegatus, quem adire litigatores poſſent. Præſertim cùm non ſit credibile, quòd fuiſſent illi adituri Imperatores quorum hęc lex eſt, vt quem iudiciorum ordinem ſequi deberent, intelligerent, ſi iam tum præſidem prouinciæ adiiſſent. Quòd ſi præſidis prouinciæ delegatum velis fortaſſe cum interpretibus eum intelligere, qui ab ipſo præſide mandatam habeat iuriſdictionem, aſſequeris quidē vt præſes prouinciæ adeundus nō ſit, qui iuriſdictionem ſuam alteri mandauerit, ſed non ideò facias vt mandatarius ille, & delegatus de cauſa ſtatus cognoſcere non debeat, aut è contrario, vt de petitione hereditatis cognoſcere ipſe poſſit, ac non potiùs debeat iudicem dare, ſecundum ius illud quod Seueri & Antonini tēporib. & ante ſupradictā Diocletiani & Maximiani cōſtitutionē obtinebat. Cōſtat .n. eū cui ab alio mandata eſt iuriſdictio, ſiue tota, ſiue ꝓ parte, ſiue publica perſona ſit, ſiue priuata, fungi partibus eius qui mandauit non ſuis, *l. niſi prætor 3. de offic. eius cui mandata eſt iuriſd. l. ſolet prætor. 16. ff. de iuriſd.* Et ideo de iis cauſis cognoſcere & poſſe & debere, de quibus ille ipſe qui mandauit cognoſcere & poſſet, & deberet, de aliis verò nec ſi velit cognoſcere per ſe poſſe, de quibus is qui mandauit, & cuius propria iuriſdictio eſt iudicem dare iuberetur. Cui conſequens eſſet, vt nihil referret, an ita ſcriptum eſſet, *adite præſidem prouinciæ*, an ita quomodo vir doctiſſimus emendat *adite præſidis prouinciæ delegatum*, hoc ſenſu, vt delegatum pro iuriſdictionis mandatario acciperemus. Æquè enim falſum eſſet non poſſe illum de cauſa ſtatus cognoſcere, falſum quoque poſſe illum iudicare de petitione hereditatis. Tentabam aliquando an ita poſſet locus emendari vt pro *eius* legeremus *iudicis*: quē ſcilicet ex ſolito iudiciorum ordine à præſide prouinciæ datum fuiſſe punédum eſſet. At neq. mihi probabilis eſt hæc emendatio, non ſolum quod multò faciliùs credi poſſit per imperitiam librarij aliquid omiſſum fuiſſe quam in eo peccatum vt ſcriberet *eius* pro *iudicis*, ſed etiam quia cum præcedentia meminerint præſidis tantū, nō etiā iudicis dati, prorſus abſonū & incōueniēs eſt, vt hoc loco *iudicis* non *eius* ſcripſerint Impp. Quamnam igitur emendandi rationem probabiliorem excogitabimus? Nam de ſententia legis mihi planè liquet, ac omnino conuenit cū Gothofredo. Nihil poſsū ꝓbabilius ſuſpicari retētis illis verbis, *adite præſidē prouinciæ*, retētaq. dictione *eius*, quā vt aliqua deſint verba intermedia quę de iudice dato vel accepto fecerint mētionē. Proinde ſic malo legere,

re, *Adite præſidē prouinciæ, & accepto iudice ruptū eſſe teſtamentū Fabij Præſentis agnatione filij docete.* Nā & in l.ſeq. quæ eſt eiuſdem Imp. Antonini ſcriptū video iiſdem fermè verbis, eodem certè ſenſu, *adito præſide prouinciæ & accepto familiæ erciſcundæ iudicio experire.* Idq. etiam ipſe tituli ſenſus demōſtrat. Nam ad veterē iudiciorū ordinē intelligendū illud maximè pertinet, vt ſciamus adeūdos prius fuiſſe magiſtratus, tum ab iis accipiendos iudices poſt litem, vt diximus, cōteſtatā, & ad facti diſceptationē dirimendā. Eſtq. lōgè diuerſum, de ordine iudiciorū diſputare, & de ordine cognitionum, de quo hāc ob cauſam ſeparatus quoq. titulus eſt. In propoſita autem ſpecie non ſenſiſſe Impp. de tractanda cauſa rupti teſtamenti apud præſidem prouinciæ, ſed apud iudicem eo nomine à præſide datum præter ea quæ iam diximus, ex eo quoque intelligi poteſt, quod Impp. vtuntur eo verbo *docete.* Docere enim quid aliud eſt quàm probare? Porrò ea tantùm quæ facti ſunt probari volunt Impp. & quotquot ſunt docti iudices non illa etiam quæ ſunt iuris. Ius enim ſemper certum eſt apud eos qui neque iuris neque facti ignorantia peccant. At de iis quæ facti ſunt extra cauſam libertatis, & alias nonnullas quarum fauor priuilegio digna videbatur, Præſides, vt monuimus, cognoſcere non poterant, ſed iudices dabant. Neceſſe igitur fuit, vt ante verbum *docete,* locuti ſint Imperatores de iudice dato, neque per incuriam aut inſcitiam prætermiſerint quod librarius prætermiſit. Reliqua quæ ad legis ſententiam pertinent, tam verè, appoſitè, & eleganter expreſſit Gothofredus, vt non egeat noſtra aſſertione. Noſtri enim neque muneris, neque moris eſt noſtra facere aut pro noſtris vendi tare quæ ſciamus eſſe aliena, & quæ ex aliis meliùs ac commodiùs quàm ex nobis diſci poſſint, ſed quantum poſſumus & debemus, agimus candidè, vt incauti, negligentes & imperiti, denique aliud quidlibet potiùs quàm plagiarij videamur. Nec puto quiſquam aliter iam de nobis ſentit. Illud tantùm addo, rationem poſitam in poſtremis illis verbis legis, *quoniam non de ea, ſed de hereditate pronunciat,* confirmari poſſe non malè ex eo quod Caius ſcribit in *l.1. D. famil. erciſcund.* Si vno ex coheredibus agente familiæ erciſcundæ & nihil poſſidente alius qui totam hereditatem poſſidet, neget eum ſibi coheredem eſſe poſſe actorem excludi per hanc exceptionem, *ſi in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat.* Sed ſi poſſideat actor eam partem licèt negetur eſſe coheres, non nocere talem exceptionem, An hoc ſenſu vt reiicienda ſit exceptio? minimè, ſed vt ipſe iudex apud quem agitur hoc iudicium familiæ erciſcundæ cognoſcat an coheres ſit, néne: quamuis datus iudex ſit tanquam inter coheredes non vt de ipſo cognoſceret, vtrum eſſent coheredes, vt in *leg. cum putarem 36. D. eod. titu. famil. erciſcund.* Quid ergo? An pronunciabit actorem coheredem nō eſſe? Nequaquam, cùm de hoc iudex datus non ſit, nec magis ei licet cognoſcere de ea re de qua datus non ſit, quàm in ſpecie *leg. 1. Cod. de ordin. iudic.* de cauſa ſtatus de qua nec datus ſit, nec dari potuerit, ſed id tantùm curabit vt huic actori qui coheres non ſit neque adiudicet quicquam, neque aduerſarium ei condemnet, in quibus duobus præcipuè verſatur totum officium arbitri familiæ erciſcundæ. Itaque licèt non pronunciet coheredem eum non eſſe, incidenter tamen examinata cauſa vtrum coheres ſit nécne, non aliter arbitratur aut pręcipit quàm ſi iam pronunciatum videret coheredem illum non eſſe.

Explicatur & emendatur l. tutor decedens 26. D. de liberat. legat.

CAPVT IX.

TVtor decedens aliis heredibus ſcriptis pupillo ſuo, cuius tutelam geſſerat, tertiam partem bonorum dari voluerat, ſub ea condicione ſi heredib. ſuis tutelæ cauſa controuerſiam non faceret, ſed omnes eo nomine liberaret. Pupillus legatum prætulerat & perceperat, nec eo minus tamen poſtea petebat quicquid ex rerū ſuarū diſtractione aliáve cauſa ad tutorem ſuū ex tutela perueniſſet. Quærebatur apud Scæuolam, vtrum verbis teſtamēti ab huiuſmodi exactionibus excluderetur. Reſpondit Scæuola, ſi priùs quàm cōdicioni pareret, fideicommiſſum percepiſſet, & tamen perſeueret petere id in quo petendo faceret aduerſus condicionem doli mali exceptionem ei obſtaturam, niſi, inquit, paratus eſſet reddere quod ex fideicōmiſſi cauſa percepiſſet. Tum ſubiungit, *quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt.* Tres igitur ſunt reſponſi partes. Prima quæ heredibus accommodat doli exceptionem, ne poſtquam legatum bona fide nimiáque facilitate ſoluerint ante impletam condicionem, rurſum ex cauſa tutelæ inquietentur. Secunda quæ pupillo tribuit electionem, vt etiam poſt perceptum legatum, aut fideicommiſſum (vtroque enim nomine Scæuola promiſcuè vtitur, vt & alij Iureconſulti paſſim, non quòd illa præſertim temporibus nihil inter legata & fideicōmiſſa intereſſet, vt quidam putant, ſed quia poſt dationem legatorum ſubiici ſoleret generalis clauſula fideicommiſſi qua rogabatur heres vt quæcùnque teſtamento data & legata fuerant præſtaret, quod iam alio loco monuimus ex *l. poſt emancipationem 4. §. 1. de legat. 3.*) poſſit nihilominus agere tutelę ſi malit eā ſibi actionem ſaluam eſſe quàm legatū retinere. Tertia quæ huius electionis tribuendæ cauſam refert ad beneficium & priuilegium ætatis, propterea quòd is qui legatum acceperat ſub condicione præſtandæ liberationis à tutela, nec minùs tamen tutelæ agere volebat, quamuis legatum iam percepiſſet, pupillus proponeretur. Prima pars non obſcuram habet rationem quia licet condicioni paritum non fuiſſet, heredúmq. facilitati imputari poſſet cur ante condicionem impletam legatum præſtitiſſent, voluntatis tamen ratio nō patiebatur, vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat, & ipſam quoque tutelæ actionem ſimul retineret: quoniam repugnabat condicio adſcripta legato, nec enim poterat teſtator meliùs & apertiùs declarare quod pupillum nollet vtrūque conſequi quàm legando ei ſub hac condicione, ſi à tutelæ rationibus heredes liberaret. Cum verò non niſi alterutrum ipſe dederit, non debemus nos vtrunque dare, ne in re teſtatoris, & quæ ex ipſius liberalitate proficiſcatur, ſimus liberaliores ipſo teſtatore, *l. debitor 59. in fin. princip. l. facta 63. §. ſi ſub condicione D. ad SC. Trebell. l. re coniuncti 89. De legat. 3.* Itaque in eam rem vtilis eſt exceptio doli mali, cuius pręcipuus vſus in eo eſt ne cui dolus ſuus contra naturalem æquitatem proſit, *l. 1. D. de doli except.* naturalis autem ęquitas facit, vt ex cuius voluntate quis legatum aut aliud quid conſequitur, eius voluntati, maximè in eo ipſo legato declaratæ ſtare compellatur. Sed obſcurius illud videtur, cur heredibus neceſſaria ſit exceptio doli, nec ſint ij tuti ipſo iure aduerſus pupillum qui legatum ſibi relictum ſub ea condicione liberationis præſtandæ vltro ab heredibus acceperit. An non enim hoc ipſo ſatis declarauit ſuam voluntatem ſi non expreſsè ſaltem tacitè, quòd ab actione tutelæ liberatos heredes vellet? Nā

Digitized by Google

ſi verum eſt vt eſt legatum condicionale nec peti nec deberi poſſe niſi impleta priùs condicione *leg. cedere diem 213. de verb. ſignif. l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* An non is qui petit adeóque quod plus eſt, percipit legatum condicionale, quamuis non impleta expreſſim condicione, hoc ipſo eam tacitè implere intelligitur in neceſſariũ antecedens, aut ſaltem habere pro impleta? Cur ergo pupillus hic nõ repellitur ipſo iore? Cur nõ actio tutelæ ipſi denegatur, perinde acſi per acceptilationem Aquilianam, quæ omnium optima, & efficaciſſima liberatio eſt heredes tutoris liberaſſet? Reſpondendũ tamen eſt neceſſariam eſſe doli exceptionem, quoniam obligatio & actio tutelę, ſicut & cæterę omnes non aliter ipſo iure perimi poteſt quàm ſi modus aliquis interuenerit ex iis qui iure certi cõſtituti ſunt ad diſſoluendas obligationes, perimendáſque actiones, inter quos modos nõ eſt tacita voluntas creditoris. Expreſſa enim liberatione opus eſt, vbi expreſſa ciuiliſque obligatio præcedit. *l. prout 80. ff. de ſolut.* liberatio autem nunquam contingit ex nuda voluntate creditoris liberare volentis, ſed tantùm ex ſolutione, nouatione, acceptilatione, aliiſq. legitimis modis, de quibus apud Iuſtinianum *in titu. Quib. mod. toll. obligat.* Sed tamen voluntas illa tacita, quæ non eſt ſufficiens ad tollendam obligationem, inducendámque liberationem, ſufficit plerumque ad inducendum tacitum pactum, & conſequenter ad producendam exceptionem non tantùm pacti, ſed etiam doli, quia dolo facit quiſquis contra pactum ſactúmque ſuum venit. Cuius rei exempla peti poſſunt ex *l. 2. 3. & 4. D. de pact.* Alia etiam ratio eſt propter quam tacita iſta voluntas pupilli legatũ percipientis ab heredibus tutoris facere nõ poteſt vt heredes ipſo iure tuti ſint, & liberati, aut pro liberatis habendi, Nimirum quia implere condicionem facti eſt non iuris, aut voluntatis, longéque aliud eſt implere condicionem, aliud implere velle, ſiquidem qui implere vult, nihildum facit, ſed tantum facere vult; quod longè minus, ne dicam omnino nihil eſt. Is ergo cui legatum relictum eſt ſub ea condicione *ſi heredibus controuerſiam tutelæ non fecerit, ſed eo nomine omnes liberauerit.* etiamſi antequam legatum peteret & acciperet nullam controuerſiam tutelæ fecerit, non ideò tamen impleuiſſe condicionem videri poteſt, quandiu in eo res eſt vt eootrouerſiam facere poſſit. Poteſt autem quàndiu vel non cauit de non faciendo, interpoſita ſcilicet Muciana cautione quæ ob has condiciones negatiuas comparata eſt, vel heredes non liberauit per Aquilianam acceptilationem. Proinde iterum condicio non tam impleta quàm non defecta videri debet, *l. hæc condicio 10. De condic. & demonſtr.* Etſi verò vtrunque continetur verbis illis condicionis ſupraſcriptæ, dubitandum tamen non eſt quin videri debeat in totum, & pleniſſimè impleta condicio ſi liberatio heredib. rite facta & præſtita proponatur, id eſt etiamſi Muciana cautio præſtita nulla ſit. Plus namque præſtat qui liberat quàm qui cauet de non petendo. Siquidem qui cauit non eò minùs petere poteſt, licèt eo petente cautio committatur. Qui verò debitorem ſuum liberauit, nec ſi velit, ab eo poſtea petere quicquam poteſt, ideóque ex prima etiam parte videtur ipſo iure impleta condicio, eò quòd non ſit à quo peti poſſit poſt factam liberationem, *l. Muciana 7. in pr. & in fi. eo. tit. D. de condic. & demonſtr.* Quamuis non ſimiliter è contrario poſſit dici impletam eſſe condicionem à pupillo, ex qua parte tutoris heredes liberare debet, ob hoc ſolùm quod iis cauerit de non petendo, quoniam quod plus eſt, in eo quod eſt, minus non continetur, heredúmque intereſt liberari ne vnquam ad ſolutionem cogi, vel eo nomine inquietari poſſint, potiùs quàm vt quod ſoluere coacti fuerint, poſtmodum repetant ex cautione *leg. 3. D. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in prin. D. de fideiuſ.* At hic illa quoque poteſt incurrere dubitatio, cur neceſſaria ſit doli exceptio heredibus tutoris, cùm videantur poſſe ſibi conſulere per indebiti condictionem. Nã ſi verum eſt, vt eſt, quod diximus, legatarium condicionalem non ex eo ſolo condicionem impleuiſſe dici poſſe quòd lagatum perceperit, an non prorſus cõſequens aſt vt indebitum ſit legatum, atque ita vt cõdici poſſit, *l. ſub condicione 16. l. Iulianum 60. §. 1. D. de condict. indeb.* Quod enim Papinianus in contrarium ſcribere videatur in *l. pater dotem 7. §. pen. de dot. releg.* cautionis præſtandæ neceſſitatem morari duntaxat ſolutionẽ, nõ etiam indebitum facere, quod fuit debitum, ad cautiones Mucianas non pertinet quæ ideò debentur & præſtantur, vt ſint vice implementi in iis condicionib. quæ aliter impleri commodè non poſſunt, ſed ad illas quæ debentur pro legatis aut fideicommiſſis iam debitis, in quorum numero nemo vtique poſuerit legata condicionalia priuſquam eorũ condicio impleta ſit. Reſpondeo poſſe fieri vt interſit heredum ſibi proſpicere per doli exceptionẽ potiùs quàm per indebiti condictionem, ſi forte plus debituri ſint actione tutelæ, quàm præſtiterint ex legato. Itaq. auxilium condictionis non debet iis adimere cõmodum exceptionis. Deinde verò non aliter condictioni loeum eſſe quoties ante impletam cõdicionem ſolutum eſt id qund non niſi ſub condicione debebatur, quàm ſi ea ſolutio facta ſit per errorem *d. leg. ſub condicione*, id eſt ab eo qui vel ignorabat condicionale debitum eſſe vel condicionem impletam putabat, quorum neutrum aptari poteſt heredibus, de quibus agimus, quippe qui ſicut teſtamentum ex quo heredes ſunt ignorare ſolutionis tempore non potuerunt ſoluentes legatum eo teſtamento relictum, ita neque condicionem eidem legato adſcriptam *l. 2. D. de edẽd.* ac proinde ſoluerunt vltrò & ſcientes ante impletam condicionem quod ſciebant aut ſcire debebant non deberi niſi impleta demum condicione, atque idcirco condictionis auxilium quod alioquin habituri erant ſibi præripuerunt. Secunda para reſponſi quæ huic legatario dat optionem vtrum reddere malit quod ab heredib. tutoris ſui percepis vt ſaluam & efficacẽ cõtra eos habeat tutelæ actionem, an verò retinere commodum legati, prohiberiq. exceptione doli ne poſſit pergere id petere quod alioqui tutelæ actione debeatur, paulo difficiliorem habet inſpectionem. Nulla. n. ratio eſſe videtur propter quam licere debeat ei qui legatum vltro petiit & percepit, vt à prima illa voluntate per quam ſibi legem dixit reſiliat, agnitúmque legatum repudiet: Inuitis ſcilicet heredibus qui licet indebitum ſoluerint, potuerunt tamen in eo ſibi nocere reuerâq. nocuerunt, vt non magis reuocare poſſint ſolutionem per condictionem indebiti, quàm ſi verè debitum fuiſſet. Ac quamuis ſoleat faueri legatario qui legatum ſub onere aliquo accepit & agnouit, vt nihilomagis onus ſubire cogendus ſit ſi malit reddere id omne quod accepit, etiamſi maior ſit annis vigintiquinq. quia non ſolùm æquitas, ſed & ratio ipſa iuris non patitur vt legatarius plus præſtet quàm acceperit legati nomine, dummodo nihil prorſus ex eo quod acceperat retinere velit, vt ſcripſimus plurib. c. 7. In propoſito tamen non videtur id poſſe locum habere, niſi ex facto ſuppleas quod lex nõ ponit, plus potuiſſe pupillum hunc conſequi per actionem tutelę quàm ex legato conſecutus eſſet, quoties enim non quantitas cũ quantitate confertur, ſed vel ſpecies cum genere, ve

puta

puta fundus cum pecunia vel alia re quæ in genere conſiſtat, vel incertum actionis emolumentũ cum certo legati commodo, vt in ea ſpecie quam tractamus, neceſſariò veniendũ eſt ad computationẽ priuſquã permittatur legatario vt prætexta oneris iniuncti repudiet legatũ quod iã agnouit, nẽpe vt per cõputationem ſciri poſſit, an plus ſit in onere quàm in cõmodo legati, quomodo Papinianus loquitur in *l. Imperator 70. §. ſi centum de legat. 2.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus dict. ca. 7. Effectus. n. cõputationis ille erit, vt ſi damnum ſenſurus ſit legatarius ex agnitione legati propter iniunctum onus, admittatur ad legatum dimittendũ veriùs quàm repudiandũ (ſemper enim poſt acquiſitionẽ ſera repudiatio eſt, *l. 1. §. decreuil. D. de ſucc. edict.*) ſi verò nullum damnum ſenſurus ſit, quòd plus habeat commodi quàm oneris legatum, non ſit audiendus legatarius, legati quod ſemel agnouerit onus detrectans. Ergo in ſpecie noſtra dici non poteſt cur Scęuola electionem hanc legatario tribuat iis verbis *niſi paratus eſſet quod ex cauſa fideicõmiſſi percepiſſet reddere* ſi nõ ad ætatis fauorem & beneficium id referatur, quod tertia pars reſponſi apertiùs exprimit vltimis its verbis *quod ei ætatis beneficio indulgẽdũ eſt.* At videam' ne hęc ipſa poſtrema verba ſint, potius imperiti interpretis, ita vt proximè dubitationis exaggerandæ cauſa diximus, magis quàm ex iuris ratione ratiocinantis. Non. n. ætatis fauor vllus ſed mera ipſa iuris ratio facit, apud Scęuolam, vt licere debeat legatario etiam poſt agnitum legatum inſtituere actionem tutelæ, & ſimul id omne quod ex cauſa legati acceperat reddere, nimirum quia vt præcedentia verba probat, legatum acceperat priùs quam conditioni pareret, ac proinde eo tẽpore quo nondũ erat in ipſius poteſtate vt legatũ vel agnoſceret, vel repudiaret, legatũ. n. condicionale vſq; adeò incubitũ eſt ante impletã condicionem vt neque acquiri poſſit neque repudiari *l. ſi nu ſit ſcrip. 45 §. ſi ſub cõdic. De leg. 2.* Eadẽ verò condicio quæ impleta necdum tunc erat, nec vnquam fuit, nunc primùm deficit cùm pupillus hic tutelę ſuę rationes exigit ab heredib. tutoris. Quandiu ſiquidem impleta condicio non eſt, deficere poteſt, cum alioqui ſi deficere nunquã poſſet, hoc ipſo iã ex inde impleta eſſe & extitiſſe diceretur. *l. quod ſi ea 18. & d. l. Iul. 60. §. 1. de cõd. ind.* Proinde quis miretur in poteſtate eſſe legatarij vt legatum quod iam perceperat reſtituat, cuius cõdicio defecerit? Illud tantùm mirari poſſumus, cur ei licere debeat legatum iſtud cuius cõdicio defecit retinere ſi id malit inuitis quoque hered. tutoris, quanquam eius iuris ratio vera & vnica illa eſt quam nos iam attulimus, quòd heredes non poſſint habere condicionem legati quantumlibet indebiti, ſcienter à ſe ſoluti ex *reg. l. cum per errorem 53. de regul. iur.* Quod ſi in propoſito caſu condicio legati impleta fuiſſet, liberatis per acceptilationem heredibus tutoris, non vtique ſimiliter Scæuola reſpondiſſet permittendũ legatario vt reddito legato, tutelæ actionem exerceret. Nec ſi probaretur legatum illud, alioqui plus incommodi & oneris quàm commodi habiturum, non quòd hoc caſu perpetuo verũ non ſit, & in maiore quoq; annis vigintiquinq; quod ſuprà diximus, fieri non poſſe vt cogẽdus ſit legatarius inuitus retinere legatum quod facta computatione damnoſum reperiatur. Sed quoniam hoc caſu obſtat legatario non tam agnitio legati, quã liberatio heredibus tutoris præſtita, cùm aduerſus eos qui ritè ac ipſo iure liberati ſunt, actio nulla supereſſe poſſit, nec magis pupillo quam alij cuilibet, vt apertè ſcriptum eſt in *l. 1. C. de cõtrahendis* *tutel.* Ergo neutro caſu diſtinguẽdum eſt an pupillus minórue annis vigintiquinq; ſit legatarius an maior. In vtroque enim idem iuris eſt, vt ſi condicio nunquàm impleta fuerit, poſſit legatum reddere, ac eo facto tutelæ actionem exercere. Si verò impleta condicio ſit, & liberatio ſecuta, nihil proſit legatario ad tutelæ actionem inſtituendam, quod legatum reddere ſit paratus. In eo plane melior poteſt eſſe condicio pupilli alteriúſue minoris cuiuſlibet quàm maioris, quod aduerſus liberationem ex qua damnum ſenſurus eſſet, in integrũ reſtitui poteſt, probata læſione, *l. patris 27. §. ſi minor cum ſeq. D. de minor.* Maior nõ item, quia remittentibus actiones ſuas nulla vi, nullóq; dolo interueniẽte, regreſſus ad eas dandus non eſt, *l. queritur 14. ſi venditor D. de adilit. edict.* An & in eo, quod ſi liberatio nulla facta eſſet, ſed tamen pręſtita cautio Muciana de tutela nunquam exigẽda, nec legatũ plus haberet incommodi quàm commodi facta computatione permittendum eſſet minori, quod ſanè maiori denegaretur, vt legatum etiã agnitum relinquere poſſet, tutelæque actionẽ ad tutoris heredes inquietandos impunè exercere? Minimè verò. Neque enim pupillis aut minoribus vnquam ſuccurritur ſolo fauore ætatis, ſi non etiam læſio probetur, *l. verum 11. §. ſciendum eſt l. quod ſi minor 24. §. non ſemper & pu§. D. de minor. l. nu poſtenquã 9. §. ſi minor. D. de iureiur.* etſi priuilegium in eo habent quòd læſi putantur non modò ſi damnum ſenſerint, ſed etiam ſi amiſerint lucrum, *l. ait prætor 7. § hodie de minor.* Cæterùm neque pupilli neque alterius cuiuſlibet probi hominis quicquã intereſſe credendum eſt, ob id ſolùm quod pro legato vtiliore omiſerit & amiſerit ſaltem in effectu eam actionem ex qua nihil aliud pęterea commodi ſentire potuiſſet, niſi quod tutoris heredes longiore ac diſpẽdioſa lite inquietaſſet, *arg. l. ſi venditor 9. §. 1. verſ. cæterùm D. de ſeru. export.* Igitur & in pupillo alióve minore, ſicut in maiore quolibet, neceſſaria erit computatio, vt ſciri poſſit an læſio interuenerit, quo demùm probato, ætatis rationem haberi æquũ erit, ſiue liberati fuerint heredes tutoris, ſiue cautio tantùm iis præſtita de tutelę rationibus non exigendis, ſed ita tamen vt eo caſu neceſſarium ſit auxilium reſtitutionis in integrum, nõ etiam vt iure communi permittendum ſit pupillo, vt hoc magis quàm alio caſu mutet volũtatẽ, & pro legato quod elegerat, eligere actionem. Nec enim quòd liberatio heredibus præſtita non ſit, ſed cautio tantùm Muciana, facere poteſt vt eo minùs ſit pupillo neceſſaria reſtitutio, quaſi nec tum impleta condicione, quæ non id tãtùm modo continebat, *heredibus ſuis tutelæ cõtrouerſiam pupillus non faceret,* ſed illud etiam *ſed eo nemine omnes liberaret.* Nam ſi heredes tutoris quorũ fauore condicio adſcripta erat cõtenti fuerunt cautione Muciana, nec liberationem vllam ſibi præſtari curarunt, quid amplius exigimus vt condicio impleta videatur? Neque enim illud nouum etiã eſt vt condicio præſertim liberationis per ęquipollẽs, vt aiũt impleatur, adeóque quocunque modo, dum ei cui implenda eſt, ſatisfiat *l. ſi rem. 9. §. omnis in fin. D. de pignor. act.* Ex quo apparet tanto manifeſtius non poſſe adſcribi Scæuolę verba illa *quod ei ætatis beneficio indulgẽdũ eſt,* cùm in pręcedentib. nihil ſit vnde coniicere poſſimus, ſenſiſſe Scęuolã de in integrum reſtitutione vel impetranda vel impetrata. Cuius certè impetrandę neque neceſſitas neq; conſequẽter ratio vlla eſt in eo caſu quẽ tractat Scæuola, id eſt, quo nunquã fuerit paritum condicioni, cùm ius cõmune ſufficiat legatario etiam maiori annis vigintiquinque vt admittendus ſit primùm ad reddendum legatum quod ante im-

Digitized by Google

pletam condicionem agnouerat. Deinde ad tutelæ actionem poſt legatum redditum inſtituendā. Et verò verba illa *niſi paratus eſſet quod ex cauſa fideicommiſſi perceperiſſet reddere*, ſola reddendi voluntate & oblatione quæ tamen cum effectu ſit contenta ſunt, nec præ ſe ferunt neceſſitatem inſtituendæ actionis ad impetrandam in integrū reſtitutionē. Errori interpretis cauſā illud dedit, quod vidit apud Scæuolā tractari de pupillo. Nec animaduertit, quod tamen apertiſſimum erat pupillum eo loco vt & aliis propemodum innumeris, non eum dici qui tunc eſſet, ſed qui antea fuiſſet, quod & demōſtrant præcedentia illa in legis principio poſita *pupillo ſuo cuius tutelā geſſit*. Scripſiſſet enim Scæuola *gerebat* non *geſſit*. ſi pupillus ille teſtamenti tempore adhuc in eadē tutela fuiſſet, quæ porrò viuis tutore & pupillo nō poterat eſſe finita niſi pubertate. Deniq; conuenit ea pupilli appellatio illi etiam qui maior ſit annis viginti quinq;, ſi modò fuerit aliquando in alterius tutela. Vt cùm dicimus interdictum eſſe matrimonium inter pupillam & tutorem ipſius liberóſue tutoris *l. 1. & tot. tit. C. de interd. matr. int. pupill.* Non enim pupillam intelligimus quæ cōtracti aut contrahēdi matrimonij tempore minor ſit annis duodecim, in qua ætate certum eſt non magis cum alio quolibet quā cum tutore matrimonium eam cōtrahere poſſe, ſed quę fuerit aliquādo eius ętatis & in tutoria poteſtatę. Adeò vt Papinianus quoq; noſter, cui diſertiſſimè & appoſitiſſimè loqui propemodum peculiare fuit, nō dubitauerit ſcribere in *l. quamquā 63. §. vlt. D. de rit. nupt.* tutorem qui rationes curatori reddidit puellā ſuam (quam & in l. ſeq. pupillam vocat) ante conſtitutum tempus ętatis eius vxorem ducere nō poſſe, nec ſi mater illa ex alio priore matrimonio facta ſit. Ergo neq; ſi maior ſit annis vigintiquinq. Cōſtitutum enim tempus eſt anni viceſimiſexti completi, & viceſimiſeptimi incepti *l. non eſt matrimonium 66. eod. l. qui pupillam 7. D. ad leg. Iul. de adulter.* Non enim ideò prohibitæ ſunt iſtæ nuptiæ quòd hæc hodie ſit pupilla, ſed quod fuerit aliquando.

Indicatur Tribonianiſmus in l. 1. eo. ti. de liber. legat.

CAPVT X.

SI res pignori data legetur debitori à creditore, Iulianus ſcripſit valere legatum, haberéque debitorem actionē vt pignus recipiat priuſquàm pecuniam ſoluat, vt refert Vlpianus in *l. 1. §. 1. D. de liber. legat.* vbi tamen ſubiungit, *Sic autem loquitur Iulianus, quaſi debitum non debeat lucrari, ſed ſi alia teſtantis voluntas fuit & ad hoc peruenietur exemplo Iulianis*. Hanc verò clauſulam eſſe Vlpiani vix poſſum mihi perſuadere, ſed puto eſſe potius Triboniani, ſententiam verbaque Iuliani malè ſuo more ac perperam interpretantis. Quod enim Iulianus ſcripſit valere huiuſmodi legatum, & ex eo debitori actionem competere ad pignus recipiendū priùs etiam quàm pecuniam ſoluat, proculdubio ſic ille intellexit, vt debitū quoq; debitor lucretur, quia cùm nec pignori obligata ſit in dominio debitoris non creditoris *l. cum & ſortis 33. §. 1. ff. de pignor. act.* nemini autem res ſua legari poſſit. *l. proprias 13. C. de lega.* conſtat non aliter valere poſſe legatum quàm ſi teſtator ius omne quod habuit legaſſe intelligatur, vt ex eodem Iuliano idem Vlpian. ſcribit in *l. cùm ſeruus 39. aliàs l. apud Iulianum §. ſi Titius de legat. 1.* Habuit autem creditor in hac re ius pignoris, cuius ea fuit condicio, vt tamdiu durare deberet quamdiu ſolutum debitum non eſſet, *l. grege 13. §. etiam ff. de pignor. l. debitor. 59. ff. ad SC. Treb.* Legando igitur rem ſibi obligatam creditor totum ius tocámque cauſam pignoris legaſſe credendus eſt, & cōſequenter non minùs debitum quàm pignus ipſum. Alioqui cuiuſnam obſecro vtilitatis erit legatum ſi ponas debitorem hunc nihil aliud præter hanc rem quę fuerat teſtatori obligata in bonis habuiſſe? An non æquè futurum eſt vt nec ſoluente illo, nec aliunde habente quod ſoluat, hanc ipſam rem diſtrahi oporteat, ex cuius precio teſtatoris heredibus ſatisfiat? Quid porrò intereſt an res debitoris diſtrahatur tanquam creditori obligata ex conuentionali pignore, an propter pignus quod iudiciali autoritate conſtitutum ſit in bonis debitoris cōdemnati? An non vtroque caſu idem eſt incommodum debitoris, contrà verò, eadem vtilitas creditoris? Quòd ſi è diuerſo ponas locupletem debitorem, cui non ſit difficile etiam aliunde ſoluere quod debet, quid in effectu pręſtat creditor debitori cùm ei legat rem obligatam? Dices fortaſſe, Quamuis pignus non niſi pro debito pręcedente & ſubſiſtente contrahatur, nihil tamen prohibere quominus ſaluo debito vinculum pignoris diſſoluatur, quia nec debitum omne pignoratitium eſſe neceſſe eſt, cū chirographarium eſſe poſſit, *tit. C. etiam ob chirograph. pign. retin. poſſ.* idque exemplo vſuuenire cùm creditor pignoratitius ante ſolutam ſibi pecuniam reddit pignus debitori. Placet enim non eo minùs ſaluam ei eſſe debiti perſecutionem, ita vt nec taciti pacti exceptione repellatur, in eóque minus poſſe pignoris quàm chirographi redditionem, cùm creditor qui chirographum reddidit ſi petere debitum pergat, taciti pacti exceptione ſit repellendus *l. 2. §. 1. & l. 3. D. de pact.* Sed reſpondeo pleniùs nos vltimas defunctorum voluntates quàm viuentium facta interpretari. Nam in factis nihil aliud intueri poſſumus niſi quod factū eſt, præcisè, aut quod ex facto inferri neceſſariò debet, qui autem pignus debitori ſuo reddit, nihil aliud facit niſi quod pignus reddit, ipſum verò debitum non ſolùm non remittit expreſsè ſed nec tacitè, quomodo qui chirographum reddit, tacitè debitum remittere dicitur, quia lex facit quod non niſi accepta ſolutione fieri ſolet, quotidie autem precario rogantur creditores à debitoribus qui res ſuas pignori obligauerunt, *l. certè 6. §. vlt. D. de precar.* vbi dicitur precarium hoc conſiſtere non proprietatis nomine ſed poſſeſſionis. At cùm creditor ſuo debitori legat rē obligatam, ea voluntate eſt vt heredem ſuum vel inuitum obliget ad pignoris reſtitutionem, quod porrò ex iuris ratione non aliter reſtituere cogi alioquin poſſet quam ſi priùs ſibi ſolutū eſſet debitum, aut aliter eo nomine pleniſſimè ſatisfactū *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia D. de pign. act.* Plus ergo debitori pręſtari vult, quàm ſi eidē is ipſe pignus redderet. nec nouum aut inconueniens eſt duriorem fieri interpretationē obligationis, quàm liberalitatis, & contra creditoris heredē quē creditor ipſe obligauerit de pignore reſtituendo, quàm cōtra creditorē ipſū ſi fortè viuus ille pignus debitori reddere maluiſſet. Quod enim creditoris heres cogi non potuiſſet pignus reddere, niſi ſoluta priùs pecunia omni quę debebatur, tantò magis ei nocet, vt poſt redditum pignus debitam pecuniam petere amplius nō poſſit, quia vt de chirographi redditione diximus, (licèt ad ſpontaneā quoque id pertineat) contra ſolitum creditorum morē eſt, immo quod in propoſito amplius eſt, contra iuris rationem, vt priuſquam debiti ſolutio facta ſit, pignus ſibi eripi patiantur. Cum igitur in confeſſo ſit, legata debitori re obligata, hactenus valere legatum vt ex voluntate creditoris liceat debitori ab inuito quoque creditoris herede pignus extorquere nulla præcedente ſolutione,

An non prorſus conſequens eſt liberationem etiam hoc caſu debitori legatam videri? Quo enim alio iure poſſet pignua recuperare tanquã liberatum ſi non eſſet ipſe liberatus? Quod tamen non ſimiliter poſſis dicere cùm pignua vltrò ac ſponte redditur debitori ab ipſo creditore. Liberalitas.n. illa eſt creditoris, qui cùm ita facit, non modo vim nullã ſibi aut legibua fieri patitur, faciens è contrario quod quotidie faciunt pleriq. creditorum, ſed neq; pignoris ſui ius aut vinculũ vllomodo remittit, ſiquidem pignus redditũ nihilominus remanet obligatũ quoaduſq; pecunia ſoluta ſit, nec niſi pignoris detencionẽ & retẽtionẽ quã habebat creditor, per huiuſmodi redditionẽ amittit. Vt proinde negari nõ poſſit quin melior ſit & eſſe debeat condicio debitoris cui creditor rẽ obligatã legauit quã cui ille ipſe pign⁹ reddidit. Etſi non inficior poſſe etiã ita legari pignua debitori vt vinculũ duntaxat pignoris diſſoluatur nõ etiã ipſius debiti liberatio debeatur. Nẽpe ſi aperta illa fuerit teſtatoris voluntas, in cuius ſanè arbitrio eſt, liberalitati ſuę pręſcribere quẽ velit modũ. Sed hoc côtendo, in dubio ſi creditor rẽ ſibi obligatã legauerit debitori, nõ ſolũ iua pignoris legatũ intelligi debere, ſed etiã ius liberationis, in eóq; à Triboniano diſſentio, qui fatetur quidẽ poſſe tali legato ius quoq; liberationis côtineri ex volũtate teſtatoris, ſed eã volũtatẽ probari vult à debitore, cũ ita ſcribit, *ſed ſi alia teſtatis volũtas fuit*. Ego côtrà volũtatẽ hãc in dubio præſumi volo pro debitore, niſi aliã & côtrariã probet heres creditoris. Cui noſtræ interpretationi fauet nõ ſolũ titulua ipſe qui eſt *de liberat. legat.* ſed & quod initio legis Vlp. ſcribit, Omnib⁹ debitorib. ea quæ debẽt rectè legari, licèt domini eorũ ſint. Côſequens.n. fuit, vt ſubiceret Vlp. Idẽ dicẽdum vt valeat legatũ etiãſi non debitum ipſum, ſed rea pro debito obligata legata ſit debitori. Eadẽ.n. dubitandi ratio eſt, quod nõ valeat legatũ eius rei quæ legatarij ſit. Eadẽ quoq; decidendi quod nõ ſit credẽdus teſtator legaſſe quod alienũ fuit, ſed quod ſuũ. Ergo vtroq; caſu ius debiti exigendi, quod ipſum nihil aliud eſt, quã ius liberationis. Neq; debuit Tribo. decipi ex eo quod Iul. ſcripſerat, *haberéq. eũ actionẽ vt pignus recipiat prius quã pecuniã ſoluat*. Vnde ſumpſit ille occaſionẽ ſubiiciendi, *ſic autẽ loquitur Iul. quaſi debitũ nõ debeat lucrari*. Quid.n. referre potuit an ita Iulia. ſcriberet, *prius quã pecuniã ſoluat*, an ita potiùs quomodo ſcribendum erat ſecundum Tribon. *etiãſi pecuniã nunquam ſoluat*. Ignorauit nimirũ Tribon. aut certè non animaduertit paria hæc eſſe, pecuniámque debitam aut priùs quàm pignus repetatur ſolui debere, aut nunquam, quoties pignus repetitur inuito creditore, aut, quod idem eſt, creditoris herede, niſi cùm creditor ipſe contrariam legem dixit, & heredi ſuo & debitori. Nec ſimile eſt quod Paulus reſpondit in *l. creditorem 85. de lega.* 2. creditorem cui res pignoris iure obligata à debitore legata eſſet, non prohiberi pecuniam creditam petere, ſi voluntas creditoris compenſare volentis euidenter non oſtenderetur. Longè namque aliud eſt rem obligatam legari à debitore creditori, aliud verò legari à creditore debitori. Legatum ſiquidem cùm ſit donatio & liberalitas, non facilè cedit pro datione in ſolutum, quia quantò largiùs accipitur, tantò magis diſtat à debiti ſolutione. At multò facilius cedit pro liberatione, quoniã in liberando liberalitas cernitur, nõ in ſoluendo. Et verò in re obligata quã debitor legat, nihil eſt debitoria aut quod debitor legaſſe videatur, præter rem ipſam, in re autem obligata quam legat creditor, nihil è contrario eſt quod ſit teſtatoris præter ius ipſum debiti & pignoris. Quod vtrumque ſicut habet creditor, ita æquè legaſſe intelligendus eſt, ne aut nihil in effectu, aut minùs ſaltem quàm potuerit, & quàm in re ipſa iuris habuerit, legaſſe videatur, *arg. l. in teſtamentis* 12. *de regul. iur.* Illud verò omnium maximè Tribonianum mihi prodidit, quod poſt ea verba, *Sic autem Iulianus loquitur, quaſi debitum non debeat lucrari*. Adiecit ille, *ſed ſi alia teſtantis voluntas fuit & ad hoc peruenietur, exẽplo luitionis*. Quid enim ſcribi potuit ſtultius & ineptius? An fortaſſis eorum verborum *& ad hoc peruenietur* alius ſenſus eſſe poteſt, quàm vt ſi alia teſtatoris voluntas fuerit, non tantùm iua pignoris, de quo ſolo Iulianum ſenſiſſe Tribonianus credidit, ſed etiam ius debiti, debitúmque ipſum lucrari debitorẽ oporteat? Quo admiſſo quęro quis ſẽſus eſſe poteſt illius adiectionis *exemplo luitionis*? An fortè debitum lucratur, cùm pignua luit? An non è contrario pignus luere hoc ipſum eſt, debitum offerre & ſoluere? *l. 1. l. vl. & tot. tit. C. de luit. pignor.* Non ignoro quid Tribonianus ſẽſerit, voluit enim dicere debitorem cui creditor legauit rem pignori obligatam, hoc ex legato conſequi debere, vt non modò pignus liberum & immune repetat, ſed & eodẽ prorſus iure quo ſi pignua ipſe luiſſet, id eſt ita vt neque perſonali vlla obligatione tãquam debitor maneat obligatus. Sed cùm de illo tãtùm quęreret, an debitor hic cui pignus legatum fuiſſet, lucraretur debitum, dico nõ fuiſſe accommodatum ſubiicere *exemplo luitionis*, cùm nihil tale interueniat in pignoris luitione: per quam ſcilicet nihil lucri conſequitur debitor, ſed tantùm vitat damnum ne res obligata quæ pluris ſit, pro viliore debito vel diſtrahatur, vel retineatur. Mihi porrò videor viciſſe ſtatim atque probaui, inconcinnè & ineptè ne dicam ineleganter, in prudẽtum reſpõſis, quid ſcriptũ eſſe. Quid enim aliud ſupereſt, quod vel coniicere, vel adfirmare poſſimus, niſi totum id quod abſurdum & ineptum eſt, Triboniano adſcribendum eſſe non Vlpiano, aut alij vlli ex magnis illis Iureconſultis? Fiet verò hoc apertius ex iis quæ ſequenti capite ſubiiciemus.

Alij Tribonianiſmi tres in l. ſi quis reum 5. eod. tit. de liberat. legat.

Capvt XI.

SI quis reum habeat, & fideiuſſorem, & reo liberationem leget, placet Iuliano, quod & Vlpianus probat in *l. 5. de liber. legat.* reum per acceptilationẽ liberandũ eſſe nõ per pactum, ne alioqui ſi heres creditoris cœperit fideiuſſorem conuenire, alia ratione & via reus cõueniatur. Sẽſus eſt ni fallor ex huiuſmodi legato pleniſſimã deberi liberationẽ debitori, ac proinde non poſſe ſufficere vt liberetur per pactum, quia pacti de nõ petendo ea vis non eſt vt debitorem liberet ipſo iure, ſed tantùm ope exceptionis *l. ſi vnus 27. § pactus ne peteret & paſſ. D. de pact.* nemo autem neſcit quã maximè intereſſe debitoris vt liberetur ipſo iure potiùs quàm per exceptionem, vel ob id ne cõueniri vnquã vel vllomodo poſſit. Quamuis enim dici ſoleat, nihil referre an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quę per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt 112. De regul. iur.* id tamen accipiendum eſſe conſtat quod ad effectum actionis contra quam fuit oppoſita exceptio, non etiam ita, vt ęquè tutus ſit is qui ſi conuenietur habiturus eſt exceptionem, atque is contra quem vtpote iam ipſo iure liberatum nulla actio ſupereſſe daríque poteſt. Accidit námque ſæpennumero vt competens exceptio non opponatur, vel per imprudentiam vel

ciali aliquo iure petendo ex voluntate teſtatoris, ita comparatum eſſe non iure cõmuni, quod æquè ſtultum eſt. Denique nullam poſſis vnquam vel diuerſitatem vel diuerſitatis rationẽ inueſtigare per quam liceat commodè interpretari verba illa ænigmatica, quæ noa & alias iampridem, & nunc quoque tantopere torſerunt, & in quorum explicatione non negamus nos erraſſe. Sed eum iuria ignoratio decepit, nos Vlp. nomẽ, ſub quo ille ſententias ſuas tãquam Vlpianeas, aut alterius Iuriſconſulti proprias obtrudens toties nobis illudit, tótque erucibus exagitat ingenia eruditiorum. Hic ergo primus ſit Tribonianiſmus à nobis nũc tandem obſeruatus in hac lege. Proximè ſequitur ſecundus in §. *quod ſi fideiuſſori.* verba hæc ſunt, *Quòd ſi fideiuſſori liberatio ſit legata, ſine dubio, vt & Iulianus ſcripſit, pacto erit fideiuſſor liberandus.* Et Vlp. eſſe totã hanc clauſulã non dubito. At quod ſequitur, *Sed & hic puto interdũ acceptilatione liberandum, ſi vel reus ipſe fuit, vel in eam rem ſocius reus*, aliũ Tribonianiſmũ eſſe contendo. Putauit enim Tribonianus, quemadmodũ liberatione legata debitori, liberandus eſt ille acceptilatione non pacto, non alia ratione, vt ipſe credidit, quàm vt liberationis commodum ad fideiuſſorem quoq; perueniret, quaſi peruenire nõ poſſet interueniente duntaxat pacto, (in quo errauit vt oſtendimus) ita è contrario ſi liberatio legata ſit fideiuſſori qui reuera & effectu ipſo non tã fideiuſſoris quàm rei perſonã ſuſtineat, liberandum eum acceptilatione nõ pacto, ne alioqui ei profutura ſit liberatio, ſi alius qui ſub rei nomine reuera fideiuſſor eſt, inquietetur, mox contra fideiuſſorem hunc cui legata fuit liberatio regreſſum habiturus. Sed euidens diſſimilitudinis ratio eſt, quam vir bonus non animaduertit. Liberatio enim legata reo, prodeſſe idcirco debet fideiuſſori, quoniam alioqui per mediam fideiuſſoris perſonam reus cõueniretur, & quidem tanquã reus, ac proinde tanquam is cui liberatio legata eſt. Fuit enim legata tanquã reo, & tanquam reus, eſt ille obligatus duob. creditori actione prima, ſiue hac, ſiue illa, fideiuſſori verò actione mãdati. At liberatio legata fideiuſſori nunquam ei prodeſſe poteſt aut debet niſi tanquam fideiuſſori, præterquam ſi euidenter cõtraria ſit voluntas teſtatoris, vnde eſt quod ſiquis filiumfamiliaa habens obligatum patrem eius fideiuſſorem acceperit, deinde patri liberationem legauerit, non eſt in dubio cenſendus reliquiſſe liberationem patri tanquam patri, ſed duntaxat tanquam fideiuſſori, licèt, quod magis eſt ſub patria nõ ſub fideiuſſoris nomine liberatio ei legata ſit, quoniã fideiuſſoris obligatio ſpecialior & potentior eſt. Ita vt pater liberatus tanquam fideiuſſor, nihilominùs actione de peculio conueniri poſſit, vt ex eodem Iul. Vlp. noſter ſcribit in §. *vlt. huius legis.* Ergo ſimiliter ac multò magis dicendũ eſt, Etiamſi fideiuſſor cui libetatio relicta eſt, reuera fuerit reus, nõ ille quẽ reum vice ſua ipſe dederit, liberationem ei legatam, & quidẽ non ſimpliciter, aut ſub nomine Titij vel Sẽpronij, ſed ſub nomine fideiuſſoris (quãquã nec aliud fore puto ſi ſimpliciter aut ſub proprio ipſius nomine relicta proponatur) prodeſſe illi non debere tanquã reo, ſed tanquam fideiuſſori duntaxat, licèt ita futurũ ſit vt cõuentо eo qui ſe reum fecit, fideiuſſor hic inquietetur, ſiquidem, quòd pertinet ad teſtatorem qui liberationẽ legauit, fideiuſſor hic tantùm fuit, nõ reus. Quod verò actionem mandati quæ fideiuſſoribus omnib. dari ſolet, habiturus non ſit, at è contrario alij qui ſe vicarium vt ita dicam reũ fecit indemnitatem pleniſſimam præſtaturus, pendet ex eo negocio quòd inter ipſos geſtũ eſt ſeparatim, non ex eo quod vterque ipſorum geſſit cum creditore qui legauit liberationem. Proinde non poteſt liberationis legatum factũ à creditore ex illo negotio inter alios geſto recipere interpretationẽ, Nec ſi ponas creditorẽ iſtum rei geſtæ veritatem nõ ignoraſſe, quia ſemper verum eſt quod ad creditorem ſpectat, & reum eſſe illum qui ſe tanquam reum obligauit, & fideiuſſorem illum qui non reperitur obligatus, niſi tanquam fideiuſſor. Porrò liberatio legata fideiuſſori nunquam debet reo prodeſſe, nec à fideiuſſore ad reum tranſire, ne per eiuſmodi extenſionem alij conſulamus, quàm cui teſtator conſultum voluit, *arg. l. nec adiecit 9. D. pro ſocio.* Poteſt quidem fieri, vt ei quoque cuius nomen in teſtamento ſcriptum non eſt, conſultum voluerit teſtator, quo caſu placet nõ eo minùs legatarium illum eſſe, *l. 3. § penult. & vlt. eod. hoc tit. l. fideicommiſſa* 11. *§ plerunque & ſeq. de leg. 3.* Sed vt alij quàm cui prodeſſe teſtator voluit, proficiat, legatum liberationis fieri nullomodo poteſt. Atqui ponimus liberationẽ legatã fideiuſſori nõ reo. Ergo nec ſi fideiuſſor idem reus ſit, tamen liberandus erit tanquam reus, ſed duntaxat tanquam fideiuſſor, vt ea liberatio neque ipſi proſit tanquam reo, neque alij qui tanquam reus voluit obligari. Neque pugnat quod Paulus ſcribit in *d. l. ſed ſi fideiuſſor* 24. *D. de pact.* Si fideiuſſor in rem ſuã ſpopõderit, habẽdum eum pro reo; & idcirco pactum cum eo initum cũ reo ipſo initum videri, vt illi etiã qui pro reo datus eſt proſit, tanquã fideiuſſori. Nam id rationem illam habet, quòd cum pactum vltrò interpoſitum fuit, nõ tam inſpicimus cui pactum factũ ſit, quàm cui prodeſſe interſit paciſcentis, vt in præcedẽtibus legibus Paulus ſcribit. Cùm verò liberatio alicui legata eſt, non illud inſpicimus cui prodeſſe liberationẽ interſit legatarij, ſed cui tãtùm prodeſſe, proſpectúmq; eſſe voluerit is qui legauit, nec rurſum cui tãtum, ſed etiam tanquã cui, ne liberationis effectus vltra teſtantis voluntatẽ porrigatur. An ergo alia minórque poteſtas erit pacti propter liberationẽ legatã adhibiti, quàm ſi vltrò nec præcedente liberationis legato interpoſitũ eſſet? Nequaquam vt ſuperiore capite diſputauimus cõtra Tribonianũ. Sed hoc volo, aliter concipiendum pactum, quod ſola paciſcẽtium voluntate, aliter illud quod in legati conſequentiam interponitur, Ne contra teſtatoris voluntatem eueniat, vt idem ſit effectus vtriuſq;. Pactũ quod non aliã cauſam habet quàm paciſcentium ſolam voluntatem, ſimpliciter concipiendum eſt, vt nihil prohibeat ne omnibus proſit, quibus prodeſſe interſit paciſcentis. Neque vt quod initum eſt cum fideiuſſore in rem ſuã proſit ei qui tãquam debitor pro huiuſmodi fideiuſſore obligatus eſt, quicquam aliud exigimus; niſi vt qui paciſcitur, ſciat rem ita geſtam inter reum & fideiuſſorem (Alioqui ſanè difficile eſt dicere, eum qui fecit pactum cum fideiuſſore quem verum fideiuſſorem putabat, non facturus niſi ſciuiſſet iure ita comparatum eſſe, vt exceptio pacti cum fideiuſſore initi non competat debitori, ſi poſtea cum debitore experiri velit repellendum exceptione) At pactum quod ad effectum liberationis legatæ inuitò etiam herede interponendum eſt cum fideiuſſore cui legata fuit liberatio, non ſimpliciter concipi debet, ſed expreſſa qualitate fideiuſſoris, vt intelligat non liberari ſe per eiuſmodi pactũ niſi tanquã fideiuſſorem, nec proinde fieri poſſe vt id pactum alij vlli proſit, quia fideiuſſoris tanquam fideiuſſoris intereſſe nunquam poteſt, vt alij quàm ſibi pactum ſuum proſit, *l. fideiuſſoris* 25. *D. de pact.* Idque intelligere poſſumus non obſcurè ex eo quod ſupra diximus de patre obligato

quod euictioonem pignoris venditi non debet ereditor, qui vendidit iure creditocis quam vtique debet is qui vendidit iuce communni. *l.1.& 2.C.credit. euict.pignor. non deb.* Qui enim vendit iure eredıtoris & vendendo idipſum exprimit (alioqui iure cõmuni vendece credendus eſt quiſquis ſimpheitec vẽdir, vr maximè ſit creditor) hoc ipſo pcofitetur alienam rẽ ſe vendere, & cuius vendendæ non alıud ius habeat, quàm quia creditor eſt, cùm nec obligatā eam pignocis iure habere poſſet, ſi ſua eſſet non aliena, *l. neque pignus 45. de reg.iur.* Itaque nullā emptori facir iniuriam, etiamſi euictionẽ præſtare recuſet dummodo præſtet ſe & iuſtum & poriorem credirorẽ, ſi modò nihil dolo malo feciſſe probetur, vt ſcriptum eſt in *d. l.1.* Vſque adeò autem non tenetur de euictione credıtor, qui iure creditoris vẽdıdıt, vr neque actione ex empto ad pretij accepti reſtitutionem teneatur. Id enim multis conſtitutionibus effectum eſt vt luquitur Vlp. in *l.ex empto 11. alıàs l.emptorẽ §.ſententiam de act.empt.* Ita ınnuens nõ obſcure, ſuiſſe in id neeeſſarium auxılium conſtitutionum, ſed tamen, vr ego quidem arbitror, non tam ad nouum ius inducendũ quàm ne dubitationi locus aliquis relinqueretur, ex eo quod euenit nonnunquam, vt venditor qui de euictione non tenetur, nihilominùs ad pretij reſtitutionem teneatur vt puta ſi conuenerit expreſſim ne de euictione vllomodo vllóue caſu obligetur, *§. vlt. eiuſdẽ l.* Quid tamen ſi ante precij ſolutionem, pignus à creditore ıure creditoris venditum euincatur? Ad hunc caſum conſtitutiones non pertınent, quæ de pcetij reſtitutione locutæ, ſupponunt io neceſſarium antecedens, factam eſſe pretij ſolutionem. Nihil enim eſſet quod tractarı poſſet de reſtitutione precij non ſolutı. Ergo quãuis creditor ſi precium pignoris à ſe creditoris iure venditi ante euictionem accepiſſet, poſtmodum euictione ſecuta pretium reſtituere non deberet, ſi tamen, poſt perfectam venditionem ante pretiũ numeratum rei venũdatæ ſecuta fuerıt euictio, pretium petere nullo iure poteſt, tametſi pıgnoris poſſeſſionẽ ex cauſa venditionis trãſtulerit in emptorem, quia nec tradita videtur poſſeſſio quæ poſteà per euictionem fuit ablata. Nam ſi litem de proprietate motam eſſe ſufficit ad hoc vt emptor ad totius vel reſidui precij ſolutionem compelli non poſſit, cùm in ipſo limine contractus immineat euictio ſi non emptori ſatis offeratur, vt generaliter & indiſtinctè proditum eſt in *l. ſi poſt perfectam 24. Cod. de euict.* quanto magis ſuccurrendum eſt emptori cui non tantùm mota fuit quæſtio de re vendita, ſed ipſa res iam euicta? Idque meo iudicio non minùs apertè quàm eleganter conıicere licet ex eo Paulı reſponſo quod extat in *leg. ſi mandatu 59. §.creditor. D. mandat.* vbi propoſita quæſtione, An ſi pignoris venditi poſſeſſio euicta ſit emptori, regreſſum creditor aduerſus mandatorem habere poſſit, & ao interſit vtcum creditoris iure vendiderit an cõmuni iure, Paulus reſpondet, Si creditor ex pignoris precio debitum conſecuturus non ſit, mandatorem liberum non videri. Inde namque intelligimus non eſſe diſtinguendum an creditoris iure vendiderit creditor an iure communi, ſed ſiue hoc ſiue illo modo vendiderit, an debitum ex pignoris precio conſecuturus ſit, necne, vt intelligamus fieri aliquo caſu poſſe, vt etiamſi pignus vendiderit creditor iure creditoris, precium tamen conſequi prohibeatur, qui caſus vtique alius eſſe non poteſt quàm is quem nos dicimus, ſi pignus venditum euictum fuerit antè precij numerationem, cùm poſt precij ſolutionem neque de eo conſequendo agi oporteat, neque vereri ne creditor ſolutum ſibi precium retinere non poſſit, à cuius reſtituendi metu ex conſtitutionibus liber eſt & immunis. Quod ſi ita eſt, vt proculdubio eſt, nemo non videt eſſe ioterpretis oon Pauli additionem quæ in eodem reſponſo ſubiıcıtur iis verbis, *Ex hoc reſponſo apparet, ſi euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.* Primùm quia Paulus ipſe cuius reſponſum eſt, numquam de ſuo reſponſo tanquàm alius & tertius quidam loquens ita ſcripſiſſet, *Ex hoc reſponſo*. Deinde quoniam illatio illa prorſus aliena eſt à ſenſu reſponſi. Nam ſi nihil alıud ioſpicieodum eſſet, quàm vtrum creditor de euictione teneretur, necne, ſeparãdus omnino eſſet creditor qui iure creditoris, ab eo qui iure communi pignus vendidiſſet, quandoquidẽ qui creditoris ıure vendit numquam tenetur de euictione, niſi vel euictionem promiſerit, vel dolum in vendendo admiſerit, qui verò ıure communi vendit ſemper tenetur, ex natura ıpſius contractus niſi contraria pactione ſibi proſpexerit. *d. l.ex empto l. ſi in venditione 60. & tot.tit. D. de euict.* Et tamen non placuit ea diſtinctio Paulo qui nıhil alıud intuendum putat niſi vtrum creditor ex pignoris venditi precio debitũ ſit cõſecuturus, an nõ. Sed &, quod præcipuè obſeruari volumus, fieri poteſt vt creditor qui pignus vendidit, de euictione non teneator, quia nec euictioonem promiſerit, nec dolum admiſerit, & tamen nihilomagis precium ſit conſecuturus. Nimirum ſi ante precij ſolutionẽ aut mota ſit lis de proprietate rei venditæ, aut euictio ſecuta, vt à nobis probatũ eſt. Nõ ergo poteſt ſufficere ad liberationẽ mandatoris eiq. proficere, quod creditor qui pignus vendidit non teneatur de euictione, ſi non illud etiam concurrat vt non obſtante euictione precium venditionis conſequi poſſit. Interpretem iſtum imperitũ illud vnũ præcipuè mouit, quod exiſtimauit creditorem nõ alio caſu prohiberi poſſe quominus venditionis precium conſequatur, quàm quo ſit idem ille obligatus de euictione. Quod tamẽ quàm falſũ ſit ex his quę modò diximus, intelligi poteſt. In eodem Pauli reſponſo abundat dictio *promiſerit*, in illis verbis, *an communi iure promiſerit*, Subaudiendũ enim eſt verbum *vendiderit*, quod immediatè præcedit. Venditio ſiquidem pignoris, vt præfati ſumus, dupliciter fieri poteſt iure creditoris, & iure communi. Promiſſio autem euictionis præſtandæ nulla ſit iure communi, ſiue creditor pignus diſtrahat iure communi, quia tũc euictionem promitti nil neceſſe eſt, cùm ex natura contractus debeatur, ſiue diſtrahat iure creditoris, quia nec eo caſu interponi vulgò ſolet, niſi cùm cautiùs agere vult emptor, vt ſuæ proſpiciat indemnitati, *d. l.1. C. credit. euict. pignor. non deber.* Credibile verò eſt, ex eiuſdem interpretis gloſſa & imperitia in textum irrepſiſſe verbum *promiſerit*, quaſi præcedentibus illis, *an communi iure* nullus alioquin ſenſus conſtaret, qui tamen & optimus conſtat & aptiſſimus.

Refutatur Accurſii diſtinctio circa debitoris pupillaris liberationem.

CAP. XIII.

SCribit Accurſius noſter, quem & Bartolus & cæteri interpretes vulgò ſequuntur, ad *l. aut prætor 7. §. permittitur D. de minor. & ad leg. 1. C. ſi aduerſ. ſolut.* Debitorem pupillarem pupillo ſoluentem interdum plenam conſequi liberationem, pleniorem nonnunquam, pleniſſimam aliquando. Plenam, inquit ille, ſi ſoluerit pupillo ſine tutoris aut iudicis autoritate, ex euentu tamen appareat pecuniam in rem pupilli verſam fuiſſe, quoniam hoc caſu liberatur debitor oppoſita doli mali exceptione, ne lucrum pupillus caperet ex damno alieno, *leg. ſi fundus 13. §.1. D.*

de reb.eor.qui ſub tutel.l.vtere 14.C.de præd.minor. Pleniorem,ſi ſoluerit aut tutori ipſi, aut pupillo tutoris autoritate interueniente, ſed tamen ea pecunia pupillo tandem perierit,nec in rem ipſius verſa reperiatur. Quaſi hoc caſu indulgenda ſit pupillo in integrum reſtitutio aduerſus debitorem,ipſo iure liberatum. Ex §.*at ex contrario Inſtit.quib.alien.licet vel nō* & ex *d.l.1.C.ſi aduerſ.ſolut.* Pleniſſimam ſi ſoluerit autore iudice,quòd hic caſus excludat ſpem omnem reſtitutionis,etiamſi damnum in effectu ſentiat pupillus,*ex d.§.at ex contrario,d.§.permittitur,& l.ſancimus.25.C.de adminiſt.tut.* Mihi nulla huius diſtinctionis pars probari poteſt. Primum enim falſū illud eſt, plenam liberationem acquiri cùm pupillo ſolutum eſt,ſi neque tutoris neque iudicis interuenerit autoritas, tametſi pecunia probetur verſa in rem pupilli. Liberationem nāque cum dicimus, non tam factum quàm ius ſignificamus. Naſcitur enim ſola iuris poteſtate ex ſolutione quæ facti eſt,at nō ex ſolutione qualibet,verùm ex ea quæ facta ſit ſecundum regulas iuris ciuilis. Cuiuſmodi non eſt ſolutio facta pupillo ſine tutore,quia pupillo interdicta eſt omnis alienatio, alienat autem qui amittit debituram,licet in vicē debitoris accipiat pecuniæ aut alterius rei ſolutionem, non ſecus acſi rem aliquam mobilem aut immobilem diſtraheret precio accepto. Quę Iuſtiniani ſententia & ratio eſt in §.*nunc admonendi verſic.ideóque Inſtit.quib.alien.lic.vel non.* vbi ex hoc inferr,Si debitor pupillo ſoluat,neceſſariā eſſe debitori tutoris auctoritatem,alioqui eum nō liberari. Nec quod habiturus ſit exceptionem doli ſi probet in rem pupilli verſā eſſe pecuniam,ad rem facit. Tanto magis enim ex eo apparet nullam debitōri,nedum plenam liberationem acquiri,cùm exceptio quæ nihil aliud quàm actionis excluſio eſt ſicut actionem, ita & obligationē ſupponat,ſiue qua nec actio vlla eſſe poteſt *l.licet 43.§.ea obligatio. D.de procurat.iunct.l.1.& 2.D.de excep.* Planè effectu ipſo ſatis liberatus eſſe intelligitur, qui vtilem habet ſiue doli,ſiue aliam exceptionem,*l.nihil intereſt 112.de regul.iuris.* Sed effectus ille non tam ex ſolutione ipſa naſcitur,quàm ex euentu verſæ in rem pupilli pecuniæ: qui tamen nō eſt modus obligationis tollendę iure ciuili: neq. ex iis qui naturales dicuntur,neq; ex iis qui ciuiles,de quibus in *l.pen.D.de ſolut.* Obligationem enim quæ ſolutionis poteſtate tollatur,vel tunc tolli neceſſe eſt cùm ſolutio fit, & eo ipſo inſtanti, vel nunquā,quia poteſtas iuris quæ ſola,vt diximus,liberationem inducit, manere in ſuſpenſo nullo modo poteſt. Deniq; doli exceptio non ex iure proficiſcitur, ſed ex æquitate contra iuris rationem militante,nec aliam cauſam habet quàm ne cui dolus ſuus proſit aduerſus naturalem æquitatem, *l.1.D.de doli except.* Nemo igitur niſi malè cum Accurſio dicere poſſit plenam liberationem ſolutione conſecutum eum, cui poſt ſolutionem neceſſaria ſit exceptio doli, ne iterum ſoluere condemnetur. Secunda verò pars ſupradictæ diſtinctionis æquè falſa eſt. Nam pupillaris debitor ſiue tutori ſoluerit, ſiue pupillo ipſi tutore autore, non ſolùm plenè & pleniùs, vt vult Accurſius, ſed etiam pleniſſimè liberatur, & ipſo iure, vt Papinianus ſcribit in *l.Lucius 46.§.tutelæ D.de adminiſtr.& per.tutor.* Nec tantùm ſi ſoluerit tutori tutelam gerenti, vt eo loco Papinianus loquitur (nimirum ad differentiam eius qui ab adminiſtratione remotus eſt) ſed etſi honorario, quia & ad eum adminiſtrationis periculum pertinet *l.quod ſi fortè 14.§.1.D.de ſolu.* Quis autē vnquā dixit obligationē ex euētu reuiuiſcere,quę ſemel ipſo iure fuerit perēpta? *d.l.ſancimus 25.verſ.nē enim C.de admin.tuto.vulg.l.qui res 98.§.aream D.de ſolu.* aut pupilli priuilegiū in ea re vllū eſſe? *l.1.C.de contr.iudic.tutel.* Neque verò hoc negat Accurſius, Ex ſolutione tutori facta vel pupillo tutore autore contingere ipſo iure liberationem. Sed vult poſſe pupillo dari reſtitutionem cauſa cognita, ſi ea pecunia bene ſoluta poſtmodum ex euentu pereat pupillo, qui neque pecuniam habiturus ſit, neque actionem vtilem & efficacem ad eam recuperandam, fortaſſe tutore ipſo tutoriſque fideiuſſoribus non idoneis conſtitutis. Quod tamen neque lege aliqua probari poteſt, neq; ratione. Nam quod iudicis autoritatem requirere videtur Iuſtiniani conſtitutio in *d.l.ſancimus,*& de qua in *dict.§.at ex contrario* ad caſum longè diuerſū pertinet,ad eum ſcilicet quo ſolutio facta ſit non tutori ipſi,ſed pupillo ſine tutoria autoritate, eo nimirum tempore quo nullusdum ſit tutor aut curator. Ait enim lex *creatione tutorum & curatorum cum omni precedente cautela,*id eſt,dum exactè,& cautè, quantum fieri poteſt,proceditur ad dationem tutoris vel curatoris. Habet enim ea res plerumque longas moras ob tergiuerſationes eorum qui vel iniuſtas adferunt excuſationes,vel tutores dati confugiunt ad auxilium improbæ appellationis. Quo tamen toto intermedio tempore iniquum eſt in obligatione inuitum retineri debitorem pupillarem,qui pecuniam in numerato habet quam ſtatim ſoluere vt liberetur, & poſſit & velit. Cū verò pupilli vtilitas,& naturalis æquitas non pateretur ita ius conſtitui vt ſolutio facta pupillo ſine tutoria autoritate pareret debitori liberationē, illud vnicum remedium fuit,vt imperium & ſententia iudicis pro tutoris autoritate eſſet. In iis nimirum, quæ maioris momenti eſſe viderentur. Annuos enim reditus annuáſque penſiones etiam ſine iudicis decreto ſolui poſſe placuit eidem Iuſtiniano in *d.leg.ſancimus,& in l.conſtitutionem 27.eod.* At eo caſu quo pupillus habeat tutorem qui ſolutionem ipſe accipere, aut pupillo ſolutionem accipienti præſtare autoritatem poſſit,nuſquam conſtitutum aut ſcriptum reperias,neceſſarium præterea eſſe decretum iudicis,vt ſoluens debitor pleniſſimam liberationem & ſecuritatē conſequatur. Neque repugnat quod idem Iuſtinianus ſuam illam conſtitutionem referens in *d.§.at ex contrario,* diſertè ſcribit per eam diſpoſitum eſſe, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſoluere vt prius iudicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat.* Non enim horum verborum ſenſus ille eſt vt eo quoque caſu quo tutor vel curator adeſt, iudicis autoritatem interuenire oporteat,ſed hic potiùs vt ſi pupillo ſolutum ſit ſine tutore, vel minori ſine curatore,nullaque iudicis auctoritate intercedente, vſque adeò in obligatione retineatur debitor, vt nec in tutoris vel curatoris poteſtate ſit ratam facere ſolutionem ad parandam debitori liberationem ſiue iam tùm cùm ſolutio facta fuit,tutor vel curator aderat,ſiue poſteà datus proponatur. Eamque interpretationem probat,non illud ſolùm quòd in illa Iuſtiniani conſtitutione ſcriptum diximus,*creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela.* Sed etiam quod in eodem §.*at ex contrario* ſubiicitur in hæc verba, *Quòd ſi pupillus malè conſumpſerit,* pecuniam ſcilicet ſibi ſolutā,*aut furto autem amiſerit,nihil proderit debitori doli mali exceptio,ſed nihilominus cōdemnabitur,quia temere ſine tutoris autoritate & non ſecundum diſpoſitionem noſtram ſoluerit.* Quid.n.ſcribi potuit apertiùs vt intelligeremus,Ei demùm imputari poſſe debitori,qui ſoluit pupillo & ſine tutore & ſine iudice,non etiam illi qui alterutrum adhibuit, licet non adhibuerit vtrumque. Nec rurſus contrarium

rium eſt quod Imperatores reſcripſerũt in *l.1.C.ſi aduerſ.ſolut.* Exemplo cæterorum debitorum etiam tutores ea quæ ex tutelæ adminiſtratione debent curatoribus ſoluentes liberari, ſed ante tempus in integrum reſtitutionis præſtitutum, edicto perpetuo permiſſũ beneficium implorari, & an ſit tribuendum per cauſæ cognitionem æſtimari poſſe. Imperatorum námque ſententia non alia eſt, quàm vt minor cuius curatori ſolutum eſt per tutorem quicquid ex cauſa tutelæ debebatur, reſtitui in integrum poſſit aduerſus tutorem. At non in hoc vt reſcindatur liberatio quæ fuerat quæſita per ſolutionem, tametſi ſoluta curatori egeno pecunia malè ab eo contempta & profligata proponeretur, ſed in id tantum vt ſi quid amplius tutor debebat quàm ex redditis rationibus debere viſus fuiſſet, condemnari debeat ad totum id quantumcunq; ſit præſtandum, acſi nondum redditæ rationes eſſent, ſalua ei manente liberatione, quòd ad eam duntaxat pecuniam quæ curatori à tutore ſoluta reperiatur. Finge per incuriam aut imperitiam aut dolum curatoris, adeò malè ac perfidè redditas eſſe tutelæ rationes, vt tutor quem poſtea re meliùs examinata compertum ſit debere quingenta non niſi ducentorum debitor fuerit conſtitutus. Ea verò ducenta curatori à tutore ſoluta eſſe, poſtmodúmque à curatore ipſo deperdita, qui nec ſoluendo ſit, nec idoneos habeat fideiuſſores (quanquam nec aliud erit etiamſi locupletiſſimus proponatur) Dant Imperatores in integrum reſtitutionem minori contra tutorem cauſa cognita, id eſt, ſi læſum ſe probet, in quo vno verſatur cauſæ cognitio quam adhiberi neceſſe eſt in integrum reſtitutionibus minorum. Sed an in id, vt tutor ea ducenta quæ curatori ſoluit, iterum ſoluere compellatur? vt Accurſius exiſtimat. Minimè gentium. Quid ergo? In id duntaxat vt iterum & melius ſubducantur & ineantur rationes, compertóque quod tutor debitor re vera fuerit in quingentis, perinde trecenta adhuc peti ab eo poſſint, acſi à rationum reddendarum obligatione liberatus nunquam fuiſſet. Nempe quia nec ſola rationum redditio liberat ipſo iure tutorem aliumve adminiſtratorem, ſed ſolutio reliquorum, id eſt, eius quantitatis totius quam rationibus bene redditis deberi appareat. Nam nec rationes reddidiſſe videtur, qui reliquum non ſoluit, quamuis ediderit rationes, ſicut neque is qui reliquum ſoluit, non editis rationibus, *l.non ſolum 8.§.is qui reddere de liber.legat.l.ſi ita 13.§.hac quæſtio D.de manu.teſt.l.cùm ſeruus 8.::de cond.& demon.* Cęterũ vt ducenta quæ tutor curatori iam ſoluerit iterũ ſolui debeant à tutore prætextu inopiæ curatoria, aut malè redditarum rationũ, neq; per in integrum reſtitutionem, neque alio vllo iuris aut æquitatis commento fieri poteſt. Illud verò etiam obiter notari volumus, ineptè à Triboniano poſitum eſſe reſcriptum illud Imperatorum ſub eo *tit.ſi aduerſus ſolut. à tutor. vel à ſe fact.* Titulus enim eſt de ſolutione quam vel pupillus vel tutor ipſe pupilli nomine fecèrit. De qua ètiam Paulus in *l.qui res 98.§.huic applicatur minor.D.de ſolut.* Reſcriptum verò eſt de ſolutione facta minori, aut quod idem eſt, minoris curatori, per tutorem tanquam pupilli debitorem. Aduerſus quã ſolutionem reſtitui pupillum aut minorem impoſſibile eſt, ad reſuſcitandam obligationem, quæ per ſolutionem extincta ſit, hoc eſt, quatenus id quod reuera debebatur, reuera ſolutum fuit. Ideóq; nec in eius legis ſpecie reſtituitur minor aduerſus ſolutionẽ à debitore ſuo factam, ſed aduerſus improbã aut erroneã rationũ redditionẽ vt pro nõ redditis habeantur, quæ perperam redditæ reperiuntur. Tertia diſtinctionis Accurſianæ pars ſupereſt, ad eum caſum pertinens quo pupillaris debitor ſoluerit pupillo, iudicis autoritate interueniente, ſiue tutor quoque adfuerit ſolutioni, ſiue non. Et in hac etiam parte Accurſium cum ſequacibus ſuis errare contendimus, non in eo quòd putant debitorem eo caſu conſequi pleniſſimam ſecuritatem, vt nulla proſus ex cauſa inquietari vnquã poſſit ne quidem per in integrũ reſtitutionem (ſic enim apertiſſimè ſcriptum eſt in *d. §. at ex contrario, in d.l.ſancimus, & in d.l.ait prætor.7.§.permittitur D.de minor.*) ſed in eo quòd volunt maioris hac parte poteſtatis eſſe iudicis quàm tutoris autoritatem. Apertè contrà quàm viſum ſit Vlpiano in *d.l. ait prætor §.1.* vbi ait, ſi minor conueniat ſuum debitorem adhibẽdos eſſe curatores vt ei ſoluatur pecunia, idemque poſteà repetit iis verbis, *aut curatoribus ſolui ſi ſunt* ne dubitare quis poſſit quin bene ſoluatur curatori ſine metu vllo reſtitutionis. Enim ſubiũgit, *Quid tamen ſi prætor decernat ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus & ſoluerit, an poſſit eſſe ſecurus dubitari poteſt.* Quibus verbis an non apertè ſignificatur, longè minùs dubitari poſſe de ſecuritate debitoris, qui tutore vel curatore autore, quàm eius qui iubente duntaxat iudice ſoluit. Quod & magis probant quæ apud eundem Vlpianum ſequuntur: *Puto autem ſi allegans minorem eſſe compulſus ſit ad ſolutionem nihil ei imputandum, Niſi fortè quaſi aduerſus iniuriam appellandum quis ei puteo. ſed credo prætorem hunc minorem in integrum reſtitui volentem auditurum non eſſe.* Nulla enim talis diſtinctio aut hæſitatio vnquam incidit in eam ſpeciem qua minori vel pupillo tutore vel curatore autore ſolutum proponeretur. Quanquam totus ille verſic. ab iis verbis *quid tamen* mihi valde ſuſpectus eſt, & ſi bene ſtylum agnoſco ſapit non obſcurè Tribonianum reſpicientem fortaſſe ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat in *d.l.ſancimus.* Nec aliud mihi iudiciũ eſt de verſic. *ſed hodie,* vſque ad verſic. *permittitur etiam,* vbi tractatur de pecunia in ædem deponenda. De quo alibi à nobis tractatum fuit. Vt ut ſit, æquè pleniſſimam ſecuritatem conſequitur debitor pupillaris qui pupillo ſoluens adhibet tutoris autoritatem, atque ſi adiiceret iudicis decretum. Vtroque enim caſu verum eſt quod ait Iuſtin. in *d.d.l.ſancimus,* id quod ritè ac ſecundùm leges ab initio actum eſt, non debere ex euentu reſuſcitari: Itémque quod idem Vlpian. *in d.l.quid autem 6.§.apud Labeonem.D.quæ in fraud. credit.* iniquum eſſe impunè non ſoluere eum qui per prætorem cogatur aut cogi poſſit vt ſoluat, quod debet: quomodo vtique cogi debitor pupillaris poteſt, per tutorem pupilli, vt ipſi tutori ſoluat.

Emendatio §.vſumfructum l.Stichum aut Pamphilum 95.D.de ſolut.

CAPVT XIIII.

OBſeruanimus in prioribus Coniecturarum libris diſſenſiſſe Papinianum à Paulo in quæſtione illa, Si debitor decem legauerit creditori quæ poſt annum ei debebat, & viuo teſtatore, annus ſuperueniat, an inutile fiat legatum. Paulus enim inutile effici voluit, quanquam conſtiterit ab initio, *l.debitor 82. De legat.*2. Papinianus verò nec ſi viuo teſtatore dies venerit aut debiti condicio impleta fuerit, irritum tamen fieri legatum patitur quod ſemel comperiit, in *l.verbis legat.5.in fi.D.ad leg.Falcid.* Idẽ Papinianus, ni fallor, diſsẽtiit etiã ab Africano in quæſtione *l.cũ quis 38.D.de ſolut.* Nam ſi quis ſibi aut Titio dari ſtipulatus ſit, placet Africano magis eſſe vt ita demum rectè Titio ſolui dicendum ſit ſi in eodem ſtatu maneat,

quo fuit, cùm ſtipolatio interponeretur. Cæterùm ſiue in adoptionem ſiue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel ſeruus factus ſit, non rectè ei ſolui dicendum. Tacitè enim ineſſe conuentionem ſtipulationi videri, ſi in eadem cauſa maneat, *d. l. cum quis*. Papinianus autem contrà, in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vſumfructum eod. titul.* diſertè ſcribit, Si vſumfructũ mihi aut Titio dari ſtipulatus ſim Titio capite diminuto, non ideircò intercidere ſoluēdi Titio facultatem, non illa tantùm ratione, quę fortaſſis Papiniano ſufficere potuiſſet, quod ea Titio ſoluendi facultas ab initio conſtiterit ex lege ſic dicta ſtipulationi, ſed hac potiſſimum *quia*, inquit, *& ſic ſtipulari poſſumus mihi, aut Titio cum capite minutus erit dari*. Senſus eſt capitis diminutionē quæ contingit ex poſtfacto in perſona Titij facere non poſſe, vt quam primùm habuit promiſſor Titio ſoluendi facultatem intercidere dicendum ſit, quia licèt Titius in eodem ſtatu eadémque cauſa non manſerit, mutatio tamen quę ſuperuenit talis non eſt quæ impedire debeat ne Titio fieri ſolutio poſſit, quandoquidem & ab initio poterat ſolutionis cauſa Titius adiici ſtipulationi in eum ipſum caſum qui euenit, ſi capite minueretur, itaque longè maior ratio in hac ſpecie pro Papiniano facit contra Africanum, quàm in illa priore in qua diſſentiit à Paulo. Ibi enim, id eſt cùm viuo teſtatore ſuperuenit dies, vel impleta eſt condicio debiti quod ante diem vel condicionem fuerat legatum, peruenit res ad eam cauſam à qua incipere non potuit, quod cùm accidit ſolet actus intercidere etiam qui ab initio conſtitit. Ex ea iuris regula quam plerique ex prudentibus probauerũt, *l. pro parte 11. D. de ſeruit. l. quia in eum caſum 16. D. ad leg. Aquilianã. l. exiſtimo 98. in prin. D. de verb. obl.* licet nec Paulus ipſe qui ex eorũ numero fuit, neget vitiati eam plerumque, & ſuas pati exceptiones in *l. in ambiguis 85. §. non eſt nouum de regul. iur.* At in ſpecie quam Africanus tractat, hoc amplius eſt pro Papiniano, quod per ſuperuenientē in Titij perſona capitis diminutionem non idcirco peruenit res ad eum caſum à quo incipere non potuerit. Nam ſiue iam ipſo ſtipulationis tempore capite diminutus fuiſſet, perinde tamen in ſtipulatione ſolutionis gratia adiici potuiſſet, ſiue nondum ea diminutio tunc contigiſſet, nihil tamē prohibebat, in eum caſum, in idq; tempus conferri facultatem Titio ſoluendi, quo eſſet ille capite diminutus. Nec video qua ratione defendi poſſit quod ineundæ conciliationis gratia quidam volunt, intelligendum eſſe Papinianum de ea capitis diminutione quę iam contigerit tempore interpoſitę ſtipulationis. Repugnant enim verba illa, *Titio capite diminuto, facultas ſoluendi Titio non intercidit*, quæ apertè præſeferunt Titium ab initio & ipſo ſtipulationis tempore capite diminutum non fuiſſe. Alioqui non de illo quærendum fuiſſet, An facultas ſoluendi Titio intercidiſſet, ſed de hoc potius, An vnquam conſtitiſſet. Intercidere ſiquidem dicitur, quod ita conſtitit ab initio, vt poſtea tamen conſiſtere deſierit, *l. intercidit 59. D. de condit. & demonſtr.* Sed & ridiculus eſſet Papinianus, qui tantopere laboraret in comprobãda ea re quæ nullam prorſus haberet dubitationem. Quis enim dubitet eum qui iam ſit capite minutus in ſtipulatione adiici poſſe ſolutionis cauſá? Nec alij meo iudicio ſubtiliores ſunt, qui Papiniani ſententiam eo duntaxat caſu admittunt, quo capitis diminutio ſtatum Titij mutauerit in melius, Africani contra quo in deterius. Nam ſicut vtriuſque Iureconſulti ſententia generalis eſt, ita & rationes quibus vterque mouetur, ad omnem capitis diminutionem indiſtinctè pertinent, nihilque aliud intuetur Papinianus niſi quod certam legem & condicionem ab initio habuerit ſtipulatio, vt Titio ſolutionis cauſa adiecto perinde ac ſtipulatori ipſi ſolui poſſet, *leg. vero procuratori 12. verſ. alia cauſa eſt eod. titul. De ſolut.* quódque per capitis diminutionem quæcunque tandem illa ſit nihil tale accidat propter quod ea lex & condicio certa ſtipulationis videri debeat immutata. Cõtrà verò Africanus hac vna ratione mouetur, quod huiuſmodi ſtipulationi tacitè ineſſe conuentio & cõdicio iſta videatur. Si eodem ſtatu Titius manſerit, quaſi mutato eius ſtatu, nouus & alius homo eſſe credendus ſit, atque ita deficere incipiat voluntas ſtipulatoris quæ ficbat vt Titio rectè ſolui poſſet. Nam & aliàs plerunque euenit vt qui ex conuentione quod vni debebat alteri ſoluere ex creditoris ſui pacto & voluntate potuit, eam ſoluendi facultatem amittat ex mutatione quę medio tempore ſuperuenit vt in eleganti illa ſpecie à Proculo tractata in *l. ſi cum Cornelius 82. eod. tit. De ſolut.* Porrò non minus mutatur ſtatus Titij qui per capitis diminutionem factus ſit melioris condicionis, puta ex filiofam. paterfamilias per emancipationem, quàm ſi factus eſſet deterioris, puta redactus in ſeruitutem aut in alienam poteſtatem. Nulla igitur conciliationis ratio, niſi fruſtra quæri poteſt. Idque facilè admittet quiſquis cætera quæ ſequuntur apud Papinianum in *d. §. vſumfructum*, bene intelliget. Cùm enim ſciret ille ſententiam Africani, aut ſi voles etiam Iuliani quam tum improbabat, nec alia nec meliore niti ratione, quàm quod Titius ſolutionis gratia in ſtipulatione adiectus, alius homo eſſe poſt capitis diminutionem exiſtimetur, putauit ſubiungendum ad eam diluendam; quod ſtatim ſequitur, non eſſe nouum vt cùm quis cauſa ſolutionis adiectus eſt alij tamen quàm illi ipſi rectè ſoluatur. Id enim eſt quod Papinian. ait, *Nam ſi furioſi vel pupilli perſona adiecta ſit ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur ſicuti condicionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel curatori datur.* Finge ſtipulatum eſſe me *Mihi aut pupillo dari?* Dubium equidem non eſt quin promiſſor etiam ſine tutoris autoritate ſoluēdo pupillo, à me liberetur, quoniam ſoluit ex mea voluntate *l. ſi ſtipulatus fuero. 11. eod. titul.* quod ita proculdubio accipiendum eſt, Etiamſi poſtea vetuerim ne ſolueret pupillo niſi tutore autore, quia certam legem, vt iam dixi, certámque condicionem habuit ſtipulatio quam immutare non potui, *dict. l. vero procuratori. 12. verſ. alia cauſa eod.* Sed quid ſi tutori ipſi ſoluere maluerit? Hoc quoque permittendum ei eſſe vult Papinianus, quamuis reuera tutoris alia perſona ſit, alia pupilli. Quidni verò? cùm placeat condicionis quoque implendæ cauſa rectè pecuniam tutori dari? Quod tamen vt multò difficilius videretur illud faciebat, quod condicionum omnium proprium illud eſt, vt eas impleri oporteat in forma, vt noſtri loquuntur, ſpecifica & eo ipſo modo quo teſtator voluit aut alius quiſquis ille ſit qui condicionem adſcripſit *vulg. l. qui heredi. 44. l. Mæuius 55. De condic. & demonſtr. l. heredibus. 77. §. 1. D. ad S C. Trebell.* Non autem implet in forma ſpecifica qui pecuniam quam pupillo dare debuit, dat tutori, aut qui eam quam furioſo dare debuit, dat curatori. Nam & alia perſona eſt furioſi, alia curatoris furioſo dati. Quare nec illud ex iuris ratione obtinet, ſed Labeonis potiſſimùm & Pegaſi autoritate inductum receptúmque fuit, quibus viſum eſt ita vtilitatis cauſa recipiendum, vt & Papinianus fatetur. Ergo inquies, ſi quis pro Africano contra Papinianum volet contendere, facilè hanc Papiniani ratiocinationē

diluet,

diluet,eodem prorſus modo,quo ipſe Africanus in *l. qui negotia.34.D.mandat.* eam impugnans ſententiã quã Vlpianus probat in *l.ſingularia.15.De reb. credit.* diluit potiſſimam Vlpiani rationem ex eo quòd quæ benignè & vtilitatis cauſa recepta ſunt non ſint producenda ad conſequentias.Sed ego pro Papiniano replicabo,poſſe non malè argumentum ſumi ex eo quoque quod vtilitatis cauſa receptum eſt,cùm tale illud eſt,quod difficiliùs admitti debuerit quàm id de quo admittendo diſputatur, vt euenit in propoſito. Fuit enim illud longè difficiliùs,vt pecunia quæ condicionis implendę cauſa vel pupillo vel furioſo danda erat, tutori, vel curatori dari poſſet, quàm vt pupillo vel furioſo , ſolutionis cauſa in alterius ſtipulatione adiecto,liceret debitori ſoluere tutori pupilli aut curatori furioſi. Quid enim eſt quod hoc caſu prohibeat ne debitor liberetur, perinde acſi perſona pupilli aut furioſi non ſolutionis ſed obligationis cauſa in ſtipulationem deducta proponeretur? Nam ſi quis dicat inter hos caſus differentiam magnam eſſe, propterea quòd vno tantùm non etiam alio caſu liberetur promiſſor qui pupillo ſoluit ſine tutoris autoritate *d.l. ſi ſtipulatus ii.iunct.l.pupillo.15.eod.tit.De ſolut.* in promptu eſt reſpondere differentiam illam reſpicere fauorem ſolius debitoris, vt ſi ſoluat pupillo qui ſolutionis tantùm cauſa fuerat adiectus,liberetur,quamuis nõ adhibuerit tutorem,quia vt iam dictum eſt, ſoluit ea voluntate creditoris qui debet ſibi imputare cur non eam ſtipulationi legem ab initio dixerit,vt nõ niſi vel tutori ipſi,vel pupillo cum auctoritate tutoris ſolueretur. At non ſimiliter poſſis imputare debitori qui ſoluit tutori pupilli ſolutionis gratia adiecti, cur non potiùs ipſi pupillo ſoli ſoluerit,cum ſoluendo tutori plus etiam fecerit, in eo nimirum quod curauit vt pecunia quæ ſoluebatur tutiore loco eſſet,cùm tamen id curare nullomodo cogeretur,nõ magis quam creditoris ſui rem agere in eo negotio in quo nihil prorſus ſua intereſſet. Neque verò poteſt dicere creditor ita ſuam offendi voluntatem, quia tametſi eam ſtipulationi legem dixerit vt pupillo ſolui oporteret, ſolius pupilli non etiam tutoris perſona demonſtrata: qua tamen fronte poſſit obiicere non debuiſſe ſolui tutori quod potuit ſolui pupillo? Diuerſa cauſa eſt eius quod pupillo debetur. Nòn enim aliter ſolui pupillo bene & vtiliter poteſt,quam ſi vel interueniat auctoritas tutoris vel nummi ſalui ſint *d.l.pupillo:*quia præter iuris rationem nihil hic eſt quod faciat pro debitore ſoluente:iuris autem ratio non modò non patitur,ſed etiam prohibet atque impedit expreſſim, nè quod pupillo debetur, poſſit ei ſolui ſine autoritate tutoris. Quod tamen Labeo & Pegaſus vtilitatis cauſa admittendum eſſe putauerunt, vt quæ implendæ condicionis gratia pupillo vel furioſo ſolui debuerunt,ea tutori vel curatori ſolui poſſint,ſubiũgit Papinianus ita recipi poſſe, ſi pecunia in rem pupilli vel furioſi verſa ſit,quomodo,inquit,ſi domino quia dare iuſſus ſeruo dediſſet vt domino daret. Hoc verò cuiuſmodi ſit,non facilè intelligo. Illa namque diſtinctio, An pecunia pupillo debita & ſoluta in rem pupilli verſa ſit necne,tunc adhiberi ſolet, cùm ipſi pupillo ſine tutoris autoritate ſolutum fuit, non etiam cùm vel tutoris autoritas interuenit,vel tutori ipſi ſolutio facta eſt,*d.leg.pupillo,& §.at ex contrario Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Siquidem fieri nequit vt in rem pupilli verſa non ſit pecunia , quę ſoluta eſt tutori, cùm in rationem tutelę conuertatur,ex eáque cauſa tutor pupillo ſaluam eam facere teneatur. Alioquin perinde dicendum eſſet, liberari non poſſe debitorem pupillarem , qui tutori præſertim inopi fortaſſe minúſq.idoneo ſoluiſſet,ſi non prætereà in rem pupilli ea pecunia verſa probaretur, quod vtiq.falſum eſt *l.Lucius 46.§.tutela D.de adm.& per. tut.l.4.§.illa etiam quæſtio D.de doli except.* Et certè tum huic diſtinctioni,an pecunia in rem pupilli verſa ſit necne,locus nullus relinquatur, ne tunc quidem cùm pupillus ipſe ſolus & ſine tutore ſolutionem accepit,quia implementum condicionis in facto tantũ non etiam in iure conſiſtit,*d.l.qui heredi*, parúmque referat, an condicionis implendæ cauſa iuſſus aliquis ſit pecuniam pupillo vel furioſo dare,aut eam in mare proiicere,*d.l.Maeuius 55 eod.titul.De condic.& demonſt.* quanto minùs adhiberi debet hæc diſtinctio cũ ſolutio fuit facta tutori ipſi vel curatori? Nam & ſi propiùs intueare non alia de cauſa putauerunt Labeo & Pegaſus admittendum eſſe vtilitatis gratia vt in perſona quoque tutoris vel curatoris impleri poſſet condicio dandi pupillo vel furioſo, quàm quòd ea ratione magis ac melius conſultum eſſet pupillo & furioſo,quos alioquin credibile erat pecuniam illam quam ſine tutore vel curatore accepiſſent malè conſumpturos eſſe nec in ſuam vtilitatem verſuros. Aliter namque interpretantibus,quænam obſecro vtilitatis ratió fingi poteſt quæ contra rationem iuris,ſententiam huiuſmodi à Labeone ac Pegaſo extorſerit? Nulla prorſus.Neque verò fieri poteſt vt implementum condicionis quod totum,vt diximus,in facto conſiſtit,pendeat ex futuro euentu & poſt factum quoque id eſt poſt dationem ipſam remaneat in ſuſpenſo quoúſque certum eſſe cœperit pecuniam in rem pupilli verſam eſſe vel non eſſe. Vt enim vertatur in rem pupilli vel non vertatur,ex poſt facto æſtimari ſcirique neceſſe eſt,non autem ex ipſo inſtanti dationis,quo tamen inſtanti certum eſſe oportet an conditio impleatur necne. Nam condicio quæ in dando conſiſtit,vel tunc impletur cùm pecunia datur,vel numquam,quia nec niſi per dationem impleri poteſt,nec niſi vna datio eſt. Porrò vbi ſemel impleta condicio fuit, ſicuti condicio eſſe deſiniit,ita deficere poſtea nunquam poteſt,ſiue pecunia in rem pupilli aut furioſi vertatur,ſiue malè conſumatur.Ideóque ab initio prouidendum eſſet vt non niſi hoc vel illo modo impleri condicio poſſet,non autem impleta iam condicione diſputandũ, an ob ea quæ ſecuta eſſent implementum condicionis reſolui oporteret: Quomodo factum eſſe à Triboniano in *leg. ſeruus decem 68.D. hoc titul.De ſolut.* docebimus cap. ſequenti. Cùm igitur admiſſum ſit & quidem vtilitatis cauſa, vt tutori vel curatori ſolui poſſit pecunia quæ ex condicionis implendæ verbis pupillo ipſi vel furioſo ſolui debuerat, ridiculum eſt poſt impletam conditionem quærere,An non fuerit impleta ob id quod eam pecuniam in rem pupilli vel furioſi verſam non fuiſſe appareat. Sed & quàm ridicula & inepta ſit hæc diſtinctio, colligi ex eo poteſt quod poſt admiſſam vtilitatis cauſa ſententiã Labeonis & Pegaſi quæ induxit vt in tutoris quoque vel curatoris perſonâ impleri condicio poſſit,illud etiam admiſſum fuit,vt ſi oblata ſit pecunia tutori & per eum ſteterit ne fuerit ſoluta,quia ſolutionem ſine cauſa recuſauerit, perinde liberetur is qui condicionis implendæ cauſa pupillo ſoluere debuit; quaſi impleta hoc ipſo condicione,dummodò nihil per fraudem factum probetur,vt Africanus ſcribit in *l.qui filium 22.D.de manum. teſta.* Inde namque apparet,per huiuſmodi ſolutionem tutori factam impleri condicionem non expectato eo an futurum ſit vt pecunia in rem pupilli vertatur necne,quoniam contumacia tutoris per quem ſtat quominus fiat ſolutio, non aliud poteſt inducere quàm vt ſolutio pro facta

habeatur, at non etiam vt eò magis pecunia in rem pupilli verſa eſſe intelligatur. Alioqui plus poſſet fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero, quandoquidẽ ſolutione ipſa verè facta nõ tamẽ conſequẽs eſſet verſam in rem pupilli pecuniam, ſi non aliunde quàm ex ſolutione idipſum probaretur. Immò verò cùm pecunia quæ debuit pupillo ſolui habetur pro ſoluta propter moram quam tutor in accipienda ſolutione contraxerit, fieri nullo modo nullóque caſu poteſt, vt in rem pupilli verſa ſit, quæ reuera nunquam fuit ſoluta. Solutionem enim factam eſſe neceſſe eſt, priuſquam de in rem verſo tractari quicquam poſſit. Sufficit ergo ſolutionem tutori factam eſſe, adeóque haberi pro facta, etiamſi non ſit verſa pecunia in rem pupilli. Eſtque id conſentaneum exemplo quod affert Papinianus in verſicu. *quomodo ſi domino iuſſus dare, ſeruo dediſſet vt domino daret.* Nemo enim vnquam dixit conditionẽ dandi domino, ſi datum ſit ſeruo, magis minúſue ob id impletam intelligi, quod pecuniam ſeruus verterit vel non verterit in domini ſui vtilitatem: ſed ea duntaxat adhibenda diſtinctio eſt, quàm non obſcurè Papinianus inſinuat, An qui domino dare debuit ſeruo ſimpliciter dederit, An verò ea nõ ſolùm mẽte ſed etiam lege vt ſeruus domino daret. Priore caſu nõ poteſt dici condicio impleta *dict. l. qui heredi. §. contra qui domino.* Poſteriore verò, pro impleta eſt dummodò ſeruus poſtea domino dederit, quia parum refert an tibi dederim, an ſeruo tuo vt tibi daret, ſi deinde is tibi dederit, licèt reuera ſit alia perſona tua, alia ſerui tui. Quid.n. vetat ſeruũ in accipienda pecunia miniſterium præbere domino ſuo etiam ignoranti? Fateor quod Paulus ſcribit in *dict. §. contra qui domino*, talẽ condicionẽ neſciente domino impleri nõ poſſe, quia tandem eò deueniendum eſt vt ipſi domino detur, ſed hoc contendo nihil intereſſe an dominus per ſe acceperit an per ſeruum, non eo tantùm caſu quo commiſerit ſeruo vt acciperet, quemadmodum in ſpecie *dict. §. contrà*, ſed illo etiam quo ſeruus acceperit domino neſciente ſi tamen poſtea ſcire cœperit, & ſolutionem ratam habuerit, eãdem à ſeruo ſuo poſtmodum accipiendo. Si enim ſeruus acceptam à ſe pecuniam ea lege vt domino daret, mala fide ſibi eam retineret, aut quia proprium nihil habere poteſt, eam perderet, non illa ſolùm ratio impediret ne condicio impleta dici poſſet, quod impleri nequeat domino neſciente, ſed illa quoque quòd nec videretur is qui condicionem implere debuiſſet, pecuniam eo caſu ſeruo dediſſe, quam ſcilicet non dediſſet niſi ea lege ac mente vt domino eam ſeruus daret, ſicut è contrario non ſufficeret pecuniam quę implendæ condicionis cauſa domino dari debuerat, ſeruo ſimpliciter, id eſt nulla lege adiecta datam, poſtea, domino per ſeruum redditam fuiſſe. Sed illud præterea exigimus datã fuiſſe ſeruo hac lege vt domino redderetur, quia nõ aliter impleta videri poteſt cõdicio vlla, quã ſi voluntati eius, qui conditionẽ impleri iuſſit, voluntas quoque & factum implentis reſpondeat. Quomodo reſpondet ſanè hoc caſu cùm is qui iuſſus erat domino dare, dedit ſeruo vt is domino daret. Exemplo eius quod dicere ſolemus abſenti donatam rem ad eúmq. miſſam per proprium ipſius ſeruum, non priùs tamen ei acquiri ex cauſa donationis quàm acceperit *l. abſenti. 10. D. de donat.* Niſi quod in illa ſpecie ſubiicienda eſt exceptio quam Paulus non prętermiſit in *d. l. abſenti, niſi ea mente ſeruo eius data fuerit, vt ſtatim eius fiat*, quæ non ſimiliter ad propoſitam quęſtionem accommodari poteſt, ideò quia quę per donationem fit acquiſitio tota ex iure pendet, ex quo dominij quoque omnis tranſlatio eſt, condicionis verò implementum facti totum eſt non iuris: vnde eſt quod quibus & inuitis & ignorantibus dominis ex omni pene cauſa per ſeruos acquiratur *l. etiam inuitis 32. D. de acquir. rer. domin. l. ſeruum vetante 62. de verbor. obligat.* nemo tamen dando ſeruo quod domino dare debuit implere poteſt condicionem domino ipſo, ſiue nolente, ſiue neſciente *d. l. qui heredi.* Atq; ita locus ille Pauli in *d. l. qui heredi*, verſic. *contrà qui domino*, ex iſto Papiniani ſupplendus & interpretandus eſt vt condicionem impleuiſſe videri debeat, qui quod domino dare oportuit, ſeruo dederit ea lege vt domino daret, ſi ea dationis lex fuerit effectum ſortita. Dices fortaſſe, ſecundum hanc adiectionem fieri, vt non aliter igitur dici poſſit condicio impleta per dationẽ in ſeruum collatam, quàm ſi pecunia verſa ſit in rem domini, cùm eam ad dominum tandem peruenire ſit neceſſe. Verùm iam monuimus, non ex eo æſtimari condicionis huius implementum quod pecunia ſeruo data peruenerit ad dominum, non magis quàm ſi ſerui facto, & diligentia in rem ignorantis domini verſa eſſet, at ea eo ſolo quòd ipſi domino dediſſe credendus ſit qui ſeruo non ſimpliciter dedit, ſed ea lege vt ſubinde ſeruus domino daret. Proinde aptiſſime Papinianus noſter, vt ſemper ſolet, exemplum hoc addidit ad probandum non eſſe nouum vt ſolutio quæ reuera vni facta eſt, alij facta exiſtimetur, & conſequenter tantum proſit ſoluenti quantum ſi ei iſ ſi facta eſſet cui pecunia debebatur. Sed multò aptius additum fuiſſe apparebit, ſi poſtremus hic caſus de pecunia ſeruo data per eum, qui domino dare debuit, cum priore illo conferatur, quo tutori ſolutum ſit, quod pupillo condicionis implendæ cauſa ſolui oportuit. Vtroque enim caſu euenit, vt alij quidem ſoluatur quàm cui debebatur, at ei tamen qui ex dationis & acceptionis lege omnino neceſſe habeat id quod accepit illi reddere cui debuerat dari. Hac tantum differentia, quod cum ſeruo ſoluitur, neceſſarium eſt eam legem imponi ſeruo, vt pecuniam domino ſuo reddat, quò pecunia quandocunque reddita, iam inde ab initio impleta condicio videatur. Cùm autem ſoluitur tutori, non niſi fruſtrà & ineptè lex illa adiici poteſt vt ea pecunia pupillo daretur, ſiquidem quiſquis tutorio nomine pecuniam accipit debitam pupillo, ſe obligat hoc ipſo vt eam pecuniam pupillo reſtituere tutelæ actione teneatur. Apparet igitur, vt concludamus quæ in hanc rem prolixius diſputauimus, Papiniano tribui non poſſe verſiculum illum, *Idque ita recipi poteſt ſi pecunia in rem vel pupilli, vel furioſi verſa eſt.* quo ſublato, longè aptiorem & conuenientiorem ſententiam habet quod ſequitur, *Quomodo ſi domino iuſſus dare ſeruo dediſſet, vt domino daret.* Eſt enim aliud exemplum condicionis quæ cõmodè impleri poſſit in perſona alterius quã eius qui condicionis implendæ verbis continetur. Prius exẽplum fuit de tutore vel curatore cui data ſit pecunia quæ pupillo vel furioſo dari iuſſa erat, quod & Papinianus his verbis expreſſit, *Sicut condicionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel curatori datur.* Lego enim *ſicut*, non vt vulgò *ſi*, quomodo legẽdum eſſe oſtendunt illa præcedentia, *Nam ſi furioſi vel pupilli perſona adiecta ſit, ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur.* Conſequens enim eſt vt ſtatim ſequatur, *ſicut* non *ſi*. Alioquin quid commune aut connexum habet pecunia quæ ſoluitur tutori pupilli vel curatori furioſi adiecti ſolutionis cauſa, cùm pecunia quæ condicionis implendæ cauſa, pupillo vel furioſo debeatur? Quod ſi nihil inter iſta cõmune eſt, quænam obſecro erit Papiniani ratiocinatio,

natio, ſi ſic eũ ſcripſiſſe velimus, vt cùm pupilli vel furioſi perſona ſit adiecta, ita demùm tutori vel curatori pecunia rectè detur, ſi condicionis quoq; implendæ cauſa rectè pecunia tutori aut curatori detur? Quare nec ſcripſit Papinianus *detur* vt ſcribere debuiſſet præcedente coniunctione *ſi*, ſed *datur* in tempore præſenti indicatiui quod exigebat coniunctio illa *ſicut*. cui neque diſſimilis ea eſt qua idem Papinianus vtitur vt ſecundum exemplum cum primo cõnectat, *quomodo*, quæ ſola dictio idem prorſus ſonat quod duæ illæ *ita, ſicut*. Cui ergo verſiculum illum adſcribemus quem Papiniani eſſe negamus? Parum certe noſtra refert cuius ſit, dũmodo ſciamus Papiniani non eſſe. Sed tamen in id procliuior ſum vt non tam imperito audacique interpreti debeat tribui, quàm Triboniano, qui prudẽtibus omnibus, ne excepto quidem Papiniano, ſibi prudentior eſſe viſus eſt. Mouet me quod ab eodem Triboniano factum video in *d. l. ſeruus decem 68. eod. tit. de ſolut.* de cuius ſententia & emendatione proximo capite dicemus. Sed illud magis, quod in hoc ipſo §. *vſumfructum*, cætera omnia quę ſequuntur, & de quibus nihildum diximus, eiuſmodi ſunt vt non poſſim credere à Papiniano ſcripta vnquam fuiſſe. Adeo ſcilicet diſtant & remota ſunt à propoſita huius §. quæſtione, quæ non erat de condicionis implendæ cauſa datis cui ſolui debeant, ſed tantùm dę adiecto ſolutionis cauſa, An ſolutionis accipiendæ facultatem amittêret ſi ex poſtfacto capitis diminutionẽ paſſus eſſet: cum qua quæſtione ne illud quidem commune quicquam haberet, quod Papinianus tractat de pecunia ſoluenda implendæ condicionis cauſa ſiue in perſona pupilli vel furioſi, ſiue in perſona tutoris vel curatoris, niſi ad probandum quòd adiecto ſolutionis gratia ſolui poteſt etiam poſt capitis diminutionem, interiecisſet rationem illam quòd ſi furioſi vel popilli perſona adiecta ſit, tutori quoque & curatori rectè ſoluitur. Nam & ratio illa probanda fuit, ne videretur Papinianus ignotum per ignotius probaſſe. Probat autem ex eo, quòd implendæ quoque condicionis cauſa rectè ſoluitur tutori vel curatori pecunia quæ debuit ſolui pupillo vel furioſo: in qua ratiocinatione dictio *quoque* habet emphaſim, vt intelligamus multò difficilius hoc eſſe vt implẽdę cõdicionis gratia bene ſoluatur tutori vel curatori, quã quod probandũ habet Papin. perſona pupilli vel furioſi adiecta ſolutionis cauſa tutori vel curatori ſolui poſſe. Et tamen ne quis huius quoque poſterioris ſententiæ veritatem vel negare auderet, vel in dubium reuocare, adfirmat Papinianus admiſſam eſſe illam ſententiam Labeonis & Pegaſi autoritate, vtque admitti debuiſſe magis appareat, ſubiicit exemplum non diſſimile, in quo perinde fiat, vt etiam quæ condicionis implendę cauſa vni debuit ſolui pecunia, non malè alteri ſoluatur, nempe ſi domino iuſſus dare, ſeruo dederit ea lege vt domino daret: atque ita ab vltimo ad primum redeundo probat optimè Papinianus, Adiecto quoq; licèt poſt ſtipulationem capite diminuto rectè ſolui poſſe, nec in contrariam opinionem ex eo ſolo moueri quem debere, quod quiſquis capite minutus eſt hoc ipſo alius homo fieri videatur. Sed quæ ſequuntur, *cæterùm qui ſeruo dare iuſſus eſt domino dãdo nõ aliter impleuiſſe condicionẽ intelligendus eſt, quã ſi ex voluntate ſerui dedit. Idem reſpondendum eſt in ſolutione ſi ſtipulato Sempronio ſibi aut Sticho Manij ſeruo decẽ dari, debitor Manio domino pecuniã ſoluerit.* Hęc inquã omnia nõ ſolùm nihil cõmune habẽt eum propoſita quæſtione, quæ de illò erat, An ei qui ſolutionis cauſa adiectus fuerat, ſi poſteà capite minutus eſſet nihilominus ſolui poſſet, verùm etiam quod magis eſt, ſuadere potiùs videmur vt à Papiniani ſententia ſit recedendum, tantum abeſt vt debuerint adiici ad eam confirmandam. Poſſet enim quis hac ipſa adiectione moueri ad inferendũ ſolutionem quæ vni fieri debuit, alteri fieri non poſſe, & conſequenter ſolutionis accipiendæ facultatem quæ in perſona adiecti ab initio cõſtiterit, neceſſariò intercidere per aduenientem capitis diminutionẽ, vtpote per quam adiectus hic alius nouúſque homo factus eſſe videatur. At, inquies, nónne verum illud eſt, eum qui ſeruo dare iuſſus ſit domino dando nõ aliter condicionem impleuiſſe intelligendum, quàm ſi dederit ex ſerui voluntate? Vtique enim ſic apertè Paulus ſcribit in *d. l. qui heredi*, ſubiecta etiã ratione quòd ea quæ facti ſunt non tranſeant ad dominum. Quid ergo reſpondebimus pro Papiniano? Fecit enim Triboniani audacia vt tantus vir me velit aſſertorẽ, dum alius melior expectatur. Ego verò reſpõdeo, vt Papiniani ratiocinatio & collectio recta ſit, non eſſe neceſſarium probari ea quæ implendæ condicionis cauſa vni ſoluenda ſunt, alteri ſemper ſolui poſſe, quod falſum eſt. Neque rurſus è contrario ad improbandam Papiniani ſententiã, ſatis eſſe ſi probetur multos eſſe caſus, in quibus impleri condicio nequeat, niſi in perſona eius ipſius quem verba condicionis demõſtrant, quod nec Papinianus certè negaret, ſed ſufficere Papiniano ad victoriam ſi probet non eſſe nouum, vt ea quoque pecunia quæ implẽdę cõdicionis cauſa vni ſolui debuit, alij ſoluatur, quod euenit, inquit ille, cùm iuſſus domino pecuniam dare, ſeruo dedit vt domino daret. Inde námque ſit vt dubitari iã non oporteat, quin optima ratione moti Labeo & Pegaſus induxerint vtilitatis cauſa, vt quod pupillo vel furioſo condicionis implẽdę gratia ſolui debuit, rectè ſoluatur tutori vel curatori. Quo tamẽ admiſſo illud multò faciliùs admittẽdum ſit, vt ſi furioſi vel pupilli perſona non niſi ſolutionis cauſa in obligatione aliena fuerit adiecta, perinde tutori vel curatori bene ſoluatur, cùm hoc caſu non vt in illo pecunia alteri quàm ipſi pupillo vel furioſo debeatur. Difficilius autẽ ſit vt quod pupillo debetur, alij ſoluatur quàm quod pupillo nõ debetur. Porrò hoc etiã admiſſo vt cùm pupillus vel furioſus ſolutionis tantùm cauſa adiectus eſt, etiam tutori vel curatori ſolui poſſit, quamuis reuera tutor pupilli alius ſit à pupillo, & curator furioſi alius à furioſo, illud certè extra omnem dubitationẽ manet, quod initio probandum ſuſcepit Papinianus, Ei quoque qui poſt ſtipulationẽ, in qua ſolutionis cauſa adiectus erat, capite minutus fuit, perinde ſolui poſſe, cùm reuera idem homo ſit, eadémque ipſius fides quam ab initio ſtipulator exploratã habuit, tametſi capitis diminutio faciat vt per iuris fictionẽ alius homo eſſe intelligatur. Quid ergo fuit quod Tribonianum mouere potuit vt iſta ſubiungeret, de non implenda in perſona domini conditione, quæ in ſerui perſona impleri debuit, niſi ex ſerui volũtate id fiat? Nimirum, quia veritus ille eſt, ne quis ex eo quod Papinianus dixerat impletam eſſe cõdicionem ſi domino dare iuſſus, ſeruo dederit vt domino daret, inferre vellet eodem modo impletã debere intelligi conditionem ſi ſeruo dare iuſſus domino dederit. Nec animaduerterit non ita ſimpliciter Papinianũ ſcripſiſſe, ſed locutũ de pecunia quæ domino dari debuit ſeruo data ea lege vt eam ſeruus domino daret. Hãc verò adiectionẽ nõ ſimiliter adaptari poſſe ad eũ caſũ quo quis domino dederit quod ſeruo debuit dare. Quo-

modo.n. poſſet quis ea lege domino dare vt ſeruo ſuo daret? An eo minus fortaſſe retineret dominus per ſeruũ propriũ quod ipſi ſeruo iã dediſſe probaretur? Itaq; hoc caſu quod domino ſoluitur, nunquã ad ſeruum peruenire poteſt, nõ ſolùm ſi nolit dominus cõtra quem eo nomine nec ſeruus agere poteſt, nec ille magis qui pecuniam domino dederat ea lege vt ſeruo daret, ſed neq; ſi dominus fidem ſeruare velit, eámq. pecuniam ſeruo dare, quia tum quoque cùm dat, ſibi retinet. Dices, illo etiam caſu quo pecunia ſeruo detur, quę ipſi dari debuit, perinde acquiri eam domino per ſeruum, atq. ita nihil effectu intereſſe an domino detur, an ſeruo. Sed facilis reſpõſio eſt, acquiri quidem pecuniã domino per ſeruum cui implendæ cundicionis gratia data fuit, ſed prius eſſe vt condicio rectè impleta ſit, quã vt per implementum cõdicionis aliquid domino per ſeruum acquiratur. Id verò nõ cõtingere ſi pecunia quæ ſeruo dari debuit, domino detur, niſi ex volũtate ſerui detur, quoniã vt ſępiùs iam diximus, implemẽtum cõdicionis facti eſt non iuris, & in facto implendo is ipſe ordo ſeruandus eſt, quẽ teſtator præſcripſit, quod non eueniret etiam ſic data pecunia domino vt eam ſeruo daret, quia præpoſterus eſſet ordo ille, nec minùs à teſtantis voluntate quàm à iuris ratione alienus, vt pecunia primùm ad dominũ, deinde à domino ad ſeruum perueniret, mox ab eodẽ ſeruo ad dominũ reditura. Cùm verò pecunia ipſi domino danda fuit etiãſi ſeruo primùm detur dummodò ea lege vt domino reddatur, nihil fit neq; contra voluntatem, verbáq. teſtatoris, neq. contra ordinem iuris, quandoquidẽ ordinariũ illud & facti & iuris mediũ eſt vt per ſerui perſonã domino acquiri & ad dominũ peruenire pecunia poſſit. Idémq. eſſet ſi poneres ita conceptã cundicionẽ, vt eius implẽdę gratia pecuniã tutori ipſi non pupillo dari oporteret. Non.n. poſſet videri condicionem impleuiſſe is qui pupillo dediſſet quãuis ea lege adiecta vt tutori daret, quia neq; facti, neq. iuris ordo ille eſt, vt pecunia peruenire debeat à pupillo ad tutorẽ, ſed è contrario à tutore ad pupillũ. Et ideò bene Papin. tractans de cõdicione dãdi impleta in perſona tutoris, quę ex verborũ poteſtate implenda erat in perſona pupilli, adfert exemplũ tanquã ſimile de pecunia quę domino dãda fuit, data ſeruo vt domino daret, quoniã vtroq; caſu is rei & volũtatis ordo eſt, qui eſſe debet, vt pecunia tandẽ ad eum perueniat, ad quem peruenire oportet ex verbis ipſis condicionis. Planè quod ſequitur in *d. §. vſumfructũ. Idem reſpondendũ eſt in ſolutione, ſi ſtipulato Sẽpronio ſibi aut Sticho Mæuij ſeruo decẽ dari, debitor Mæuio domino pecuniã ſoluerit*, multò apertiùs Triboniani manum, & inſcitiam prodit. Quid.n. eſt in hac ſpecie, quod idẽ reſpõderi queat? An fortè idem quod proximè dictum fuit in eo caſu quo pecunia ſoluta ſit domino quę debuerat implẽdæ cõdicionis cauſa ſolui ſeruo? Vt nimirũ nil proſit ſolutio facta domino ſi nõ fiat ex ſerui voluntate? Alium certè verſiculi huius ſenſum cõminiſci nullũ poſſis. Atqui nullomodo dici hoc poteſt. Alia enim longè eſt condicio ſerui cuius perſona poſita ſit in condicione implenda, longè alia eius qui ſolutionis tãtùm cauſa fuerit adiectus. Priore caſu volũtas ſerui exquirenda eſt, vt quod domino ad implendam condicionem ſoluitur bene ſolui credatur, quoniam ita facit voluntas illius, qui condicionem adſcripſit, quæ nec aliter nec meliùs, quàm ex condicionis adſcriptæ verbis, intelligi poteſt. Cur enim ſerui perſonam nominaſſet, ſi nullam niſi domini rationem haberi voluiſſet? Portò alius hic nemo eſt pręterquã ſeruus cuius voluntatem intueri aut exigere poſſimus. At cùm ſeruus ſolutionis cauſa obligationi alienæ adiectus fuit, adeſt perſona ſtipulatoris cui vtiq. debetur non ſeruo, & cuius proinde nõ ſerui voluntas exquirenda eſt, ſi nõ ſeruo ipſi, vt erat in lege ſtipulationis, ſed ſerui domino ſoluere promiſſor velit, cum fieri facilè poſſit, vt ſerui perſonam fidémq. ſolutionis gratia elegerit ſtipulator, qui domini eligere noluiſſet. Certum autem eſt ceſſante ſtipulatoris voluntate nullum ius habere ſerui dominum accipiendæ ſolutionis, quæ fieri debuit ſeruo, ſiquidem ſolutio facti eſt, *l. cõſilio 7. §. vlt ff. de curat. furioſ.* quæ verò facti ſunt, ad dominum tranſire nunquam poſſunt, *d. l. qui heredi*. Non igitur verum eſſe poteſt quod hic verſiculus habet, ſi ſtipulato Sempronio ſibi aut Sticho Mæuij ſeruo decem dari debitor Mæuio domino pecuniam ſoluerit, idem reſpõdendum eſſe, quod in præcedenti ſpecie reſponſum eſt valere ſolutionem dummodo facta ſit ex ſerui voluntate. Apertéque lapſus hîc eſt Tribonianus (quis enim interpres tot clauſulas adiicere vnquam auſus eſſet?) mera ignorantia iuris. Illud poſtremum eſt quod apud Papinianum obſeruari volo, de vſufructu propoſitam ab eo quæſtionem, non quòd in cæteris rebus aliud exiſtimauerit, ſed vt haberet quæſtio maiorem dubitationem. Eſt enim hauſta ea lex ex libris quæſtionum nõ reſponſorum. Dubitatio autem ideò maior eſt in vſufructu, quia nemini dubium eſt quin vſusfructus intercidat capitis diminutione. Ideò quæ perſonæ debeatur quæ per capitis diminutionẽ quãlibet mutata eſſe intelligitur *l. 1. & tot. tit. ff. quib. mod. vſusfr. amitt.* Sed id tùm demùm verè dicitur cùm capitis diminutio cõtingit in perſona eius cui vſusfructus debetur, non etiam ſi contingat in perſona eius qui in aliena ſtipulatione adiectus fuit ſolutionis tantum gratia non obligationis, quia cùm de obligationis iure quæritur an intereiderit nécne, nõ alia perſona inſpici vel poteſt vel debet, quàm eius ipſius ad quem totum ius obligationis ſolùm pertinet.

Deprauatam eſſe à Triboniano ſententiam l. ſeruus decem 68. eod. tit. de ſolut.

CAPVT XV.

CONdicionum nota diuiſio illa eſt, vt aliæ in dãdo, aliæ in faciendo conſiſtant. Inter quas etiam differentiæ multæ ſunt, de quibus nunc dicere, nihil attinet, tùm illa præcipuè quod quę in dando conſiſtunt, per alium impleri poſſunt, & conſequenter vltimo etiam vitæ momento, non item quæ in faciendo *l. vlt. ff. de condic. inſtitut.* Sed tamen non eo minùs dicuntur eſſe facti etiam illa quæ in dando conſiſtunt, vt ſuperiore capite diximus ex *l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* quia dare, tradere, ſoluere, & alia huiuſmodi, ſunt facti licèt iuris effectus aliquis ex iis ſequatur, puta quod ad dominij tranſlationem, quæ ex datione aut ſolutione inducitur, *l. conſilio 7. §. vlt. ff. de curat. furioſ. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Inde nimirum fit, quod infert Iurec. in *d. l. qui heredi*, vt ſi quis implendæ condicionis cauſa ſeruo decem dare iuſſus ſit, ſeruo ipſi dare compellatur, nec magis impleuiſſe condicionem dici poſſit, dando domino, ſi non dederit ex ipſius ſerui voluntate, quàm ſi domino dare iuſſus ſeruo dediſſet nolẽte domino vel ignorante, quia quæ facti ſunt, non tranſeunt ad dominum. Itaq; non quemadmodum huiuſmodi condiciones dandi per aliũ impleri poſſunt, eius ſcilicet nomine qui dare debuit (nam eo mortuo ne quidẽ heredi permiſſum eſt defuncti no-

mine

Digitized by Google

mine parêre condicioni, *l. à teſtatore 109. de condic. & demonſtr.* ſic è conuerſo poſſis dicere impleri poſſe in perſona alterius, quàm eius ipſius quem condicionis verba præ ſe ferunt, quoniam non ſicuti parum aut nihil refert à quo aut ex cuius pecunia datur, ita dici poteſt nihil intereſſe cui detur, cùm in eo potiſſimùm verſetur condicionis implementum, vt ei detur cui dari voluit, dixitque is qui condicionẽ adſcripſit, *l. cùm ita 65. de cond. & demonſt.* Proinde ex parte illius cui dandum eſt nihil omnino refert an condicio conſiſtat in dando, an in faciendo. Eadem prorſus ratio facit, vt ſi condicio collata ſit in perſonã pupilli, dubitandũ non ſit quin dici debeat bene plenéq; impleta condicio, quę impleta fuerit in perſona pupilli, ſiue condicio dandi fuerit, ſiue faciendi. Non adhibita ea diſtinctione, an tutoris autoritas interuenerit, nécne, quia cùm in condicionibus veritas naturæ factiq; non aliqua iuris fictio inſpicienda ſit, nemo vtiq; dixerit ob id minùs impletam eſſe cõdicionem in perſona pupilli quòd impleta ſit ſine tutoris autoritate, quandoquidem non eò minus pupillus ipſe eſt quod tutorem habeat, immò ob hoc ipſum tutorem habet, quia pupillus eſt. Et quidem in condicionibus faciendi res non habet dubitationem. Vt putà ſi ſeruus poſt quinquennium liber eſſe iuſſus ſit ſub ea condicione ſi toto illo quinquennio ſeruierit pupillo. Quamuis enim ita ſeruierit, vt non adhibuerit autoritatem tutoris, quia tamen non minus verum eſt eum ſeruiſſe, quàm ſi eam autoritatẽ adhibuiſſet, nulla ratio eſt cur non debeat tanquam verè impleta condicione peruenire ad libertatem. Quid enim prodeſſet adhiberi in ea re autoritatem tutoris, in qua nullum tutoris arbitrium ſit, nulliúſq. deliberationi locus an condicio implenda ſit, nécne, aut an hoc vel illo modo? Nam etiamſi maximè tutor nollet impleri, aut alio modo impleri eam vellet, quàm qui condicionis verbis expreſſus eſſet, vtique voluntatem ipſius aut cunctationem negligi oporteret. Idq; non obſcurè ſentit ſcribitque Iurec. in *l. ſeruum decẽ 68. ff. de ſolut.* vbi in propoſita quæſtione in condicione dandi, priuſquàm ad eam reſpondeat, fatetur in condicionibus faciendi ſi comparationem & argumentum ex iis ſumere liceat, nõ eſſe neceſſe vt ad eas implendas interueniat autoritas tutoris. Sed tamen in dandi condicionibus aliud iuris eſſe concludit, nimirum impleri quidem eas rectè in perſona tutoris, itémque in perſona curatoris, ſi fortè furioſo danda fuerit pecunia, ſed non ſimiliter in perſona ipſius pupilli aut furioſi, niſi interueniente tutoris autoritate. Quod ait huiuſmodi condiciones quæ in dando cõſiſtunt in tutoris vel curatoris perſona impleri poſſe, apertò falſum eſt, ſi mera veráque iuris ratio inſpiciatur. Nam cùm alia reuera ſit perſona pupilli, alia tutoris, ſicut & alia furioſi, alia curatoris, non poteſt fieri ex iuris ratione, vt condicio quæ implenda fuit in perſona pupilli vel furioſi bene impleatur in perſona tutoris vel curatoris. Nec quod iudicium pupilli aut furioſi, vel potius quod pupillo aut furioſo deeſt, ſuppleri poſſit & ſoleat per iudiciũ tutoris, facere poteſt vt æquè perſona pupilli vel furioſi repræſentetur per tutoris vel curatoris perſonam. Alioquin ea omnia quæ propriam pupilli, aut furioſi perſonam deſiderát, etiam abſente pupillo vel furioſo per tutorem, curatorémve expediri poſſent, quod non ita eſt. Si enim pupillus heres ab aliquo ſcriptus proponatur, non poteſt tutor hereditatem adire nomine pupilli, ſed pupillum ipſum adire neceſſe eſt tutore authore, quoniã aditio perſonale factum adeũtis deſiderat *l. pupillus 9. ff. de acquir. hered.* Neque rurſum potuit iure vetere curator furioſi delatam furioſo hereditatem ipſe adire ante Iuſtiniani conſtitutionem quæ in eam rem lata eſt, nouúmq; ius fecit, in *l. vl. C. de curat. furioſ.* Cur ergo condicione ita concepta, vt nõ alia quàm pupilli vel furioſi perſona demonſtrata ſit, ſiue dari aliquid, ſiue fieri oporteat, dicemus impletam condicionem quę non niſi in perſona tutoris vel curatoris fuerit impleta? Fateor Labeonis & Pegaſi autoritate receptũ tandem id fuiſſe vtilitatis cauſa, quemadmodum Papinianus loquitur in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vſumfructum de ſolut.* & nos explicauimus capite ſuperiore. Sed contendo, vel ex eo maximè apparere verum eſſe quod nos volumus, ex iuris ratione idem dici nec poſſe nec vnquam potuiſſe. Quid enim fuiſſet neceſſe & vtilitatis cauſam prætexere & Labeonis Pegaſique autoritatem implorare, ad inducendũ id quod ipſa iuris ratio per ſe iam induxiſſet? Quænam verò vtilitatis cauſſa eſſe potuit, quæ hanc ſententiam à tantis Iurecõſultis extorſit inuita iuris ratione, niſi quòd aliter poſito iure facilè ac plerumq; eueniret vt pecunia quæ condicionis implendę cauſa pupillo vel furioſo data eſſet, intercideret, nõ valente tutore vel curatore ſatagerẽ, vt in pupilli vel furioſi commodum verteretur, quæ inſcio ſe vel inuito ſoluta fuiſſet pupillo vel furioſo? Item quòd eo faciliùs impleri poſſit condicio quo plures perſonæ ſunt in quibus impleri poteſt. Vtilitas autem pupillorum quæ publicam ſemper cõiunctam habet, hoc maximè exigat, vt quàm facilè fieri poteſt, impleri poſſit condicio, quę in eorum fauorẽ adiecta fuit, ne implendæ ipſius difficultate fiat vt eam implere qui aliquando voluit, poſtea vel nolit, vel nõ poſſit, præſertim ſi quod plerumq; fiebat implemento dies dicta fuerit. Vt putà, ſi intra centum dies dederit decẽ pupillo. Finge intra eos centũ dies non fuiſſe repertum pupillũ in ea prouincia in qua erat is qui pecuniã dare debebat, fuiſſe verò tutorem cui facillimè & libẽtiſſimè pecuniam daturus hic fuerit, ſi potuiſſet. An non vtilitas pupilli elicere hoc ius debuit, vt tutori quoq; pecunia dari poſſet? Conſtat ſiquidẽ condicionem quæ intra certum tempus implenda fuit, poſt id tempus impleri nullomodo poſſe ne fauore quidem libertatis, *l. Thais 41. §. intra certa tempora. ff. de fideic. libert.* Ergo cùm vtilitatis cauſa ea demũ recepta eſſe dici ſoleant quæ ex vera meráq; iuris ratione recipi non potuerunt, fatendum eſt illam Labeonis & Pegaſi ſententiam non niſi vtilitatis cauſa inductam à ſummi iuris ratione abhorrere, & conſequenter in ſolius pupilli perſona tales cõdiciones, hoc eſt, quæ in dando etiam conſiſterent impleri & potuiſſe & debuiſſe, adeóq; ita vt non eſſet neceſſaria tutoris autoritas. Nam ſi neceſſaria fuiſſet, non erat verendum ne pecunia pupillo data, periret non magis quàm ſi tutori ſoli data eſſet, cùm vtroq; caſu parem diligentiam præſtare tutor debuiſſet, atq; ita nihil cauſę fuiſſet ſaltem ex hac parte cur ex Labeonis & Pegaſi ſententia induci vtilitatis gratia oportuiſſet, vt ipſi quoq; tutori bene pecunia ſolueretur. Etſi autem poſt admiſſam eam Labeonis & Pegaſi ſententiam, non malè tutori condicionis quoq; implendæ cauſa ſoluitur, non eò minùs tamen verum remanet ex iuris ratione ipſi quoq; pupillo bene ſolui, vt antea nulla etiam interueniente tutoris autoritate. Non enim Ius quod tum ex ſumma ratione obtinebat, Labeo & Pegaſus tollere aut voluerunt aut potuerũt, ſed vtilitate pupillorum ita exigente, ampliate condicionis implendę facultatem, vt quę non niſi in pupilli perſona impleri poterat, ſiue tutoris

autoritas interueniret, ſiue non, ea in tutoris quoq. & quidem ſolius perſona impleri præterea poſſet. Itaq. non illud induxerunt, vt qui pupillo pecuniam dare iuſſus eſſet, eam pupillo ipſi dare prohiberetur, ſed vt eam tutori ſoli dando non minùs impleuiſſe condicionem videretur, quandoquidem id pupillo & commodius & vtilius exiſtimandum eſſet. Atqui, dicat aliquis, ſi pupillo ipſi vel furioſo ſoluere liceat non interueniente tutoris aut curatoris autoritate, facilè pecunia peribit. Non nego. Et idcircò nimirũ dixi vtilitatis cauſa ſententiam Labeonis & Pegaſi recipi debuiſſe, vt tantò melius perſonis iſtis conſuleretur. Sed non inde poſſis inferre, condicionem in ipſius pupilli & furioſi perſona impleri non poſſe. Quid.n. intereſt vtrum tali perſonæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Inquit eleganter Iauolenus in *l. Mæuius 55. de condit. & demonſt.* Qui locus vt eſt de hac re elegantiſſimus, ita & accommodatiſſimus ad eam rationem refellendã quæ poſita eſt tanquam ex Marcello in *d.l. ſeruus decẽ*, in illis verbis, *ipſis autẽ, id eſt furioſo vel pupillo non rectè perſolui, ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Quamuis.n. poneres periiſſe pecuniam quæ pupillo vel furioſo data fuiſſet, an nõ tamen perinde verum eſſet datam fuiſſe? atq. ita impletam eſſe facto ipſo condicionem? Quod vtiq. ſufficere conſtat etiam ex eo quòd ſi ea cõdicio eſſet adſcripta, quæ matrimonium præſupponeret, quod in furioſi perſona eſſe nequit, æquè tamen furioſus matrimonium de facto tantùm, vt aiũt, contrahendo, condicionem impleuiſſe dicendus eſſet, vt bene Scæuola reſpondit, & ad Scæuolam Claudius notauit in *l. heredibus 77. §. 1. ad S.C. Trebell.* Cur ergo ad condicionis implemẽtum illud requiramus, ne pupillo vel furioſo data pecunia perierit? Quid.n. ſi non perierit? An non fortè poteſt non perire? An interim manebit in ſuſpenſo veritas implementi, quouſque certum eſſe incipiat, pecuniam illam vel periiſſe, vel perire amplius nunquã poſſe? Quis verò vnquam hoc dixit, vel audiit, ea quę meri facti ſint non iuris, etiam poſt factum in ſuſpẽſo manere? Siquidem ex ſolius iuris poteſtate eſt, vt maneant interdum pleraque in ſuſpenſo, ſed ea demùm, quæ iuris mixturam aliquam habent, non etiã illa quæ nihil niſi merum factum continent, quod vnico ſimplicíq. & momentaneo actu, & implendum fuerit & impletum: cuiuſmodi cõſtat eſſe condiciones dandi, *l. vlt. ff. de cond. inſtit.* Qua etiam ratione iam probauimus ſuperiore capite, poſt admiſſam vtilitatis cauſa Labeonis & Pegaſi ſententiam quę induxit vt tutori pupilli & curatori furioſi condicionis quoque implendæ gratia dari pecunia poſſet, nõ eſſe quærendum, an ea pecunia tutori vel curatori ſoluta, in rem furioſi verſa ſit, néc ne, ſed ſiue verſa ſit, ſiue non ſit, cõdicionem plenè ſemel impletã deficere poſtea numquam poſſe. Quod & aperriſſimè probatur ex *d.l. ſeruus*, nõn in eo ſolùm quòd lex generaliter & indiſtinctè ait, tutori vel curatori vtiliter dependi, ſed in illa etiam ratione addita ad probandum, cur neq. furioſo neq. pupillo rectè ſoluatur, *ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Innuunt namq. verba illa, & probant optimè non poſſe fieri vt pecunia quæ tutori ipſi vel curatori ſoluta eſt, hoc ipſo in rem pupilli vel furioſi verſa non ſit, cùm in reddẽdis rationibus ſaluam eam verſámq; præſtare debeat tutor vel curator, qui accepit. Quod autem ſequitur apud Marcellum in *d.l. ſeruus*, melioris & primę rationis loco, *nec enim hoc egit teſtator vt quoquomodo eſſet datũ, expleta videretur cõdició*, ſicuti falsũ eſt, ita & manifeſtè conuincitur, ex contraria Iauoleni ratiocinatione longè ſubtiliore veriorèq; in *d.l. Mæuius*, poſtremis iis verbis, *neq; enim id quod ad talẽ perſona peruenturum eſt teſtamenti nomine, ſed mortis cauſa capitur.* Quæ tenẽ.n. enim eſſet an teſtatoris ea voluntas fuiſſet, nécne, ſi quod à pupillo implendę condicionis cauſa capitur, ex teſtatoris iudicio & voluntate caperetur. Sed cùm nõ ita ſit, immò verò ſint iſta prorſus non modò diuerſa, ſed etiam contraria, Capi quid mortis cauſa, vel quod idem eſt condicionis implendæ gratia, & capi ex iudicio & voluntate teſtatoris, quia cõdicio nihil vnquam diſponit, *l. ſi quis ſub cõdicione 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. qui precio 8. l. inter mortis 38. ff. de mort. cauſ. donat.* omnino conſequens eſt, vt de voluntate teſtatoris quærere non tantùm ſuperuacuum ſit, ſed etiam ineptum, quoties de illo duntaxat quæritur, An condicio quæ meri facti eſt, mero facto ſit impleta. Nam etſi teſtator qui ſeruo libertatẽ dedit ſub ea cõdicione, *ſi decem pupillo daret*, ea mente fuiſſet, vt non quoquomodo pupillo dando impleri condicio poſſet, ſed ita demùm ſi in vtilitatem pupilli ea pecunia verſa eſſet, debuerat condicionem ita concipere, non vt ſimpliciter dationem in pupilli perſona faciendam exprimeret, ſed vt aliquid etiam adderet de interponenda tutoris autoritate, vel de pecunia in pupilli vtilitatem conuertenda. Quo non addito quid aliud obſecro facere poſſit is, qui pecuniam pupillo dare claris præciſiſq. verbis iuſſus eſt, niſi vt cõdicionis verba naturaliter intuitus, iis quoque naturaliter & reuera ſatisfaciat? & ita pecuniam ipſi pupillo ſoluat, ſi id malit, quàm ſoluere tutori? Nam & tritum eſt verba condicionum naturaliter non ciuiliter accipiẽda eſſe. Alioquin ſi ad hoc eum obligare volumus, vt non poſſit ſoluere pupillo, niſi ex autoritate tutoris, aut niſi curet etiam verti pecuniam in rem pupilli, vtiq. condicionis implendæ facultatem maximè reſtringemus, quam tamen diximus ipſius quoque pupillorũ vtilitatis cauſa debuiſſe ampliari, ob idque à Labeone & Pegaſo ampliatã fuiſſe. Igitur vt aperiam tandem & dicã liberè quod ſentio, vix puto dubitandum, quin Marcelli ſententia quæ haud dubiè à iuris tam aperti ratione tantopere remota eſſe non potuit, à Triboniano corrupta ſit, eique vni adſcribenda omnia quę ſcripta legimus in *d.l. ſeruus*, ab illis verbis, *& ſciendum eſt in omnibus iſtis caſibus*, ad finem vſque. Nam & familiares ſunt Triboniano eiuſmodi locutiones, vt videre eſt in *l. vlt. C. de natural. liber.* & aliis pleriſque Codicis conſtitutionibus. & parum elegantes, illa præſertim quę habet, *tutori quidem vel curatori vtiliter dependi.* Vix enim alio Pandectarum loco *dependi* reperias pro *ſolui.* Item illa, *ne datio ex eorum imbecillitate pereat.* Vbi valde impropriè *datio* ſcriptum eſt pro *pecunia data.* Ipſa enim datio cùm ſit facti, vt tam ſæpe diximus, non magis perire poteſt quàm factum haberi pro infecto: Nihilque vetat ſalua ratáque manente datione, pecuniam tamen ipſam quæ data fuerit perire pupillo vel furioſo, qui fortè poſtmodum eam bene ſolutam malè conſumpſerit. Quæ res facere nõ poteſt, vt quod ritè ac ſecundùm leges ab initio actum eſt ex alio euẽtu reſuſcitetur, quemadmodum in pupillo quoque Iuſtinianus ſcribit in *l. ſancimus 25. C. de adminiſtr. tutor.*

Emendatur l. ſi alterius 19. ff. de hered. inſtit.

Capvt xvi.

SI alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit, perinde habebitur, inquit Paulus, quaſi non adiectis partibus heredes

ſcripti

ſcripti eſſent. Exemplum eſſe poteſt, ſi quis teſtamẽto ita ſcripſerit, *Titius ex beſſe fundi Corneliani itémque Semproniani heres eſto, Mæuius ex tertia eorundem fundorum heres eſto.* Hic primùm detrahenda fundorum mentio eſt, non ſecus ac fieri ſolet, cùm aliquis ſolus ex fundo ſuit inſtitutus. Valet namque inſtitutio detracta fundi mentione, *l. 1. §. ſi ex fundo. D. hoc tit. de hered. inſtit.* Scilicet quia non poteſt fundus heredem facere, ſed ſola hereditas, nec ſi teſtator velit, quia neque in teſtatoris poteſtate eſt vt heredem faciat niſi quatenus eam faciendi heredis poteſtatẽ habet à lege, quæ porrò ſicut in eam rem induxit nomen & fictionem hereditatis, ita nõ niſi per hereditatẽ fieri heredẽ ſiuit, vt diſputauimus & explicauimus iã pleriſq; Coniecturarũ noſtrarũ locis. Sed in propoſita ſpecie ſi fundorũ mẽtio duntaxat detraheretur, nec adiectæ partes pro nõ adiectis præterea haberentur, euenire, vt Titium ex hereditatis beſſe, Mæuium ex triente inſtitutum intelligi oporteret. Eſſent enim partes illæ quas teſtator adſcripſiſſet. Neque tamen ita eſt. Sunt enim iſti heredes ex ſemiſſibus nõ aliter quàm ſi ſolius fundi Corneliani facta mentione, Titius ex eius fundi beſſe, Mæuius verò ex eiuſdẽ fundi tertia parte inſtitutus proponeretur, vt in ea ſpecie quam Vlp. ex Celſo & Sabino tractat in *l. quoties 9. §. ſi duo eod. tit.* Ergo nõ tantùm perinde habendum eſt acſi teſtator fundos nõ nominaſſet, ſed etiã perinde acſi nec partes vllas adieciſſet. Quo vtiq; caſu Titius & Mæuius ſine fundo & ſine partibus heredes ſcripti ſuccederẽt ſimul in ſemiſſes, & pro æquis portionibus hereditate potirẽtur, *d. §. ſi duo.* Verumenimuerò quamquam hoc rectè ac ex vera iuris ratione dici nõ dubito, vereor tamen ne non ſatis accommodata ſit hæc ſpecies ad Pauli mentem & diſputationem. Quid enim refert, an vnius duntaxat fundi mẽtionem teſtator fecerit an duorum, ſi ponamus eandem formam inſtitutionis in vtroque fundo à teſtatore obſeruatam fuiſſe? An nõ hoc caſu duo fundi vnius vice funguntur? Et tamẽ exiſtimãdum eſt Paulum ſine cauſa quæſtionẽ concipere de inſtitutione quæ facta ſit pro diuerſis partibus alterius atq; alterius fundi, hoc eſt, diuerſorum fundorum: Ita .n. ſcribit, *ſi alterius atq. alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit.* Cauſa verò ita concipiendæ quæſtionis alia eſſe non potuit, quã quòd ea ſpecies diuerſum ius ſi non admitteret, ſaltem admittere debere videretur. Ac ſanè ita eſt. Nam in priore ſpecie quam tractauimus, ſiue ponas Titium ex beſſe vtriuſque Corneliani & Semproniani fuiſſe inſtitutum, Mæuium vero ex eorumdem fundorum parte tertia, ſiue quod effectu idem eſſe diximus tantùm vnius fundi factam eſſe mentionem; & ex eius beſſe Titium inſtitutum, Mæuium autem ex tertia ipſius parte vt in *d. §. ſi duo,* euenit proculdubio vt detracta ſola partium mentione remaneant Titius & Mæuius inſtituti ex fundis Corneliano & Semproniano ſimpliciter, ſi vtrunque teſtator in inſtitutione expreſſit vel ex fundo Corneliano duntaxat, ſi de Semproniano nihil dictum fuit. Quæ res nullam dubitandi cauſam præbere poteſt, quin perinde diuidenda ſit hereditas inter heredes, acſi nullius fundi mentio facta eſſet, quoniam detracta partium mentione licèt fundi fundorúmve mentio non detrahatur, nihil tamen aliud quod fieri poſſit relinquitur, niſi vt tam fundorum omnium qui in hereditate ſunt, quàm totius hereditatis diuiſio inter heredes ex ſemiſſibus fiat. Quid enim ſupereſt quod partium diuerſitatem inducere queat? Nihil prorſus. At cùm teſtator non ſolùm duplicis fundi mẽtionem habuit in inſtitutione, ſed ita etiam vt & diuerſas partes heredum fecerit, & vtrumque fundum vnius vice fungi nolle ſe apertè demonſtrauerit, puta ſic concepta inſtitutione *Titius ex beſſe fundi Corneliani heres eſto, Mæuius ex beſſe* aut ſi voles nihil enim refert *ex tertia parte Semproniani heres eſto* (quæ ſpecies illa eſt quam à Paulo tractatam puto) etiamſi partium mentionẽ detraxeris, adeóque Titium & Mæuiũ ad hereditatem ex ſemiſſibus admiſeris tanquam ſine partibus inſtitutos, illud tamen relinquitur vt in diuidendis rebus hereditariis, acceptóque inter eos familiæ erciſcundæ iudicio, Titius fundum Cornelianum totum habere debeat, Mæuius vero totum Sempronianũ, quia partium detractio non facit, quin ſemper Titius in fundo Corneliano, Mæuius in Semproniano inſtitutus reperiatur. Quod cùm ſit detrahitur quidem fundorum mentio in diſtribuenda hereditate in ſuas quotas, ſed non ſimiliter in diſtribuendis inter heredes rebus hereditariis, ſiquidem officio arbitri congruit, vt ſeruet voluntatem defuncti, ſingulóſq; fundos iis adiudicet quibus teſtator dedit, vt præceptionum quodammodo iure retineantur, quemadmodum eleganter tractat Vlpian. in *l. ex facto 45. hoc eod. titul.* Et ita fortaſſe quis reſpondendũ putaret ſi hoc Pauli reſponſum non haberemus Sed aliud tamen Pauli iudicium eſt, Nimirũ ſic habendos heredes iſtos, acſi teſtator neque partes, neque fundos nominaſſet, vt proinde non minùs hi fundi Cornelianus, & Sempronianus quàm reliqui omnes hereditarij ex æquis partib. inter Titiũ & Mæuiũ diuidantur. Id enim expeditius eſſe ait ex Sabini ſententia, quã & ſimiliter expeditiſſimam vocat Vlpianus poſt Celſum in *d. §. ſi duo*, Ne ſcilicet voluntatis quæſtio relinquatur quomodo voluerit teſtator diuidi non modò hereditatem, ſed etiam fundos illos quorum in inſtitutione habuit mentionem. Dices, An non æquè expeditum eſſet dicere, habendos eſſe Titium & Mæuium pro inſtitutis ex æquis quidem portionibus hereditariis, ſed tamen Titiũ ex toto fundo Corneliano, Mæuium verò ex toto Semproniano? Minimè. Quia cũ Titius ex beſſe fundi Corneliani ſcriptus fuit, hoc ipſo demonſtratum eſt à teſtatore nõ ea fuiſſe illum voluntate vt totus fundus Cornelianus ad Titium perueniret, Idémque dici è contrario poteſt de fundo Semproniano in perſona Mæuij, quem ponimus inſtitutum ſiue ex beſſe ſiue ex tertia parte fundi Semproniani. Cur enim totum fundum ei demus, quem teſtator nõ inſtituit niſi ex eius fundi parte? Cùm ergo partium fundorúmq; mentionem detrahi neceſſe ſit, quòd ad cauſam inſtitutionis & hereditatis attinet vt valeat inſtitutio, & pro eo habeatur acſi ſine partibus facta eſſet, & in hereditate non in fundis. Conſequens eſt vt nec in diuidẽdis fundis iſtis partium diuerſitas vlla induci poſſit, ſed ex æquis partibus cum tota reliqua hereditate diuidi eos oporteat, acſi nullis datis præceptionibus heredes ſimpliciter, & ſine partibus fuiſſẽt inſtituti: Nam ſi quis vellet eas partes quas teſtator in inſtitutione adſcripſit, haberi quidem pro non adiectis, quod ad cauſam hereditatis pertineret, non etiam quod ad fundorum diuiſionem, vtique ſecum ipſe pugnaret. Nec enim quemadmodum inſtituto Titio ex toto fundo Corneliano, itémque Mæuio ex toto Semproniano, euenit vt fundorum mentio ex inſtitutione detrahatur, ac nihilominus ab arbitro familiæ erciſcundæ ad inducendas conſeruandáſque præceptiones retineatur, ita ſimiliter fieri poteſt vt fundorum partes adſcriptæ & reiiciantur & retineã-

tur, quamuis reſpectibus diuerſis. Et ratio diuerſitatis eſt, quia fundorum mentione detracta, non eò minùs remanent in hereditate fundi Cornelianus & Sempronianus quorum alter Titio adiudicari poſſit, alter Mæuio, ſinguli ſingulis in ſolidũ quãuis ſint diſparis æſtimationis, cùm diuiſio hereditatis quæ per legem fit, nihil commune habeat cum diuiſione bonorum per arbitrum facienda *d. l. ex facto*. At è contrario detracta fundorum mentione, quam omnimodo omniq. caſu detrahi neceſſe eſt vt ex inſtitutione fieri heredes poſſint, qui ſcripti fuerunt, partium quoq. mentionem detrahi conſequens fit, quæ nimirum non hereditatis, ſed fundorum partes fuerint. Vt proinde facta per legẽ hereditatis diuiſione in ſemiſſes, nihil ſuperſit quod arbiter in corporibus ipſis hereditariis diuidẽdis ſequi poſſit aut aliud facere, niſi quod ſequendum & faciendum haberet ſi teſtator neque fundos neq. partes nominaſſet. Quãuis enim remanentibus in hereditate fundis, eorum quoque partes remanere verum ſit, nõ tamen & partes ſunt quarum rationem habere arbiter poſſit ſalua legis iuriſque autoritate ſi eam fortè diuiſionem ſequi velit quam teſtator præſcripſit, quia non alias hereditatis partes facere lex ſolet quàm quas teſtator ipſe fecerit, quoties ille aliquas fecit. Et conſequenter factas à teſtatore partes omnino neceſſe eſt aut legis poteſtate cõfirmari, aut ſi per legẽ reiiciãtur, ab arbitro quoq. reiici, ne is alioqui legis autoritatẽ contemnere, ac lege ipſa prudentior, aut potentior videri velit. Denique cùm lex detrahit ex inſtitutione mentionem fundorum, non ideo detrahit vt quicquam de voluntate detrahat teſtatoris, quinimò potiùs vt eam conſeruet. Eam ſiquidem teſtatoris voluntatem fuiſſe videt, vt haberet heredes, quos porrò per fundum fieri non poſſe cõſtat, ſed per hereditatem neceſſario fieri oportere. Inde igitur fit vt detracta quoq. fundorum mentione nõ eo minùs conſeruanda ſit ab arbitro voluntas teſtatoris, quod ad hoc vt fundus Cornelianus Titio, Sempronianus Mæuio adiudicetur, perinde ac ſi fundorum mentionem ex inſtitutione lex non detraxiſſet. Cùm verò partium quas teſtator adſcripſerat mentio detrahitur à lege, non aliam ob cauſam id fit quàm vt legi liberũ ſit alias planeq. diuerſas partes inducere, atq. ita vt quòd ad eam rem deſtruatur voluntas teſtatoris in cuius poteſtate quamuis nõ fuerit vt ex fundis aut per fundos faceret heredes, fuit tamen vt has vel illas partes iis adſcriberet, adeò vt ea in re ipſis quoque legib. legem dare potuerit, daturúſque fuerit ſi eas partes adſcripſiſſet, quas lex cõfirmare potuiſſet. Verùm quia non hereditatis, ſed fundorum partes conſtituit, quas non magis admittere lex poteſt quã inſtitutionem ex fundis factam, euenire neceſſe eſt, vt partium mentio nõ tantùm detrahatur, ſed etiam legis poteſtate omnino extinguatur, nec cum lex implicet contradictionem, ſi patiatur partes eas remanere, quas teſtator adſcripſerit, cùm eas ipſas cogatur ſequi, quas tamen ſequi non poteſt, ſi fundorum partes fuerunt non hereditatis. Quaſi durius agendũ ſit cum teſtatore in eo quo iuri legem formamque præſcribere potuit, cùm eam dare voluit quam non potuit, niſi manifeſtiſſimè appareat eam fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt eędem partes quas in fundis adſcripſiſſet, in hereditate quoq. conſtituerentur. Hæc enim exceptio ponitur in *d. §. ſi duo* iis verbis *ſi modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur*. Quæ verba vulgò malè interpretes noſtri ſic intelligunt, vt poſſit teſtator expreſſim prohibere ius adcreſcendi inter heredes. Id enim euidẽter falſum eſt, vt probauimus pluribus Decade 15. De error. pragmatic. Error. 6. & 7. vbi etiam monuimus eſſe hunc verſiculum nobis valde ſuſpectum, vt Triboniano potiùs aut interpreti quàm Vlpiano tribuendus eſſe videatur. De quo nunc plura dicemus. Addemus tãtùm, quod nondum diximus, ſiue Vlpiani, ſiue Triboniani, aut interpretis ea exceptio ſit, non tamen eandem adhiberi poſſe ad caſum illum quem nũc eſt Paulo tractamus, ſi alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit, poſtremo illo quẽ diximus modo *Titius ex beſſe fundi Corneliani heres eſto, Mæuius ex beſſe*, aut ſi mauis *ex triente fundi Semproniani heres eſto*, quia diuerſitas fũdorum, quos vix ſit eiuſdem penitus & præciſè eſſe æſtimationis, non patitur vt ex comparatione partium in diuerſis fundis adſcriptarum, portiones hereditariæ conſtituãtur, nec magis à teſtatore ipſo, vel ab arbitro, quàm à lege. Iſque ſine dubio ſenſus eſt eius rationis quam Paulus exprimere voluit, ſed quæ perperam & mendosè ſic vulgò expreſſa legitur, *nec enim facilè, ſed diuerſitate pretium portiones inueniuntur*. Quis enim poſſit vnquam benè interpretari verba illa *ſed diuerſitate pretium*? Indéque nimirum iam ferè omnes fatentur quod negare nemo poſſit, corruptum eſſe locum & emendatione aliqua indigere. Sed quomodo emendandus ſit nemo adhuc bene dixit. Sunt qui poſt Haloandrum pro *pretium* putent legendum *prædiorum*, quæ tamen perinde nullius ſenſus lectio eſt. Alij *pretiorum*, alij multò improbabilius *pretium* retinent, ſed notata litera *u* accentu circumflexo, quaſi ſcripſerit Paulus *pretiũ* pro *pretiorum*, quod nec ferè vllus Poeta faceret. Nec eò magis tamen aſſequuntur, vt recta vlla Paulo ſententia conſtet. Ego non dubito quin pro illis verbis *ſed diuerſitate pretium*, legendum ſit *ſub diuerſitate partium*, hoc ſenſu vt portiones ſcilicet hereditariæ, de illis enim agimus, non facilè ſub diuerſitate partium alterius atque alterius fundi inueniantur. Nempe quia ſicut hereditas in re aliqua ſingulari conſiſtere non poteſt, ita neque pars vlla hereditatis *l. quamuis 14. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. §. ſi quis vna Inſtit. de fideicomm. heredit.* Cur ergo *ſub diuerſitate partium?* Quoniam cùm partes fundorum æquales & viriles adſcriptæ ſunt, nihil facilius eſt quàm hereditarias portiones inuenire, ſiquidem etiamſi nullæ à teſtatore adſcriptæ eſſent, perinde tamen æquales & viriles, à lege cõſtituerẽtur. Itaque non poteſt eo caſu difficile eſſe legi voluntatem ſubſequi teſtatoris qui eam diuiſionẽ fundorum fecit, quã lex per ſe factura erat totius hereditatis. Quod nõ ſimiliter dici poteſt in æquis partibus à teſtatore cõſtitutis fundorum diuerſorũ, & cõſequenter diuerſam & inæqualẽ æſtimationem habentium. Tunc enim ſub ea & fundorum & partium diuerſitate partes hereditarias ſiue æquales ſiue inæquales inueniri prorſus impoſſibile eſt, nedum difficile, quamuis ita Paulus locutus ſit, *nec enim facile* modo loquendi ſatis familiari Iureconſultorum modeſtiæ, quemadmodum à Papiniano ſcriptum legimus in *l. 1. ff. de pign. difficilius creditori qui non ignorauit vtilis actio dabitur*. Dixit enim *difficilius* pro *nullomodo*, vt è contrario quod ſubiicitur, *ſed facilior erit poſſidenti retentio* nullum dubitationi locum relinquit, quin creditori ea in ſpecie retentio pignoris omnimodo cõpetat. Sic & paſſim cæteri Iureconſulti, ſi quid ſit quod negare velint vllomodo admittendũ, contenti ſunt ita ſcribere, vix eſſe vt id admitti debeat, quod & ante nos Franciſcus Duarenus aliíque recentiores interpretes iampridẽ obſeruarunt. Ex eo autem intelligimus veriſſimum

eſſe

eſſe quod docuimus d. Decad. 15. Err. 5. vicioſè nõnullos cod. in hac lege ſcriptũ habere *pro æquis partibus*. Non enim quęſtioni legis alter locus eſſe poteſt quàm ſi pro inæqualibus partibus inſtitutio facta proponatur. Et verò paria ſunt nullas partes adſcriptas eſſe, & æquales adſcriptas eſſe, quia nec poſſit melius teſtator æquales conſtituere, quàm ſi nullas conſtituat. E contrario igitur paria erunt illa, *pro partibus*, & *pro inæquis partibus*, cùm pro partibus ſcripti heredes dicantur ad differentiam eorum qui ſine partibus fuerint inſtituti. Apparet etiam ex ſuperioribus vera eſſe quę nos loco ſuprà dicto diſputauimus contra errorem pragmaticorum & interpretum noſtrorum, nec eſt quod de huius loci ſententia & emendatione amplius dubitare quiſquam poſſit, quam nos in hoc libro allaturos eſſe iam tum promiſeramus.

De ſententia & vera lectione l. penult. D. de collat. dot.

CAPVT XVII.

NOſtrorum interpretum vulgare dictũ eſt poſt Bart. ad *l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Verba condicionalia toties diſpoſitionem inducere quoties ab eo prolata ſunt qui diſponendi habuit facultatem. Ex *l. fideicommiſſa 11. §. cùm eſſet. de legat. 3. l. in ratione 30. §. tametſi. D. ad l. falc. l. denique 8. §. interdũ. D. de pecul. legat. l. pen. De colla. dot.* Ego nunquã dubitaui quin propoſitio falſa eſſet. Iuris. n. certiſſimi eſt, neque vnquã apud prudẽtes ipſos cõtrouerſi, verborũ condicionalium nũquam eam vim eſſe vt diſponãt, cùm ſint iſta prorſus repugnantia Condicionaliter loqui, & Diſpoſitiuè loqui. Quã in rem textus eſt vt vulgatiſſimus, ita elegantiſſimus in *l. ſi quis ſub condicione 8. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtã. & in l. 1. §. ſed ſi ita. D. ad leg. falcid. l. 1. D. de peu. legat.* aliiſque ſimilibus ſexcentis. Sed de tota illa quæſtione ſcribemus ſatiùs in ſecunda parte quam nunc in manibus habemus Chiliadis noſtræ De erroribus pragmaticorũ, cùm celeberrimam illam, & in praxi frequentiſſimã diſputationem inſtituemus, An liberi poſiti in condicione, ſint in diſpoſitione. Nunc id agemus duntaxat, vt oſtẽdamus tam improbabilem Bartoli ſententiam non probari, ex eo Papiniani reſpõſo, quod extat in *l. penult. De collat. dot.* cuius elegantia ſanè variáque lectio digna eſt, de qua ſeparatim ſuſiùſq; diſſeramus, de aliorum etiam locorum ſententia ſuo poſtea tempore dicturi. Scribit Papinianus in *d. l. penult.* Cùm pater nubenti filiæ quaſdam res præter dotem dediſſet, eámq; in familia retinuiſſet, ac fratribus ſub condicione, Si dotem & cętera quę nubenti tradiderat conferret, coheredem adſcripſiſſet, deinde filia ſe paternis bonis abſtinuiſſet, fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli obſtaturam, quoniam pater filiam alterutrum habere voluiſſet. Ex quibus verbis multò rectiùs meo iudicio inferre Bartolus debuit, verba condicionalia non inducere diſpoſitionem. Nam ſi diſponerent dicendum eſſet cogendam filiam vel inuitam vt ea ſaltem conferret fratribus, quę extra cauſam dotis à patre habuiſſet. Neque enim dubitandum eſt, quin ſicuti bona illa in dominio patris perpetuò manſerunt, quia nec per traditionem à patre factam præſertim ſine titulo, filiæ acquiri potuerunt, id ſcilicet prohibente iure poteſtatis, *l. Põponius Philadelphus. 35. D. famil. erciſc.* Ita in patris morientis poteſtate fuerit de bonis illis tanquam ſuis pro arbitrio diſponere in præiudicium filię, tametſi futurum eſſet vt nollet illa ſe immiſcere bonis patris. Sed tamen negat Papin. cogendã eã cõferre, ſi ſe abſtinuerit, quoniam pater alterutrum ipſam habere voluit. Quę ratiõ non aliter recta & accommodata videri poteſt, quàm ſi ſic accipiatur, vt cùm pater filiam alterutrũ habere voluerit, in ipſius prætereа poteſtate & arbitrio reliquerit vtrum habere mallet. Alioquin quid ſi fratres iidémque coheredes eligere vellnt; maliutque commodum collationis quam hereditariæ portionis? Si nihil aliud inſpiceremus quã quod Papinianus ſic exprimit *quoniam pater filiã alterutrum habere voluit*, non facerent iniuriam ſorori fratres, qui alterutrũ ei relinquerent, nec niſi electionem ſibi adrogarent. Et tamen faciũt iniuriam manifeſtam ſi eam cogere velint vt conferat, viciſſimque portionem hereditariam percipiat. An quòd id agãt, vt ſe illa inuita bonis paternis immiſceat? Minimè. Parũ. n. ipſorũ referret ſi haberẽt electionẽ an vellet ipſa ſe immiſcere necne, cùm etſi abſtinere ſe mallet, nõ eo minùs vere dici poſſet alterutrum eam habuiſſe hoc ipſo quòd in ipſius poteſtãte fuiſſet alterutrum habere, nec niſi per eam ſtetiſſet. Faciunt ergo ſorori fratres iniuriam in eo, quod illam adigere volunt ad collationem, eique adimere electionem, quã vel ob id maximè habere debet, quòd conferendi onus adſcriptum in condicione duntaxat poſitum fuit, non etiam in diſpoſitione. Nemo autem vnquam negauit, quin ſi cui relictum aliquid ſit ſub condicione dãdi vel faciendi, in eius arbitrio eſſe debeat an condicionem implere velit, nec cogendus ſit dare quicquã, vel facere ſi à relicti commodo abſtinere malit. Nam ſi quod ſibi relictũ eſt cõſequi deſideret, cogitur vtiq; illo caſu dare vel facere id quod in cõdicionẽ teſtator poſuit, at nõ iure obligationis per teſtatoris volũtatem conſtitutæ ex qua poſſet conueniri, ſed condicionis implendæ cauſa, quia ſcit aut ſcire debet, cõdicionẽ neceſſariò priùs implendam eſſe, quàm peti poſſit id, quod non niſi ſub ea condicione datum fuit. Bartolum cęteróſque interpretes fefellerunt fortaſſis verba illa Papiniani ſi vt in pleriſque codicibus ſine negatione ſic legantur, *fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obſtare*. Quo enim iure res in dotem datas vindicare fratres poſſent, ſi non haberent ius agendi & vindicandi quæſitũ ex verbis illis condicionalibus inſtitutioni filię inſertis, *ſi dotem & cætera quæ nubenti pater dederat ipſa fratribus conferret?* Aut cur eſſet filiæ neceſſaria doli exceptio, ſi ex condicione illa nullomodo ad collationem eſſet obligata? Et ſanè noua interpretatione adeóque emendatione vel ſaltem melioris lectionis aſſertione locus ille indiget, ne quis poſthac aut erret hac in re cum Bartolo, aut tanto viro quem corrupta lectio errare coegerit, ſeuerius ſuccenſeat. Nec enim vlla ratione defendi poteſt, competere fratribus hoc caſu vindicationem rerum in dotem datarum à patre nubenti filiæ, cùm ſit certiſſimum res in dotem filiæ datas, pleno dominij iure acquiri marito, quippe qui ſit dominus dotis *l. dotẽ 6 C. de rei vind. §. 1. Inſt. quib. alien. licet vel non.* Imo & ipſi filiæ. Eo ſenſu quo dicimus, dotem eſſe quidem in bonis mariti, ſed tamen eſſe mulieris *l. quamuis 75. ff. de iur. dot. l. in rebus 30. C eod.* Nimirũ ſi vt fieri ſolet & debet traditio facta ſit marito non filiæ, ne tranſlatio dominij per ius patriæ poteſtatis impediatur *d. l. Pomponius*, Iunctis iis quæ nos ad illum locum, & de ipſius ſententia iam ſcripſimus libro 7. cap. 12. Quomodo & in *d. l. penult.* de qua nunc agimus credendum eſt traditam fuiſſe dotem marito cui & danda fuit. Nam quod ponit Papinian. patrẽ filiæ res tradidiſſe nõ ad dotẽ pertinet, ſed ad,

res filiæ datas præter dotem. De quibus ſolis Papinianum ſentire & dubitare oſtendunt manifeſtè prima illa legis verba, *Pater nubenti filiæ quaſdam res præter dotem dedit.* Neq; verò etiamſi nullies comminiſcaris induci diſpoſitionem ex verbis condicionalibus, vnquam tamen aſſequeris vt res in dotē datas quas per filiam conferri pater voluerit, à ſorore vindicare fratres poſſint. Quiſquis enim conferre tenetur, is nō idcirco ſic obligatur vt actione aliqua ſiue ciuili ſiue prætoria, eo nomine conueniri poſſit, ſed hactenus duntaxat vt ſi aliena bona volet appetere, conferat ſua: alioquin ſunimoueatur exceptione ex edicto competente, & à bonorum poſſeſſionis beneficio arceatur, *l. 1. ff. hoc 1. l. 1. ff. de coll. bon.* aut ſi bonorum poſſeſſio admiſſa eſt, iubeatur cauere vel ſatiſdatione vel pignoribus, *d. l. 1. §. iubet autem eod.* tùm ex ea ſtipulatione conueniatur ſtatim atq. interpellatus cum aliquo tamen temporis ſpatio quo conferre potuit non fecit, *l. ſi quis filium 5. §. ſtipulatio eo.* Cæterùm ſiue ex edicto vrgeatur ad cauendum, ſiue ex interpoſita cautione ad conferendū, perſonalis tantùm illa eſt actio, non vindicatio bonorum conferendorum. Vindicatio enim non niſi domino competit, *d. l. doto l. in rem 23. eod. tit. ff. de rei vind.* collationem verò nunquā petit niſi is qui dominus non eſt ab eo qui dominus eſt. Quid enim obſecro conferret, qui aliena conferret non ſua? Igitur in propoſita ſpecie vindicatio rerum dotaliū fratribus contra ſororem præſertim conſtante matrimonio prætextu collationis competere nullomodo poteſt. Sed etſi mulier, quod magis eſt, dotem conferre fratribus vellet, eámq. idcirco marito auferre matrimonio conſtante, nō eſſet audienda, quia nihil cauſę eſt, cur marito dos auferenda ſit, vt Modeſtin. reſpondit *in l. Titia 62. ff. de iur. dot.* licèt in ſpecie diſſimili, & ad cauſam reſtitutionis in integrum pertinente, non ad cauſam collationis. Illud enim vtriq. cōmune eſt, vt voluntas & conſenſus mulieris lędere ius mariti nunquam poſſit, nec ſi cum eius voluntate concurrat patria poteſtas, *l. filia. 7. C. ſolut. matrimon.* Non quod ad conferendam dotem expectanda ſit diſſolutio matrimonij, *l. ſi filia 20. in princip. ff. famil. erciſcund.* ſed vt intelligamus citra iniuriam mariti ſic fieri collationem debere conſtante matrimonio, vt eo minùs filia auferat in partem delatæ ſibi paternæ ſucceſſionis, non etiam vt dotis petitio ei competat aduerſus maritum, matrimonio perſeuerante, *l. dotis 5. C. de collat.* Tantum abeſt vt inuita filia quæ dotem habet, poſſint fratres à marito dotem vindicare, *l. vlt.* in illis verbis, *Ergo non tantùm data dos apud maritum remanebit. ff. h. t. de colla. dot.* Ab ipſa vero ſorore quomodo poſſent illi res in dotem datas vindicare, quarum ipſa neq. poſſeſſionem habeat, non magis quàm dominiū? Certi ſiquidem iuris eſt, vindicationem ſicuti non niſi domino datur, ita nec niſi aduerſus poſſeſſorē dari, *l. is qui deſtinauit. 24. l. qui potiorio 36. ff. de rei vin.* Ergo defendi nullo modo poteſt quod ex Pap. legimus in *d. l. penultim. fratribus res in dotem datas vindicantibus, doli exceptionem obſtare*, cùm rerum in dotem datarum vindicationem nullo caſu habere poſſint, & conſequenter fatendum eſt corruptam eſſe lectionem, quam attulimus ſine negatione, legendúmque addita negatione *res non in dotem datas.* Nam de iis ipſis rebus Papinianus loquitur, quas priùs dixerat filiæ præter dotē datas fuiſſe mutatis duntaxat iis verbis, *præter dotem*, in iſta, *non in dotem* more Papiniano ſatis familiari, vt fuit ille elegantiſſimus & in reſponſis ſuis mirè concinnandis ferè nimius obſeruator, ſi quis tamen nimius in eo genere aut quid nimium eſſe poteſt. Quomodo & in *l. verbis D. ad leg. Falcid.* dixit idem Papinian. *non neceſſaria* pro eo quod alius quilibet dixiſſet *fruſtra.* Atque ita legiſſe Accurſium, quemadmodum pleriqué codices etiamnum habēt, cōſtat ex ipſius gloſſa quæ vult idem iuris eſſe in dote quod in cæteris rebus non in dotem datis. Non male ſi ſic intellexit vt non magis dotem quàm cæteras res præter dotem datas conferre teneatur filia quæ abſtinet ab hereditate patris *dict. l. vltim. eod.* Sed peſſime tamen in eo quod diſtinctionem nullam admittit quantum pertinet ad cauſam vindicationis. Neque enim ſicuti res à patre præter dotem datas, ita & dotales vindicare fratribus conceſſum eſt, propterea quòd vt diximus dotalium dominium ad maritum ſpectat, præterdotalium verò ad heredes patris, à cuius bonis & dominio nunquam abſceſſerunt, obſtante ſcilicet iure poteſtatis, & defectu tituli, ſine quo transferri dominium nunquam poteſt, ne quidē per traditionem à domino factam in eum qui capax ſit dominij acquirendi, *l. nunquam nuda 31. D. de acquiren. rer. domin. iunct. dict. l. Pomponius.* Vt proinde mirum non ſit vindicationem fratribus dati, cuius excludendæ gratia neceſſe ſit accommodari filiæ exceptionem doli propter voluntatem teſtatoris facientem pro filia, quam pater alterutrum habere voluit, vel portionem hereditariam conferendo dotem & cætera omnia ſi coheres fieri mallet, vel dotem & cum dote res præter dotem datas ſi à bonis patris abſtinere mallet, quā collationis munus ſubire, data etiam ipſi electione hoc ipſo quòd coheredem eam fratribus adſcripſit ſub ea condicione, ſi dotem & cętera contuliſſet. Sed quod Bartolus ex illis verbis condicionalibus vult induci diſpoſitionem, ita vt rerum prǽterdotalium retinendarum ius habeat filia, quę alioqui vindicantibus fratribus eas reſtituere deberet, Non conuenit Papiniano, qui vtique non exceptionem doli filię dediſſet, ſed vindicationem fratribus denegaſſet, ſi ob adſcriptam condicionem collationis rerum iſtarum, quas dicimus prǽterdotales, filiam pro legataria in iis habendā eſſe exiſtimaſſet. Quis enim ex prudentibus vindicationem rerum legatarum heredi vnquam dedit? Siquidem legatum ita facit legatarij rem legatam, vt hereditas heredis res ſingulas *l. legatū 80. De leg. 2.* tranſitq. rei legatę dominium in legatarium recta via, nunquam factum heredis *l. à Titio 64. ff. de furt.* Atqui Papinianus, inquies, nullam inter res dotales & præterdotales differentiam videtur agnoſcere cū generaliter & indiſtinctè ita ſcribit *quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.* Fateor eam fuiſſe patris volūtatem, vt filia non minùs præterdotales res haberet, quàm dotales, ſed tamen nō eodem modo. Voluit enim pater filiam habere portionem hereditatis, ſi dotem cum rebus ſibi non in dotem datis conferre fratribus parata eſſet, idque ex voluntate & diſpoſitione expreſſa. Filiam enim heredem inſtituit in portione hereditaria, quāuis ſub condicione. Si verò heres eſſe nollet, nō idcircò quaſi ſub cōtraria cōdicione legauit ei res alioquin conferendas, & ob eam cauſam illas vindicare ſi velint fratres ſummo iure poſſunt, ſed tamen præbuit non leue indicium ſuę voluntatis, nō quòd filiam immunem eſſe vellet ab onere conferendi, quia de collatione quæri non poteſt, niſi eo caſu quo filia patri ex teſtamento ſuccedere cum fratribus velit, ſed quod nollet fratres vtrumque habere, & portionem hereditariam ex qua filiam ſub collationis cōdicione inſtituiſſet,

& res

& res illas filiæ extra dotem datas, quas ſi condicionis implendæ cauſa conferre filia vellet, in earum quodámodò vicem ipſi portionem hereditatis adſcripſiſſet, vt tantò minus fratres haberét. Fieri auté non potuit vt pater noluerit fratres vtrumq. habere, quin ex contrario per conſequentiam alterutrum filiam habere voluerit. Quamquam ſi quis à Papiniano diſſentire auderet, facilè reſpondere poſſet, nec malè, meo iudicio, minùs bonam eſſe conſecutioné. Pater enim fratres vtrumq; habere eo demum caſu noluit, quo ſoror cõferre vellet. Sed ea collationem recuſante, quid ipſe conſtitutum vellet, nihil dixit. Itaque remanſit caſus ille in diſpoſitione iuris communis, ſecundum quod dicendum eſſet non poſſe denegari fratribus vtilem earum rerum vindicationem, quæ à patris bonis nunquam abſceſſerunt, præſertim cùm nihil fratribus imputari poſſit, ſed ſoli filiæ quę patris voluntatem aſpernata eſt. Longéque tutius & verius videri debet reſponſum illud Tryphonini quod ſequitur *in l. vltim. eod.* vbi poſtquàm retulit fuiſſe quæſtionis, an ſi ſua heres filia patri cũ fratribus, contenta dote abſtineat ſe bonis patris, compellatur dotem conferre, reſcriptúmque fuiſſe à Diuo Marco non eſſe compellendam, ſubiungit, *Ergo non tantùm dos apud maritum remanebit ſed & promiſſa exigetur etiam à fratribus, & eſt æris alieni loco.* huiúſq; illationis rationem eam ſtatim reddit, *abſceſſit enim à bonis patris.* Quibus verbis ſignificat nõ obſcurè, ſi quid aliud tale eſſet quod à patris bonis nunquam abſceſſiſſet, aliud dicendum fore, nec filiæ permittendum vt id lucrifaceret ob hoc ſolũ quòd collationem quam ex parẽtis voto facere debuerat, recuſaſſet. Cur enim melioris condicionis eſſe debeat, ex eo tantùm, quòd collationis faciendę condicionem pater facto teſtamento adſcripſerit, quę perinde mortuo patre inteſtato à lege ſubintelligeretur? An non debet potiùs eſſe deterioris, quæ patris iudicium neglexit? Atqui res nõ in dotem datæ ſemper in dominio patris manſerũt. Conſequens igitur eſt Tryphonini ſententiæ, vt earum nomine filia quæ paternis bonis ſe abſtinuit, neq. actionem habere debeat, neque doli exceptionem. Et certè fatendum eſt clauſulam illam condicionis adſcriptæ inſtitutioni filiæ, *ſi dotem & cætera quæ nubenti ei pater tradiderat, contuliſſet,* non tam pro filia, quàm contra filiam fuiſſe adiectã, ne haberet illa vtrumq;, quomodo alioquin erat habitura, cùm iure vetere nullus facto teſtamento locus petendę collationi relinqueretur, *l. Theopompus. 14 ff. de dot. præleg. l. 1. C. de collat.* Proinde fieri nequit, vt ex iis verbis ſumatur coniectũra voluntatis pro filia, quaſi in caſum contrarium voluerit pater eam non ſolùm dotem, ſed etiam cętera extra dotem data retinere *arg. d. l. in ratione 30. §. tametſi, ff. ad leg. Falcid.* Maximè verò cùm etiamſi nihil à patre de collatione cautum fuiſſet, non eo magis tamen filia res ſibi extra dotem traditas retinere potuiſſet. Nam quod proximè diximus, eam fuiſſe iuris veteris rationem, vt nihil ex teſtamento conferri oporteret, niſi de quo conferendo expreſſim teſtator cauiſſet, ad ea pertinet quæ fuiſſent filiæ acquiſita, vtputà ex cauſa dotis, cuius equidem capax eſt filia conſtante matrimonio *d. l. Pomponius 35. ff. famil. erciſc.* Vel ex cauſa donationis ſi filia emancipata proponeretur *d. l. 1. C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat.* Cui etiam illa comparatur, quæ fuit in familia & poteſtate donationis tẽpore, ſi poſtmodum ſui iuris effecta ſit, eique tũc res ſibi à patre donatas tenenti pater non ademerit, *l. ſiue emancipatis 17. C. de dona.* Sed non illa ſimiliter, quæ non niſi patris morte exiit de poteſtate, qualis illa fuit de qua Papinianus reſpõdit, vt ea verba probant, *eamque in familia retinuit.* In iis ergo reb. quæ nunquam filiæ viuo patre fuerunt acquiſitæ, non magis poterat de collatione quæri facto teſtamento, quàm ſi factum nullum fuiſſet, quandoquidem, vt iam diximus, non aliena conferre debet is, qui confert, ſed ea, quæ ſint ſua, ne alioqui ſtulta nulliúſque vtilitatis collatio ſit iis, quibus hic qui confert, facit iniuriam ſuccedendo: néve ſimiliter & è contrario fiat iniuria ei, qui ſua conferre paratus eſt, ſi cogatur etiam conferre aliena: Conſequenter dubitari non oportet, quin illa in ſpecie quam Papinianus tractat, nullum ius habitura fuerit filia retinendarum per exceptionem doli rerum præterdotaliũ, quarum teſtamento nullam pater feciſſet mentionem, quia ſcilicet repertæ fuiſſent in hereditate patris: In eo diſſimiles doti, quæ ſicut à bonis patris abſceſſerat, ita & ceſſante patris voluntate ab omni collationis munere procuIdubio eſſe deberet. Cur verò admittamus inſtituta ex parte filia ſub ea condicione, *ſi dotem, & cætera, quæ à patre acceperat, contuliſſet,* plus iuris habere filiam, quæ patris iudicium repudiauit, quàm ſi nihil pater dixiſſet? Nam ſi quis à contrario ſenſu arguere velit pro Papiniano, ex eo quòd filia fratribus coheres data eſt ſub hac condicione, *ſi dotem & cætera conferret.* Nihil aliud inferre poſſit, niſi quod fatebor libentiſſimè. Filiam igitur nolentem conferre, quaſi defectam condicione, ad patris hereditatem admitti nõ debere. At vt ea quæ debuit conferre, ſi ſuccedere voluiſſet, ſibi retineat ob id ſolùm quòd nolit ſuccedere, nulla meo iudicio facit ratio iuris aut voluntatis. Ergóne, inquies, dotem quoq. reſtituere debebit filia quæ patris votum & iudicium ſubſequi noluerit? Minimè verò. Sublata enim & extincta diſpoſitione patris teſtamentaria propter defectum cõdicionis, ſupereſt ius cõmune, quod filiam immunem facit ab onere conferendi, non quia ſit factum teſtamentum, cùm teſtamento ipſo irrogata ſit per figuram condicionis neceſſitas collationis faciendæ, ſed quod abſtinuerit ab hereditate patris, ſiquidem non alij conferunt, quã qui ſuccedunt: Cùmq. idem illud ius commune quod filiæ faciat, ne poſt abſtentionem cogatur cõferre dotem quam habet ſuo iure, fratribus quoque det vindicationem rerum pręterdotalium, quod nec Papinianus ipſe negat, apparet nõ poſſe rectam eſſe conſecutionem à dote ad res cæteras. Neque quòd eas pater in concipiẽda condicione cum dote coniunxit facere debet, vt eandem omnium rationem conſtituiſſe videatur, niſi in caſum expreſſæ condicionis & quòd ad collationem faciendã pertineret, ſi filia cum fratrib. ſuccedere ex teſtamento vellet. Atq; ita ſi à Papiniano diſſentire fas eſſet, non improbabiliter fortaſſis contra Papinianum diſputare quis poſſet. Niſi forte pro Papiniano reſpondeam, patrẽ qui in collationis condicione poſuit non tantũ dotẽ, ſed & res cæteras extra dotẽ datas, hoc ipſo voluntatem ſuam ſatis declaraſſe, quæ faceret, vt ius omne quod ſe mortuo in iis rebus alioquin habituri erant filij, ad filiam perueniret. Non propter vim condicionis, vt vult Bartolus, nec, vt alij, propter cõiunctas cum dote res cæteras in eadem condicione, ſed ex poteſtate & ſignificatione verbi *conferret,* ac quaſi in neceſſarium antecedens, quandoquidem vt ſæpiùs repetij, non alia conferre poſſit filia, quàm quę ſint ſua. Nam quemadmodũ ſi viuus pater hanc filiam emancipaſſet, nec ei res illas præterdotales ademiſſet, hoc ipſo donationem, & quidem vtilem in eam contuliſſe viſus eſſet, *d. l. ſiue emancipatis 17, C. de donat.* Ita & in propoſita ſpecie iniuncto filiæ-

familias onere non tantùm dotem, ſed has quoque res conferendi ſi fratribus coheres eſſe vellet, dilatáque collatione in id tempus quo filia per patris mortem ſui iuris effecta iam fuiſſet, videri poteſt pater voluiſſe vt eas res haberet filia, non tantum in caſum ſucceſſionis & impletæ condicionis, ſed etiã ſi condicio deficeret, quoniam ad implendam condicionem, ac proinde priuſquàm impleta ea eſſet, oporteret ius filiæ quæſitũ fuiſſe in iis rebus, vt poſtmodum ex voluntate patris eas fratribus conferre poſſet. Ac planè vel ratio nulla Papiniani reſponſo conſtat, vel hæc vna eſt, qua potiſſimùm id tueri debeamus. Quanquàm illa ſemper dubitatio ſupereſt, quod non negat Papinianus huiuſmodi rerum præterdotaliũ vindicationem fratribus competere, quę tamen haud dubiè competere nullomodo poſſet, ſi earum dominium in neceſſarium antecedens futuræ collationis, in filiam tranſlatum intelligeretur. Quomodo dicimus in ſpecie *l. denique* 8. §. *interdum ff. de pecul. leg.* id eſt, data alicui libertate ſub ea condicione, *ſi centum heredi ex peculio intulerit*, peculium quod reuera legatum non eſt, ſic tamen accipi quaſi legatum, quia fieri nequeat, vt centum ex peculio ſoluat ſeruus qui peculium non habet. Vt & in eleganti illa ſpecie, de qua *in l. Titia Seio* 87. §. *Seia libertis de leg.* 2. Nam nec dubitandum eſt, quin eo caſu peculij vindicatio heredi ſupereſſe nulla poſſit, non magis quàm ſi diſertis verbis peculium legatum eſſet, cùm pro legato habeatur. Habetur autem pro legato non vi & poteſtate condicionis adſcriptæ, *ſi centum intulerit*, ſed propter adiecta illa verba, *ex peculio*, quæ tametſi nõ ſint diſpoſitiua, quatenus in condicione tantùm poſita ſunt, tamen per ſe diſpoſitionem aliquam habent, & pro diſpoſitiuis neceſſariò habenda ſunt, vt poſſint effectum illum habere, quem teſtator voluit, quia neque vllus quæſtioni locus eſt de peculio an legatum videri debeat, nécne, niſi eo caſu quo impleta condicio ſit ſeruo libertatem conſecuto, cùm nec alioqui legatum habere poſſit ſine libertate. Quo ſenſu & exemplo, ſi quis diceret apud Papinianum filiam ex voluntate patris debere non tantùm dotem, ſed etiam res pręterdotales ſibi habere, vt eas fratribus conferre poſſit ad implendam ex patris voluntate condicionem, paternaq; hereditatis portionem conſequendam, non valde repugnarem. Maximè quòd nihil fratrũ intereſſet, qui facta collatione tantundem conſequerentur, quantùm ſi neq; dos neq; res illæ præterdotales à bonis patris abſceſſiſſent. At vt eo prætextu faciendæ collationis, quam tamen facere filia nolit, debeat illa conſequi ſiue actionis, ſiue retentionis iure iſtas res præterdotales, tanquam ex voluntate patris, ob id ſolùm quod pater conferendi adſcripſerit condicionem in eum caſum, qui non euenit, quo filia coheres eſſe vellet. Id verò pace Papiniani dixerim, durius mihi videtur, quàm vt probare & admittere vnquam poſſim. Adeò diſtat vt probandum putem, quod ait Bartolus ex illo Papiniani reſponſo, itémque ex *d. §. interdum* colligi poſſe, Verba condicionalia diſponere quoties prolata ſunt ab eo, qui diſponendi habuit poteſtatem. Inde námque inferendum eſſet, cogendam potius mulierem conferre ſaltem res pręterdotales (quippe de cuius rebus tãquã de ſuis pro arbitrio diſponere pater potuerit) ſi fratres mallent ſororem conferre ſuccedendo, quàm non ſuccedere non conferendo, quod ipſum tamen Papinianus negat, qui non fratribus, ſed filiæ dat electionem, vt docuimus.

Ad l. generaliter 6. in prin. C. de inſt. & ſubſt.

Cap. XVIII.

SCripſerat teſtator in hæc verba, *Si filius meus inteſtatus morietur, vel ſine liberis, reſtituat hereditatem Sempronio*, aut ita etiam concepta cõdicione, *ſi deceſſerit ſine teſtamento, vel ſine nuptiis*. Mortuo herede ſine liberis, ſed facto teſtamento, aut contrà ſuperſtitibus quidem liberis, ſed nullo facto teſtamento, denique vt vno verbo caſus omnes comprehendam, altera condicione impleta, altera defecta, quærebatur apud Iuſtinianum an fideicommiſſi cõdicio extitiſſet, vt proinde Sempronio hereditatem reſtitui oporteret, acſi ex omni parte impleta condicio fuiſſet. Inſinuat verò nõ obſcurè Iuſtinianus, ita olim ius fuiſſe vt fideicõmiſſarius admitteretur etiam in præiudicium liberorum, quos heres grauatus ſuperſtites reliquiſſet, ſi modò deceſſiſſet ille inteſtatus. Nec ſanè fieri poterat, vt aliter Iureconſulti reſponderent. Quoties enim fideicommiſſum ſub duplici condicione alternatiua relictum eſt, iuris ratio facit, vt alterutram eueniſſe ſufficiat ad hoc vt fideicommiſſo locus fiat, quaſi exiſtente impletáque condicione: nec aliter vtramque impleri neceſſe ſit quàm ſi coniunctim vtraque condicio adſcripta ſit hoc modo, *ſi ſine liberis, & ſine teſtamento deceſſerit*. Alioqui nihil prorſus intereſſet inter condiciones diſiunctas & coniunctas: quod tamẽ ſi quis diceret, ſicuti rectam Latini ſermonis rationẽ, propriámque verborum ſignificationem corrumperet, ita & teſtatoris euerteret volũtatem, *l. ſi heredi plures* 5. *D. de condic. inſtit. l. cùm pupillus* 78. § 1. *de cond. & demonſt.* § *pen. Inſtit. de her. inſtit.* Nam quod dici ſolet, ſæpe ita eſſe comparatum, vt coniuncta pro diſiunctis, & viciſſim diſiuncta pro coniunctis accipiantur, interdum etiam ſoluta pro ſeparatis, *l. ſæpe* 53. *iunct. l. coniunctionem* 29. *ff. de V. S.* non adeò generaliter & abſurdè accipiẽdum eſt vt ob eam cauſam in cuiuſque arbitrio & poteſtate eſſe debeat coniuncta, pro diſiunctis accipere, vel diſiuncta pro coniũctis. Alioqui confundentur omnia, quoties accidet vt contrahentes vel teſtatores vſi ſint oratione aliqua coniunctiua, vel diſiunctiua. Fateor orationem quę nec coniunctionem nec diſiunctionem habeat ex mente pronunciantis vel coniunctã, vel diſiunctam accipi oportere, vt Paulus ſcribit *in l. alienationis* 28. *in fin. eod.* Nec nego interdum accidere, vt coniuncta pro diſiunctis, & è contrario diſiuncta pro coniunctis accipi oporteat, ſi vel iuris ratio vel voluntas teſtatoris aut contrahentium aliam interpretationem æquè commodam admittere non poſſit, vt in exemplis illis de quibus *in d. l. coniũctionem & d. l. ſæpe l. ſi quis ita* 30. *de aur. & argen. leg.* Sed hoc contendo, quoties coniunctio vel diſiunctio à teſtatore, aut à contrahentibus facta eſt, nec quicquã prohibet quominùs coniunctio pro coniunctione, diſiunctio pro diſiunctione accipiatur, nihil cauſæ eſſe cur liceat, aut oporteat recedere à proprietate verborum, *l. non aliter* 69. *de leg.* 3. neque cum in verbis ambiguitas nulla eſt, admittendam eſſe quæſtionem voluntatis, *l. ille aut ille* 25. *in princip. & § 1, eod.* Quorſum enim verba, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis? Aut cur credatur quiſquam id dixiſſe quod non prius animo, mentéque agitauerit? Inquit Celſus eleganter, ex Tuberone *in l. Labeo* 7. § *vlt. de ſupellect. leg.* Proinde diligenter animaduertendũ eſt quibus verbis concepta ſit formula de cuius interpretatione diſputatur, vt ſciri poſſit quid ſit id de quo quæritur, vt Iul. ſcribit *in l. ſi is qui ducenta* 13. §. 1.

verum

Digitized by Google

rũ. verſ. animaduertẽdũ. D. de reb. dub. Neque verò facilè reperias apud Iureconſultos, ſiue de contractuum, ſiue de teſtamentorum interpretatione diſputent, tantum ſibi eos arrogare, vt extra eum caſum quem nos admiſimus, coniuncta pro diſiunctis accipere audeant, vel contrà. Nam quod in eam rem video à nonnullis adduci reſponſum illud elegans Scæuolæ in *l. Lucius 85 de hered. inſtit.* mihi videtur ad rem nullo modo pertinere, vt ſequenti capite oſtendemus. Dico itaque ſi fideicommiſſum à Titio relictum fuiſſet Sempronio ſub duabus illis condicionibus alternatiuis, *ſi Titius ſine liberis, vel ſine teſtamento deceſſerit*, non potuiſſe quemquam ex prudentibus dubitare, quin mortuo Titio ſine teſtamẽto, quamuis liberis ſuperſtitibus admitti fideicommiſſarius deberet, ita ſuadente natura diſiunctionis, quæ alterutram condicionẽ ex alternatiuis impletã vult ſufficere, vt fideicommiſſo locus fiat. Hoc verò corrigendũ Iuſtin. putauit, tanquã iniquũ, liberiſque ex grauato ſuſceptis nimiũ graue, qui cùm excluſuri eſſent fideicõmiſſarium ſi ſub vna illa liberorũ condicione fideicommiſſum datum fuiſſet, à fideicommiſſario tamen excluſos ſe vident, ob id ſolũ quod eorum pater inteſtatus deceſſerit. Itaque conſtituit Iuſtinianus, vt diſiunctio pro coniunctione accipiatur, vnáque condicio eſſe intelligatur, quę non aliter fideicommiſſarium admitti permittat, quàm ſi Titius neque liberos, neque teſtamentum reliquerit, vt incertus ſucceſſionis morientis exitus videatur certo ſubſtitutionis & reſtitutionis ſiue concluſi. Subiicit verò rationem, *Cui enim ferendus eſt intellectus ſi forſitan teſtamentum quidem nõ fecerit, poſteritatem autem habuerit, propter huiuſmodi verborũ anguſtias, liberos eius omni penè fructu paterno defraudari?* Quæ poſtrema verba illa ſunt, ex quibus inferre ſoleo, quod alij etiam inferunt, qui nobiſcũ ſentiunt, liberos in condicione fideicommiſſi poſitos, non cenſeri ex fideicommiſſo vocatos. Non enim fructus paternus eſſet dicendus, ſed auitus ſi ex fideicommiſſo auito nepotes ad ea bona inuito patre vocarentur. Nec ſanè mala ratiocinatio eſt. Nam quod contrariæ opinionis aſſertores reſpondẽt, nepotes hereditatem aui ex fideicommiſſo percipientes, non malè poſſe dici eam percipere tãquam fructum paternum, propterea quòd cenſeatur eis relicta contemplatione patris qui fuerit heres inſtitutus, *arg. l. ſed et ſi plures 10. §. in adrogato. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* nullam certè habet rationem. Non ob id ſolùm, quòd in dubio ſi quid nepoti relictum ſit ab auo præſumi debeat relictum contemplatione ipſius nepotis, non filij, indéque aduenticiũ non profectitium dicatur, vt bene diſputat Alex. *conſ. 185. nu. 16. volum. 2. ex l. vlt. in fin. C. de vſufr. l. quæſitum 91. in princ.* vbi Accurſ. & cæteri *de legat. 1.* Sed ob eam maximè cauſam, quod non niſi abſurdè poſſimus dicere, fauore filij & ipſius contemplatione iniunctum illi ipſi onus fideicommiſſi hereditatis nepoti reſtituendæ. Neque enim quiſquam dubitat quin fideicommiſſum ſit onus, eius qui rogatus eſt, *l. ſi adrogator 22. §. 1. D. de adopt. l. 2. in fin. D. de ſuis & legitim.* Fieri autem non poteſt, vt eiuſdem fideicõmiſſi reſpectu idem ſit honoratus, & oneratus, non magis quàm vt ſibi ipſi quis fideicõmiſſi nomine ſit obligatus, *l. cũ filiofamil. 11. d. l. quæſitũ 91. de legat. 1.* neque poſſum videre quis in eo verſetur fauor patris, vt proprio filio cogatur vel inuitus reſtituere hereditatẽ, quã habuit ipſe à ſuo patre. Cũ è contrario parentibus omnibus nihil ſit odioſius aut periculoſius quàm ſi de bonis ſuis erga libetos diſponendis, non habeant liberam facultatem; quippe qui ſciant eo potiſſimum metu amittendæ hereditatis poſſe iuueniles calores coerceri, & liberos in obſequio paternæ pietati debito retineri: *l. nec ei 17. §. penult. D. de adopt.* Quod autem illi replicant, poſſe videri relictum nepotibus ab auo contemplatione ipſorũ nepotũ potiùs quàm filij, cùm viuo auo nati, & ab ipſo cogniti fuerũt, Iuſtinianũ verò in *d. l.* generaliter loqui de nepotibus naſcituris, qui ab auo cogniti non fuerint, planè commenticium eſt. Non enim minor eſt aui pietas erga nepotes naſcituros, quã erga natos, licèt dilectiores eſſe ſoleant nati & cogniti quã naſcituri. Cuius rei non aliud præclarius teſtimoniũ quærere poſſumus, quã Papiniani, qui in illa elegãti ſpecie *l. cùm auus 102. D. de cond. & demonſtr.* mouetur vnica pietatis auitæ coniectura, vt pro naſcituro nepote, contra teſtatoris filium primi gradus audacter reſpondeat. Tum verò cur Iuſtiniani conſtitutionem generalem, & quam ille ipſe ad extraneos quoque extendit reſtringere volumus ad eum caſum, quo nepotes in condicione poſiti, numquam fuerint cogniti auo? An nõ poteſt auus qui iam nepotes natos habeat notóſque, filium ſuum heredem inſtituere, & ab eo ſub his condicionibus, *ſi ſine liberis, vel ſine teſtamento deceſſerit*, fideicommiſſum relinquere? An eo minùs poteſt filius quandoque poſt mortem patris decedere ſine liberis, quòd liberos habeat tempore teſtamenti. Alioqui enim ſi pertinacior eſſe velis, & negare conſtitutionem Iuſtiniani ad hos nepotes pertinere, qui iam teſtamẽti tempore nati fuerint, cõſequens fiet, vt quòd ad eos ſpectat, ſuperſit hodie ius vetus, quod ante Iuſtinianũ obtinebat, proindéq. excludãtur nepotes per fideicommiſſarium, ſi filius heres inſtitutus, idémq; grauatus, ſine teſtamento deceſſerit: Exiſtente nimirum vna ex iis condicionibus ſub quarũ alterutra fideicommiſſum datum fuit. Sic eueniet, vt quo fauorabiliores facere velis nepotes, viuo auo natos & cognitos, eo duriorem ipſorum conditionem efficias, poſtponáſque illos ſubſtituto, cui ſi poſt auum nati fuiſſent, ex Iuſtiniani conſtitutione præferrentur. Minùs verò ſubtile eſt quod iidem aliter reſpõdent, Iuſtinianum in hac lege non de illo quærere, An liberi poſiti in condicione ſint vocati, ſed hoc tantùm velle, Ferendum non eſſe, vt nepotes tam facilè poſſint fructu paterno defraudari? Id verò ne eueniat nihil meliùs aut accommodatiùs dici poſſe, quàm vt liberi in condicione poſiti, hoc ipſo vocati intelligantur, quandoquidem ea ratione fiat, ne poſſint defraudari fructu paterno, id eſt, inquiunt illi, eo fructu qui à patre debuiſſet iure legitimo in filios ex communi parentum voto peruenire. Quaſi verò id maximè agat & curet Iuſtin. ne poſſint nepotes in cõdicione poſiti defraudari fructu paterno à patre, ac non potiùs à fideicommiſſario, ad quem inuito etiã patre, nõ minùs quàm inuitis eius liberis in cõdicione poſitis bona omnia ex fideicommiſſo peruenire deberent, ſi Iuſtiniani lex non obſtaret. Deinde ſecundum hanc interpretationem fatendũ eſt, quod iam diximus, fructum auitum non paternum fore fideicommiſſum illud quod ex aui teſtamento filius reſtituere nepotibus debeat, ſi eo defraudati nepotes non magis per filiũ heredem inſtitutum poſſint, quàm per extraneum ſubſtitutum. Quomodo enim poſſis quarumlibet impropriè fructum paternum dicere, quem nepos inuito patre ab auo conſequatur? Nam quod rurſus iidẽ replicant, fructũ paternũ intelligi poſſe, quamuis ab auo fuerit relictus, quia fuit relictus per mediam perſonã ipſius

patris,& quia talis fructus ſi non eſſet relictus ab auo debuiſſet ex communi parentũ voto,& naturali charitate relinqui ab ipſo patre *ex l.ſcripto 7. in fi. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat. l. nam etſi 15. D. de inoffic. teſtam.* Hoc,inquam,eodem recidit,& illud ipſum eſt quod nos iam refutauimus, ſicut & quod iidem aiũt, poſſe textum illum reflecti & retorqueri,hac ratione quòd cùm Iuſtinianus eo loco abſurdum putet liberos in condicione poſitos fructu paterno defraudari, neceſſe ſit eos dicere tacitè ſaltẽ ſubſtitutos. Ne alioqui poſſint facile à patre defraudari vel per bonorũ alienationem,vel per exheredationem,vel etiam per delictum ipſius patris, ex quo bonorum publicatio ſequatur. Iam enim diximus, non id eſſe quod Iuſtinianus abſurdum & iniquum putat, vt nepotes fructu paterno defraudentur à patre ipſo, ſed vt defraudentur à ſubſtituto. Quod enim ad patrem pertinet, quid rogo abſurdi eſt minùs ab eo percipere liberos, ſiue ſint illi exheredati dummodo iuſtè, ſiue deportationis ſententiam pater paſſus ſit, aut etiam alienauerit bona ſua? Nihil penitus, nec magis cùm liberi poſiti ſunt in condicione, quàm ſi non eſſent. Vtroque enim caſu perinde ſunt liberi, & ad parentum hereditatem ex parentum ipſorum voto vocati, ſed non tamen iis inuitis ex fideicommiſſo, vt conſtat ex iis quæ de patre deportato ſcribit Vlpianus, ſi benè intelligatur *in l. ex facto 17. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell.* Neque aliter poteſt abſurdum videri, quòd minùs percipiant liberi, à patre, qui vel eos exheredauerit, vel ex bonis ſuis quid alienauerit, vel deportatus ſit, quàm ſi ponas & dicas habere eos debere bona illa ab auo non à patre, *arg. l. 3. ff. de interd. & releg. l. emancipatum 7. §. vltim. ff. de Senat.* Quo ſenſu conſequens fiet Iuſtinianum dicere debuiſſe fructum hũc auitum, non, quomodo vocat, paternum. Quia verò iidem contra quos diſputamus, respondere ſolent Iuſtinianum in hac lege non illud decidere, de quo quæritur inter noſtros, An liberi in condicione poſiti cenſeantur ſubſtituti, proinde ſufficere vt ex aliis legibus probetur filios tacitè videri ſubſtitutos, Faciamus quæſo, etſi nos quæſtionem illam Decadibus noſtris reſeruamus, vt appareat decidi eam à Iuſtiniano, & quidem tam apertè, vt non potuerit apertius, niſi quòd ita deciditur quaſi iam ſatis antè deciſa, nullámque prorſus habens dubitationem. Nam ſi liberi poſiti in fideicommiſſi condicione haberi poſſent pro vocatis, Quæro, qua igitur ratione fieri poterat, vt ante Iuſtinianum excluderentur à ſubſtituto in illa ſpecie, ſi fortè pater inteſtatus deceſſiſſet? Qui enim volunt cenſeri vocatos, dicũt, Patre rogato, ſi ſine liberis deceſſerit, hereditatem reſtituere Sempronio, duplex eſſe fideicommiſſum. Vnum tacitum quo pater in caſum ſuperſtitum liberorum grauatus ſit iis reſtituere hereditatem. Alterum & ſecundum expreſſum, quo deficientibus liberis grauatus ſit eandem hereditatem reſtituere Sempronio. Ex quo apparet, fruſtrà de ſecũdo fideicommiſſo quæri an ei locus ſit, nécne quandiu prius locum habere poteſt. Proinde quo iure, aut quónam iuris colore poterat Sempronius fideicõmiſſum obtendere, excluſis grauati liberis in condicione poſitis, ob id ſolùm, quòd eorum pater inteſtatus deceſſiſſet, ſi ita ius erat, vt ex quo poſiti erant in condicione liberi, vocati quoque viderentur? Se & Iuſtinianus ipſe, qui vt his liberis faueat contra iuris rationẽ vult particulam diſiunctiuã accipi pro coniunctiua, cur putauit egere illos noua ſua conſtitutione, vt à Sempronio fideicommiſſario non excluderentur, ſi non ignorabat ex tacita patris volũtate videri eos debere vocatos? Quid.n. refert fideicommiſſarij an is qui rogatus eſt, deceſſerit inteſtatus, an cum teſtamento? An eo minus iuris habet, quòd heres rogatus non fecerit teſtamentum, in quo alium heredem fortaſſis extraneum inſtituere potuiſſet? Illud nánque conſtat, fideicommiſſarium non heredi grauato ſuccedere, ſed teſtatori, *l. coheredi 41. §. cum filia de vulg. & pupill. ſubſt. l. 1. l. in fideicommiſſaria 18. & paſſ. ff. ad SC. Trebell.* Et tamen non putat Iuſtinianus, aliter fieri poſſe vt liberi in condicione poſiti non excludantur per ſubſtitutum, quàm ſi cõdiciones ſub quibus alternatiuè vocatus fuit Sempronius ad fideicommiſſum, coniungantur, & in vnam eandémq condicionem illam degenerent, *ſi filius ſine liberis & ſine teſtamento deceſſerit*, vt ſuſceptis liberis, licet nullo facto teſtamento, dici poſſit fideicommiſſi condicionem, quę vnica & indiuidua fuerit, defeciſſe. Non ergo credidit, Ob id tantùm quòd liberi in condicione poſiti ſint, videri eos debere tacitè ſubſtitutos. Neq; verò puto ad obiectione hanc poſſe vllomodo reſpõderi. Scio, eos qui pro liberis pugnant, in ea eſſe ſententia, vt putent hanc Iuſtiniani conſtitutionem procedere, vt loquuntur, in caſu ſingulari, quando filij poſiti ſunt in vna condicione, & alternatiuè fuerunt etiam adiectæ aliæ cõdiciones, inter quas illa ſit, ſi filius ſine teſtamento deceſſerit. Vnde, inquiunt, ex eo quòd teſtator conceſſit filio teſtandi facultatem de bonis ſibi relictis, tacitè colligi quòd voluerit liberos poſitos in condicione, poſſe per teſtamentũ excludi, & conſequenter non aliter eos admitti, quàm ab inteſtato, vel ex teſtamento, ſi eſſent inſtituti. Nos autem loquimur, aiunt illi, quãdo filij ſimpliciter poſiti ſunt in condicione, & in contrarium non ſubeſt aliqua conie ura, ex qua concipi poſſit, quod non intelligantur ſubſtituti. Fatentur itaque vt arguere mox poſſimus à confeſſis ad negata, Illo ſaltem caſu quo condicio illa ſit adiecta, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, liberos quantũuis in condicione poſitos non videri vocatos. Quod ſummoperè notari volo, contra pleroſque, cum quibus mihi aliquando de tota hac quęſtione in Italia tractare contigit, Viros ſanè doctiſſimos, & in receptioribus interpretum noſtrorum traditionib. adprimè verſatos, qui mordicùs defendebant, Non eò minus intelligi debere liberos in condicione poſitos tacitè ſubſtitutos, quòd teſtator in eum caſum quo exiſteret condicio fideicommiſſi ſub ea cõdicione relicti, *ſi ſine liberis*, expreſſim permiſerat alienationem in pręiudicium ſubſtituti, vt non alia bona petere fideicommiſſarius poſſet, quã quæ non reperirentur mortis tẽpore alienata. Quaſi permiſſio de alienando data in caſum deficientium liberorum, nihil haberet commune cum illo caſu, quo liberi ſupereſſent, neque ad eũ porrigi deberet. Quidni enim ſimiliter nobis liceat ex iſtorum ſententia contra alios diſputare, condicionem illam, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, de illo caſu intelligendam eſſe, quo heres grauatus nullos liberos ſuperſtites relinqueret, non etiam de illo, quo aliqui ex ipſo liberi ſupereſſent. Pręſertim verò cùm eam condicionem, *ſi ſine teſtamẽto deceſſerit*, diſiunctim conceptã, Iuſtinianus accipi velit tanquam coniunctam cum illa, *ſi ſine liberis*, quo caſu multò probabilius defendi poſſet, non perinde videri debere illam repetitam in caſum contrarium, quo filius grauatus, liberis ſuperſtitibus moreretur. Nemo ſiquidem dubitare poteſt, quin eiuſmodi condicio, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, adſcripta fideicommiſſo quod Sempronio relictum fuit, contra Sempronium adſcripta

videri

Digitized by Google

videri debeat, vt ei teſtamentarius quilibet grauati heres præferretur. Non contra eiuſdem grauati liberos ſi quos ſuperſtites relicturus eſſet. Sed & multo fortior ac probabilior voluntatis coniectura capi poteſt ad excludendam taciti illius fideicommiſſi quod ex liberorum condicione inducitur, interpretationem ſi permiſſio teſtãdi detur heredi in caſum exiſtentis iam &, vt loquuntur, purificati fideicommiſſi, quàm ſi adſcribatur per modum condicionis ad euentum fideicommiſſi excludendum. Nam cùm interpretes qui liberos in condicione poſitos volunt vocatos, non alia coniectura voluntatis moueantur, quàm quòd eos teſtator prædilexerit, ac prætulerit ſubſtituto, nec proinde credendus ſit voluiſſe vt patri liceret in eorum præiudicium diſponere de iis ipſis bonis, de quibus in fideicommiſſarij minus dilecti præiudicium diſponere non poſſet (quæ tamen diſponendi licentia in liberorum perniciem nõ aliter patri interdicta eſſe queat, quàm ſi tacitum fideicommiſſum inducatur.) Prorſus conſequens eſt, Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in condicione poſitis, eo caſu quo impunita ſit in fraudem expreſſi ſubſtituti bonorum fideicommiſſo ſubiectorũ alienatio. Ne alioqui eueniat, quod fuerit abſurdiſſimum, vt maior ſit vis & poteſtas taciti fideicommiſſi quàm expreſſi, ad alienationem heredi prohibendam in tacito, quam teſtator expreſſim permiſerit in expreſſo. Sed quamuis non dubitem verum eſſe quod iſti volunt, Condicionem illam fideicommiſſo inſertam, *ſi heres ſine teſtamento deceſſerit*, ſicut efficit vt grauatus heres poſſit in præiudicium fideicommiſſarij diſponere, & diſponendo facere vt deficiat cõdicio fideicommiſſi. Ita debere facere vt eo ſaltem caſu liberi in condicione poſiti cenſeri non poſſint vocati. In eo tamen videntur mihi errare manifeſtè, quòd Iuſtiniani legem hanc, quæ proculdubio generalis eſt coanguſtant ad eum caſum, quo ex pluribus condicionibus alternatiuè adſcriptis vna illa ſit *ſi heres ſine teſtamento deceſſerit*, cùm apertiſſimum ſit Iuſtinianum in excludendo fideicommiſſatio propter liberos in condicione poſitos, ad nihil minus quàm ad hanc teſtandi licentiam reſpexiſſe. Nec enim apud Iuſtinianum refert, quas condiciones teſtator adſcripſerit, & an ita dixerit, *ſi filius meus ſine liberis aut ſine teſtamento deceſſerit, hereditatem Sempronio reſtituat*, an ita potius, *ſi deceſſerit ſine liberis, aut ſi nauis ex Aſia non venerit.* Vtroque enim caſu ratio iuris veteris facit vt ſuperſtitibus quoque ex filio liberis, admitti nihilominùs debeat Sempronius, ſi nauis ex Aſia non venerit, quippe tanquam ſubſtitutus ſub duplici condicione alternatiuè, quarum alterutram ſufficiat extitiſſe. Contrà verò, Iuſtiniani conſtitutio vtroque caſu excludit ſubſtitutum coniunctis condicionibus & in vnam transfuſis per commutationem particulæ diſiunctiuæ in coniunctiuam: Quia etſi ſic ſcriptum eſſet *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit, & nauis ex Aſia non venerit, hereditatem meam Sempronio reſtitui volo*, dubitari nõ oporteret, quin etiãſi nauis ex Aſia non veniſſet, nihilo magis admitti Sẽpronius deberet ſi heredi rogato vel vnus filius vnáve filia ſupereſſet, quoniam vna tantùm eſſet cõdicio, ac proinde indiuidua, cuius vtramque partem impletã eſſe ſubſtitutus probare deberet vt admitti poſſet *d. l. cum pupillus* 78. §. 1. *De condic. & demonſtr. d. l. ſi heredi plures* 5. D. *de cond. inſtit.* Nec ſanè hoc caſu minùs locum habet ratio illa æquitatis qua Iuſtinianus mouetur, quàm ſi pro huiuſmodi condicione *Si nauis ex Aſia non venerit* illa fuiſſet adſcripta *ſi ſine teſtamento deceſſerit*. Nempe quòd ferẽdus non ſit intellectus, ſi forſitan nauis ex Aſia non venerit, liberos tamen grauatus filius reliquerit, propter iſtas verborum anguſtias liberos eius omni penè fructu paterno defraudari. Cur non enim æquè ſit fauorabilis hoc caſu condicio liberorum quos teſtator in condicione poſuit vt patri ſuo poſſint ſaltem ab inteſtato ſuccedere excluſo ſubſtituto? Quod ſi admitias, vt admittendum neceſſariò eſt, Iuſtiniani legem hoc etiam caſu locum habere, illud quoque admittendum erit ex ſuperiore inductione, Liberos in condicione poſitos ne hoc quidem caſu videri vocatos, licèt de teſtandi licentia heredi danda teſtator nihil cogitauerit, qui condicioni liberorum nõ aliam adiecit, quàm hanc, ſi nauis ex Aſia non veniret. Atque ideò ſi quæratur, cur in ea ſpecie Iuſtinianus non putet liberos in condicione poſitos cenſeri vocatos, Non illam rationem reddi poſſe quam iſti adſerunt, quòd heredi grauato liberam teſtandi facultatem pater conceſſerit, ſed illã potius quæ & generalior eſt & ſpeciebus omnibus legis conuenientior, quod numquam poſſint aut debeant dici ſubſtituti, qui tantũ poſiti ſunt in condicione. Vnde apparet etiam, nec illo quoque caſu quo eiuſmodi cõdicio adſcripta fuit *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, eam tamen Iuſtinianeæ conſtitutionis rationem adferri poſſe quę ex faciendi teſtamenti data licentia proficiſcatur, ſed quę ſumatur ex ſolo, meróque fauore liberorum quibus ſubueniendum putauit Iuſtinian⁹ contra verba condicionum, &, quod eſt conſequens, contra ipſam iuris rationem quæ condicionum poteſtatem non poteſt non æſtimare ex vi & poteſtate verborum quibus conceptæ ſunt, deniq; contra ſubſtitutum vt tametſi altera condicio vel condicionis pars extiterit, excludatur tamen per liberos grauati, vt poſſint illi etiam in iis bonis perinde ac in reliqua hereditate patris, ſuccedere patri, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: ſed contra patrem ipſum vt de hereditate liberis ſuis reſtituenda vllo caſu rogatus videatur, non item. Subuenit enim potiùs ipſi etiam patri, vt eo minùs grauatus videri debeat, quaſi ſub vna tantùm cõdicione rogatus, qui reuera ſub duabus, & quidem alternatiuè conceptis rogat⁹ fuit. Cur verò ſubuenit patri, niſi vt in eius poteſtate ſit inuito fideicommiſſario ea ipſa bona quæ reſtituere iuſſus erat, liberis ſuis relinquere ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato id facere vellet? Iſque demũ paternus fructus proculdubio eſt, qui ex ſolius patris, non etiam ex aui iudicio & voluntate, quamuis ex aui bonis, ad filios peruenit. Eam verò Iuſtiniani mentem fuiſſe, quam nos dicimus, vt liberis grauati heredis proſpiceret in omnem caſum, quo poſtquam in cõdicione poſiti eſſent, alia condicio alternatiuè ſubiecta proponeretur, ſiue de teſtamento illa eſſet, ſiue de naui quæ ab Aſia expectabatur, Apparet ſatis non ſolùm ex generali ratione illa quam retulimus, poſita in verſ. *Cui enim ferẽdus eſt*, ſed ex eo quoq; quod non illas tantùm condiciones exprimit, *ſi filius deceſſerit ſine liberis aut ſine teſtamento*, ſed illã etiam *ſi ſine nuptiis*, quæ licèt diſiunctiuè poni nõ poſſit poſt illã *ſi ſine liberis* (quia fieri non poteſt vt non ſine liberis decedat, qui decedit ſine nuptiis, cũ ea cõdicio de iuſtis liberis intelligenda ſit, non de naturalibus duntaxat, vt ſcriptum eſt in §. *cùm autem* eiuſd. leg. iuſti verò liberi ſine nuptiis eſſe nequeant *l. ſeptimo menſe* 12. *ff. de ſtat. homin. l.* 3. *De his qui ſunt ſui vel alien. iur.*) poni tamen poteſt ante vel poſt illam *ſi ſine teſtamento* hoc modo *ſi filius idémque heres meus*

fuiſſet in condicione ſic concepta *ſi mihi filius aut filia heres non erit.* Tantum abeſt vt dictio *ſiue* poſita cum verbis affirmatiuis *ſi deceſſerit* faciat condiciones negatiuas. Etſi video Tribonianum illo etiã loco diſiunctiuam accipere pro coniunctiua ad extraneũ, vt ille loquitur, excludendum. Tota namq. illa clauſula *ſed procliuior eſt teſtatoris voluntas ſic eſſe interpretanda, vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint, extraneus nõ admittatur, niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit,* proculdubio Triboniani eſt, vt docui ſupra reſpicientis fortaſſe ad eam Iuſtiniani conſtitutionem, de qua nunc tractamus. Fuit enim Triboniano familiare diſiuncta pro coniunctis accipere, vt & in ceteris ferè omnibus peruertere iuris veteris rationẽ, vt videre eſt in *l. pen. C. de verb. ſignifi.* vbi hercle ſuauis eſt, cùm vt nouæ conſtitutioni colorem quærat ex iure vetere non erubeſcit affirmare, in illa edicti parte quæ eſt De eo quod vi aut clam factum erit, dixiſſe prætorem *aut* pro *&*, quo falſius nihil dicere potuit. Ita enim ſequeretur, non aliter interdicto locum fore quàm ſi probaretur opus & vi & clam ſimul factum fuiſſe, cùm tamen alterutrum probari ſufficiat. Neq; verò facilè poſſit contingere, vt & vi & clam ſimul quid factũ ſit, ſiquidem vi feciſſe dicitur, qui prohibitus fecit, Clam verò qui prohibitionem factã timuit aut timere debuit, nec eo minùs fecit. *l. 1. l. 3. in princ. & §. vlt. ff. quod vi aut clam.* Quamquam nõ inficior poſſe interdum euenire, vt & partim vi & partim clam quid fiat in eodem tempore, vt puta, ſi cùm prohiberem fundamenta poſuiſti, poſteà cùm conueniſſem ne reliquum opus fieret, abſente aut ignorante me reliquum opus perfeciſti, vel cõtrà, Fundamenta clam feciſti, Deinde cætera me prohibente ædificaſti. Hoc iure vtimur vt etſi vi & clam factum ſit, hoc interdictum ſufficiat, inquit Vlp. in *l. is qui in puteũ 11. §. interdictũ. 5. eo. tit.* Quo verbo *ſufficiat* an non oſtendit manifeſtè hoc fieri ex ſententia prætoris, potiùs quàm ex verbis edicti, quę quoniã diſiunctim nõ coniunctim concepta erant, ad hunc caſum pertinere non videbantur? Alioqui non erat cur Vlpianus ſcriberet ſufficere interdictum eo caſu qui pręcipuus ac potiſſimus edicti verbis comprehenſus fuiſſet; potiùſq; dubitare debuerat an ſufficere poſſet interdictum eo caſu quo diſiunctim vel vi vel clam opus factum probaretur.

Interpretatio l. Lucius 85. ff. de hered. inſtit.

CAPVT XIX.

DE huius loci ſentẽtia neceſſariò hîc nobis tractandum eſt, non ſolùm quod ad eam quæſtionem maximè pertineat, de qua iam aliquid dicere cœpimus De liberis poſitis in condicione, quos qui putant vocatos hoc potiſſimùm reſponſo niti ſolẽt, ſed etiam quia vulgo creditum eſt ex illo etiam loco probari, quod nos ſuperiore cap. negauimus, Iureconſultos diſiuncta ſæpe pro coniunctis accepiſſe, tùm etiam cùm nihil prohiberet quominùs coniunctim, & propriè acciperentur. In ea ſpecie de qua Scæuola reſpondit, proponebantur Titius à teſtatore fratre ſuo heres ex aſſe inſtitutus, eique cum libertate ſubſtituti Stichus & Pamphilus ſub tribus condicionibus diſiunctim conceptis, *Si Titius heres eſſe nollet, aut ſi prius moreretur, quàm hereditatem adiiſſet aut filium filiámve ex ſe natum natámve non haberet.* Sic enim teſtator ſcripſerat *Titius frater meus ex aſſe mihi heres eſto, Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut, quod abominor, prius morietur quàm hereditatem meam adierit, aut filium filiámve ex ſe natum natámve nõ habebit, tunc Stichus & Pamphilus ſerui mei liberi & heredes ſunto.* In quibus verbis, vt nemo nõ videt, duæ ſunt diſiunctiones conceptæ per illam repetitam particulam *aut*, quæ eſt diſiũctiua. Priorem ibi poſitam *aut quod abominor prius morietur*, quidam accipi volunt pro cõiunctiua acſi ſcriptum eſſet *& quod abominor* à quibus ego prorſus diſſentio. Neq. enim dubito quin ſi Titius heres eſſe noluiſſet, ſuámq. in eam rem voluntatem expreſſa repudiatione declaraſſet, admittendi fuiſſent ſubſtituti, licet aliqua ex aliis condicionibus defeciſſet, id eſt licèt Titius ante aditam hereditatẽ mortuus liberos ſuperſtites reliquiſſet. Nã quod liberorũ Titij mentio facta eſt in concipienda condicione non ad hunc caſum pertinet repudiatæ expreſſim hereditatis, in quem ſcilicet caſum alternatiuè & vtiliter dati fuerant ſubſtituti, ſed ad illum duntaxat quo ante aditã hereditatem deceſſiſſet liberis relictis, vt Scęuola ipſe interpretatur iis verbis, *Quos eo amplius noluit heres eſſe ſi frater prius quàm hereditatem adiret, deceſſiſſet liberis relictis.* Nec enim quiſquam propriè ac partitè loquendo dixerit deceſſiſſe Titium ante aditam hereditatem ſi deceſſerit poſt eam repudiatam, cùm verba illa *ante aditam* præ ſe ferant adiri adhuc poſſe, quod non eſt poſt repudiationem, quæ ſcilicet delationis per legem factæ totã vim & poteſtatem extinguit. Delata ſiquidem dicitur hereditas quam quis adeundo conſequi poſſit, *l. delata. 51. D. de verb. ſignifi. iunct. l. ſicut. 4. C. de oblig. & act. l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.* Et tamen ſi prior illa diſiunctiua *aut* pro coniunctione eſſet accipienda conſequens fieret, vt etiamſi Titius hereditatem repudiaſſet, perinde tamen excludi deberent ſubſtituti ſuperſtitibus ex Titio liberis, acſi hereditatẽ quã repudiaſſet, adiiſſet. Id nimirũ euincente vi & poteſtate coniunctionis, quæ vnitas iunctáſque condiciones ſimul impleri vult, vt ſubſtituti qui ſub iis vocati ſunt, admitti poſſint *l. ſi heredi plures. 5. ff. de condic. inſtit. l. cùm pupillus. 78. §. 1. De condic. & demonſtr.* Poſteriorem verò diſiunctionem quæ eſt in illis verbis *aut filium filiámve ex ſe natum natámve non habebit*, fateor vtique pro coniunctione accipiẽdam eſſe, vt fatetur nõ obſcurè Scæuola ſupraſcriptis verbis, cùm vtraque condicione iuncta eã vult fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt excluſi eſſent ſubſtituti ſi frater priuſquàm hereditatem adiret deceſſiſſet liberis relictis. Alioqui duabus condicionibus alternatiuè adſcriptis, ſufficere poſſet ſubſtitutis quòd alterutra eueniſſet, ſiue mortuo Titio ante aditam hereditatem, ſiue ſuperſtitibus ex eo liberis. Sed tamẽ dico hoc ideo fieri, quia ſubſtitutio de qua tractat Scæuola, cùm ſit directa & vulgaris non poteſt fieri in caſum aditæ hereditatis, nec ſub ea condicione *ſi heres poſt aditam hereditatem ſine liberis deceſſerit.* Is enim caſus eſt fideicommiſſariæ non directæ ſubſtitutionis cùm fieri nequeat, vt qui ſemel heres fuit, vnquã heres eſſe deſinat. *l. at prætor 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor. l. ei qui ſoluendo 88. hoc tit. De hered. inſtitut.* nec rurſus vt eo manente herede ſubſtitutus admitti, heréſque fieri poſſit, ne contra iuris regulã vni duo in ſolidum ſint heredes *l. quin contra 141. §. vni duo De regul. iur.* Quæ ratio eſt eius quod dici ſolet, Poſt aditam hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirare, *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſt. l. verbis ciuilibus. 7. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Proinde mirum non eſt ſi hoc caſu diſiunctio pro coniunctione accipiatur, quæ tanquam diſiunctio valere non poteſt. Nam ſi pro diſiunctione accipe-

retur, admittendus eſſet ſubſtitutus vulgaris (vnus ille ſit an plures nihil refert) in eum quoq. caſum, quo Titius hereditatem adiiſſet, ſi modò poſtea ſine liberis deceſſiſſet, quod à iuris ratione & regulis, vt dixi, penitus abhorreret. Porrò ſicut condicio illa *ſi filium filiámve natum natámve ex ſe non habebit.* nullum per ſe habet effectum in caſum aditę hereditatis, ob idque neceſſariò coniungenda eſt alteri cõdicioni *ſi priùs morietur quam hereditatem meam adierit* ne fruſtra & inutiliter adiecta eſſe videatur, ita nec prior illa *ſi priùs morietur quam hereditatem meam adierit* ſeparatim accipienda eſt ad ſubſtitutum admittendum in caſum hereditatis non aditæ, ſed neceſſariò coniunctim cum alia condicione *ſi filium filiámve ex ſe natum natámve ſcriptus heres non habebit.* Pluribus enim condicionibus ſimul quamuis disiunctim adſcriptis, fieri certè nequit vt poſterior priori cõiuncta videri debeat, quin prior etiam poſteriori in vtrumque caſum coniungatur. Ita fit vt teſtator qui vulgariter ſubſtituit ſub hac duplici cõdicione *ſi Titius priùs morietur quàm hereditatem adierit, aut liberos non habebit* vnam tantũ in condicionem expreſſiſſe intelligendus ſit, eámque ſimplicem, & indiuiduam, haud ſecus ac ſi dixiſſet vnica oratione *ſi Titius ante aditam hereditatem deceſſerit ſine liberis.* At finge non de vulgari tantùm ſubſtitutione facienda, ſed de fideicommiſſaria quoque cogitaſſe teſtatorem, datis vt hodie fieri ſolet, ſubſtitutis, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, idque ſub his ipſis cõdicionibus ita conceptis *ſi Titius priùs morietur quàm hereditatem adierit aut filium filiámve ex ſe natum natámve non habebit*, An perinde dicemus defuncto ante aditam hereditatem ſuperſtitibus liberis Titio, ſubſtitutos excludi omni modo debere? Minimè, vt ego quidem arbitror. Vnaquæque enim condicio in hoc caſu ſeparatim effectum ſuum habere commodè poteſt, quamuis in aliam atque aliam cauſam, illa quidem *ſi priùs morietur quàm hereditatem meam adierit* in caſum vulgarem. Altera verò *ſi liberos ex ſe non habebit* in caſum fideicommiſſi, hoc eſt aditę hereditatis. Et ideò nulla hîc ſubeſt neceſſitas commutandæ disiunctionis in coniunctionem, ne fiat iniuria volũtati teſtatoris, qui vtiq. condiciones æquè facilè cõiunxiſſet, ſi coniunctas voluiſſet. Atq. hæc quidem nondum fortaſſis ab alio tam accuratè explicata ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat, quod ad coniunctionum aut disiũctionum vim, & poteſtatem pertinet, ne quis credat Scæuolam alioquin iuris religioſiſſimum adeò facilem, ne dicam audacem fuiſſe, vt coniunctionem pro disiunctione acciperet aut contrà, niſi ex mera neceſſitate, id eſt eo caſu quo aliter nobis interpretantibus eueniret vt alterutra condicio inutiliter ac ſuperuacuò adiecta reperiretur. Sed illud multò minùs ferre poſſum, quod tot interpretes video exiſtimare, probari ex eo loco, liberos in condicione poſitos hoc ipſo vocatos intelligi debere. Nam cùm tota ea lex, vt & totus ipſe titulus ſit de inſtitutionibus directis, non de fideicommiſſis, fatendũ erit Scæuolã ſi in ea fuit opinione, vt Titij heredis inſtituti liberos vocatos crederet, non dubitaſſe, quin habendi eſſent pro inſtitutis. At quibus obſecro verbis, cùm nulla inſtitutionis verba quod ad eos attinet, teſtamento inſerta proponantur? Illis nimirum condicionalibus in ſubſtitutione concipienda expreſſis, *aut ſi filium filiámve, ex ſe natum natámve non habebit*, aut ſi non illis, prorſus nullis. Atquin ij ipſi interpretes qui volunt liberos in fideicommiſſi condicione poſitos intelligi ſubſtitutos, fatentur ferè omnes, non poſſe tamen fieri vt ex verbis cõdicionalibus directa inſtitutio vnquam inducatur, ex *l. ſi quis eum 16. §. vlt. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quia heredis inſtitutio non niſi expreſſis & ciuilib. verbis fieri poteſt, *l. heredes palam 21. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* inſpecto ſaltem iure vetere, quod fuit temporibus Scæuolæ & ante conſtitutionem illam Imperatoris Conſtantini, qui extat in *l. quoniam indignum 15. C. de teſtam.* neq; poſſunt in eam rem ſufficere coniecturæ, vt probant illi ex *l. 1. ff. ſi tab. teſtam. extab. l. iubemus 29. C. de teſtam.* Ergo illud dici nullo modo poteſt, liberos Titij poſitos in condicione apud Scæuolam videri debere directò, vel inſtitutos, vel ſubſtitutos. Nec me mouet quod iis verbis *nam prudens conſiliũ teſtantis animaduertitur, qui non ſolum fratrẽ prætulit ſubſtitutiis, ſed etiam eius liberos*, videtur Scæuola eãdem conſtituere rationem Titij & liberorum, vt ex teſtatoris volũtate nõ minus liberi quam pater ſubſtituto præferantur. Ex quo inferunt interpretes, Videri ergo liberos Titij ſubſtitutis prælatos ex teſtamento, & conſequenter ſaltem ex fideicommiſſo, quemadmodũ & Titius ipſe ſine dubio ex teſtamẽto iis præfertur, vt verbum illud *prætulit* poſitũ inter duo determinabilia vniformiter ea determinet, quo modo iidem loqui ſolent vulgari brocardico, quod deſumunt ex *l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Nam vel ratiocinatio hæc inepta eſt, vel ſi habeas eam pro bona & probabili, ne dicam concludenti, perinde cogam te fateri liberos Titij nec pro fideicommiſſariis, nec pro directis ſubſtitutis habendos eſſe, ſed pro inſtitutis, quoniam nec alio quàm inſtitutionis iure, teſtator Titium fratrem prætulit ſubſtitutis. Ita euincam videri liberos patri coheredes datos, quod tamen non magis verum eſſe poteſt, quàm ſi quis diceret ſubſtitutos ob id ſolùm quòd ex vulgari ſubſtitutione ſuccedere nequeant in caſum aditæ hereditatis, ad eiuſdem hereditatis partem veluti coheredes admittendos eſſe. Contra quàm placeat Scæuolæ, qui repugnantem teſtatoris voluntatem ex eo conicit, quòd Titius fuerat ex toto aſſe inſtitutus, vt & non valdè diſſimiliter argumentatur Papinianus in *dict. leg. verbis ciuilibus 7. De vulgar. & pupill. ſubſtit.* Proinde concludendum eſt quod Accurſius bene animaduertit ad *dict. l. Lucius* in verb. *prætulit*, teſtatorem in propoſita ſpecie, non modo Titium prætuliſſe ſubſtitutis, & quidem ex teſtamento per inſtitutionem expreſſam, ſed etiam Titij liberos ab inteſtato, quia tales erant, qui eo inteſtati iure patruo poſſent ſuccedere faciente nimirum patruo exitum inteſtati eo caſu quo frater heres ſcriptus nollet adire ex inſtitutione. In eóque vel maximè prudens elucet illud conſilium teſtantis, quod tantopere Scæuola commendat: Cùm ſubſtitutis prælati ſunt liberi heredis inſtituti ad excludendam quidem ſubſtitutionem, ſed ita tamen vt non idcirco per fideicommiſſum grauatus fuerit pater de relinquenda iis hereditate. Via namque fideicommiſſi eſt, nota cuilibet, nec iam ferè quicquam eſt vulgarius: Eſtque præterea iis omnibus qui onerantur, nec minus patribus, fortaſſis etiam magis quàm cæteris moleſta. Sed ſubſtitutum ita vocare vt non tantùm inſtitutus ei præferatur, ſed etiam liberi heredis inſtituti, hoc ipſum verò ita tamen vt non idcirco grauatus ſit heres ſcriptus erga proprios liberos, nec ei ſit interdicta poteſtas de tota hereditate pro arbitrio diſponendi, prudentis ſanè teſtatoris eſt, nec adeò cuique obuium, ſiue de vulgari tantùm ſubſtitutione loquamur cum Scæuola, ſiue de fideicommiſſo quod

ſub illa

ſub illa condicione *ſi ſine liberis* relictum proponatur. Itaque ſi fingas non fratrem teſtatoris heredem ſcriptum fuiſſe, ſed extraneum, cuius liberi non poſſint ab inteſtato ſuccedere teſtatori, non ſimiliter patiar te dicere, quod ait Scæuola, teſtatorem non tantùm heredem ſcriptum, ſed & eius liberos ſubſtituto prætuliſſe, ne quidem ad excluſionem ſubſtituti, quia cùm vulgaris ſubſtitutio fiat in caſum hereditatis non aditæ, fieri nullomodo poteſt, vt heredis qui repudiauit, aut ante aditam deceſſit, liberi, qui ab inteſtato ſuccedere nequeunt, ſubſtituto prælati eſſe videantur. Fateor non eò minus facturos eos vt excludatur ſubſtitutus tanquam defectus condicione, ſi ſubſtitutionis condicio non eum duntaxat caſum complectatur, quo hereditas non ſit adita, ſed etiam illum, quo heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit ante aditam hereditatem. At non ex eo fiet vt liberi prælati dici poſſint, qui nec ipſi vllum ius in iis bonis habere poſſint, neque ex teſtamento, quia non ſunt vocati, neque ab inteſtato, quia teſtatori ſunt extranei, neque ex perſona patris, magis quàm ex propria, quia nec quicquam iuris in iis bonis pater habuit, aut habere potuit, non adeundo. Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis diuerſa ratio eſt in eo, quod cùm fiat in caſum aditæ hereditatis, facit proculdubio vt eius qui rogatus eſt liberi, quamuis extranei teſtatori, non modò excludant ſubſtitutum per defectum condicionis, ſed etiam admittantur ipſi ab inteſtato & ſuccedant non equidem teſtatori, cuius hereditatem aditam fuiſſe ponendum eſt, ne alioqui fideicommiſſum intercidat, ſed patri, licèt non ex nouo proprióque fideicommiſſo. Sed tamen probare non poſſum, quod ab iis etiam admiſſum video, qui nobiſcum ſentiunt, liberos in condicione poſitos non eſſe in diſpoſitione. Hoc quoque caſu dicendum teſtatorem prætuliſſe ſubſtituto non tantùm heredem rogatum, ſed & eius liberos. Quandoquidem non aliud efficit voluntas teſtatoris ponentis Titij heredis inſtituti liberos in condicione fideicommiſſi, niſi vt ſi ſuperuixerint patri, excludant ſubſtitutum *l. filiusfamilias* 114. §. *cùm erit rogatus de legat.* 1. *l. cum pater* 77. §. *volo de legat.* 2. Sed vt præferantur ſubſtituto etiam ab inteſtato, non facit, quia quod patris grauati hereditas ab inteſtato peruenit ad eius liberos, & conſequenter cũ hereditate illa etiam bona quæ ad ſubſtitutum peruenire debuerant, ſi grauatus ſine liberis deceſſiſſet, non fit ex voluntate, iudicio, & prouidentia teſtatoris, ſed ex beneficio legis, quæ parentum inteſtatorum hereditates liberis defert. Nec minùs meo iudicio ridiculus eſt, qui liberos in condicione poſitos, ob id quòd excludant ſubſtitutum, dicit à teſtatore prælatos eſſe ſubſtituto, quàm ſi quis diceret teſtatorem qui heredem ſuum rogaſſet de reſtituenda hereditate, *ſi Titius proximis Calendis Ianuariis Conſul factus non eſſet*, aut *ſi nauis ex Aſia non venerit*, videri prætuliſſe ſubſtituto non ſolùm heredem rogatum, ſed etiam Titium, aut quod multò abſurdius fuerit, nauim quæ ex Aſia venerit. Aliud enim eſt ſubſtitutum excludi per liberos in condicione poſitos: aliud verò eos ipſos, per quos excludatur vocari aut præferri. Excluditur ſiquidem ſubſtitutus non tam ob perſonas liberorum, quos teſtator in condicione poſuit, quàm ob defectum condicionis. Eo prorſus modo quo excluderetur ſi non perſonæ liberorum in condicione poſitæ eſſent, ſed aduentus nauis ex Aſia, vel quid aliud ſimile & inanimatum, in quod nulla cadere poſſit adfectio teſtatoris ad fideicommiſſum tacitum ex coniectura inducendum. Longéque aliud eſt, quod Scæuola in ſpecie ibi propoſita reſpondit, prudentem teſtatorem, non modo fratri eiu prætuliſſe ſubſtitutia, ſed & ipſius liberos. Tractat enim, vt iam diximus, non de fideicommiſſaria ſubſtitutione, ſed de vulgari, quæ cùm fiat in caſum non aditæ hereditatis, ſi addatur condicio non exiſtentium liberorum, qui ſint capaces ſuccedendi inteſtato teſtatori, facit proculdubiò, vt qui poſiti ſunt in condicione liberi videãtur prælati, adeóque tacitè vocati, licèt non niſi ab inteſtato. Non aliter quàm ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, Seius heres eſto*, quo caſu noſter idem Scæuola reſpondit in *l. ſi quis ita* 82. *eodem titu.* deficere condicionem teſtamenti legitimo hereditatem vindicante, atque ita eſſe potiorem cauſam legitimi quàm teſtamentarii ſucceſſoris, adeóque ex teſtatoris voluntate non quaſi legitimum illum ſucceſſorem, ſi heres eſſe vellet, inſtitutum eſſe, aut pro inſtituto habendum voluerit, quem tantùm poſuit in condicione, ſed quia ponendo eum in condicione ad excludendum inſtitutum, vtique prætulit eum inſtituto, quamuis ab inteſtato: Etſi in eo differt ſpecies illa ab hac quam nunc tractamus, quod ſi legitimus heres hereditatem vindicare nolit aut nõ poſſit in ſpecie *dict. l. ſi quis ita*, inſtitutus omnimodo admittitur, tãquam in eum ipſum caſum ſcriptus. At in ſpecie *l. Titius*, fieri poteſt vt Titij heredis liberi nolint aut nõ poſſint patruo ſuccedere ab inteſtato, nec tamen eò minùs excludant ſubſtitutos vulgares propter vim & poteſtatem cõdicionis, quæ non ita fuit cõcepta *ſi Titius prius moreretur quàm hereditatem adiiſſet aut eius liberi heredes eſſe nollent*, ſed ita, *ſi prius moreretur quàm hereditatem adiiſſet, aut liberos non haberet.* Vt proinde ad excludendum ſubſtitutum ſufficiat liberos截 ſupereſſe, licèt heredes eſſe nolint aut non poſſint, quandoquidem ſola eorum, vt ita dicam, ſuperexiſtentia, facit deficere condicionem vulgaris ſubſtitutionis. Commutata diſiunctiua in coniunctiuam propter eam rationem quam diximus, acſi ſubſtitutio facta eſſet in vnũ illum caſum, quo Titius ante aditam hereditatem ſine liberis moreretur, vt idem ipſe Scæuola noſter interpretatur. Quo caſu dubitari non poſſet quin ſuperſtitibus liberis ex Titio ante aditam hereditatem defuncto, ſubſtituti omnimodò excluderentur, tanquam defecti condicione tametſi liberi illi patruo inteſtato ſuccedere vel noluiſſent, vel non potuiſſent, *d. §. cùm erit rogatus*, quamuis locus ille ſit de fideicommiſſo, non de vulgari ſubſtitutione. Nulla enim hac parte inter vulgarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem differentia eſt, vbi eadem vtriuſque cõdicio eſt. Ex eóque apparet quàm parum ad rem faciat quod aduerſus gloſſæ ſententiã, quam nos probamus, plerique obiiciunt nimis reſtrictum iri Scæuolæ reſponſum ſi ad eos Titij heredis inſtituti liberos coarctetur, qui patruo inteſtati exitum facienti ſuccedere poſſent ab inteſtato. Quoniam, inquiunt, non alij fratris filij alteriúſve gradus agnati aut cognati ad legitimã ſucceſſionem admitti poſſint, quã qui eo viuo iam cõcepti fuiſſe probentur, *l. 1. §. ſi quis proximior. ff. vnd. cognat. l. Titius 6. cum ſeq. ff. de ſuis & legit.* Cùm tamen non eò minus verum ſit deceſſiſſe Titium ſuperſtitibus liberis quòd ij fuerint cõcepti poſt mortem patrui, atque ita defeciſſe condicionẽ. Fateor enim æquè excludi ſubſtitutos ob defectam condicionem, quotieſcunque Titius liberis ſuperſtitibus deceſſerit ante aditã hereditatem ſiue

concepti illi fuerint patruo adhuc viuo, ſiue illo iam defuncto, quia poſiti ſunt in condicione tanquam liberi & ſuperſtites, non etiam ſub ea condicione ſi poſſent aui vellēt eſſe heredes. Nec rurſum nego teſtatorem non poſſe dici prætuliſſe ab inteſtato fratris filios, quos quia ſe viuo concepti non fuerint, heredes ab inteſtato habere non poſſit. Sed nego quicquam in eo abſurdi eſſe, quoniam ad tuendam teſtatoris voluntatem, & vt verum ſit quod ait Scæuola teſtatorem non modò fratrem, ſed & fratris liberos prætuliſſe ſubſtitutis, ſufficit quòd teſtamenti tempore potuerit teſtator cogitare de fratris liberis qui ſe viuo conciperentur, etiamſi nullos dum fortaſſis eo adhuc tempore conceptos haberet frater. Illud enim poſtea facilè poterat euenire vt viuo auo conciperentur ij quos exinde concipi contingeret, ſiue quòd aliud plerumque ſit tempus teſtamēti, aliud mortis teſtatoris, nec quicquā prohibeat multis poſt factum teſtamentum annis ſuperuiuere teſtatorem, ſiue quòd in facienda vulgari ſubſtitutione teſtator eum caſum neceſſariò expreſſiſſet, cuius euentus non poterat in id tempus differri, quod à die mortis teſtatoris longè diſtaret, nempe *ſi Titius ante aditam hereditatem ſine liberis deceſſiſſet*, Non enim multo pòſt teſtatorem tempore poteſt decedere, qui decedit ante aditam hereditatem, quoniam adeundi tempora, vt plurimùm breuia ſunt & anguſta, vel quia heres cum cretione ſit inſtitutus, id eſt ſub condicione illa, quæ olim vulgaris frequénſque fuit, *ſi intra centum dies hereditatem meam adierit, creuerítque*, vt eſt apud Vlpianum *titul. 22. l. Pannonius 85. D. de acquir. hered. l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Vel quia cunctante herede, & aditionem in longiorem diem differente ſolet ei à prætore præſtitui tempus intra quod vel adire debeat vel repudiare. Id videlicet poſtulantibus creditoribus legatariis & aliis ſi qui ſunt quorum interſit quàm citò aditam eſſe hereditatem. Quod tempus vt plurimùm ſolebat olim eſſe centum dierum *l. 1. 2. & paſſ. ff. eod. tit. de iur. delib.* ſicut & intra centum dies bonorum poſſeſſio ex edicto prætoris erat admittenda, præterquàm in liberis & parentibus, quibus tanquam ad bona penè propria venientibus erat annus in eam rem præfinitus *leg. 1. §. largius & ſeq. D. de ſucceſſ. edict. iunct. leg. vltim. D. qui ord. in bon. poſſ. ſeruet. leg. penultim. D. rat. rem hab.* Itaq; vix eſſe poteſt vt heres inſtitutus decedat ante aditam hereditatem ſuperſtitibus iis liberis qui non fuerint viuo teſtatore cōcepti, poſſétque id euenire multo faciliùs in fideicommiſſaria ſubſtitutione, cui condicio illa adſcripta eſſet, *ſi heres grauatus quandoque ſine liberis moreretur*, cùm poſſit heres multis poſt aditam defuncti hereditatem annis vxorem ducere, liberos ſuſcipere, tum iis ſuperſtitibus mori, nullis ſcilicet temporis anguſtiis eo caſu coarctatus. Denique tametſi ponas in ſpecie huius legis nullos ex fratre filios viuo teſtatore conceptos fuiſſe, non eo minùs tamen verum eſt, quod vult Scæuola prudens animaduerti conſilium teſtantis, qui non tantùm fratrem ſuum, ſed etiam fratris liberos prætulerit ſubſtitutis, Relatione ſcilicèt facta ad id, quod euenire potuit, potiùs quàm ad id quod euenit. Nec proinde quicquā cauſæ eſt cur cum interpretibus contrariæ ſententiæ aſſertoribus dicamus liberos in condicione poſitos, cenſeri debere hoc caſu vocatos, vt præferantur ſubſtituto. Cùm abundè ſit ſatisfactum & verbis condicionis & voluntati teſtatoris, ſi excludant ſubſtitutum, quomodo excludunt proculdubiò omni caſu, licèt ipſi non admittantur. Neque enim defendi poteſt quod aliquando, vir quidam, alioqui non inſubtilis, dicebat, in ſpecie huius legis ſingulari quodam iure admittendum eſſe vt patruo poſſint ab inteſtato ſuccedere, illi quoque fratris liberi, qui non niſi mortuo iam auo fuerint concepti, ſi modò eo tempore concepti reperiātur quo incipiat ex lege deferri legitima hereditas: Quæ in propoſito ſicuti non prius deferri poteſt quàm teſtator fecerit exitum inteſtati: Ita nec prius quàm frater heres inſtitutus excluſus ſit per mortem ab adeunda hereditate. Nā etſi in id vſque tempus pendet cauſa teſtati, quàm penitus extinctam eſſe neceſſe eſt, priuſquàm de legitima ſucceſſione quæri poſſit, *l. ſi is ad quem 22. l. quandiu 39. D. de acquir. hered.* non ideò tamen ſit vt capax ſit ſuccedendi ab inteſtato is qui non fuit conceptus viuo patrefamilias cui ſuccedere velit. Vnde illud etiam eſt, quòd quamuis in ſuis ſit ſucceſſio vno illo caſu quo poſt teſtatoris mortem delatio legitimæ hereditatis ex aliqua cauſa manſerit in ſuſpenſo (ſufficit enim vt alij nulli ante hunc, qui ab inteſtato ſuccedere vult delata ſit legitima hereditas, *l. 1. §. ſciendum D. de ſuis & legit. l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. ſcripto 7. D. vnd. lib.*) non alij tamen poſſint ſuccedere, quàm qui mortis tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel ſaltem concepti, *dict. §. ſciendum in fin. dict. leg. Titius & ſeq. D. de ſuis & legit.* Sed illud multò minùs ferre poſſum, quod alij volunt apud Scæuolam, qui de vulgari tantùm, vt diximus, ſubſtitutione loquitur, non fuiſſe liberos poſitos in condicione fauore patris cùm poſiti fuerint in eum caſum, quo pater ipſe ante aditam hereditatem moreretur, ſed ipſorum liberorum intuitu vt ſubſtitutis præferrentur, à quibus alioquin excluſi fuiſſent: indéque fieri conſequens, vt eo ſaltem caſu intelligantur ipſi vocati ex teſtamento, vt quamuis non poſſint admitti tanquam heredes directò inſtituti, tamen admitti debeant iure fideicōmiſſi cùm habeant claram voluntatem defuncti, qui eos proprio ipſorum non alterius fauore poſuit in condicione. Non nego quod illi aiunt, non poſſe videri liberos in hac ſpecie poſitos in condicione fauore patris, quomodo viderentur vtique ſi de fideicommiſſaria nō de vulgari ſubſtitutione tractaremus. Sed nego fuiſſe ideò vocatos, cum nihil prohibeat fuiſſe poſitos in cōdicione ad excludendū ſubſtitutum, vt ei ab inteſtato præferrētur, vtq; cauſa inteſtati præcederet hoc caſu cauſam teſtati: quēadmodum & in ſpecie *d. l. ſi ita quis.* Illud verò multò magis nego, vocatos illos eſſe tanquam ex fideicōmiſſo, nō ſolùm quòd fideicommiſſi verba nulla proponantur, Sed etiam quia nec fideicōmiſſum vllum comminiſci poſſumus, quin perſona aliqua ſit, à qua relinqui dariq; potuerit. A quo autē in propoſito datum præſtādúmq; dicemus? An à patre qui nūquam heres fuerit? Minimè. Fiunt enim fideicōmiſſa in caſū agnitæ hereditatis, nec aliter valere poſſūt quàm ſi hereditas ex teſtamento adita proponatur, quoties fideicommiſſum teſtamento relictum fuit, *l. ſi neme 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam 14. C. de fideic.* An verò à ſubſtitutis? At ne hoc quidem dici poteſt, cùm excluſi ſint vulgares ſubſtituti per defectum condicionis, ſub que fuerant vocati. Neque verò ſi ſemel admiſſi eſſent, fieri vnquam poſſet vt ad liberos in condicione poſitos bona recurrerent, ſiue teſtamentariæ, ſiue legitimæ ſucceſſionis, aut fideicōmiſſi iure. An denique à legitimis heredibus? Atqui ponimus, non alios fuiſſe teſtatori legitimos heredes agnatóſve proximiores, quàm hos ipſos fratris

inſtitu-

inſtituti liberos poſitos in condicione, quos etiam dicimus prælatos fuiſſe ab inteſtato. Concludendum igitur eſt, Nullo prorſus caſu liberos poſitos in cõdicione, vocatos dici poſſe ex teſtamento, neque directò, neque per fideicommiſſum, ſiue directa ſubſtitutio facta ſit, ſiue precaria.

Ad §. ex facto l. ex facto 17. ff. ad SC. Trebell.

CAPVT XX.

QVoniam huius loci mentionem aliquam fecimus in præcedentibus, de ipſius quoque ſententia dicendum nobis eſt. Nam & occurrit inter cæteros, de quorum interpretatione tractant noſtri, cùm diſputant, Vtrum liberi in fideicommiſſi condicione poſiti, ſint etiam in diſpoſitione, Ex eóque mouentur qui nobiſcum negant eſſe, nec malè meo iudicio. Idipſum enim probat, ni fallor, apertiſſimè. Rogauerat quædam mulier filium ſuum, vt ſi ſine liberis decederet hereditatem reſtitueret fratri ſuo. Is poſtea deportatus, in inſula liberos ſuſceperat. Quærebatur apud Vlpianum, an fideicommiſſi condicio defeciſſet. Placet Vlpiano, Conceptos quidem ante deportationem licet poſteà edantur efficere vt condicio deficiat, poſt deportationem vero quaſi ab alio ſuſceptos non prodeſſe. Maximè, inquit, cùm bona etiam cum ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vindicanda. Quis verò huiuſmodi diſtinctionis effectus eſt? Vnus ille, quod cùm fideicommiſſi condicio deficit, propter liberos ante deportationem conceptos, bona omnia deportati ad fiſcum pertinent ex ſententia deportationis, quæ bonorum omnium publicationem ſemper comitem habet. Ad quem tamen pertinere non poſſent, ſi fideicommiſſi condicio extitiſſet, quia in bonis fideicommiſſo ſubiectis fideicommiſſarius fiſco præfertur, & cùm non poſſint ad fiſcum peruenire bona cuiuſquam niſi cum ſuo onere, neceſſe eſt, vt perueniant cum onere fideicommiſſi, ſi quod debitum eſſe proponatur, *l. vnic. C. pœn. fiſcal. cred. præf. lib. 10. tit. 7.* Atqui ſi liberi poſiti in condicione hoc ipſo vocati intelligerentur, dicendum eſſet eos, qui ante deportationem concepti fuiſſent, non magis fiſco prodeſſe debere ad augendum publicationis emolumentum, quàm ſi poſt deportationem concepti probarentur, quia ipſi non modò fideicommiſſarium excluderent tanquam defectum condicione, ſed etiam fiſcum, hactenus ſaltem, vt ſi fiſcus vniuerſa deportati bona ante ſuſceptos liberos occupaſſet, fideicommiſſum tamen ad quod illi vocati eſſent, iiſdem reſtituere teneretur. Id enim eſt quod lex ait, bona deportati non niſi cum ſua cauſa fiſco eſſe vindicanda. Et ita Bartolus locum hunc intelligit, ac poſt eum cæteri veteres ferè omnes qui nec dubitarunt, quin poſiti in cõdicione liberi nullomodo vocati viderentur. At illi quibus contraria ſententia placet, negant rectam eſſe interpretationem. Volunt enim hoc ipſum, quod lex ait, Liberos ante deportationem ſuſceptos efficere, vt deficiat condicio fideicommiſſi, ſic accipi debere, vt ipſi cõmodum ſentiant ex fideicommiſſo illo tacito, quod in bonis teſtatoris poſt patris mortem iis relictum intelligatur, Propterea quod nõ potuerint fiſco deferri niſi cum ſua cauſa. Húncq; ſenſum eſſe illorum verborum, *maximè cùm etiam bona quodammodo cũ ſua cauſa fiſco ſint vindicãda.* Clauſulam enim illam in fine reſponſi poſitam, ad omnia præcedentia referri debere, *ex l. talis ſcriptura 30. in fin. de legat. 1.* Quomodo illi contra Bartolum ratiocinantur, Sed parum ſubtiliter ſi quid video. Nam quod Vlpianus ait, filios poſt deportationem conceptos quaſi ab alio ſuſceptos non prodeſſe, nullum penitus alium ſenſum habere poteſt, quàm vt non proſint fiſco, De quo enim alio Vlpianus ſenſiſſet? An fortè verendũ erat, ne quis putaret eos prodeſſe patri deportato ad euitandam pœnam, quæ iam inde antè quàm ſuſcepti eſſent fuerat irrogata, non ſolùm per ſententiam, ſed etiam per ſubſecutam ſententiæ executionem? Nimia vero ridiculus ille eſſet, qui vel per ſomnium id putaret. Ergo cùm Vlpiani ſententia manifeſtiſſima illa ſit, vt liberi poſt deportationem concepti, quaſi ab alio ſuſcepti, non proſint fiſco. In liberis vero ante deportationem conceptis licet pòſt editis, aliud conſtituendum putauerit. Prorſus conſequens eſt vt non dubitauerit, quin liberi ante deportationem concepti fiſco prodeſſe deberent. In quo autem prodeſſe? Niſi in eo vt facerent deficere fideicommiſſi condicionem. Contra quem igitur, niſi contra fideicommiſſarium ad eum excludendum? Atqui non prodeſſent fiſco, ſi ius ita eſſet, vt illi ipſi qui fideicommiſſarium excluderent per defectum condicionis, ad fideicommiſſum inuitati cenſerentur. Quid enim propter eos lucraretur fiſcus, qui in vtrumque caſum aut fideicõmiſſario fratri heredis rogati, eiuſdémq. deportati, aut ipſius liberis fideicommiſſum reſtituere deberet? Aut quid eius poteſt intereſſe, an illi an iſtis fideicommiſſum reſtituat? Igitur vt verum ſit quod Vlpianus ait, prodeſſe fiſco liberos qui ex deportato ante deportationis ſententiam concepti ſunt, licèt poſteà ſint editi, omnimodo ſic intelligi debet, vt deficiente propter eorum exiſtentiam condicione fideicommiſſi, quod à deportato relictum fuerat ſub ea condicione, *ſi ſine liberis moreretur*, fiſcus vniuerſa deportati bona retineat, quæ alioquin fideicommiſſario reſtituere debuiſſet, ſi aut ſine liberis ille deceſſiſſet, aut eos tantùm liberos reliquiſſet, qui poſt deportationẽ concepti fuiſſent. Nam quod in contrarium obiicitur, clauſulam illam quæ habet bona deportati quodammodo cùm ſua cauſa fiſco eſſe vindicanda, referri debere ad omnia præcedentia, ideò quòd in fine reſponſi poſita ſit, prorſus improbabile eſt. Nec enim ad alium caſum referri poteſt, quàm quo relictum fuerit fideicommiſſum à deportato. Vlpianus verò non aliud fideicommiſſum ab eo relictum ſupponit, quàm quod condicionem illam habuerat, *ſi is ſine liberis moreretur.* De ipſis autem liberis an vocati eſſent nullomodo dubitauit, at ne quidem de ea dubitatione cogitauit, quæ in illa vſque tempora nulli vnquam ex prudentibus venerat in mentem. Immò verò prorſus ocioſa eſſet quæſtio, & inanis ſi liberi poſiti in condicione vocati cenſerentur. Nam ſiue ante, ſiue poſt deportationem ſuſcepti eſſent liberi, ſiue fideicommiſſarium excludere deberent, ſiue non deberent, vtique ſemper facerent, vt in omnem caſum fiſcus omnimodo excluderetur: Soláque inter liberos in condicione poſitos, & fideicommiſſarium quæſtio ſupereſſet, An pro liberis haberi deberent ad extinguendam fideicommiſſi condicionem, liberi illi qui ex deportato editi fuiſſent, ſiue ante, ſiue poſt deportationem concepti. Atqui non poteſt negari quin Vlpianus de iure fiſci diſputet, concludátque liberos in condicione poſitos, ſi modò concepti ſint ante deportationem fiſco prodeſſe, non ſibi, vt iam probauimus. Probat ergo hic locus apertiſſimè, Liberos in condicione poſitos, licèt ab aſcendente nõ cenſeri vocatos, ne quidem quod magis eſt ad fiſcũ

Digitized by Google

excludendum, tametſi fideicommiſſarium excludant: Illam certè clauſulam, *maximè cum etiam bona cum ſua quodãmodo cauſa fiſco ſint vindicanda*, fateor parum accommodatè his verbis conceptam eſſe ſubiectámque ei quod proximè dictum erat, ſuſceptos poſt deportationem liberos, quaſi ab alio ſuſceptos, fiſco non prodeſſe. Nam etiamſi bona non niſi cum ſua cauſa peruenire ad fiſcum poſſint, non eò minùs tamen prodeſſent fiſco liberi ad fideicommiſſarium excludendum, bonáque retinenda, ſi ante deportationem concepti proponerentur. Itaque nihil commune habet ratio illa cum dicto: Et contrà, illo etiam caſu quo liberi ante deportationem concepti, prodeſſe debeant fiſco, non eò minùs verum eſt ad fiſcum deuoluta fuiſſe bona illa deportati omnia cum ſua cauſa. Nec rurſus video cur in ea ratione interſeri debuerit ea dictio *quodammodo*. Quaſi verò non omnimodo & perpetuò veriſſimum ſit bona deportati ad fiſcum deuolui, cum ſua omni prorſus cauſa, & cum ſuo onere, vt Paulus loquitur, in *lege in facto 60. §. fiſcus. de condicio. & demonſtratio. leg. cum fiſco 9. Digeſt. ad Senatuſconſultum Silanianum. lege ſecunda, §. vltimo. Digeſt. ſi quis aliq. teſt. prohib. leg. ſi ſeruus 50. §. ſi quis. de legat. 1. l. ſecunda, de aliment. & cibar. legat. lege tertia, in fin. l. recuſare 6. §. ſi fiſco. Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebellianum. lege fiſcus 6. lege dicitur 14. & paſſ. Digeſt. de iur. fiſc.* Indéque nimirum coniiciebam aliquando, quod nunc ferè auſim adfirmare Triboniani eſſe potiùs quàm Vlpiani clauſulam illam, paulatímque in illam quoque ſuſpicionem veniebam, vt Triboniano totum reſponſum adſcriberem, ab illis ſaltem verbis, *nos igitur hoc dicemus*. Neque enim ſic Vlpianus loqui ſolet, præſertim qui de ſe in ſingulari numero priùs fuerat locutus primis illis verbis. *Ex facto tractatum memini*. Sed nec præcedentia illa redolent Vlpianum, *Quærebatur igitur an fideicommiſſi conditio defeciſſet*. Maximè verò ſubiecta ſtatim & inſulsè repetita eadem dictione *igitur* in iis ſequentibus, *nos igitur hoc dicemus*, quę tamen omnia Triboniano, cæteriſque compoſitoribus ſuam in omnibus autoritatem & ſententiam vltrò audactérque interponentibus, excidere facilè potuerunt. Quamquam parum referret cuiuſnam eſſet reſponſum, Vlpiani an Triboniani, ſi diſtinctio illa, de liberis ante vel poſt deportationem conceptis, rationi iuris conueniret. Sed me illud magis mouet, quod abhorret à iuris ratione. Conſtat enim matrimoniũ non ſolui deportatione, vel aquæ & ignis interdictione *l. ſed ſi alia 5. §. 1. D. de bon. damn. l. res vxoris 24. ver. ſin autem. C. de don. inter vir. & vx. Nou. 22. de nupt. ca. 8.* Nimirum ſi caſus in quem maritus incidit, non mutet vxoris adfectionem, vt eleganter & apertè ſcriptum eſt in *lege prima, Codice de repud.* Alioqui ſi mariti fortunam ſequi mulier nollet, proculdubiò matrimonium diſſolueretur, *leg. ſi quis ſic ſtipuletur 56. D. ſolut. matrim.* quæ ſic omnino accipienda eſt. Cùm igitur poſt deportationem quoque duret matrimonium, ſi vxoris conſenſus duret, ac proinde idem numero matrimonium ſit & maneat quod fuerat ante deportationem, planè non video cur liberi ex eo matrimonio quamuis poſt deportationem concepti, non debeant prodeſſe ad extinguendum fideicommiſſi condicionem, haud ſecus ac ſi ante deportationem concepti eſſent, cùm fieri nequeat, vt veri liberi & legitimi non ſint, qui ſunt ex vero matrimonio, nec rurſus vt ex alio homine ſuſcepti videantur, qui ex eodem matrimonio ſuſcepti ſunt. Quomodò enim idem matrimonium dici poſſet, ſi mariti perſona per pœnam deportationis mutata eſſe intelligeretur? Aut quomodò nouum & aliud matrimonium dici deberet, quod in eo ſtatu, id eſt, poſt deportationem cum eo contrahi amplius non poſſet? Multa ſiquidem facta durant, quæ fieri prohibentur, & longè difficilius eſt contrahi matrimonium, quàm quod iam contractum fuerat retineri, *l. patre furioſo. 8. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Matrimonium enim non niſi inter ciues Romanos contrahitur, *§. 1. Inſtitut. de nupt.* Contractum tamen inter eos quoque retinetur, qui ciuitatem Romanam amiſerunt, dummodò retinuerint libertatem, quam certè retinet deportatus, *dict. leg. 5 de bon. damnat.* Ergo non poteſt verum eſſe quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus, vt hanc ſuam diſtinctionem adſtrueret, ita ſcripſit, *poſt deportationem verò ſuſceptos, quaſi ab alio non prodeſſe*. Cùmque certiſſimum ſit, quod iam ſæpius alibi monuimus, condicionum verba naturaliter non ciuiliter eſſe accipienda, *l. qui heredi 44. l. Mæuius. 55. de condic. & demonſtr. l. heredibus 77. §. 1. ff. ad Senatuſconſult. Trebellian.* Planè non video cur huiuſmodi condicio, *ſi ſine liberis*, non deficiat ſuperſtitibus ex iuſto deportati matrimonio liberis, licèt poſt deportationem conceptis. Nam ſi naturales quoque liberi, id eſt, à natura ſola non etiam à lege cogniti faciunt, vt fideicommiſſi ſub eadem condicione relicti condicio defeciſſe intelligatur, quemadmodum in §. præcedente Vlpianus ex Papiniano ſcribit, vtique ſunt iſti plus quàm naturales, qui etiam legitimi naſcuntur, licèt non in patris poteſtate. Fefellit Tribonianum quod in ea ſpecie, quam Vlpianus tractat in §. ſequenti, talem diſtinctionem videtur probare iis verbis, *ſed ſi ſeruus pœna fuerit conſtitutus nullo antè concepto filio*. Verùm debuit animaduertere quod ex eodem illo §. probatur optimè & apertiſſimè, aliam eſſe rationem deportati, aliam eius qui ſeruus pœnæ factus ſit. Deportatus enim licèt amittat ciuitatem, retinet tamen libertatem, vt diximus, & conſequenter matrimonium. At is qui ſeruus pœnæ factus eſt, puta in metallum damnatus, cum ciuitate amittit etiam libertatem, & ideò cum exinde pro mortuo habeatur, quia ſeruitus adſimilatur morti, *l. intercidit 59. in fin. de condic. & demonſtrat.* non magis retinere matrimonium poteſt quàm contrahere, *d. l. 5. de bon. damnat. d. l. res vxoris 24. C. de donat. inter vir. & vxor.* Itaque in illo, qui ſeruus pœnæ factus liberos reliquit, cùm eſſet rogatus hereditatem reſtituere, *ſi ſine liberis moreretur*, neceſſaria eſt illa diſtinctio, An liberi concepti ſint ante pœnam irrogatam ex condemnatione, an poſt, quoniam qui poſteà concepti ſunt, non poſſunt videri concepti ex eo homine, qui non modò matrimonium liberóſve habere non potuerit, ſed nec vitam habuiſſe intelligatur. Sed hoc inſpecta iuris veteris ratione. Nam hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem, *Nouell. 22. de nupt. dict. cap. 8.* nulla hac parte differentia eſt inter deportatos & in metallum damnatos, poſtquàm placuit Iuſtiniano neminem benè natum fieri poſſe ſeruum pœnæ per ſententiam. Conſequens enim eſt, quod ibidem Iuſtinianus conſtituit, vt nec matrimonium quod antea benè contractum fuerat per huiuſmodi pœnæ irrogationem diſſoluatur, atque ita vt ſiue ante, ſiue poſt ſententiam concepti ex eo liberi, proſint fiſco ad excludendum fideicommiſſarium tanquam defectum condicione, ſi fideicommiſſum

miſſum petere quandoque velit. Ex quo magis intelligimus, quàm verum ſit, quod nos contra Tribonianum diſputamus, in eo herede rogato qui deportatus tantùm non etiam in metallum damnatus fuiſſet, huic diſtinctioni De liberis ante vel poſt deportationem conceptis, locum eſſe nunquam potuiſſe, quia nunquam ita ius fuit, vt deportatione matrimonium diſſolueretur, ſi modò caſus mariti non mutaſſet vxoris adfectionem, quam porrò mutatam non fuiſſe neceſſe eſt, quoties poſt deportationem quoque mulier ex eodem marito liberos concepiſſe proponitur. In eóque miror erraſſe virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium, qui ſupradictas leges quaſi pugnantes non aliter ſibi viſus eſt conciliare poſſe, quàm ſi diceret, matrimonium deportatione non diſſolui iure gentium, ſed iure Quiritium diſſolui, quod falſum eſſe conſtat ſatis ex ſuperioribus, ſed conſtabit etiam apertiùs ex iis quæ de tota illa quæſtione pluribus tractaturi ſumus in prima parte operis noſtri nondum editi, nec abſoluti, cui titul. erit *Iuriſprudentia ſcientia.* Cuius abſoluendi edendíque ſtudio mirabiliter vrgemur, nec labori vlli parcimus, vt quod ſemper ſatagimus, nouo docendi iuris, ſcribendíque genere, ſtudioſorum commoda & diligentiam, DEO OPTIMO MAXIMO annuente, quantum in nobis erit adiuuemus.

* *
*

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus octauus.

Inſignis Tribsniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l. quamuis. 8. §. ſi mulier. D. ad Senatuſconſult. Vellean.

CAPVT I.

VLPIANVS *in l. quamuis.* 8. *§. ſi mulier. D. ad Senatuſconſult. Velleian.* refert ex Iuliani libro duodecimo Digeſtorum, Si mulier apud Primum pro Secũdo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas interceſſiones factas eſſe, vnam pro Secundo apud Primum, Alteram pro Primo apud creditorem ipſius, ideóque & Primo reſtitui obligationem & aduerſus eum. Subiicit autem eam Iuliani ſententiam à Marcello, qui ad Iulianum notas ſcripſit, notatam fuiſſe, quaſi in propoſita quæſtione diſtingui oporteat, Verum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum ſubdatur, & onus debitoris à quo transferre obligationem creditor voluit, ſuſcipiat, an verò quaſi debitrix delegetur. *Scilicet*, inquit lex, *vt ſi quaſi debitrix, delegata eſt, vna ſit interceſſio.* Hæc verò interpretatio, vt hinc exordiamur, vera eſſe meo iudicio non poteſt. Nam ſi ponas mulierem hanc quaſi debitorem Primi propter interuentionem quam apud Primum pro Secundo fecerat, delegatam eſſe creditori Primi, fatendum neceſſariò eſt duplicem eſſe mulieris interceſſionem, Vnam ex qua parte delegata eſt à Primo creditori ei (intercedit enim mulier, quæ patitur ſe delegari ab eo cuius verè debitrix antea non fuit, *l. debitrix* 24. *D. eodem. l. 1. Cod. eodem.*) Alteram, ex qua parte, *quaſi debitrix Primi*, quia non potuit Primi debitrix eſſe tempore ſecundæ delegationis, niſi quatenus apud Primum iam interueoerat pro Secundo. Ea namque interuentio fecerat debitricem Primi, vt mox creditori Primi quaſi debitrix delegari poſſet. Neque tamen negari poteſt quin Marcelli Iulianum reprehendentis mens illa fuerit, vt probaret altero diſtinctionis caſu vnicam duntaxat interceſſionem eſſe. Iulianus enim ſcripſerat indiſtinctè duas factas interceſſiones. Et certè ita eſt, vt vna tantùm interceſſio facta videri debeat, ſi, vt habet prima pars diſtinctionis, hoc actum proponatur, vt ab initio mulier in Primi locum ſubderetur, & ſuſciperet in ſe onus debitoris, Primi videlicet, à quo creditor transferre volebat obligationem, & conſequenter, vt ſubtilior ita verior eſt Marcelli ſententia, quàm Iuliani, licèt con-

trà Bartolus putet. Etſi enim ponimus vtroque caſu interueniſſe mulierem etia apud Primum pro Secundo; & quidem antequam interueniret pro Primo apud creditorem eius (alioqui non eſſet Marcelli ad Iulianum nota ſatis accommodata:) non tamen facit ea interuentio vt omnimodo pro Secundo apud Primum interceſſiſſe videri debeat, ſi nec habuit animum intercedendi, quomodo non poteſt videri habuiſſe cùm id egit vt ab initio intercederet pro Primo, id eſt, priuſquam de ſuſcipienda Secundi apud Primum obligatione cogitaret. Siquidem non tam quid factum quàm quid actum ſit inſpici debet, quoties de illo quæritur, An in fraudem ſenatuſconſulti aliquid geſtum ſit, néctie: Videtúrque prima illa interuentio mulieris pro Secundo apud Primum non aliam cauſam habuiſſe, quàm vt ſubſecutæ delegationi color quæreretur, ne contra Primi creditorem cui mulier delegabatur, poſſet illa iuuare ſe æquitate Senatuſconſulti, non ſecus ac ſi reuera Primi debitrix fuiſſet. Cùm tamen id omnino ageretur, vt non Primi debitrix fieret, ſed eius qui Primum habebat ſibi obligatum. Quis vero huius quæſtionis & diſtinctionis effectus eſſe poteſt, ne fruſtra Marcellus à Iuliano diſſenſerit, vnáque hoc caſu non duplicem ſcripſerit factam eſſe interceſſionem? is nimirum, ſi benè coniicio, qui ſit ei contrarius, quem Iulianus inducebat ex ſua illa duplicis interceſſionis aſſeueratione. Inductio illa erat, vt quia duæ eſſent interceſſiones, duplex quoque fieret reſtitutio veteris & priſtinæ obligationis. Vna in fauorem Primi aduerſus Secundum. Altera in fauorem præcipui creditoris aduerſus Primum. Id enim eſt quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit *& ideo & Primo reſtitui obligationem, & aduerſus eum*. Ergo à contrario ſenſu Marcelli ſententiam illam fuiſſe fatendum eſt, vt quo caſu non niſi vnam interceſſionem à muliere factam exiſtimauit, vnicam quoque duplicem veteris obligationis reſtitutionem fieri crediderit. Cuinſnam autem? An illius fortaſſe quæ Primo competierat aduerſus Secundum? Minimè verò. Neque enim hac parte interceſſionem vllam à muliere factam eſſe Marcellus exiſtimauit, niſi altero illo caſu quem nos non tractamus, quo mulier tanquam Primi debitrix creditori eius fuerit delegata. Alioqui non poſſis dicere, quid ille ſibi voluerit, cùm vnam duntaxat interceſſionem factam eſſe ſcripſit, quandoquidem negari nequeat, quin reuera interceſſerit mulier pro Primo apud creditorem, cui ſe delegari paſſa eſt pro debito alieno, cum Primo nihil ipſa deberet. Vt proinde fatendum neceſſariò ſit, vel duas ſemper eſſe interceſſiones, quod Iulianus dicebat, vel nullam in propoſita ſpecie pro Secundo apud Primum: cui planè conſequẽs eſt, vt nec vlla actio reſtitui poſſit Primo aduerſus Secundum: quoniam ea demum actio per prætorem reſtituitur quæ propter mulieris interceſſionem prorſus extincta eſſet, nec vnquam reſuſcitanda ſi mulier ſenatuſconſulti auxilio non adiuuaretur. Eſtque omnino inauditum, vt vbi mulieris interceſſio nulla eſt, reſtitutio aliqua fiat, quia nec neceſſe eſt, at ne quidem, vt ita dicam, poſſibile reſtitui actionem, quæ nunquam fuerit perempta. Nam & ob eam cauſam reſtitutoria illa actio dicitur etiam reſciſſoria *in l. ſi mulier 16. Cod. ad Senatuſconſult. Velleian.* quod non niſi reſciſſa mulieris interceſſione competat, & propter ipſam reſciſſionem. Adeò, vt ſi cùm nulla præcederet obligatio, mulier nihilominus id egerit intercedendo, vt quam obligationem alius contracturus erat ipſa in ſe ſuſciperet, reſtitutoria actio creditori nulla dari poſſit, ſed ea potiùs quæ inſtituat magis quàm reſtituat actionem, vt periode obligetur is cuius futuram obligationem mulier ſuſcepit, & eodem obligationis genere quo ipſa mulier eſt obligata: quemadmodum idem Vlpianus noſter tractat eleganter *§. ſi cùm eſſem penultim. dict. l. quamuis*. Atque ita ni fallor Marcellum interpretati fuiſſent omnes, ſi ab illis verbis, *an verò quaſi debitrix delegetur*, aliam planéque diuerſam interpretationem in ipſo Vlpiani contextu obſeruaſſent. Sed ne Marcelli & Vlpiani ſenſum ſanè per quàm ſubtilem aſſequi potuerint, Obſtitit primùm clauſula & interpretatio illa quam nos falſam eſſe iam docuimus, *ſcilicet vt ſi quaſi debitrix delegata eſt, vna ſit interceſſio*. Tum & multò magis quod ſequitur, *Proinde ſecundum hanc ſuam diſtinctionem in prima viſione vbi quaſi debitrix delegata eſt, exceptionem ex ſenatuſconſulto Marcelli non daret*. Contra quem verò non daret? An contra Primum agentem ex interuentione facta pro Secundo? Atqui de exceptione quod ad Primum attinet, tractari nullomodo poteſt, quia neque actio vlla eſt quæ Primo competat ex interuentione illa facta pro Secundo, nec proinde quæ poſſit elidi per exceptionem. Ponimus enim eandem mulierem mox à Primo delegatam fuiſſe creditori, atque ita per delegationem deſiiſſe debitricem eſſe Primi, factámque debitricem creditoris, qui à Primo ad mulierem transferre voluit obligationem. Itaque tametſi ſecundum Iulianum duplex ſit interceſſio, non tamen in ea Iulianus fuit aut eſſe quiſquam poſſit ſententia, vt duplex etiam ſit exceptio, quæ ex Velleiano detur aduerſus duplicem illam interceſſionem, cùm vna tantùm ſit actio, nimirum ex delegatione factà pro Primo apud creditorem eius, quæ ſicuti mulierem obligauit Primi creditori, ita & à Primo eam liberauit. Fieri ſiquidem nequit, vt ideo ſit debitor delegantis & eius cui delegatur, imò verò per delegationem transfertur obligatio à delegante ab eo in cuius commodum ſit delegatio, *l. delegare eſt. 11. & duab. ſeqq. D. de nouat.* Cùmque delegatio nouatio ſit, *l. ſi quis abſente 22. eodem.* nemo dubitat quin delegatione perſonæ ritè facta, iure nouationis vetuſtior contractus euanuerit *l. 2. §. vltim. & paſſ. C. eodem.* Qui enim debitorem ſuum creditori delegat pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem. 18. D. de fideiuſſ.* & conſequenter eam ipſam pecuniam quaſi breui manu à debitore ſuo accipere. Vnde fieri neceſſe eſt, vt vtrimque tollatur obligatio, & delegati ex qua parte deleganti tenebatur, & delegantis qui proprio creditori obſtrictus erat, ſoláque ſuperſit obligatio illa, quæ per delegationem nunc primùm contrahitur à delegato in eius fauorem cui delegatio fit. Id enim eſt quod *in §. interdum, dict. leg. quamuis*, idem Vlpianus noſter ſubiicit, Soluere eum quoque qui rem delegat: & Paulus *in l. inter cauſſas. 26. §. abeſſe. D. mandat.* abeſſe intelligi pecuniam fideiuſſori etiamſi debitor ab eo delegatus ſit creditori, licèt is ſoluendo non fuerit, quia inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. An ergo ſupradicta Vlpiani verba ſic intelligemus, vt non fuerit Marcellus mulieri daturus exceptionem Velleiani aduerſus creditorem Primi agentem ex delegatione, nimirum illo caſu quo vnam duntaxat interceſſionem à muliere factam eſſe exiſtimauit? At ne hoc quidem dici poteſt. Nulla

lus enim omnino caſus eſt in quo Marcellus credere potuerit non interceſſiſſe mulierem, quæ à Primo ſe delegari paſſa eſt, cum fateatur omni caſu ſaltem vnam eſſe interceſſionem. Nam vna illa vel prorſus nulla, vel ſi qua eſt, ea eſt quæ inducitur ex delegatione. Quod ſi interceſſio eſt, ergo admittit exceptionem ſenatuſcõſulti quod de fœminarum interceſſionibus factũ fuit. Nec proinde dici poteſt quo ſenſu donari queant verba illa *exceptionem ei ſenatuſconſulti Marcellus non daret*. Multò minùs verò ſi ea retineas quę pręcedũt, *in prima viſione vbi quaſi debitrix delegata eſt*, cùm ſit veriſſimum quod iam diximus & probauimus, eo caſu quo mulier quaſi debitrix à Primo delegata fuerit duplicem haud dubiè factam eſſe interceſſionem. Huic enim conſequens eſt vt quamuis non idcirco duplex exceptio mulieri competere poſſit, quoniã prioris interceſſionis cauſa per ſubſecutam delegationem tota perempta eſt, tamẽ vna ſaltem exceptio competat, ſcilicet aduerſus obligationem & actionem illam, quæ ſola ſupereſt ex cauſa factæ delegationis. Igitur vel nullo caſu, vel hoc vno debuit Marcellus exceptionem mulieri accõmodare. Taceo quod ſi verba illa *in prima viſione* ſic intelligas vt ſignificent primam partem illius diſtinctionis quam Marcellus probabat, non poſſunt conuenire ſequentia illa *vbi quaſi debitrix delegata eſt*. Ita n. Marcellus ſcripſerat *differentiã aliqua eſſe verũ hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locũ ſubdatur, & onus debitoris à quo obligationem transferre creditor voluit, ſuſcipiat, an verò quaſi debitrix delegetur*. Secũda itaq; nõ prima viſio & ſpecies illa Marcello fuit ſi mulier tãquam debitrix delegetur: eſſétque hic error ei perſimilis quem nos obſeruauimus lib. 1. c. 3. in *l. Mæuio* 41. §. 1. *de leg.* 2. quo loco verba illa, *vbi vir vxori relegat*, monuimus addita eſſe ab imperito interprete, diſtinctionem quam Iauolenus eo reſponſo tradit, malè ac perperam accipiente, & ad primam diſtinctionis partem referente, quod referre debuerat ad ſecundam. Neque tamen ſimiliter poſſum perſuaderi vt errorem hunc quem nũc primùm patefacio, adſcribam interpreti. Quia enim interpres quantumuis audax & imperitus tot verba, támque longam interpretationem textui inſerere auſus vnquam fuiſſet? Triboniano potiùs ſuccenſeo, qui cùm Marcelli notam non intelligeret, eámque ſic acciperet, quaſi mulieri damnoſa eſſet in eo quod ſenatuſconſulti exceptionem Marcellus mulieri dare nollet, fauens ille more ſuo longè plus æquo fœminis, putauit ſcilicet vir bonus aut corrigendam, aut certè temperandam Marcelli notam: addita etiam tota illa clauſula quæ ſequitur, & ex qua tantò manifeſtiùs fiet, quod volumus neque Vlpiani, neque Marcelli eſſe interpretationem hanc quam nos damnamus. Sic enim ſubiicit, *ſed condemnata vel ante condemnationem condicere vtique ei à quo delegata eſt poterit, vel quod ei abeſt, vel ſi nondum abeſt, liberationem*. Quid obſecro dici potuit inſulſius, adeóque mulieri ipſi damnoſius? Ponit mulierem condemnatam, aut omnimodo condemnandam, ſcilicet creditori cui à Primo fuerat delegata, quaſi ſecundum Marcelli ſententiam altero ſaltem diſtinctionis caſu non fuerit illa Velleiani exceptione adiuuanda: Cùm tamen neque Iulianus, neque Marcellus, neque Vlpianus, nec denique alius quiſquam ex prudentibus dubitare vnquam potuerit, quin aduerſus eam interceſſionem quam pro Primo mulier feciſſet, patiendo ſe delegari, iuuanda eſſet æquitate ſenatuſconſulti, non condemnanda. Nemo autem negauerit longè vtilius fore mulieri ſi non condemnetur quàm ſi condemnatæ aut condemnãdæ accommodemus condictionem, præſertim aduerſus alium, qui fortaſſe non ſit ſoluendo: quo ſaltem caſu fatendum eſt illuſorium & inane auxilium illud fore, quod mulieri præſtat Tribonianus. Quod verò idem ille vult, poſſe mulierem ei condicere à quo fuit delegata prorſus nouum eſt, & inauditum. Perinde namq. eſt ac ſi quis diceret poſſe illã ei condicere à quo fuit liberata: cùm per delegationem vt diximus contingat ipſo iure liberatio. Atqui fieri non poteſt vt debitori qui delegatur non ſit vtilis delegatio ex qua parte liberatur à primo creditore. Nec igitur fieri vlla ratione poteſt vt aduerſus eum creditorem à quo liberatus fuit vllam eo nomine acquirat actionem, multò minùs verò condictionẽ quæ nec alij dari ſolet quàm ei qui eſt aut aliquando fuit creditor, nec aduerſus alium quàm debitorem, ipſo iure potius quàm ex æquitate vlla liberatum. Fateor mulierem quæ delegatur, ita liberari à proprio creditore, vt tamen nouam obligationem contrahat, & creditori creditoris ſui fiat obnoxia, Ea cáque cauſa non nego ęquiſſimum eſſe vt nil obſtante illa liberatione ipſi ſuccurratur: Sed hoc contendo ſuccurrẽdum ei eſſe aduerſus illum cui obligata eſt, non aduerſus eum à quo fuit liberata. Nam & proditum eſt his ſolis condicendũ eſſe quibus quoquomodo ſolutum fuit nõ quibus ſolutio proficit, *l. his ſolis 49. ff. de cond. indeb.* Et rogo quænam cauſa ſatis iuſta eſſe poteſt propter quam ſuccurrẽdum ſit mulieri per condictionem ſiue aduerſus delegantem, ſiue aduerſus eum cui fuit delegata, niſi quia pro alieno debito interceſſit? At inducit ea res exceptionem ſenatuſconſulti, & quidem contra eum ſolum, cui mulier obligata eſt, non etiam condictionem: cui vtique locus eſſe non poteſt niſi vno illo caſu, quo mulier contra ſenatuſconſultum obligata vel iam ſoluerit, vel pro eo haberi debeat ac ſi ſoluiſſet, puta ſi debitorem ſuum delegauerit, vt idem Vlpianus ſubiicit *in d. l. quamuis, §. interdum*, vbi quod ait interdum mulieri intercedenti etiam condictionem dandam eſſe, an non oſtendit apertiſſimè nullum eouſque ab Vlpiano tractatum eſſe caſum, in quo exiſtimauerit competere mulieri condictionẽ? Tantùm abeſt vt in eo ipſo §. qui proximè pręcedit, condictionem ille mulieri accommodauerit aduerſus delegantẽ. Nã & illo caſu quo dat mulieri cõdictionem, dat vtique contra eum ipſum cui mulier fuit obligata & cui ſoluit ipſa aut ſoluiſſe intelligitur. Ergo & in propoſita ſpecie ſi mulieri cõdictionem dandam Vlpianus putaſſet, dediſſet vtiq; contra Primi creditorem cui erat illa delegata, & qui per delegationẽ ſolus mulieris creditor factus erat, non contra Primum à quo iam erat liberata. Sed & in eo grammaticum mendum eſt quod Tribonianus ait mulierem cõdicere poſſe quod ſibi abeſt: ſibi enim ſcribendum erat non ei. Duo ſunt quæ Tribonianũ videntur feſelliſſe. Vnum illud, quod putauit Marcellum non aliam ob cauſam à Iuliano diſſenſiſſe, quàm vt eo caſu quo vna tantum mulieris interceſſio eſſet, Senatuſconſulti exceptionem mulieri denegaret. Cùm è contrario non id egerit Marcellus vt duriorem faceret mulieris condicionẽ, ſed potiùs vt negaret reſtituendã Primo actionem in Secundũ, quam tamen reſtituendam eſſe dixerat Iulianus; in quo nullũ mulieris damnum eſt, cuius nec quicquã intereſt an ea actio Primo reſtituatur nécne, cui nimirum ſufficit quod neq. à Primo conueniri poteſt interuentione facta pro Secundo, quandoquidem

ab eo liberata eſt per delegationem, &, ſi liberata non eſſet, haberet nihilominus exceptionem Velleiani, neque à creditore cui delegata eſt, propter exceptionem perpetuam, quam habet ex ſenatuſconſulto aduerſus interceſſionem. Iſque ſecundus Triboniani lapſus fuit, quod exiſtimauit fortaſſe exceptionem ſenatuſconſulti quam obiicere mulier poterat aduerſus Primum agentem ex interuentione apud ſe facta pro Secundo, non poſſe obiici creditori cui facta eſt delegatio, *ex l. ſi quis delegauerit. 12. ff. de nouat.* Nec animaduertit differre hac parte exceptionem Velleiani, ab exceptione doli, Macedoniani, & cæteris huiuſmodi, hactenus vt perinde poſſit obiici ei cui delegatio facta eſt atque ipſi delegauti, quoniam in delegatione quoque & ſecunda promiſſione perinde ac in prima interceſſio eſt, vt Paulus eleganter tractat *in l. doli 19 §. diuerſum eodem.* vbi ſubiicit eandem cauſam eſſe mulieris & minoris qui circumſcriptus delegatur, quia, inquit, ſi etiam nunc minor eſt rurſum circumuenitur. Alter quàm ſi exceſſerit ætatem viginti quinque annorum, quamuis adhuc poſſit reſtitui aduerſus priorem creditorem. Etſi autem videtur mihi tota illa additio Triboniano potiùs quàm interpreti, vt iam dixi, adſcribenda, probabile tamen eſt poſt ea Triboniani verba, *in prima viſione* ſubiectam eſſe ab interprete imperitiore hanc interpretationem, *vbi quaſi debitrix delegata eſt*, ne alioqui fatendum ſit non ſolùm cum Iuliano, Marcello, Vlpiano & Iuriſconſultis omnibus, pugnaſſe Tribonianũ, ſed ét cum ſeipſo, qui ad primam viſionem retulerat, non ad ſecundam, quod de Velleiani exceptione mulieri deneganda, tanquã ex tacita Marcelli ſententia diuinauerat. Non enim prima viſio illa fuit Marcello, ſed ſecunda, ſi mulier quaſi debitrix delegetur. Vt verò Triboniani manum agnoſcam mouet me etiam hoc ipſum *viſionis* nomen quod Triboniano familiare, prudentibus verò prorſus inſolens eſt, & numquam quod ſciam vſurpatum. Nam quod *in l. ſed etſi lege. 25. adeò autem. ff de petit. hered.* ſcriptum legimus *tribus viſionibus relatis*, itémque *in l. ſi fideiuſſor. 29. §. penultim. ff. mandat. & l. cum de indebito. 25. §. pen. ff. de probat.* mihi æquè ſuſpectum eſt, facitque vt illos quoque locos non minus, quàm hunc à Triboniano corruptos eſſe exiſtimem, De quo dicam cap. ſeq. Sanè eo *viſionum* nomine Tribonianus vſus eſt in conſtitutione *De confir. Digeſt. § ſi quid autẽ* 14. in illis verbis, *& in his partibus in quibus perfectiſſimæ viſiones expoſitæ veterum fuerant.* Viſiones latinè vocans quas græca conſtitutio θεωρίας appellat. Holander malè hic legebat *diuiſione*. Peſſimè Ioannes vetus gloſſator *fideiuſſione*, vt refert Azo, ex cuius gloſſa magna, ſi quis eam legere volet, facilè perſpiciet quàm parum ſibi vterque ſatisfecerit in obſcuriſſimi & corruptiſſimi loci huius interpretatione, neç ferè dubitaſſe Azonem quin Vlpiano aliquis manus intuliſſet, ab iis ipſis verbis quæ nos Triboniani eſſe contendimus.

Indicantur alia Triboniani additiones in l. ſed etſi lege 25 §. adeò. ff. de pet. hered.

CAPVT II.

PVdet ſanè iam pigétq; toties Tribonianum accuſare, quòd tot iuris noſtri locos malè corruperit: ſed tamen facere non poſſum quin ex innumeris qui paſſim occurrunt, eos ſaltem patefaciam, quorum interpretatio ex ea cauſa non ſolùm obſcurior, ſed etiam prorſus inexplicabilis facta eſſe videatur. In eóque mihi tantopere ſatisfacio, vt nõ alia meliùs & feliciùs à me obſeruata eſſe putem, quàm quæ in hanc ſententiam contra Tribonianum ſunt à nobis diſputata. Inſigne exemplum illud eſt, quod proximo capite protulimus. Conuenient adprimè illa etiam quę nos nũc proferemus. In *l. ſed etſi lege 25. §. adeò. ff. de petit. hered.* Vlpianus noſter tractans de eo qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide poſſedit & conſumpſit, quem iam dixerat ex ſenatuſconſulto in eam rem facto non teneri petitione hereditatis, niſi quatenus locupletior factus ſit, Poſt varios caſus propoſitos in quibus dubitari poterat an locupletior factus dici deberet, vtputa ſi donatione in aliquem collata eum ſibi ad remunerandum ſaltem naturaliter obligaſſet, ab eóq; poſtmodũ ἀντίδωρα fortaſſis accepiſſet, aut an ex hereditate poſſet deducere quod contemplatione delatæ ſibi hereditatis paulo latiùs de ſuo patrimonio expendiſſet, aut mutuam pecuniam accepiſſet, pignoríque res hereditarias dediſſet, ſubiungit, adeò non teneri eum qui locupletior factus non eſt, vt ſi quis putans ſe ex aſſe heredẽ cùm non eſſet niſi ex parte partem dimidiam hereditatis ſine dolo malo conſumpſerit, Marcellus tractet, vtrum non teneatur quaſi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eum non pertinebat, ſed ad coheredes. Dubitandi ratio illa erat quam ex eodem Marcello Vlpianus ſubiicit, quòd & ſi is qui nulla ex parte heres erat, totum quod apud ſe fuiſſet conſumpſiſſet, ſine dubio non teneretur, quaſi qui nullomodo locupletior factus eſſet. Sequitur verò, *Sed in propoſita quæſtione tribus viſionibus relatis vna prima, deinde alia poſſe dici totum quod ſupereſt reſtituere eum debere, quaſi ſuam partem conſumpſerit, tertia vtrique quod conſumptum eſt decedere, aut vtique nonnihil reſtituendum. De illo tantum dubitat, vtrum totum an partem reſtituendam dicat. Puto tamen reſiduum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem eius dimidiam* Hæc ego omnia Triboniani eſſe dico non Vlpiani, aut Marcelli. Primùm propter verborum contextum quem video prorſus inconcinnum & parum elegantem more prorſus Triboniano. Nam vt monui ſuperiore capite, & ex ſequentibus quoque apparebit, quæ nos diſputabimus cap. vlt. huius libri, nomen illud *viſionis* nunquam à prudentibus noſtris vſurpatum eſt, neque pro theoria & ſpeculatione, quomodo Antonius Auguſtinus interpretatur, neque pro opinione, quomodo Accurſius, & longè accommodatiùs ad Triboniani ſenſum, qui proculdubio ille eſt, vt circa propoſitam quæſtionem tres occurrant opiniones. Prima illa quæ ſupra relatis Marcelli verbis expreſſa eſt, vt conſumpta pars hereditatis tota coheredum portionibus imputetur. Secunda huic prorſus contraria, vt non niſi partem ſuã bonæ fidei poſſeſſor conſumpſiſſe intelligatur: ideóq. totum quod ſupereſt reſtituere teneatur. Tertia media vt tam ex ipſius parte quàm ex coheredum portionibus pro rata decedat id omne quod ex tota hereditate conſumptũ fuit. Secundò, mouet me verba illa, *vna prima.* Quid enim dici potuit ineptiùs, præſertim ſi iungas quæ ſtatim ſequuntur, *deinde alia poſſe dici*, &c. quid ſolutius, & negligentius? Quare nec dubitat Accurſius, alioquin ſatis malus Latinitatis magiſter, quin ſupplendum aliquid ſit, & poſt ea verba, *deinde alia*, Interſerendum, *quæ continetur*, aut aliud quid ſimile. Debuit ſanè Tribonianus in præcedentibus ſcribere, *vna proxima*, non *prima*, vt non ſolùm elegantiùs, ſed etiam apertius & enucleatiùs loqueretur.

Tertiò

Tertio mouet me quod ſequitur, *Tertia vtriq. quod conſumptum eſt decedere*, Præſeferunt enim hæc verba propter dictiooem *vtrique* quę binarium duntaxat numerum complectitur, de duabus tantùm portionibus tractari, cùm tamen fatendum ſit tractaſſe Marcellum ſaltem de tribus, Nimirum de portione bonæ fidei poſſeſſoris qui ſe putabat ex aſſe heredem cùm haberet coheredes, Itémque de portionibus coheredum quæ non niſi plures eſſe poterant, & conſequenter ſaltem duæ, ſicut & plures coheredes, de quib. in plurali numero Marcellus locutus fuerat in proponenda quęſtione. Sic enim ſcripſerat *quaſi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eum non pertinebat ſed ad coheredes:* Itaque ſcribendum erat *omnibus portionibus quod conſumptum eſt decedere*, non, vt ſcriptum eſt *vtrique*. Inde etiam fit, quod Tribonani manum & inſcitiam prodit apertiùs, vt in definienda quęſtione, mentio facta ſit dimidię partis, in illis verbis, *Puto tamen reſiduum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem eius dimidiã*, cùm tameo pars illa non niſi tertia eſſe poſſit, ſi ponas vt in dubio ponendum eſt, ex æquis & virilibus partibus fuiſſe heredes. Nam quæ ratio faceret vt ſi bonæ fidei poſſeſſor qui ſe ea aſſe heredẽ putabat vnum duntaxat coheredem habuiſſet, partem duntaxat dimidiam coheredi reſtituere deberet, eadem facit vt ſi duos coheredes habeat beſſem iis reſtituere debeat, vnicuique ſcilicet trientem. Etſi enim fieri potuit vt is bonæ fidei poſſeſſor, ex ſemiſſe heres inſtitutus eſſet, alij autem coheredes ſiue duo ſiue plures ex alio tantùm ſemiſſe. In dubio tamen pluribus heredib. ſcriptis ſine partib. aut ita vt quænã illæ partes ſint ſciri non poſſit, non aliæ partes quàm viriles & æquales factę intelliguntur, *l. quoties 9. §. heredes. D. de hered. inſti. §. ſi plures Inſtit. eod.* Eſſetque diuinatio illa prorſus improbabilis, ſi quis vellet dicere in ſpecie à Marcello tractata bonæ fidei poſſeſſorem ex ſemiſſe ſolùm ſcriptum fuiſſe, coheredes verò plures ex reliquo: Sed neque poteſt ea diuinatio cadere in aliam ſpeciem quàm in qua tractetur de heredibus teſtamentariis, cùm ab inteſtato fieri nunquam poſſit vt non ſint æquales portiones eorum omnium qui ſuccedunt, ſiquidem in eodem gradu ſuccedendi & æquè proximos omnes eos eſſe neceſſe eſt, aut ſaltem ſi quis repræſentationi locus ſit, puta inter deſcendentes, iure vetere inſpecto, ex illorum perſona ſuccedere qui in eodem gradu fuerunt. Atqui conſtat Senatuſconſultum quod de hereditatum petitionibus factum eſt, de quo in *l. item veniunt 20. §. præter hæc D. de petit. hered.* licèt de heredibus teſtamentariis locutum ſit, contra quos tantùm leges caducariæ locum habere poterant, tamen ad legitimos quoq; heredes & inteſtati ſucceſſores pertinere, *d. l. ſed etſi lege 25. §. ſcire*, ſicut & ad priuatorum petitiones, *l. 1. C. eod.* licèt in publica cauſa factum ſit, vt Vlp. monet in *d. l. item veniunt. §. in priuatorum.* Vbi addit etiam pertinere ad peculium caſtrenſe & quamlibet aliam vniuerſitatem, tametſi non loquatur niſi de hereditate. Et verò multò facilius poteſt euenire in legitima ſucceſſione quàm in teſtamentaria, vt quis bona fide putet ſe heredem ex aſſe, qui tamen habeat coheredem, aut vt ſe putet heredem ex maiore portione quàm ei ſit delata. Proinde nulla ratio eſt, cur credere debeamus, Marcellum de teſtamentariis heredibus concepiſſe quæſtionem quæ in legitimis non minùs accommodatè aut vtiliter proponi poterat. Mouet me quartò quòd non poſſum mihi perſuadere Marcellum in propoſita quæſtione adeò hæſitaſſe vt eam indeciſam reliquerit, nec rurſum quid ille tandem concludendum putaret, prætermiſſum ab Vlpiano fuiſſe. Cui tamen ſi adſcribes verſiculum illum, *Puto tamen reſiduum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem eius dimidiam*, non ſolùm facies, vt mancus fuerit in referenda Marcelli ſententia, ſed etiam vt contrà quàm Marcellus ſenſerat, ſenſiſſe ipſe videatur. Denique ne putes aut diſſenſiſſe prudentes in hac quęſtione, aut diſſentiendi probabilem cauſam vllam habuiſſe, me illud maximè & poſtremo loco mouet, quod non exiſtimo poſſe defendi, vſque adeò fauendum & indulgendum eſſe bonę fidei poſſeſſori in hac ſpecie, vt non niſi partem reſiduę hereditatis reſtituere teneatur. Imò verò magis eſſe puto vt totum reſtituere debeat ſi tantum conſumpſerit, quantum ex hereditate ad eum pro ſua parte ſpectabat. Cur non enim credendus ſit ſuam potiùs portionem quàm ex alienis quicquam conſumpſiſſe, quantumuis bonæ fidei poſſeſſor proponatur? Aut quónam iuris vel æquitatis colore poſſit recuſare, quominus ſuis coheredibus nihil niſi portiones ſuas petẽtibus reſtituat quicquid ſupereſt ex hereditate, ſi coheredum portionibus idipſum reſpondeat? Illud namque nemo negauerit ex iuris ratione reſpondendum fore, ſi bonę fidei poſſeſſoribus proſpectum non fuiſſet Senatuſconſulto, quod vtique non fuerat neceſſarium, ſi non anteà ius tale erat, vt quiſquis alienam hereditatem nullo iure tenuiſſet, ſiue bona fide, ſiue pro prædone, condemnandus eſſet ad pleniſſimam reſtitutionem omniũ quæ percepiſſet, vtpote nullo prorſus iure perceptorum, tametſi ea perceptione nullatenus locupletior factus proponeretur. Quę res cùm poſſeſſoribus omnibus magnum adferret damnum, propterea quòd ſolent ij quibus hereditas aliqua obtigit, tanquam ditiores facti grauioribus expenſis ſe onerare, dum re ſua ſe abuti putant, putauit Senatus conſulendum iis ſaltem qui bonę fidei poſſeſſores fuiſſent. Quatenus verò cõſulendum? An vt etiam lucrum aliquod vel tantillum ex hereditate ad alium pertinente conſequi aut retinere poſſent? Minimè. Sed hactenus tantùm, *ne in totum damno afficiantur, ſed in id tantum teneantur in quo locupletiores facti ſunt.* Sic enim idem Vlpianus noſter loquitur in hac ipſa lege, in *§. conſuluit.* Abundè igitur ſenatuſconſulto ſatisfactum eſt, ſi bonę fidei poſſeſſor qui hereditatem, ſiue in ſolidum, ſiue pro parte alienam conſumpſit totam aut ex parte non verſetur in damno, licèt nec lucri quicquam retineat. Atqui in propoſita quęſtione, tametſi mecum ſentias, & bonæ fidei poſſeſſorem ad totius reſidui reſtitutionem condemnaueris, nullo tamen eum damno affeceris, ſed tantùm ei lucrum abſtuleris, quod alioqui ex hereditate ſibi pro parte delata & acquiſita conſecuturus erat: quod certè valdè diuerſum eſt, longéque iſta differentia, *non in lucro verſari & damnum ſubire, l. 3. in princip. D. de vi & vi armat. l. quod autem 6. D. quæ in fraud. credit.* cum ſimilibus. At ſi è contrario velis cum Triboniano coheredum quoque portionibus decedere quod hic ex hereditate malè conſumpſit, vt non totum reſiduum, ſed eius partem duntaxat ſiue dimidiam, ſiue maiorem aut minorem reſtituat, facies vt verſetur in lucro, & aliquid ex ea hereditate retineat, ex qua tamen tantum conſumſerit, quantum partem ſuam faceret, ſi nihil conſumpſiſſet. Dices fieri quidem eum locupletiorem, ſed ex hereditate ipſa quæ ſupereſt, non ex conſumptione, Senatuſconſulti autem propoſitum illud fuiſſe, vt de conſumptis ita demum bonæ fidei poſſeſſor teneretur, ſi locupletior

factus eſſet ex ipſa conſumptione, quaſi conſumptum videri non deberet quod in proprij patrimonij corpus verſum eſſet vt Papinianus loquebatur in *l. idem ſeruandum 72. de legatis ſecundo leg. pater 23. Digeſt. de adim. legat.* Fateor, ſed hoc contendo nihil abſurdi fore etiamſi lucrum illud omne quod ex ipſa quoque hereditate retinere velit, ei auferatur. Ne coheredum damno cedat quod ipſe ex hereditate malè conſumpſerit, ſed ipſius potius qui conſumpſit, adeóq. ad eam vſque partem conſumendi ius habuit. Debet enim illi ſufficere quod nullum idcirco damnum ſentiat, non modò ex conſumptione, ſed ne quidem ex hereditate. Ponimus enim non eſſe alieno ære grauatam hereditatem, neque ex alia cauſa obligatum hunc coheredem eundémque bonæ fidei poſſeſſorem, vt quicquam de ſuo præſtet occaſione hereditatis. Alioqui tanto minùs ad eum ex hereditate perueniſſe dicendum eſſet *l. qui concubinam 29. §. cum ita 2. de lega. 3.* libentérque admitterem eo caſu de coheredum quoque portionibus tantum decedere oportere quantum detracta primùm abſumptáque huius portione detrahi neceſſe eſſet, ne in damno moraretur. Sed vt lucrū retineat ex hereditate cum damno & diſpendio coheredum qui ob dilapidationem ab eo quantumlibet bona fide factam, portiones ſuas imminutas, tantóque minores conſecuti ſint, id verò ferre ego nullomodo poſſum. Eſſétque multò conuenientius tantò pauperiorem fieri hunc bonæ fidei poſſeſſorem ex totius reſidui reſtitutione, quantò locupletior ex hereditatis acquiſitione factus eſſet, vt in ſumma neque pauperior, neque locupletior factus dici poſſet, vt in ſpecie *l. quod bonis 15. §. ex donationibus. D. ad leg. Falc.* in illis verbis, *nam ita ſit locupletior, vt tantò pauperior eſſe videatur.* Quinimò quod magis eſt, fieri etiam interdum poteſt vt occaſione delatę hereditatis non ſolum non locupletior, ſed etiam reuera pauperior fiat hereditatis poſſeſſor, nec tamen eò magis retinere quicquam ea hereditate poſſit, tametſi futurum ſit vt moretur in damno. Finge lautiùs eum re ſua vſum contemplatione illius hereditatis ſibi delatæ, nec tamen hereditatem attigiſſe: An deducet ex hereditate quod plus impendit quàm fuerat impenſurus, ſi non exiſtimaſſet eam ſibi delatam fuiſſe hereditatem? Nequaquam, vt hac ipſa lege ex eodem Marcello Vlp. ſcribit in *§. ſi quis re ſua.* Finge mutuam eum pecuniam accepiſſe quaſi ditiorem factum. Solent enim qui ditiores ſunt, non ſolùm faciliùs inuenire creditores, ſed etiam faciliores eſſe ad pecuniam mutuam accipiendam, quam faciliùs quoque ſe reddituros & exſoluturos ſciant. An ſi pecuniam illam mutuam malè cōſumpſerit, tātundem deducet ex hereditate, ne alioqui propter hereditatem eatenus pauperior factus exiſtimetur? Minimè, ſed ipſe ſe deceperit, vt Vlp. indubitanter concludit in ſeq. ver. *ſimili modo.* Quid deniq; ſi nō ſolùm pecuniam mutuam acceperit, ſed etiam eius nomine res hereditarias pignori dederit? An non ſaltem hoc caſu tantundem ex hereditate deducet? Id quoque negat Vlp. proptereà quòd nec hoc caſu videatur attigiſſe hereditatem cùm ipſe ſit obligatus: non aliter autem deducere quicquam poteſt ex hereditate, quā ſi eam attigerit. Quantò minùs igitur permittendum ei eſt, vt ex coheredum portionibus quicquam deducat, quamdiu aliter, id eſt, ſola propria portione conſumpta, indemnis ſeruari poteſt? Quid enim aliud, obſecro, poſſit obtendere, niſi illud fortaſſe, minùs ſe ex hereditate fuiſſe conſumpturum, ſi non eam totam ſuam eſſe credidiſſet? Ac quis iudex propitiis auribus eum audiat, ſi hanc ſuam credulitatem falſamque opinionem velit nocere coheredibus, nòn ne ſibi noceat, ſed vt ſibi etiam proſit, lucrúmque etiam poſt conſumptionem non tam ex hereditate, quàm ex coheredum incommodo conſequatur? Aut quęnam maior ratio eſt, propter quam hoc caſu ſubueniendum ei ſit in præiudicium coheredum, quàm, ſi opinione, & vt lex loquitur, contemplatione delatæ ſibi hereditatis lautiùs re ſua vſus fuiſſet? Nam & eo caſu perinde verum eſt paſſum eum diminutionem proprij quoque patrimonij, contemplatione hereditatis, licet eam nullomodo attigerit: nec eo magis tamen, vt ex Marcello & Vlp. diximus, deducere aliquid ex hereditate poteſt. Quòd ſi pro eo reſpondeas, differentiam inter hos caſus illam eſſe quòd ſuperiore caſu hereditatem non attigit, quam attigit vtique & ex parte conſumpſit in ea ſpecie quā nūc tractamus. Replicabo differentię huius effectū illū eſſe debere, vt in hac ſpecie poſſit deducere ex hereditate quod cōſumpſit, nec proprij patrimonij iacturam inde vllam ſubeat, quam ſubire cogeretur, ſi hereditatem non attigiſſet, quamuis nō niſi opinione delatę ſibi hereditatis proprium patrimonium diminuiſſet. Sed nō ſimiliter illud etiam conſequens eſſe, vt hoc ſolo quod hereditatem attigerit, ac ex parte conſumpſerit, debeat ius habere deducendi ex coheredum portionibus, id quod ex propria deducendo poſſit aſſequi, vt neque ſibi, neque coheredibus damnum vllum inferat, ſed ſua tantum commoda minuat, eiúſque lucri quod ex delata hereditate ſpectabat, occaſionem amittat, quam facto ſuo ſibi ipſe præripuerit. Et verò ſi prima illa Vlpiani verba ponderes, *Adeò autem is qui locupletior factus non eſt nō tenetur, vt ſi quis putās ſe ex aſſe heredem partem hereditatis* (ſic enim lego, ſublata dictione *dimidiam*, tanquam irreptitia ex gloſſa Interpretia quem finis *§. fefellerit*, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus) *ſine dolo malo conſumpſerit, Marcellus tractet, num non teneatur,* facilè animaduertes, Vlpiano viſum fuiſſe mirum quod Marcellus quæſtionem hanc propoſuerit, quaſi quæ dubitationem vix vllam haberet. Tantùm abeſt vt credendum ſit Marcellum pro bonæ fidei poſſeſſore contra coheredes reſpondiſſe de reſidui dimidia duntaxat portione iis reſtituenda, aut ſi aliter Marcellus ſenſit, Vlpianum à Marcello diſſenſiſſe. Illa enim ratio dubitandi quam Marcellus propoſuit, quòd ſi is qui nulla ex parte heres erat, totum quod apud ſe fuiſſet conſumpſiſſet, ſine dubio non teneretur, quaſi qui nullomodo locupletior factus eſſet, facillimè dilui poteſt ex euidenti ratione diuerſitatis, quam nec Accurſius ignorauit. Cùm enim is qui nulla ex parte heres fuit aliquid vel tantillum ex hereditate conſumpſit, alterutrum euenire omnimodo neceſſe eſt, vt vel ex hereditate ipſa deducatur totum id quod conſumptum eſt, vel in damno moretur bonæ fidei poſſeſſor, ſi quantum conſumpſit tantundem de ſuo patrimonio petitori ſarcire & reſtituere compellatur. Quod non perinde contingit, cùm is qui ex triente heres erat, exiſtimans, ſe ſolum heredem, totum trientem conſumpſit. Is enim non ſolùm ſi beſſem reſidui, ſed & ſi totum reſiduum reddere condemnetur, damnum nullum ſentit, cùm nihil aliud amittat niſi portionem illam ſuam hereditariam quam conſumpſit, & quam in lucro habiturus erat, ſi nihil conſumpſiſſet. Contrà verò ſi totius reſidui dimidiam duntaxat, aut quam aliam portionem reſtituat, non modò in damno non morabitur, ſed etiam lucrū ſentiet, quia quantum ex coheredum portionibus deducet,

tantun-

tantundem ille ſibi habebit & retinebit, tanquam ex hereditaria ſua portione, quaſi quod ſolus ipſe conſumpſit, coheredes omnes ſimul conſumpſiſſe intelligantur: quo neq; abſurdius, neque iniquius, meo iudicio, dici quicquam poteſt. Nam quod Accurſio placet rationem illam facere pro bonæ fidei poſſeſſore, quòd cùm ſit ex parte heres, incertum eſt verũ de ſuo, id eſt, de ſua duntaxat portione cõſumpſerit, an de portionibus coheredum, ideóque meritò cõſtitutum eſſe vt ex omnium portionibus pro rata decedat id quod conſumptum eſt, Non puto ſatis probabiliter dici, quia imò verò certum eſt conſumptum eſſe ex hereditate, non ſecus acſi poſſeſſor ſciuiſſet hereditatis partem duntaxat ſuam eſſe: nec poteſt videri conſumptum ex proprio patrimonio poſſeſſoris pro vlla parte, tametſi fuerit ille fortaſſis minus impenſurus, ſi non niſi partem hereditatis ad ſe pertinere crediſſet. Nec enim ſola illa opinio facit quominùs verum ſit ex hereditate conſumptum. Cur non ergo ex ſola conſumentis portione potiùs quàm ex iis quę ſpectabant ad coheredes quibus nihil penitus imputari poſſit? Nam & pars hereditatis hereditas eſt, *l. in ſingulis 77. D. ad leg. Falcid. §. & cũ quæſitum Inſt. eod.* quemadmodum & pars fundi rectè fundus appellatur, *l. planè 34. §. vlt. de leg. 1.* nec eò minùs verum erit conſumptum ex hereditate quod habebitur pro conſumpto ex ſola conſumentis hereditaria portione. Quod verò Accurſius addit, mediam viam ſequendam eſſe, ridiculum eſt. Solet enim dici, nec illepidè minùs quàm verè id eſſe iudicium ruſticorum & imperitiorum, niſi ratio iuris mediam illã viam eligi ſuadeat, quod interdum euenit vt in *l. vlt. D. de iur. fiſc.* In propoſito autem nõ maior ratio eſt, vt bonæ fidei poſſeſſor reſidui partẽ quam vt totum reſiduum retineat. Neque puto Marcellum de eo dubitaſſe, quamuis ſub Vlpiani nomine ita referat Tribonianus. Cui nimirum familiare eſt, vt ſuis opinionibus in Iureconſultorum reſponſa obtrudendis feneſtram patefaciat, ea corrumpere, & quod illi pro certo habuerunt, ſic exprimere, & immutare, quaſi de eo dubitaſſe exiſtimentur, vt videre eſt ex tot Tribonianiſmis à nobis iam antehac obſeruatis. Sicut & viſitatũ ei eſt mediam viam ſequi, & mediocritatis laudem ambire in temperamentis pleriſque inducendis, quę tanquam à iuris ratione prorſus abhorrentia prudentibus placere nunquam potuiſſent, vt in *l. filio 7. ff. vt legat. nõ. caueat.* de qua ſcripſimus lib. 12. cap. 17. & aliis penè innumeris iuris noſtri locis. Fefellit haud dubiè Tribonianum vt & Accurſiũ, quod ex reſcripto Diui Marci ſcriptum & cõſtitutum legimus in *l. Titius 54. ff. ad SC. Trebell.* de facienda deductione in illius legis ſpecie tã ex hereditate quàm ex patrimonio heredis. Quaſi verò reſcriptum illud Diui Marci quid ſimile aut commune habeat cum propoſita quæſtione. Quod tamen quàm alienũ ſit, apparebit facilè ex iis quæ proximo capite differemus, vt ab eiuſdem Triboniani inſcitia vindicemus Vlpianum noſtrum, cuius etiam præclarum reſponſum corrupit ille in alia quæſtione de qua in §. *quod autem*, immediatè ſeq. Vlpianus tractat. Tantò enim clariùs apparebit, non ſibi temperaſſe hominem, cui hac re licebat quicquid libebat, quin hic perinde ac illic impias & prurientes manus Vlpiano inferret.

Alia Triboniani additio in ead. l. ſed etſi lege §. quod autem quis.

CAPVT III.

CAput hoc interſerere cogimur, non ſolùm vt quę proximè diſputauimus, appareant probabiliora, ſed etiam vt nobis tam ſæpè Triboniani audaciam ſimul & inſcitiam accuſantibus tantò maior adhibeatur. Pręter id quod hic §. & ex eadem lege eſt, ex qua is quem ſuperiore capite emendauimus, & quod magis eſt eadem ferè orationis ſerie illi coniunctus. Quęrit Vlpianus, An quod bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij poſſeſſoris. Vt puta, inquit, penum hereditarium ebibit, vtrum hereditati totum expẽſum feretur, an aliquid & patrimonio eius? Vt nimirum in id locupletior factus videatur, quod ſolebat ipſe ante delatam hereditatẽ erogare: Id eſt, vt ſi quid lautiùs contemplatione hereditatis impenderit quaſi iam ditior, in hoc non videatur factus locupletior. In ſtatutis verò ſuis ſumptibus, hoc eſt, qui conſtitutam ac penè taxatam habent quantitatem, vt in familia benè compoſita & ordinata fieri ſolet, videatur locupletior factus. Vtique enim etſi non tam lautè erogaſſet, aliquid tamen ad victum quotidianum erogaſſet. Qua ex ratione apparet non obſcurè, Vlpianum ad propoſitam quęſtionem reſpondere, vt prudentibus noſtris plerunque moris eſt ſententiam ſuam tacitè quoque inſinuare, ſola expreſſione rationis, propter quam ita ſentire quiſque debeat. Neque puto aliud quicquam eum ſubiunxiſſe quod ad propoſitam quęſtionem pertineret, quia nec fuit neceſſe. Itaque quicquid in hoc §. ſequitur, dico Triboniani eſſe, non Vlpiani, quod & contextus ipſe verborum facilè indicabit, & ratio ipſa iuris, niſi me fallo. Verba hæc ſunt, *Nam & Diuus Marcus in cauſa Pythodori qui rogatus erat quod ſibi ſuperfuiſſet ex hereditate reddere, decreuit ea quæ alienata erant, non minuendi fideicommiſſi, nec precium in corpus patrimonij Pythodori rediſſe, & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantùm ex hereditate.* Idem ſanè reſcriptum Diui Marci à Papiniano relatũ eſt in *l. Titius 54. D. ad SC. Trebell.* vbi tractans de fideicommiſſo quo quia rogatus eſt reſtituere, *quicquid ex hereditate ſupererit*, ſcribit Diuum Marcum credidiſſe huiuſmodi fideicommiſſi verbis bonam fidem ineſſe, & arbitrium boni viri, quod & ab eodem Papiniano ſcriptum eſt in *l. 3. §. nonnunquam. D. de vſur.* & ideò iudicaſſe erogationes quæ ex hereditate factę dicebantur, non ad ſolam fideicõmiſſi diminutionem pertinere, ſed pro rata patrimonij quod heres propriũ habuit, diſtribui oportere. Quod non tantùm æquitatis ratione, ſed exemplo quoq; motũ Imperatorẽ feciſſe Papinianus ait. Cùm enim, inquit, de bonis ab emancipato filio conferendis fratribus quæreretur, præcipuum autem quod in caſtris quęſitum fuerat militi, relinqui placeret: Conſultus Imperator ſumptus quos miles fecerat, non ex eo tantummodò patrimonio quod munus collationis pati debuit, ſed pro rata etiam caſtrenſis pecunię decedere oportere conſtituit. Sed quid habent iſta commune cum ea quæſtione quam Vlpianus tractat? Nam reſcriptum Diui Marci rationem præcipuam habet ex bona fide, cui certè non conuenit nec arbitrio boni viri, vt quicquid impendit heres rogatus de reſtituendo omni eo quod ex hereditate ſupereſſet, videri debeat ex ſolo fideicommiſſo impendiſſe, ne alioqui eueniat facilè vt fideicommiſſi vtilitas tota pereat fideicommiſſario. In quo etſi nihil fieret contra teſtatoris voluntatem, ſi fraus nulla interueniret, ita ſcilicet ferente condicione fideicommiſſi, & ipſa verborum quibus relictum eſt, conceptione, non tamen ſatis bona fide videtur facere he-

res qui ſumptus omnes à ſe factos fideicommiſſario imputare vult, ſibi nullos. Præſertim verò ſi per eam imputationem futurum ſit vt fideicommiſſum illuſoriū fiat, & ad nihilum prorſus aut penè redigatur. Quod ne eueniat, viſum tandem eſt Iuſtiniano conſtituendum eſſe vtquiſquis rogatus eſt reddere quod ſupererit ex hereditate, non niſi ad dodrantem vſque alienare poſſit, quadrantem verò illibatum fideicommiſſario ſeruare omnimodo teneatur, præterquam ſi ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, vel redemptionis captiuorum, vel denique ſumptuum ad alimenta neceſſariorum quadrantis quoque diminutionem fieri neceſſe ſit *Nouella* 1. 8. *de reſt.* vnde ſumpta eſt *Authent. contrà cum rogatus.C. ad S C. Trebell.* Qua in conſtitutione meminit Iuſtinianus ſupradictæ Papiniani ſententiæ, itémque reſcripti Diui Marci, ſed ita vt & prudentiſſimum Iureconſultum, & Imperatorem optimum ridere videatur. Etſi enim laudat Papiniani dictum tanquam ſapientiſſimum in eo quod heredi ſic, vt diximus, grauato permittit alienationes, reprehendit tamen quod ia velut ex ſtudio in ænigmate propoſuerit, vt tunc ſolùm oporteret prohiberi alienationem, cùm ad ſoluendum fideicommiſſum ex ſtudio fierent ab eo qui eſſet oneratus, quaſi hac in re nimis difficile ſit probare, adeóque inueſtigare qua mente & quo animo accedat heres grauatus ad alienationem, an bona fide, an gratia interuertendi fideicommiſſi. De Diuo autem Marco ſic Iuſtinianus ibidem ſubiicit, *Et tanquam philoſophatus inter Imperatores Marcus tali quodam propoſito caſu viri boni arbitrium videri inoſſo talibus verbis diſpoſuit.* Proinde dubitandum non eſt quin poſt eam conſtitutionem nullus reſcripto Diui Marci, aut Papiniani ſententiæ locus relinquatur, duriorque hodie ſit condicio heredis ita grauati, quàm olim eſſet in eo quod vſque ad dodrantem duntaxat ius alienandi habet. Et contrà, eiuſdem quoque melior in eo, quod vſque ad dodrantem liberam habet alienandi facultatem, nec facti aut iuris quæſtionem pati poteſt an ex arbitrio boni viri alienatio facta ſit nécne. Cui conſequenter euenit vt ſumptus omnes quos ex fideicommiſſo erogauit, dum ne dodrantem excedāt imputandi ſint fideicommiſſo in ſolidum, nec vt anteà pro rata patrimonij quod heres habuit, diſtribuēdi. Quod ius nouum etſi neque ratione aliqua iuris nititur, neque teſtatoris voluntate, quæ ſi fideicommiſſi verba inſpicias potiùs repugnat, mihi tamen nō reprehendendū idcirco videtur, quod certè quā plures, ne dicam innumeras dirimit facti quæſtiones, vt de quadam Iuliani ſententia Vlp. ſcribit in *l.* 1. §. *ſi heres ff. ad SC. Trebell.* Quanquam non puto ea Nouella Iuſtinianum Papiniani Marciq. mentē ſatis percepiſſe: nō enim ad eas alienationes reſcriptum Marci pertinebat, quæ interuertendi fideicommiſſi conſilio factę eſſent, quas vtique cōſtabat fideicommiſſario nocere non debere, ne ex parte quidem. *l. deducta* 58. §. *vlt. ad Senatusconſultum Trebell.* Sed ad eas quæ ſine dolo malo factæ proponerentur, propterea quod ceſſante quoque fraudis cōſilio & ſtudio, vt loquitur Iuſtinianus, id tamen adhuc bona fides exigere videretur, vt ex vtriuſque patrimonij quantitate erogatum dici deberet quod bona fide per heredē grauatū erogatū fuiſſet. Quod & verba illa noſtri §. demōſtrant, *ea quæ alienata erāt nō minuendi fideicōmiſſi.* Cæterum negari non poteſt, quin Marci reſcriptū à Pap. tātoperè laudatū, ſūma æquitate niteretur, ne grauatus heres tā facilè iniret alienādi conſiliū, quod videret tametſi ex bona fide rem gereret, nō minùs ſibi quā fideicōmiſſario captioſū fore. Summa verò ſtrictáque iuris ratione non nitebatur, quia ſi nihil niſi fideicommiſſi verba inſpiceres, non poterat videri rogatus de vlla re reſtituenda is, qui non aliud reſtituere rogatus erat quam quod ex hereditate ſupereſſet, ſi tota hereditas alienationibus exinanita fuiſſet, dum ne quid dolo malo factū probaretur. At in ea ſpecie quam nos ex Vlpiano nūc tractamus, id eſt, cum bonæ fidei poſſeſſor erogauit ex hereditate penum aut quid aliud quod etiamſi nulla delatæ hereditatis opinio ſuperueniſſet, de ſuo tamen aliquatenus erogare debuiſſet, non tam ęquitas quam ſtricta iuris ratio facit, vt quod ad victum quotidianū ſumptúſque in eam rem neceſſarios erogaturus fuerat, reſtituere debeat petitori, cui & reliquum omne quod ex hereditate percepiſſet reſtituere deberet, ſi non aduerſus nimium hūc iuris rigorē, auxiliū ei propter bonā fidem porrigeret æquitas ſenatuſconſulti, quæ hactenus conſuluit omnibus bonę fidei poſſeſſoribus, vt non niſi in quantum ex hereditate locupletiores facti ſunt, reſtituere teneantur, quēadmodum ſuperiore cap. dicebamus ex §. *conſuluit*, eiuſd. legis. Itaq; ratio illa quam Vlpian. adfert, quòd poſſeſſor hic in tantum locupletior factus videatur quantum dé ſuo erogaturus erat ad victum quotidianum, ſi hereditatem non poſſediſſet, non ſic accipiēda eſt quaſi ſtrictum ius hoc ſit propter quod debeat ille teneri (ſtricti namque iuris ratio ob quam tenetur vna illa eſt, quòd quicquid ex hereditate ad ſe non pertinente erogauit, ex re aliena erogauerit) nec rurſum ita interpretanda vt nudę æquitatis ratio ſit, tanquam deficiente, vt aliis pleriſque caſibus, ſummo iure, ſicut in ſpecie *l.* 2. §. *item Varus*, verſ. *quanquam. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* (neque enim æquitatis auxilio indiget petitor, qui ipſo iure tutus eſt, & ſecurus) Sed eo pertinet, vt appareat poſſeſſorem hunc conuentum petitione hereditatis ad reſtitutionem eius totius quantitatis, quam ex hereditate erogauit, tametſi æquitatem ſenatuſconſulti poſſit implorare, ne in damno verſetur, id eſt, vt non in plus condemnetur, quàm quo locupletior factus eſt, pro ea tamen parte quam de ſuo erogare omnimodo debuiſſet, ſenatuſconſulto iuuare ſe non poſſit, cuius quippe æquitas poteſtáſque deficiat, propterea quòd eatenus ſaltem locupletior factus ille ſit: Qua porrò ſenatuſconſulti æquitate ac poteſtate deficiente, illud vnum supereſt, vt eatenus quoque poſſeſſor non ſolùm ſummo iure, ſed vtiliter quoque & efficaciter poſſit conueniri: perinde acſi quod ad hanc petitionis partem attinet ſenatuſconſultum nullum extaret. Ex quo alia etiam diuerſitas, eáque longè maioris momenti colligi poteſt inter hanc ſpeciem & illam, de qua Marcus reſcripſit. Nam ex reſcripto Diui Marci quod erogatū eſt ex bonis fideicommiſſariis quantumlibet bona fide, non ſolùm fideicommiſſo decedit, ſed etiam proprio heredis patrimonio pro rata vtriuſque patrimonij quantitate, vt Papinianus tractat in *d. l. Titius.* Itaque ſi ponas, vt exemplo res ſit illuſtrior, æqualem eſſe vtriuſque patrimonij æſtimationem, æqualiter quoque decedet ex fideicommiſſo, & ex patrimonio heredis, id quod fuit alienatum. Finge mille eſſe in fideicommiſſo, mille in bonis heredis, alienatum verò fundum qui dignus fuerit aureis centum. Quinquaginta ex fideicommiſſo, quinquaginta ex patrimonio heredis deducentur. At apud Vlp. nec fit, nec fieri, aut ſummo iure aut ex æquitate poteſt eiuſmodi diſtributio pro rata patrimonij quod habuit bonæ fidei poſſeſſor. Eadem namque ſpecie retenta, quod ad æqualem vtriuſque patrimonij ęſtimationem, ſi fingas poſſeſſorem

conſum-

Digitized by Google

cōſumpſiſſe ex penu hereditatis ad centum vſq. aureos, qui ſi non lautiùs contemplatione delatæ hereditatis re ſua vſus fuiſſet, viginti duntaxat de ſuo impendiſſet. Nego debere ex eius patrimonio deduci quinquaginta. Sic n. fieret vt contra verba, mentem & æquitatem ſenatuſconſulti teneretur de conſumptis, ſuprà quàm locupletior factus eſſet. Quid ergo? Viginti tantùm deducentur, quoniam catenus tantum locupletior effectus dici poteſt, cùm nō plus de ſuo patrimonio fuerit impenſurus. Idque ex primis ipſius §. verbis tam apertè ſequitur, vt nihil meo iudicio dici poſſit apertius. Vnde facilè nec inuitus in ſuſpicionem venio, prima etiam illa verba, totum denique §. Triboniani eſſe non Vlpiani. Non enim niſi ineptè ita concipi quæſtio potuit, An quòd bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij poſſeſſoris. Primùm, quia ſic propoſita generaliter quæſtio, non tantùm ad hunc caſum pertineret, ſed ad omnes etiam cæteros in quibus hereditatis petitione ageretur. Dicendumque eſſet ſi exemplum reſcripti Diui Marci ad rem faceret, quicquid bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate quam ad ſe pertinere crederet, expendiſſet partim hereditati, partim proprio eius patrimonio decedere oportere: quod tamen neque vſquam conſtitutum legimus, neque alio loco in dubitationem deductum. Obſtat enim authoritas Senatuſconſulti, quo, vt dixi, ſuccurſum eſt ex æquitate bonæ fidei poſſeſſoribus cōtra ſummi iuris aſperitatē, ne niſi quatenus locupletiores facti ſunt reſtituere teneantur: vt proinde non tā de illo quærendum ſit quid & quantum ſit in hereditate aut in patrimonio heredis, ſed in quantum factus ſit locupletior is cui hereditas euincitur. Deinde non ita ſcribendum erat, *an totum decedat ex hereditate, an pro rata patrimonij poſſeſſoris*, ſed ſic potius, *an pro rata hereditatis*, aut ſi mauis, *an vero pro rata ex patrimonio poſſeſſoris*. Implicat enim contradictionem, aut certè pereuidentem abſurditatem, vt dicamus fieri deductionem ex hereditate pro rata patrimonij bonæ fidei poſſeſſoris. Diſtributio illa dicenda eſſet nō deductio, & conſequenter ad vtrumque patrimonium non ad ſolam hereditatē referenda, ſi quis cū Papiniano in *d. l. Titius*, loqui vellet. Sed & ſubiectum exemplum de penu hereditaria ebibita, prorſus alienum eſt à propoſita quæſtione, & quæſtio ipſa ſpecialis, quę circa exemplum verſatur differens omnino à generali. Specialis enim illa eſt, vtrum quod ex penu hereditaria ebibitum eſt, totum hereditati expenſum feratur, an & aliquid patrimonio poſſeſſoris. Aliquid, inquam, id eſt, vt ſequentia explicant, pro rata ſtatutorum ſumptuum portione, quos etiā nulla hereditatis delatæ opinione deceptus, ille de ſuo erogare neceſſario debuiſſet. Cui & ſubiecta cōfirmatio illa conuenit, *vtique enim etſi non tam lautè erogaſſet, aliquid tamen ad victum quotidianum erogaſſet*. Si aliquid duntaxat, Ergo non omnimodo pro rata patrimonij ea diſtributio fieri debet. Non enim rata portio patrimonij dicitur ex huiuſmodi ſumptuum neceſſariorum proportione, ſed ex hereditatis comparatione, quæ tamen nihil commune habet cum iis ſumptibus, quos nulla quoque interueniente hereditatis contemplatione fieri neceſſe fuiſſet. Illa igitur prior quęſtio generalis, *An quod bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit, tantùm decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij poſſeſſoris*, non modò ſuperflua eſt, ſed etiam inepta, & de qua vix dicere vnquā poſſis ad quā ſpeciem accommodanda ſit, nec ſit aliud exemplum perquiras quàm quod de penu hereditaria ſub Vlpiani nomine Tribonianus hîc propoſuit. Taceo quod *penum* in maſculino aut neutro genere neque Vlpianus, neque alius quiſquam ex prudentibus, aut probus latinitatis autor vnquam dixit, quomodo hic Tribonianus *penum hereditarium*, ſed ſemper in fœminino, vt videre eſt in *l. 1. & tot. tit. D. de penu leg. l. 1. §. item ſi ita. D. ad leg. Falcid. l. cum ſine 19. l. ſi penum 24. D. quand. dies legat. ced.* & aliis omnibus locis quotquot in iure noſtro ſunt de penu tractantes. Sed & verba illa mihi non parum ſuſpecta ſunt, *in ſtatutis ſumptibus*, pro eo quod Tribonianus dicere voluit, *in neceſſariis*. Nuſquam enim alibi ſic locutos video Iureconſultos, qui tamen de neceſſariis ſumptibus tam frequenter tractant vt nihil apud eos ſit frequentius. Neque verò fieri poteſt vt neceſſarij ſumptus certi ſint & ſtatuti, quantumuis diligens & prouidus paterfam. proponatur, cùm pro temporum & emergentium in dies caſuum varietate, plus minuſve quotidie impendatur. In ſequēti verò clauſula, quam nos initio capitis Triboniani eſſe certiùs affirmauimus, nemo non videt græciſmum Triboniano qui Gręcus fuit familiariorē quàm Vlpiano in illis verbis, *non minuendi fideicommiſsi*. Adiecisset enim Vlpianus *gratia* vel quid aliud ſimile ſi Papinianeam elegantiam imitari voluiſſet. Nam Papinianus in *d. l. Titius*, ita ſcribit, *ſi non interuertendi fideicommiſsi gratia*. Quis verò ſiue gręcus ſiue latinus grammaticus conſtruere vnquam poſſit contextum illum verborum *decreuit ea quæ alienata erāt nō minuēdi fideicōmiſsi, nec preciū in corpus patrimonij Pythodori rediſſe, & ex proprio Pythodori patrimonio decedere, & ex hereditate*. Quid enim eſt ad quod referre poſſis verbū *rediſſe*? Sed etſi legas rediiſſet, nihil tamē proficeris, niſi in præcedētib' quoque aliquid immutes aut ſuppleas. Sed omiſſa huiuſmodi verborū obſeruatione, videamus de reliqui §. ſententia, quidve tādem Tribonianus ex illo diui Marci reſcripto inferre velit. Subiungit enim, *Et nunc igitur ſtatuti ſumptus vtrum ex hereditate decedent, exemplo reſcripti Diui Marci, an ex ſolo patrimonio videndum erit*. At quęnā obſecro noua hæc quęſtio eſt, ſiue priorem pro deciſa velis haberi, ſiue pro indeciſa? Prior enim illa generalis cōcepta ita verbis, *An quod bona fide poſſeſſor ex hereditate erogauit totum decedat ex hereditate an verò pro rata patrimonij poſſeſſoris* vtiq; ad ſumptus omnes pertinebat quos poſſeſſor feciſſet, adeóque totos ex hereditate ipſa erogaſſet. Subſequens autem quęſtio quam ſuprà diximus ſpecialiorem eſſe, & ad propoſitum exemplum accommodatam De penu hereditaria ebibita, Vtrum hereditari totū id expēſum ferri deberet, an & aliquid patrimonio poſſeſſoris, ad omnes ſumptus ſimiliter nō ad ſtatutos tantùm pertinebat, vt probat dictio *totū*. Eamque quæſtionem ſpecialiorem & ſtrictiorem diximus, non eo reſpectu quaſi nō ſit de omnibus ſumptib', ſed quia cùm in priore quæreretur An ſumptus illi ex hereditate facti, pro rata vtriuſque patrimonij diſtribuendi eſſent, in hac dubitatur duntaxat An eatenus deducendi ſint ex proprio poſſeſſoris patrimonio, quatenus fuerat ille de ſuo erogaturus. Quod in exemplo à nobis propoſito multo minùs erat, quàm ſi pro rata vtriuſque patrimonij eſſet diſtributio facienda. Poſuimus enim æqualem fuiſſe & hereditatis & proprij patrimonij æſtimationem. Vtramque videlicet mille aureorum, Erogatos autem fuiſſe ex penu hereditaria centum aureos à poſſeſſore, qui ſi ex delata ſibi hereditate factum ſe ditiorem non putaſſet, viginti tantum de ſuo impenſurus fuiſſet. Aliud porrò longéque minus eſt quærere, An viginti dun-

taxat ex proprio illius patrimonio deducenda ſint, quod omnimodo dicendum eſt, cùm eatenus tantùm locupletior factus videri poſſit, An potiùs quinquaginta, quod vtique probandum eſſet ſi exemplum reſcripti Diui Marci ad hanc ſpeciem trahi poſſet? Quã quam & è contrario eueniret vt poſſeſſori eſſet longè commodius & vtilius pati deductionem pro rata ſui patrimonij quàm pro rata ſumptuum quos de ſuo facere debuiſſet ſi poneres multò minùs eſſe in eius patrimonio, quàm in hereditate, impenſam autem quam de ſuo facere omnimodò debuerit ex cauſa aliqua inopinata maiorem eſſe vt contingit plerumque grauioribus expenſis quem inuitum onerari quam facultatum ſuarum modus patiatur. At quæ in proximè relata clauſula vltimo loco proponitur quæſtio non ad omnes ſumptus pertinet qui ex hereditate facti ſint, ſed ad eam tantùm partem quæ neceſſariis, & vt Tribonianus loquitur, ſtatutis ſumptib. imputari poſſit. Itaque pro reliqua ſumptuum parte non dubitat Tribonianus, quin rata hereditati expenſa ferri debeat. Et conſequenter cùm de ſtatutis duntaxat ſumptibus quærat quorum reſpectu iam diximus locupletiorem factum poſſeſſorem, nullus quoque dubitandi locus ſupereſt quin deduci non debeant ex hereditate. De illo verò quæri multò minùs poteſt, An pro vtriuſque patrimonij rata ſint diſtribuendi exemplo reſcripti D. Marci, cùm hereditatẽ minuere nunquã poſſit cõſumptio ex qua poſſeſſor locupletior factus ſit. Proinde tantò clariùs apparet cauſam hic nullam fuiſſe propter quam deberet Tribonianus abuti reſcripto illo D. Marci, quod nihil aliud præterquàm ſumptuum pro rata vtriuſque patrimonii diſtribuendorum æquitatem induxit. Sed multò abſurdius illud eſt quod ita loquitur *& nunc igitur ſtatuti ſumptus vtrum ex hereditate decedent exemplo reſcripti* D. *Marci*. Quaſi verò Diuus Marcus conſtituerit vt ſumptus facti ab herede rogato de reſtituendo omni eo quod ex hereditate ſupererit, deducendi ſint ex hereditate, ac non potius ex contrario vt deduci debeant ex patrimonio heredis ſaltem pro rata, cùm antea non niſi ex hereditate deducerentur. Quamuis enim etiam poſt reſcriptum illud deducantur partim ex hereditate, non tamen autoritate reſcripti id fit, ſed iure communi, quod ante reſcriptum quoque obtinebat, vt verò non ex hereditate omnes deducantur, ſed partim ex proprio heredis patrimonio, factum eſt & conſtitutum à Diuo Marco. Quid verò tandem reſpondet concluditque nouus hic noſter Vlp. *Et verius eſt*, inquit, *vt ex ſuo patrimonio decedant ea quæ, etſi non heres fuiſſet, erogaſſet*. Malus profectò grammaticus in illis verbis, *ex ſuo patrimonio*, ſcribendum enim fuerat *ex eius* ſi Vallam conſulimus aut Priſcianum. Malus etiam Iuriſconſultus in eo quod ſcribit *etſi non heres fuiſſet*. Quaſi bonæ fidei poſſeſſor, hoc ipſo etiam heres fuerit quod ſe heredem eſſe exiſtimauit, licèt ad alium pertinuerit hereditas. Sed peſſimus denique in eo, quod vult ex patrimonio huius poſſeſſoris ea decedere, quæ fuerat erogaturus etiamſi heredem ſe non putaſſet. Etenim non negem eatenus hunc teneri, quatenus de ſuo impenſurus fuit, nego tamen ex eius patrimonio quicquam ideo deduci: Sed hoc contendo, Teneri eum petitione hereditatis, vt quod ex hereditate percepit & erogauit, reſtituat pro rata ſumptuum quos de ſuo erogare debuiſſet, tanquam eatenus locupletior factus, ac proinde condemnandum illum eſſe ad eam reſtitutionẽ non quaſi ex proprio patrimonio, ſed vt ex hereditate ipſa faciendam, quia neque ex hereditate abſumptum & diminutum videri debet, quod in corpus patrimonij verſum eſt, vt ſuperiore capite dicebamus ex Papiniano in *l. idem ſeruandum* 72. *De leg. 2. l. pater* 23. *D. de adim. lega.* Facit non ineleganter, quod Paulus ſcribit in *l. pen. inſi. D. de reb. cor. qui ſub tutel.* Non valere quidem venditionem fundi pupillaris, licèt exſoluendi æris alieni gratia factam, ſi ex cæteris eius facultatibus ſolui æs alienum potuit, ſed etiamſi exſolui potuerit, ſi tamen illæ res ſaluæ erunt ex quarum precio æri alieno ſatisfieri potuit, exceptionem doli obſtaturam pupillo qui lucrum captet ex damno alieno. Similiter igitur quod ſaluum eſt totum patrimonium huius poſſeſſoris qui ex hereditate penum erogauit quam alioqui de ſuo erogaturus fuit, facere debet non. vt ex ipſius patrimonio quicquam deduci debeat, ſed vt tantò locupletior factus exiſtimetur ex ipſa hereditate, ideóque id reſtituere debeat, non tanquam ſuum, licèt de ſuo, ſed tanquam hereditarium. Denique aliud eſt ſumptum expenſum ferri patrimonio poſſeſſoris, Aliud verò de ipſius patrimonio deduci. Cùm dicimus expenſas ferri patrimonio poſſeſſoris, hoc ſignificamus intelligi illum factũ locupletiorem ex hereditate quę fecit vt patrimonium integrum potuerit ille ſibi conſeruare, quod alioqui diminutionem ex eo ſumptu paſſurum erat. At ſi ex patrimonio deduceretur, neque ea hereditate factus idcirco locupletior poſſeſſor dicendus eſſet, qui tantò pauperior fieret in proprio patrimonio *arg. l. quod bonis* 15. §. *ex donationib. D. ad leg. Falcid.* neque ob eam cauſam petitione hereditatis conueniri poſſet, ſed alia actio quærenda eſſet, quæ vel in ipſius perſonam vel in patrimonium ipſum dirigeretur, cum petitio hereditatis nihil niſi hereditatem perſequatur. Atqui dubitandum non eſt in propoſita ſpecie quin quod ex penu hereditaria conſumpſit bonæ fidei poſſeſſor ad exhibendam familiam quatenus de ſuo in eam rem omnimodo erat impenſurus, tanquam eatenus locupletior effectus, reddere debeat iudicio petitionis hereditatis. Non igitur ea Vlp. ſententia eſſe debuit aut potuit, vt ex poſſeſſoris patrimonio idipſum deduci oporteret. Nã etſi poneres aut nullum ipſius eſſe patrimonium, aut tam exiguũ, vt neceſſariis ſumptibus ferendis impar foret, nõ eò minùs condẽnandus eſſet petitori & quidẽ actione illa petitionis hereditatis. Cũ tamẽ ſi ex eius patrimonio deduci ea quantitas deberet, nõ magis cõdẽnari poſſet quã deductio fieri ex patrimonio quod vel nullum, vel minùs idoneum eſſe proponeretur *arg. l. pen. verſ. quare ſi nulla D. de reb. cred. l. 1. l. quod ſi nulla* 8. *D. de hered. vel act. vend. l. eo tempore* 50. *D. de pec. l. filius fam.* 19. *de in rem verſ.* Credibile autem eſt Tribonianum cùm præcedentis §. de quo ſuperiore cap. diximus, ſententiam corrumperet, eadem manu vel totam hanc quæſtionem quaſi coniunctam & finitimam de ſuo ſub Vlp. nomine intexuiſſe, vel contextum Vlpiani, ſi quid ille hac de re reſcripſerat, quod minùs credo, corrupiſſe, & ad animi ſui ſenſum potiùs quàm ad iuriſprudentiæ rationem accommodaſſe: captata etiam occaſione proferendi reſcripti Diui Marci, vt ſolet ille huius potiſſimùm Imperatoris & Diui Pij reſcripta referre, eáque ſub prudentum autoritate ad alias ſpecies quantumlibet diſſimiles extendere. Quod ab eo factum eſſe in ſpecie *l. Pannonius Auitus* 86. *D. de acquir. hered. & l. Pamphilo* 39. *de legat.* 3. nos docuimus & probauimus lib. 14. cap. 1. & 3. Sed addamus etiam aliud exemplum nobilius, needum, quod miror, ab interprete vllo obſeruatum,

vt

Digitized by Google

vt appareat quàm infeliciter Triboniano tanta ceſſerit audacia. Depromemus ex *l. mulier quæ duobus* 22. *D. ad SC. Trebell.* Sed quoniam arduus, ne dicam audax quoque hic noſter conatus eſt, priùs dicendum nobis eſt de ſententia §. *Diuus* 1. *l. filiusfamilias* 114. *de leg.* 1. vt quæ poſteà contra Tribonianum diſputaturi ſumus veriora cognoſcantur.

Ad l. filiusfam. 114. §. *Diuus* 1. *de legat.* 1.

CAP. IIII.

Refertur in hoc §. probatúrque à Marciano reſcriptũ Impp. Seueri & Antonini quo placuit, eum qui rogatus eſſet ſub condicione fratris ſui filiis reſtituere ante diem fideicommiſſi cedentem ne quidem ex eorum voluntate poſſe reſtituere his in poteſtate patris agentibus *cum poſſit*, inquit Marcianus, *die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui, vel ſi aliquis ex his deceſſerit, non omnib.* Senſus non eſt obſcurus, ſed ratio non ita aperta eſt. Senſus eſt, Heredi rogato hereditatem reſtituere ſub ea forſitan condicione *ſi nauis ex Aſia venerit*, non eſſe permittendum vt ante condicionis euentum reſtituat fideicommiſſariis qui adhuc ſint in patris ſui poteſtate, nec ſi velint ipſi, & conſentiant, an propter eam rationem quæ prima facie occurrit, quod futurum ſit vt filiis fiat iniuria ſi per eos acquiratur patri fideicommiſſum, quod iis relictum fuit non patri? Minimè, nam neque volentib. & conſentientib. iniuria vlla facta dici poſſet *l. in diem* 9. *D. de aqua & aquæ plu. arcen. l. nemo videtur* 145. *de regul. iur.* neque dubitandum eſſet quin ſi durante patria poteſtate condicio eueniret, aliterue dies fideicommiſſi cederet, non eò minus tunc reſtitui fideicommiſſum deberet quod futurum eſſet vt patri per filios acquireretur *l. leg. cum filiusfamilias* 11. *De legat.* 1. Sed quod ante condicionis euentum hereditatis reſtitutio fieri non poſſit ex voluntate teſtatoris qui non niſi ſub ea condicione fideicommiſſum reliquit, adeò vt ex eiuſmodi præmatura reſtitutione, quamuis facta conſentientibus iis omnibus quorum poteſt intereſſe, non transferantur actiones, quia non ita reſtituitur hereditas vti teſtator rogauit, Inquit Caius in *l. ſed etſi ante diem* 10. *D. ad SC. Trebell.* haud ſecus acſi ſub condicione heres ſcriptus pendente condicione reſtitutionem facere paratus eſſet. Is enim nihil ageret, vt loquitur Vlp. in §. *vlt. l. præced.* quod ego ſic intelligo etiamſi conſentiret is ad quem deficiente condicione hereditas ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato peruenire deberet: Nimirum quoniam actionum hereditariarum tranſlatio fieri nulla poteſt niſi ex Senatuſconſulti Trebell. autoritate *l.* 1. *& leg.* 4. *leg. mulier* 22. §. *vltim. & paſſ. Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebell.* §. *Neronis quidem temporib. Inſt. de fideic. her.* Trebellianum autem ſenatuſconſultum de iis tantùm locutum eſſe qui fidei ſuæ commiſſum ſicuti rogati eſſent, reſtituiſſent, vt ex his ſenatuſconſulti verbis apparet, quæ Vlpianus refert in *d. l.* 1. §. 1. Porrò non reſtituit ſicuti rogatus eſt, qui cùm ſub condicione rogatus ſit, ante condicionis euentum reſtituit, non magis quàm ſi Titio hereditatem reſtituere rogatus, reſtitueret Sempronio, quamuis ex Titij voluntate. Quæ ſententia & ratio Marcelli eſt in *leg. ſi mulier* 59. §. *ex iuſſu D. de iur. dot.* vt ſcripſimus libr. 5. capit. 7. Proinde cùm ex eiuſmodi reſtitutione tanquam contra teſtatoris voluntatem facta, & ſenatuſconſulti auxilio deſtituta non transferantur actiones, neceſſariò conſequens eſt vt per eam non liberetur is qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit, tametſi filiis ipſis & petentibus & vrgentibus reſtituerit ante condicionis euentum. Siue iam tùm fuerint illi patria poteſtate liberati per mortem patris aut emancipationem, ſiue eo reſtitutionis tempore fuerint adhuc in ſacris patris conſtituti. Vtroque enim caſu eadem ratio locum habet. Ideóque exiſtente quandoque condicione ſi tunc reperiantur illi eſſe ſui iuris, perinde agent ex fideicommiſſo acſi nulla dum hereditatis reſtitutio facta eſſet. Id enim eſt quod ait Marcianus *cum poſſit die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui.* Cur verò addidit *ſui iuris conſtitutis*, ſi verum eſt quod proximè diximus, nihil intereſſe, an præmaturæ reſtitutionis tẽpore ſui iuris fuerint néc-ne? Nempe quia ſi eo tempore quo fideicommiſſi dies cederet, eſſent illi adhuc in patris poteſtate, perſecutio fideicommiſſi non poſſet iis competere, ſed ex ipſorum perſona patri; qui porrò reſtitutionem illam quantumlibet præmaturè factam, cuius fructum & commodum percepiſſet, improbare nullo modo poſſet. Cur enim ei permitteretur vt alienum factum improbaret, ex quo lucrum ipſe ſenſiſſet? *arg. l. ſi extraneus* 33. *verſ. nec enim quiſquam ff. de iur. dot.* Itaque ſicut ratam reſtitutionem habere cogeretur, ita & ex poſtfacto tranſlatio actionum iam inde ab initio facta intelligeretur, quemadmodum ſi filij ipſi cedente fideicommiſſi die ſui iuris conſtituti eam reſtitutionem præmaturè ac in patris commodum factam ratam haberent, *d. l. lege ſed etſi ante diem decimum in fine.* At non illa tantùm ratione mouetur Marcianus vt probet reſcriptum Imperatorum, nec patiatur ante condicionis euentum reſtitui hereditatem filiisfamilias etiam volentibus, quòd poſſit die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui, vt diximus, ſed illa etiam quæ ad rem noſtram magis pertinent, quòd ſi quis ex fratribus conſideicommiſſariis præcederet, ſiue durante adhuc ſiue ſublata iam patria poteſtate, priùs tamen quàm fideicommiſſi condicio exiſteret, fideicommiſſum ei ſoli reſtitui deberet qui euenientis condicionis tempore ſupereſſet, atque ita appareret malè anteà reſtitutum omnibus fuiſſe fideicommiſſum quod non omnibus debitum fuiſſet. Quæ ratio iis Marciani verbis expreſſa *vel ſi aliquis ex his deceſſerit, non omnibus*, multò generalior & potentior eſt quàm prima, ad præmaturam fideicommiſſi reſtitutionem impediendam. Primam enim bonam facit ſola iuris ſubtilitas potiùs quàm aut æquitas aut voluntas teſtatoris, ſi tractemus de hereditate cuius præmaturam reſtitutionem illud duntaxat impedire debeat, quòd fideicommiſſi dies nondum venerit, puta rogato herede vt poſt decennium reſtituat hereditatem. Nam ſi vel citra ſenatuſconſulti autoritatem tranſlatio actionum fieri poſſet; vel ſenatuſconſulti verba paterentur vt ante diem quoque reſtituta hereditate actiones transferrentur, vtique voluntas teſtatoris non repugnaret, conſentientibus ſaltem iis omnibus quorum intereſſet. Vt dici ſolet cum fundus extra familiam alienari prohibitus, ex conſenſu omnium qui de familia ſunt, alienatur, *leg. nihil propon.* 120. §. 1. *de legat.* 1. *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicommiſſ.* Etſi namque ſenatuſconſulti verba ideo obſtant ne tranſlatio actionum fiat hereditate ante diem reſtituta, quòd eo caſu non ſic reſtituatur hereditas quomodo teſtator voluit, vt diximus, ſi tamen quæratur, quamobrem eiuſmodi reſtitutio præmatura non valeat, ex eáque tranſlatio actionum nulla fiat, non illa ratio adferri poteſt quod voluntas teſtatoris repugnet aut v-

tilitas fideicommiſſarij cui proſpicere teſtator voluerit (vtrique enim plus quàm ſatisfacit is qui poſt diem reſtituere rogatus ante diem reſtituit, quia & plus præſtat quàm debeat, niſi proponeretes ipſius fideicommiſſarij potiùs quàm heredis gratia diem adiectam fuiſſe, *l. Iulianus 15.* *item l. cum qui D. de ann. legat. l. 3. §. cùm Pollidius. D. de vſur. l. ſi ita relictum 41. §. Pegaſus de legat. 2. l. Seius Saturninus 46. in fin. l. filia 64. §. alumno ad S.C. Trebellian.*) ſed quia etiamſi conſentiant omnes ij quorum intereſt, nullaque vel iis vel teſtatori fiat iniuria, ſemper tamen verum eſt verba ſenatuſconſulti obſtare, ne reſtitutio ex Trebelliano facta dici poſſit, quia illud quoque verum eſt non eſſe factam eam ſicuti fuerat heres teſtamento rogatus, quandoquidem pendet ea res ex verbis teſtamenti quæ mutari poſt teſtatoris mortem numquam poſſunt, ne tum quidem cùm ratio iuris & voluntatis mutatur ob concurrentem eorum omnium conſenſum quibus teſtator proſpectum eſſe voluit. Idque ita eſſe apparet ex eo manifeſtè, quòd ſi non vniuerſale fideicommiſſum relictum proponeretur, ſed ſingulare, quod proinde ad ſenatuſconſulti Trebelliani autoritatem non pertineret, ac in quo de tranſlatione actionum quæri nihil poſſet, proculdubio nihil obſtaret quominùs reſtitui vtiliter diceretur, priùs etiam quàm dies fideicommiſſi veniſſet, ſi modò neque alterius quàm fideicommiſſarij intereſſet, neque tam fideicommiſſarij quàm heredis grauati fauore reſtitutioni longior dies dicta proponeretur, *dict. l. Iauolenus*, aliiſque ſuprà citatis. Loquimur autem, quod obſeruari volumus, de fideicommiſſo relicto in diem certam non autem de eo, quod ſub condicione, quia ſi ſub condicione fideicommiſſum, licèt ſingulare relictum ſit, tametſi ceſſet ratio illa quæ ex ſenatuſconſulti autoritate ſumitur, non tamen ceſſat ratio iuris quæ impediat ne fideicommiſſi ſolutione heres liberetur. Nimirum quia non niſi eius quod debetur ſolutione contingit liberatio, nihil autem debet qui ſub condicione debet priuſquam condicio venerit, *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam De verbor. obligat. l. ſub condicione. 16. l. qui promiſit. 48. D. de condic. indeb.* quibus locis & aliis pleriſque ſimilibus differentia hæc conſtituitur inter id quod debetur in diem certam, & quod in incertam, aut, quod idem eſt ſub condicione. Cedit enim ſtatim dies debiti in diem certam licèt nondum venerit, non etiam dies debiti condicionalis, *l. cedere diem 213. De verbor. ſignificat.* At cùm fideicommiſſum pluribus relictum eſt qui ſint inuicem ſubſtituti, aut cum hac alternatione *vel ei qui euemente die aut condicione ſuperſtes erit*, ſiue vniuerſale fideicommiſſum proponatur ſiue ſingulare, ſiue in diem certam relictum ſiue in incertam aut ſub condicione, non ſolùm mera iuris ratio, ſed etiam voluntas teſtatoris impedit ne ante diei aut condicionis euentum ſolui fideicommiſſum poſſit, ne iniuria fiat ei qui eo tempore ſolus ſupererit ſi non habeat totum quod ei teſtator totum dedit, *arg. l. verbis 7. De vulg. & pupill. ſubſtit. l. heredes mei 57. §. cùm ita D. ad Senatuſconſultum Trebel.* Hoc enim caſu licèt primi fideicommiſſi verbis fideicommiſſum plurib. relictum videatur, effectu tamen ipſo ſi vnus tantùm ſuperſit cùm dies venit, vel condicio exiſtit, non alij quàm ipſi ſoli relictum videri poteſt, nec proinde pro parte alteri ſoluta cui nihil vnquam debitum fuit, poteſt dici contigiſſe liberationem, tametſi mutuo omnium conſenſu omnibus ſolutio facta ſit, quia nō potuit cōſenſus ille facere fideicōmiſſarium eum qui non erat, nec ruſſus eius quem ex euentu fideicommiſſariū eſſe conſtaret ius lædere aut extinguere, in cuius ſcilicet poteſtate non fuit, vt condicionale fideicommiſſum prius repudiaret quàm ſibi delatum eſſet, *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub condicione De lega.* vbi additur, quod magis mirum eſt, nihil hac parte referre an ex die certa, an ſub condicione relictum ſit, quia vtroque caſu verum eſt non pertinere ad legatarium aut fideicommiſſarium rem quę ei relicta eſt, priuſquàm dies veniat, vel condicio exiſtat: Cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt in *l. Titia cùm teſtamento 34. §. Lucia Titia eod. tit.* in illis verbis *Modeſtinus reſpondit fideicommiſſum ipſo iure amiſſum non eſſe quod ne repudiari quidem poteſt.* Ergo relinquitur neceſſariò, vt quoties incertum eſt an vni fideicommiſſum relictum ſit an pluribus, neque vni, neque pluribus interim ſolui poſſit, ſed expectandus omnimodo ſit euentus vt appareat cuinam debeatur. Quò pertinet quod Papinianus refert *in leg. ſi patroni 55. §. Imperator, D. ad SC. Trebell.* reſcriptum eſſe ab Imp. Tito Antonino, In tempus directò data libertate non eſſe repræſentandam hereditatis reſtitutionem quandiu perſona non eſt cui reſtitui poſſit. Nam nulla quoque perſona eſt quandiu neſcitur quænam illa ſit, aut futura ſit. Item quod idem Papin. reſpondit in *l. cùm pater 77. §. à filia de legat. 2.* ſi filia quæ à patre iuſſa erat certa prædia cùm moreretur cui vellet ex filiis ſuis reſtituere vni ex liberis viua donauerit. Non videri electionem certæ donationis, id eſt certam & irreuocabilem, qualis eſſet ſi donationis iure valere poſſet. Idque propter incertum diem fideicommiſſi relicti in id tempus quo filia ipſa moreretur, vt & in *§. hereditatem filius*, eiuſdem legis: Sed quandam potiùs deſtinationem quæ in eum dirigi commodè potuit, qui ſi neminem mater elegiſſet, fideicommiſſum inter cæteros filios habiturus eſſet. Non negat Papinianus valere electionem (valet enim ſi modò duret vt idem Papin. ait in *l. vnum ex familia 67. in princip. eod.* Sed negat valere iure donationis id eſt irreuocabiliter, & vt Accurſ. loquitur, incommutabiliter, propter incognoſcibilem fideicommiſſarij perſonam, non ob id ſolùm quòd filius inter viuos electus præmori poſſit, quod ſi eueniret, appareret nec electum eum fuiſſe nec eligi potuiſſe, quia fideicommiſſi verba non patiuntur vt de alio eligendi poteſtas fuerit quàm qui vixerint moriente matre *d. §. hereditatem filius in fin.* Sed quia etiamſi ſuperuiueret, electio tamen in tempus mortis filiæ per patrem collata, non potuit ante id tempus conſumi, hoc eſt vt Bartolus licèt fortaſſe minùs propriè, loquitur, fieri cum effectu, repugnante ſcilicet teſtatoris voluntate quæ in id expreſſim tempus contulit electionem. Tametſi ſufficere poterat iis verbis relictum eſſe fideicommiſſum, quæ tractum temporis haberent vt in *l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum l. vxorem 41. §. Scæuola reſpondit de leg. 3. l. epiſtolam 75. §. vltim. D. ad SC. Trebell.* Secundum quod ſi non multò magis certè perinde dicendum eſt, Cùm quis iuſſus eſt hereditatem reſtituere pluribus poſt mortem patris eorū, aut ei qui tum ex ipſis ſupereſt, fieri nullomodo poſſe vt reſtituatur fideicommiſſum vtiliter & efficaciter viuo patre, quia quandiu pater viuit, neſciri poteſt quis fideicommiſſarius ſit futurus. Intereà namque nullus eſt. Eo autem tempore fieri poterit vt filij omnes ſint fideicōmiſſarij, ſcilicet ſi omnes erunt ſuperſtites, aut vt vnus duntaxat, vel hic vel ille, nimirum qui tum ſuperſtes reperietur. In eamque rem extat aperttiſſimum Scæuolæ reſponſum in *d. leg. vxorem 41. §. Seium maritum de legat. 3.* vbi cùm proponeretur Seiū maritum ab vxore ſcriptum heredem, eique ſubſti-

tutam

Digitized by Google

tutā Appiā alumnā, fideíq. heredis cōmiſſum vt poſt mortē ſuam hereditatē eidem alumnę reſtitueret, aut ſi quid antè alūnę cōtigiſſet, Valeriano fratris filio, & quæreretur, an ſi Seius viuus quicquid ad eum ex hereditate peruenerat alūnæ reſtituiſſet ſecundum voluntatem defunctæ id feciſſe videretur, præſertim cùm eadem alumna ei quoque ſubſtituta eſſet. Reſpondit Scæuola, Si viuo Seio Appia deceſſiſſet non eſſe liberatum eum à fideicommiſſo, quòd fuerat relictum Valeriano. Non alia vtique ratione quàm quod quandiu Seius vixit, variari potuit perſona ſubſtituti vt Baldus loquitur, ideóque cogitare is debuit euenturum fortaſſe vt alius tandem fideicommiſſarius inueniretur, quàm cui præmaturæ vellet reſtituere hereditatem. Quæ ratio tanta eſt vt idipſum iuris aliquando inducat tum etiam cùm perſona fideicommiſſarii non mutatur, ſed ius duntaxat perſonæ quę tamen re vera eadē maneat, Vt in ſpecie illa de qua iā diximus ex *d. §. Diui. 1. l. filiusfam.* 114. *de leg.* 1. id eſt cùm quia Titii filius in patris poteſtate conſtitutis hereditatem reſtituere iuſſus eſt ſub condicione, *ſi intra annū nauis ex Aſia venerit.* Etſi.n. certū eſt Titij filios omni caſu eſſe fideicōmiſſarios, ſiue durante adhuc, ſiue iam ſublata patria poteſtate fideicommiſſi condicio exiſtat, perinde tamen acſi pro vario rei euentu variæ quoque eſſent perſonę fideicommiſſariorum, impeditur heres grauatus ne ante cedentem fideicōmiſſi diem filiis Titii in patris poteſtate adhuc manentibus fideicōmiſſum præſtare poſſit, quia interim mutari poteſt ius filiorum ſi fortè ante condicionis euentum ſui iuris effecti ſint: quo caſu alii quodammodo facti videbuntur, capaces videlicet petendi proprio nomine ſibíque acquirendi fideicommiſſi, quod ſi patriæ poteſtatis tempore ſolutum iis fuiſſet, non ipſis, ſed patri fuiſſet acquiſitum; Non aliter quàm ſi vno caſu eſſent ipſi fideicommiſſarii, alio pater. Neque aliud reſcripturos fuiſſe Imperatores credendum eſt etiāſi non ſub condicione ſed ex die certa fideicommiſſum teſtator reliquiſſet, Nec rurſus, etiamſi de ſingulari non de vniuerſali fideicōmiſſo propoſita quæſtio fuiſſet. Nam quę à nobis in ſuperioribus facta diſtinctio eſt, an fideicommiſſum vniuerſale ſit, an ſingulare, & an ſub condicione, aut quod idem eſt ex die incerta, an ex die certa relictum, ad hunc caſum non pertinet, in quo fideicommiſſarij ſiue ius, ſiue perſona variari poteſt, ſed ad illum duntaxat in quo nihil ſit præter inducendi Trebelliani neceſſitatem, merámque ſubtilitatem iuris, quod impediat fideicommiſſi præmaturam reſtitutionem.

Ad l. poſt mortem 12. *C. de fideic.*

CAP. V.

SVpradictis contrarium non eſt quod Philippis Imperatoribus placuit in *l. poſt mortem* 12. *C. de fideic.* Eum qui poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem rogatus eſt, etiam priùs quàm fati munus impleat, ſatisfacere & hereditatem reſtituere ſi velit, non prohiberi. Etenim vt interpretes omnes benè obſeruarunt vnus duntaxat, iſque certus fuit in illa ſpecie fideicōmiſſarius, cui proinde nihil vetabat hereditatem reſtitui, priùs etiam quàm dies fideicommiſſi ceſſiſſet. Reſtitui, inquam, irreuocabiliter, quod addere libuit, ne quem fortè decipiat gloſſator, qui in *dict. §. hereditatem filius* in verbo *exiſtere* adnotauit, Grauatum poſt mortem ſuam reſtituere, poſſe & antè reſtituere ſi velit ex *dict. l. poſt mortem*, dum tamen inquit voluntas duret ea *d. l. vnum*. Hęc enim adiectio, non ad ſpeciem *d. l. poſt mortem*, referenda eſt, cùm vnus tantùm, vt dixi, fideicommiſſarius eſt, ſed ad eam de qua in *d. §. hereditatem*, ſi quis hereditatem filiis ſuis vel cui ex his voluerit cùm morietur reſtituere iuſſus ſit. Nam vt Accurſius noſter notat ad *d. §. à filia*, volenti ſtatim reſtituere quod poſt mortem tantùm debuit, voluntas defuncti nullo modo aduerſatur. Senatuſconſulti potiùs autoritas iuriſque ſubtilitas illa de qua proximo capite diximus, obſtare videbatur, quaſi ex Trebelliano actiones tranſire non poſſent, ſi heres rogatus aliter quàm ſicuti rogatus eſſet hereditatem reſtitueret, quod contingeret hereditate ante mortem reſtituta, quæ poſt mortem duntaxat reſtitui debuerit. Nam de fideicommiſſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ lex illa eſt, non de ſingulari. Ad quam dubitandi rationem non videntur interpretes reſpexiſſe, ſicut nec ad aliam quæ ex ſupradictis colligi poteſt, quòd fideicommiſſum condicionale ante condicionis euentum ſit prorſus indebitum, ideóque nec ſolui ad acquirendam liberationem, nec repudiari vtiliter poſſit. Hoc enim fideicommiſſum condicionale eſſe non ambigitur, cùm relictum ſit in diem incertum, id eſt mortis. Dies enim incertus tam in teſtamentis quàm in contractibus pro condicione habetur *d. §. inter incertam l. dies incertus* 75 *De cond. & demonſtr. l. talis ſcriptura* 30. *§. ſed etſi ſub coditione de legat.* 1. *l. cum teſtator* 8. *C. de teſtam. manum.* Nec ad rē pertinet ſi quis dicat, Eſſe quidem illam condicionē, ſed tamen quam euenturam certum ſit, quia heredem ipſum moriturum eſſe certum eſt, *l. ſi poſt mortem* 68. *§. vlt. de legat.* 1. Cuiuſmodi quæ ſunt condiciones, id eſt quas omnimodo extaturas eſſe certum ſit, ferè eſt vt pro non condicionibus habeantur *l. quod ſi ea condicione* 18. *ff de condict. indeb.* Quod.n. certum ſit moriturum heredem nō facit vt perinde certum ſit exituram condicionē, cū fieri poſſit vt fideicommiſſarius præmoriatur, atque ita fideicōmiſſo extincto fideicommiſſi quoque condicio euaneſcat, *l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.* Sed tamen ad poſteriorem hanc obiectionem reſponderi meo iudicio non minùs verè, quàm ſubtiliter poteſt. Eſſe quidem condicionale huiuſmodi fideicommiſſum hactenus, vt neque ante grauati mortem peti poſſit, *d. §. Sceuola l. vxorem* 41. *de legat.* 3. neque ad fideicommiſſarij ſi pręmoriatur heredem tranſmitti, *l. ſi in perſonam* 21. *C. de fideic. l.* 4. *l. ſi Titio* 22. *in princip. D. quand. dies legat. ced.* Sed non vſque adeò vt ſi ante grauati mortem præſtitum ſit, dici poſſit indebitum, & tanquam indebitum repeti, quia verum eſt relictum eſſe ſub condicione omnimodò extatura, quę ſi aliud nihil concurrat, pro condicione nō habetur, vt diximus: & quamuis poſſit euenire vt fideicommiſſarius præmoriatur, ſi tamē poſt factam fideicommiſſi reſtitutionem, licèt viuo adhuc herede decedat, non poteſt euentus ille facere vt deficiat condicio fideicōmiſſi, nō ob id ſolùm quòd iam pręſtitum ſit ei reſtitutum (eadem enim ratio aliis quoque condicionibus conueniret quę poſt fideicommiſſi reſtitutionem deficerēt) ſed quia poſt ſolutum fideicommiſsū nihil cauſæ eſt cur euētus eiuſmodi ſperari aut expectari debeat, cùm ſit pręter opinionem votúmque teſtatoris, qui licèt noluerit poſſe compelli heredem quandiu viueret, noluit tamen prohiberi eum quominùs ſi vellet, hereditatē viuus reſtitueret, quia nec cogitauit aut ſperauit futurum vt fideicommiſſarius præmoreretur, quem alioqui votum illud gerēs, non niſi fruſtra & ridiculè poſt heredis mortē ſubſtituiſſet *l. Iulian.* 26. *in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtā.* De-

nique ſolutio ipſa facit ne fideicommiſſum hoc ſit indebitum, quod ante ſolutionem nullomodo fuit debitom. Quemadmodum dicimus aliquando contingere vt ſtipulatio ſeipſam committat, nec prius ſtipulationis coodicio exiſtat, quàm ex ipſa ſtipulatione condicionali actum ſit, liſque conteſtata, *l. cum quærebatur 13. verſ. proinde D. iudic. ſolui. l. nuda 5. C. de cōtr. & commit. ſtipul.* At difficilius illud videtur, quomodo ad priorem obiectionem reſponderi poſſit, qua dicebamus non aliter tranſire actiones, quā ſi grauatus heres reſtituat hereditatē ſicuti rogatus eſt. Quāuis enim quis admittat condicionem illam quæ ineſt fideicommiſſo poſt grauati mortem præſtando ſic accipi debere, vt ſit omnimodo extatura, vix tamen eſt vt idcircò fideicommiſſum qood ante mortem reſtituitur, eo modo reſtitui videatur, quo ex teſtamenti verbis reſtitui debuerat, tametſi volūtas teſtatoris nō aduerſetur. Diximus enim impedimentum illud tranſlationis actionum, ſi quādo aliter quis fideicōmiſſum reſtituat, quàm ſicuti rogatus eſt, non tam ex teſtatoris voluntate proficiſci quàm ex defectu autoritatis Scoatuſconſulti, quæ cùm neceſſaria ſit ad transferendas actiones hereditarias, ad alium tamen caſum porrigi non poteſt, quàm qui verbis ipſis ſenatuſcōſulti expreſſus eſt, quo hereditas ſicuti teſtator iuſſit, reſtituatur. Et verò quamuis fideicommiſſo ex die certa relicto, certum ſit omnimodo & tandem aliquando diem illam venturam eſſe, non eò minus tamen verum eſt impediti tranſlationem actionum ſi ante diem reſtituatur hereditas, *dict. l. ſed etſi ante diem* 10. *D. ad SC. Trebell.* Et conſequenter, quod magis mirum eſt fideicōmiſſi repetitionem cōpetere acſi prorſus indebitum fuiſſet. Tametſi ſoleat dici eū qui in diem debitor eſt, adeò debitorē eſſe, vt ſi ante diem ſoluta, repetere non poſſit, *l. in diē* 10. *ff. de condict. indeb.* Quis enim ferat valere fideicommiſſi reſtitutionem, & nihilominus actiones omnes tam actiuas quàm paſſiuas penes heredem remanere? *l. nam quod* 14. *§. non omnis. D. ad SC. Treb.* An non id eſſet pro parte valere, & pro parte non valere? Quinimò cùm hereditas in iure conſiſtat non in corpore, *l. hereditas* 50. *D. de petit. hered.* ideóq. actiones potiſſimū comprehendat, præſertim cùm de fideicōmiſſariæ hereditaria reſtitutione tractatur, *l. ſi legatus* 30. *§. ſi quis bona ad SC. Treb.* quomodo fieri poteſt, vt hereditatis reſtitutio habeatur pro facta ex qua nullæ ſint tranſlatæ actiones? *d. §. non omnis.* Quòd ſi fideicommiſſum ex die certa relictum quod aliquando debitū iri omnimodo certum eſt, non alio iure hîc cenſetur quàm ſi eſſet cōdicionale, an poterit maior vis eſſe condicionis omnimodo extituræ? Nā nec maior eſt aut eſſe poteſt, cùm quæritur de impedienda cōdictione, ſed æqualis, quia tā quod in diē certā debetur quam quod ſub condicione omnino extatura, ſi interim ſolutum ſit, non repetitur, *d. l. in diem d. l. quòd ſi ea condicione de condict. indeb.* Hîc verò vellem ego interpretes noſtros ſubtiles agere, & in diſſoluendo nodo mecum inſudare. Nam quod vulgò tractant id fieri ſola poteſtate cōdicionis, quæ ſit omnimodo extatura, præterquàm quod non aliter verum eſt, quàm ſi eo quo diximus modo explicetur, quia poteſt condicio deficere fideicommiſſario præmoriente, non diſſoluit priorem dubitationem, nec facit vt idcircò videri debeat facta reſtitutio quomodo teſtator voluit, ſi ante mortem facta ſit, non magis quàm ſi ante diem certam, in quam fideicommiſſum relictum foret, & quam omnimodo venturam eſſe certum eſſet. Tentemus an dici poſſit, imò verò fauorabilius eſſe hoc fideicommiſſum debitum ſub huiuſmodi condicione omnino extaturam, quàm ſi ex die certa deberetur. Hactenus nimirum vt ex eius reſtitutione quamuis præmaturè facta tranſeant actiones, quæ fideicommiſſo in diem relicto nō tranſirent. An quod magis debetur quod ſub condicione omnimodo extatura debetur, quam quod in diem certum? Minimè. Neque rurſum cum de transferendis ex Trebelliano actionibus tractatur, illud ſolum ſufficit vt fideicommiſſum debeatur, ſed id potiſſimum inſpicitur an eo modo quo relictum fuit reſtituatur. Sed quia cum in condicione qualibet duo ſint quæ faciant ne purè deberi videatur quod ſub condicione debetur, quorum alterum eſt euentus ille incertus ex quo præcipuè cōdicio æſtimatur: Alterum eſt tempus medium quod neceſſariò præcedit euentum: in ea condicione de qua agimus, quam probauimus eſſe ex earum genere quæ omnimodo ſunt extaturæ, nulla euentus incertitudo conſiderari poteſt, & ideò ſi aliud nihil obſtaret, id eſt niſi tempus quoque licèt incertum cootineret, purè debitum dici deberet quod ſub huiuſmodi condicione deberetur, vt euenit cum quid ſub duabus condicionibus contradictoriis promittitur, quarum alterutram euenire neceſſe ſit, *l. Iulianus verum debitorem* 60. *D. eod. tit. de condict. indeb.* At quod ad tempus attinet, dico nullam quoque eius rationem haberi poſſe quominùs fideicommiſſum ſub hac conditione relictum ſi ante diem præſtetur ſua die præſtitum videri debeat, nempe quia tempus illud quod ineſt huic condicioni, non ſolùm incertum eſt, quod non ſufficeret, ſed etiam tale quod exiſtere quandocunque poſſit. Itaque condicio non tantùm omnimodo extitura eſt, ſed etiam exiſtere poteſt quādocūque. Singulis enim diebus quinimò horis ac momentis mori poſſumus, aut potius ſi veram non fucatam philoſophiam amamus quotidie morimur, & vnoquoque momento vitæ noſtræ: nec quod vera illa & realis ſeparatio animæ à corpore ſit tardiùs, quæ nec niſi ſemel fieri poteſt, facere debet quominùs prudentis cuiuſlibet, præſertim verò Chriſtiani hominis ſit, ſic viuere aſſiduè vt ſe in ſingulas horas cogitet non modò mori poſſe, ſed etiam moriturum. Proinde ne à propoſito longiùs aberremus, qui poſt mortem ſuam hereditatem reſtituere rogatus eſt, ſi eam hodie reſtituat, non alio die reſtituit, quàm quo rogatus eſt, quia & hodie mori poteſt, quamuis fortaſſe non niſi poſt annum aut decennium ſit moriturus. Nam neque ſi verba & vim fideicommiſſi inſpicias cogitur ille expectare vt ſit mortuus, ne alioqui fideicommiſſum inutile fiat ſi à mortuo relictum videatur. Sed tum quoque cùm poſt mortem relictum eſt, perinde habetur, acſi relictum eſſet in id tempus quo grauatus moreretur, aut, vt quibuſdam locis ſcriptum eſt, cùm mori inciperet, vel etiam *pridie quam moreretur*, *leg. ſcrupuloſam* 11. *C. de contr. & commit. ſtipul.* Nihil enim prorſus inter hæc intereſt, & ſiue his, ſiue illis verbis teſtator vſus ſit, fideicommiſſum vires accipit, & radices in perſona grauati, *l. coheredi* 41. *§. cum filia, verſ. quòd ſi heredem*, vbi Bartolus & alij *de vulg. & pupill. ſubſtit.* quia & tempus ipſum inſtanſque mortis vitæ computatur non morti, *leg. vltim. D. de condic. inſtitut. leg. qui duos* 18. *§.* 1. *D. de manum. teſtam.* Siquidem fieri non poſſet, vt iam mortuus homo moreretur. Cùm ergo poſſit fideicommiſſum reſtituere pridie quàm moriatur, Cur non hodie poteſt reſtituere qui planè neſciat an cras victurus ſit, an moriturus? Illud enim ſemper memoria repetendum eſt, nos eum caſum tractare, in quo non alterius quàm ipſius heredis grauati aut fideicommiſſarij interſit vt fideicommiſſum

miſſum tardiùs vel citiùs reſtituatur: Nam ſi alterius intereſſet, puta eius qui ſi mortis tempore ſolus ſupereſſet, ſolus quoque ad fideicommiſſum admitti deberet, nullus his noſtris rationibus locus relinqueretur, ſed ex aliis quas in contrarium ſuprà diſputauimus, mortis naturalis diem expectari oporteret, ne ob prematuram fideicommiſſi reſtitutionem alius admitteretur, quàm qui à teſtatore vocatus fuiſſet. Poteſt enim quilibet quòd ad ſe quidem attinet, ſic viuere & tractare omnia, quaſi qui aut hoc ipſo die aut cras moriturus ſit, ſed non quod ad alios, aut vt iis noceat, quorum intereſt eum viuere mortiſque naturalis tempus expectari. Fideicommiſſi in diem certam relicti alia ratio eſt. Sicuti namque diem certam omnimodo venturam eſſe certum eſt, ita & non priùs venturam eſſe quàm totum tempus medium præterierit, vnde fieri neceſſe eſt, vt ſi interim reſtituatur hereditas quæ ad diem reſtitui debuit, præmaturè reſtituta intelligatur, & alio tempore quàm quo teſtator voluit, atque ita per conſequentias nulla ex Trebelliano actionum tranſlatio fiat, quæ fit commodiſſimè quoties ſtatim reſtituitur hereditas per fideicommiſſum relicta ſub condicione quæ & omnimodo extitura ſit, & quandocunq. poſſit exiſtere, dũ ne alterius tertij cuiuſquam interſit. Neque obſtat quod Papinianus ſcribit in *leg. ſi patroni 55. §. primo ad Senatuſconſultum Trebellianum.* reſcriptum eſſe ab Antonino Pio in tempus directò data libertate non eſſe repræſentandam hereditatis reſtitutionem, quia nõ ſit cui reſtitui poſſit. Ita innuens à contrario ſenſu, Poſſe igitur repræſentari ſi fideicommiſſaria libertas in tempus data ſit. Nam id rationem illam habet quòd eo caſu non tam reſtitutioni hereditatis tempus dictum ſit, quàm fideicommiſſarię libertati, quam porrò nihil impedit quominùs repræſentare poſſit heres, cuius gratia tempus illud adiectum fuiſſe credendum eſt. Porrò repræſentata libertate, nihil quoque vetat hereditatem ſtatim reſtitui, quia tunc purè ac ſine vlla temporis præfinitione relicta reperitur, ideòque nec repręſentari dicitur, quę ſuo tempore ſoluatur, petíque tanquam debita poteſt, cùm imputare ſibi debeat heres qui ante tempus libertatem præſtitit, cur ſeruum manumittendo dederit ei petendi à ſe fideicommiſſi facultatem, *argumen. leg. filio 7. Digeſt. vt legat. nomine caueat.* Cùm libertas directò data eſt in tempus, non poteſt illa per heredem repræſentari, ſicut nec hereditas, quia non competit directa libertas niſi ex poteſtate ſola legis, quæ porrò ſubſequitur teſtatoris voluntatem vt Vlpianus in Titulis ſcribit *titul. 1. L. ſi cui 31. Digeſt. ad SC. Trebell.* Accurſ. *in verb. in tempus* peſſimè locum illum explicat.

Ad l. mulier quæ in duobus 22. in princip. Di. ad Senatuſconſultum Trebellianum.

Cap. VII

ELegans ſpecies eſt, & digna, de qua quid Vlpianus ſcribit, id eſt, quid ex iuris ratione ſentiendum ſit, inuito etiam Triboniano inueſtigemus. Mulier quæ duobus filiis in patris poteſtate relictis, alij nupſerat, poſteriorem maritum heredem inſtituerat, cúmque rogauerat liberis ſuis poſt mortem patris eorum hereditatem ſuam reſtituere, vel ei qui ex ipſis ſupereſſet. Eiſdem emancipatis à patre ſuo vitricus hereditatem reſtituiſſe dicebatur, mox alter ex filiis viuo patre deceſſiſſe. Quærebatur an is ex filiis qui ſupererat, partem fratri ſuo reſtitutam petere poſſet quaſi præmaturè datam. Sed priuſquàm ad quæſtionem hanc reſpondeatur, ſubiungit Vlpianus, ſi nos Tribonianus non fefellit, Scæuolam referre Diuum Marcum Imperatorem in auditorio de huiuſmodi ſpecie iudicaſſe, *Braſidas*, inquit quidã Lacedæmonius vir prætorius, cùm filiis ſuis ab vxore diuortio ſeparata, *ſi morte patris ſui iuris effecti fuiſſet*, fideicommiſſum relictum eſſet, eos emancipauerat; Poſt emancipationem fideicommiſſum petebant. Decreuiſſe igitur Diuum Marcum refert, fideicommiſſum eis repræſentandum, intellecta matris voluntate quæ quia non crediderat patrem eos emancipaturum, diſtulerat in mortem eius fideicommiſſum, non dilatura id in mortalitatem ſi eum emancipaturum ſperaſſet. Sequitur *ſecundum hæc dicebam & in propoſita quæſtione Diui Marci decretum eſſe trahendum, & rectè fideicommiſſum vtriſque ſolutum.* Ego verò auſim dicere decretum illud Diui Marci nihil cum propoſita ſpecie habere commune, neque videri poſſe fideicommiſſum rectè ſolutum vtrique pendente condicione fideicommiſſi, propter euidentem rationem diuerſitatis inter eam ſpeciem de qua conſultus fuit Vlpianus & illam de qua Diuus Marcus pronunciauit. Nam apud Vlpianum proponebatur rogatus vitricus, idémque heres inſtitutus à matre, non ſolum vt teſtatricis filiis poſt mortem patris eorum reſtitueret hereditatem, ſed hoc etiam addito *vel ei qui eorum ſupereſſet:* quibus verbis facta erat vulgaris ſubſtitutio in fideicommiſſo inter fratres, vt ſi alter eorum præmoreretur, tota hereditas ad ſolum ſuperſtitem ex fideicommiſſo perueniret, *ex leg. vt heredibus 31. leg. cùm proponebatur 64. de legatis ſecundo. leg. Scæuola ſeptuageſimaſexta ad Senatuſconſultum Trebellianum.* quæ res faciebat vt quandiu pater viueret, incertum eſſet cuinam ex liberis fideicommiſſum, quandoque reſtituendum foret. Cùm euenire poſſet, quod & euenerat, vt alteruter eorum viuo patre præmoreretur, atque ita ſoli ſuperſtiti totum fideicommiſſum iam inde ab initio relictum videretur. Vt proinde non poſſet dici ex teſtatricis voluntate, & ita vti oportuit reſtitutum fideicommiſſum, quod repræſentatum eſſet, ſolutumque ante diem cedentem. Puto autem apparere ſatis ſupérque ex ſuperioribus, in ea ſpecie de qua Vlpianus conſultus fuit fieri non poſſe vt fideicommiſſum quod non niſi poſt mortem patris relictum fuerat filiusfamilias, benè iis ſolui potuerit viuo adhuc eorum patre, licet iam tum emancipatis, quia quamuis emancipatio faciat, vt ex eo tempore non magis ius perſonæ quàm perſona ipſa ſubſtituti variari poſſit (quod diuerſum eſſet ſi durante adhuc patria poteſtate fideicõmiſſum repræſentaretur *d. §. Diuus*) illa tamen ratio ſupereſt, quę fideicommiſſi repræſentationem ſemper impediat, quòd fideicommiſſum hoc non ſolùm ſub condicione relictum eſt, ſed in id etiam tempus quo fieri poſſit, vt non plures ſint fideicommiſſarij, ſed vnus duntaxat, qui porrò quis futurus ſit, planè ignoretur: Is enim futurus eſt qui moriente patre ſolus eo tempore ſuperſtes inuenietur, propter verba illa fideicommiſſi. *vel ei qui eorum ſupereſſet*, quæ tamen etiamſi non eſſent adiecta, non aliud iuris fore putarem, quia ſemper verum eſſet relictum fuiſſe fideicommiſſum ſub condicione cuius euenientis tempore, ſi vnus tantùm filius ſupereſſet, is quoq. ſolꝰ admitti deberet. *d. §. Diuus in fi.* Quid

enim refert an condicio illa adſcripta ſit, *ſi nauis ex Aſia venerit*, an quæ ex incerto die mortis patris cõſtituatur? Itaq. cùm hoc caſu dici non poſſit factã eſſe reſtitutionem eo modo quo teſtator voluit, ſaltem pro ea parte quæ præmortuo filio ſoluta eſt, & quam ex euentu apparet nunquam ei debitam fuiſſe, nec illud etiam fieri aut verum eſſe poteſt, quod ſub Vlpiani nomine concludimus, fideicommiſſum rectè vtrique ſolutum fuiſſe. Eſt enim hic caſus ex eorum numero in quibus quid anteà in rei veritate fuerit, non niſi ex euentu ſciri poteſt, vt Paulus tractat *in l. qui res 98. §. rem autem. D. de ſolu. l. quædam ſunt 15. de reb. dub. l. huic ſcripturæ 15. §. 1. D. ad leg. Aquil.* Solùm igitur illud videndum ſupereſt, quid reſponderi poſſit ad reſcriptum Diui Marci quod ad propoſitam ſpeciẽ trahi poſſe & debere Tribonianus voluit. Iam enim non auſim Vlpiano adſcribere reſponſum quod putem à recta iuris ratione tantopere abhorrere. Monui autem iam in ipſo ferè huius capitis initio nihil cum ſpecie noſtra ſimile aut commune habere illã de qua Marcus pronunciauit, non ob id ſolùm quòd nõ proponebãtur ibi addita in fideicõmiſſo verba illa, *vel ei qui eorum ſupereſſet*, quę apertiùs faciunt vt ante tẽpus mortis patris prorſus incerta fuerit perſona fideicõmiſſarij (nã iis quoq verbis ſublatis idem admittendum foret, vt iximus propter ſolam conditionis poteſtatem ex *d. §. Diui*) Sed etiam quia in ea ſpecie proponebatur & conſequenter probabatur ea matris voluntas fuiſſe vt ſtatim atque ſoluti eſſent filij patria poteſtate ad fideicommiſſi petitionem admitterentur. Id enim eſt quod Tribonianus ipſe fatetur, nec tacere potuit, *intellecta matris voluntate quæ quia non crediderat patrem eos emancipaturum diſtulerat in mortem eius fideicommiſſum, non dilatura id in mortalitatem ſi eum emancipaturum ſperaſſet.* Nam ſi voluntas illa matris non fuiſſet, & quidem probata aliter quàm ex verbis fideicommiſſi, quæ potiùs repugnabant, nullam ſanè rationem haberet decretum Diui Marci, pugnarétque manifeſtiſſimè, non modò cum iuris ratione, ſed etiam cum reſcripto illo Imperatorum Seueri & Antonini, quod Marcianus refert laudátque in *d. §. Diui.* Itémque cum *d. l. ſed etſi ante D. ad SC. Trebell.* aliiſque locis ſuprà citatis, quibus probauimus non poſſe fieri reſtitutionem ex Trebelliano, neque tranſire actiones ſi ante impletam condicionem reſtituatur hereditas fideicommiſſaria quæ non niſi ſub condicione relicta fuit. Præſertim verò ita concepta condicione, quomodo in ſpecie illa Diui Marci, *ſi filij effecti fuiſſent ſui iuris morte patris.* Neque enim æquè dici poterat, omnimodo extituram eſſe condicionem illam, ac de illa diximus, cùm quis poſt mortem ſuam reſtituere rogatus eſt. Hunc enim aliquando moriturum eſſe certum eſt, atque ita condicionem euenturam. At non ſimiliter certum eſt filiosfamilias ſui iuris effectos iri per mortem patris. Quid enim ſi ante patrem moriantur? Quid ſi à patre emancipentur? Quid ſi pater deportetur? *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm de liber. & poſthum.* Neque parum obſeruatione dignum illud erat, quod in illa ſpecie fideicommiſſum relictum fuerat filiis mulieris inſtitutæ non quomodo in caſu noſtro, *poſt mortem patris eorum*, quibus verbis non niſi in tempus mortis patris præciſè confertur diſpoſitio, ſed expreſſa figura condicionis hoc modo, *ſi morte patris ſui iuris fuiſſent effecti*, quæ verba præ ſe ferunt, non tam in tempus præciſè mortis paternæ collatum eſſe fideicommiſſum quàm in id tempus quo filij effecti eſſẽt ſui iuris. Sic enim conſtructio ipſa verborum poſtulat, vt particula *ſi* quæ condicionis figuram exprimit, referatur ad ſequentia illa, *ſui iuris fuiſſent effecti.* Adiectã verò mentionem mortis patris, quod non crediſſet teſtatrix vnquam futurum, vt eos emancipare pater vellet, nec proinde vt aliter quàm morte patris exirent de ipſius poteſtate. Caſus. n. ille deportationis, & alij ſi qui ſunt ſimiles, triſtiores ſunt & abominabiliores quam vt de iis cogitare teſtator vel potuerit, vel debuerit. Etſi autem res hæc facere ex ſe non poteſt, vt caſus expreſſus mortis trahi deberet ad caſum emãcipationis, faciebat tamen vt multò facilius & veriſimiliùs probari poſſet eam fuiſſe teſtatricis mentẽ, vt ſi patrem filios ſuos emancipaturum ſperaſſet, fideicommiſſum in eius mortem dilatura non fuiſſet, ſed condicionem ita ſimpliciter conceptura, *ſi ſui iuris effecti fuiſſent.* Quid enim teſtatricis intererat, an morte patris an emancipatione fierent illi ſui iuris? cum id tantum ipſa curaret, vt ipſis non etiam ipſorum patri emolumentum fideicommiſſi quæreretur. Dixi *probari*, non autem *præſumi*, quia nec præſumpta matris voluntate, motus fuit Imp. vt ita decerneret, ſed vt lex ait, *ea intellecta*, ſcilicet ex fide probationum, non etiam tacitè ſubintellecta. Enimuerò cum nullius condicionis figura expreſſa rogatus quis eſt Titij filiis hereditatem reſtituere, *poſt mortem patris eorum*, vt in ſpecie ab Vlpiano propoſita, licèt verba illa condicionem faciant propter incertum diẽ mortis patris, ante quem filij mori poſſunt, non tamen perinde poſſis dicere fideicommiſſum videri ſub ea condicione illis relictum, *ſi facti erunt ſui iuris*, ne quidem cum adiectione illa, *morte patris*, quia in id ſolùm tempus præciſè quo pater moreretur, collatum fideicommiſſum eſt, nulla ſolutæ patriæ poteſtatis facta mentione. Quod enim morte patris futurum ſit vt efficiantur ſui iuris, fiet per conſequẽtias, propterea quòd patriæ poteſtatis vinculum patris morte diſſoluatur, nec eò tamen magis verum erit admitti filios ad fideicommiſſum, ob eam rationem quòd patria poteſtate liberati ſint, ſed ob illam vnicam quòd mortuo demùm patre condicio extiterit, ſub qua relictum fuerat fideicommiſſum. Itaque ſi poneres patrem mortuum auo ſuperſtite, in cuius poteſtate tam pater ipſe quàm liberi eius fuiſſent, nemo dubitaret, quin fideicommiſſi *poſt patris mortem* præſtandi cõdicio nihilominus extitiſſet, quamuis non idcirco ſui iuris effecti fuiſſẽt: quod vtique diuerſum foret, ſic concepta condicione, *ſi patris morte ſui iuris effecti eſſent*: quia non eſſet impleta condicio manentibus ipſis in aui ſuperſtitis poteſtate: Vt appareat quàm diuerſa ſit poteſtas illius condicionis, quæ tacitè ex incerto die mortis patris inducitur, relicto fideicommiſſo, *poſt mortem patris*, & illius quæ expreſſam figuram condicionis habet, quæque collata eſt in tempus quo erunt filij ſui iuris, licèt interiecta mentione mortis patris. Quanquam non nego, in illa quoque ſpecie fideicommiſſi filiisfamilias relicti *poſt mortem patris*, idem iuris poſſe conſtitui, ſi eadem probetur fuiſſe voluntas teſtatricis, vt filios ad fideicommiſſum admitti voluerit, ſtatim atque patria poteſtate liberati eſſent, nec in tempus mortis patris aliam ob cauſã fideicommiſſum contulerit, quàm quod nec priùs nec aliter quàm per mortem patris vnquam ſui iuris futuros eos ſperaſſet. Voluntas enim teſtatoris illa eſt quæ in teſtamentis omnibus, ſed maximè in fideicommiſſis & condicionibus totum facit, *l. In condicionibus 19. de condic. & demonſtr. l. pen. de leg.* 1. etſi enim in verbis aut nulla aut minor ambiguitas eſt, nulla quoque aut minor induci debet quæſtio voluntatis *vulg. l. ille aut ille 25. §. cũ in verbis de leg.* 3. Semper autem exigo probationem voluntatis, quia non poſſum pati vt ex ſola voluntate

præ-

Præſumpta caſus mortis trahatur ad caſum emancipationis, aut contra, cùm omnibus condicionibus commune illud ſit, vt impleri debeant in forma ſpecifica, *vulg. l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. & paſſ. de cōdic. & demonſtr.* Nec rurſum vt ex hac lege quis inferat, quod paſſim vulgares interpretes inferunt, Pro expreſsè diſpoſito haberi omne id quod veriſimiliter diſpoſuiſſet teſtator ſi de eo cogitaſſet. (Quo bro cardico mirū eſt quàm ineptè & imprudēter abutātur plerique in defunctorum voluntatibus non iam coniiciendis quàm diuinandis & ſupplendis) ſiquidē reſcriptum illud Diui Marci non præſumpta & veriſimili teſtatricis voluntate nititur, ſed ea quæ probata exactè fuerit, & benè intellecta, vt diximus. Sed & quod magis mirum eſt, atque ad inſcitiam Triboniani detegendam multò accommodatius, Dico, etiam probata illa matris voluntate, quòd non fuerit collatura fideicommiſſum in tempus mortis patris, ſi cogitaſſet futurum vt filios emancipare pater vellet, fieri tamen nullomodo poſſe, vt decretum Marci ad ſpeciem noſtram trahatur. Non quia fideicommiſſum poſt mortem patris relictum eandē voluntatis interpretationem & probationem non admittat, quam admitteret ſic concepta cōdicione *ſi morte patris effecti eſſent filij ſui iuris*, (admittit enim, vt iam monuimus) ſed propter adiecta verba illa, *vel ei qui eorum ſupereſſet*. Finge namque & præſume quantū voles, matrem ſi de futura emancipatione cogitaſſet, non fuiſſe dilaturam fideicommiſſum in mortalitatem, vt Tribonianus loquitur. Nunquam tamen aſſequeris, vt in hac ſpecie caſus mortis trahi debeat ad caſum emācipationis, quoniā ita fieret neceſſariò vt illa quoque verba, *vel ei qui eorum ſupereſſet*, ad emancipationis tempus referenda eſſent, iique ad fideicommiſſum inuitati dicerentur, qui emancipationis tempore ſupereſſent. Quod tamen ne fieri poſſit impedimento eſt non ſolùm voluntas teſtatricis, ſed etiam poteſtas & vis verborum quæ ad fideicōmiſſum vocat eum duntaxat qui moriente demùm patre, ſolus ſupererit. Fieri autem facilè poteſt quod & in Vlpiani ſpecie contigerat, vt mortis tēpore nō niſi vnus ſuperſit ex iis qui pluris ſupererant tēpore emancipationis: cui vni ſanè fiat iniuria, ſi non ſolus admittatur ad fideicommiſſum ad quod ſolus vocatus fuit verbis diſertis. Non enim quemadmodū caſus emancipationis interueniens facit ne caſū mortis quandocunque ſuperuenientem attendi oporteat quoties nimirum ratio iuris & voluntatis patitur vt caſus mortis trahi debeat ad caſum emancipationis, ſimiliter poſſis dicere tēpus emancipationis eo caſu inſpiciendum eſſe pro tēpore mortis quaſi in locum eius quodammodo ſubrogatum. Et ratio diuerſitatis non minùs euidens quàm elegans illa eſt, quod non alia de cauſa mortis caſus trahitur ad caſum emancipationis, quàm quia ei perſimilis & adfinis exiſtimetur, non quaſi qui emancipat aut emancipatur, mori videatur (quid enim habent illa cōmune?) ſed propter effectum illum qui vtroque caſu idem naſcitur, tanquam ex ſimilibus ac penè iiſdem cauſis, vt liberi peræquè fiant ſui iuris. Vnde fieri neceſſe eſt vt per caſum emancipationis extinguatur caſus mortis. Non quòd eo minùs tandem moriturus ſit pater qui liberos ſuos emācipauit, ſed quia fieri nequit vt liberi per emancipationem ſoluti patria poteſtate, magis fiant ſui iuris per mortem patris. Itaque in emancipationis caſum admiſſis ad fideicommiſſum ex probata matris voluntate filiis, qui non fuerant vocati niſi poſt mortem patris, aut ſub ea cōdicione, *ſi patris morte ſui iuris effecti fuiſſent*, iā nihil prorſus ipſorū intereſt hoc nomine, victurúſne ſemper erit pater, an tandem aliquando moriturus, fruſtráque expectaretur caſus mortis qui quandoque eueniens nihil operaretur. Vt dici ſolet de alia condicione qualibet, non eſſe expectandā eam cuius euentus nihil noui allaturus ſit, *l. aliquando 13. §. vlt. D. ad SC. Velleian. l. ſi quis ita ſcripſerit 33. D. de hered. inſt.* Proinde caſus mortis in hac ſpecie nullus ſupereſt, quippe qui ob voluntatē teſtatricis mutatus ſit in caſum emancipationis. At non ideò fit vt inſtans emācipationis habendum ſit pro inſtanti mortis. Aliud enim eſt inſtans mortis, aliud verò emancipationis; ſicut & alius effectus eſt mortis, alius emancipationis extra cauſam patrię poteſtatis. Et conſequenter iuris interpretatio quę ex teſtantis voluntate, verbis licèt repugnantibus trahit caſum mortis ad caſum emancipationis, non idcircò ad inſtans emancipationis trahere poteſt inſtās mortis, quia nec poſſibile illud eſt, nec rurſum neceſſe, cùm non pendeat ex illo effectu ſublatę patrię poteſtatis, neque cum eo commune quicquam habeat. Proinde quoties fideicommiſſum pluribus filiisfamilias relictum eſt non tātùm poſt mortē patris eorum, & in caſum illū quo morte patris fiāt ſui iuris, ſed cùm illa etiam adiectione, *vel ei qui ex ipſis tum ſupererit*, fieri tamē nunquā poteſt, vt quamuis ex voluntate teſtantis admittendi ſint filij in caſum emancipationis, alij tamen ex ipſis inuitati videantur, quàm qui mortis tempore ſupererunt, cùm tempus illud expreſſum ſit diſertis verbis, *l. epiſtolam 75. §. vlt. ad Trebell.* nec minùs denotata extremitas temporis fuerit, ſiue particula *tum* adiecta ſit, ſiue ſubintelligatur, *l. 4. §. vlt. de condic. & demonſtr.* Neque rurſum inutiliter expectetur tempus illud cuius euentus facere poſſit, vt aliis relictum videatur fideicommiſſum, quam quibus relictum dici poſſet ſi emancipationis tempus ſpectari oporteret. Cui non prorſus diſſimile illud videtur, quod Papinianus reſpondit in *l. cùm pater 77. §. ab inſtituto de legat. 2.* grauato per fideicommiſſum extraneo herede inſtituto vt cùm moreretur, libertis teſtatoris certa prędia redderet, quę idem teſtator petierat ne ea familiæ nomine alienarentur, ſi ad ſubſtitutū hereditas deuoluta ſit, ſubſtitutū quidem ea prędia ex voluntate defuncti perinde debiturū eſſe, at non confeſtim, ſed iis vt coniectura ex teſtatoris voluntate capienda inſtituti mors expectanda ſit. Nā ſi mutata quoque perſonā grauati non ideò tamen mutatur tempus pręſtādi fideicōmiſſi, tametſi poſſet dici nihil iā ipſius intereſſe in cuius mortis tempus collatū fuerat fideicommiſſum, cùm ad alium hereditas pertinere cœperit (quæ videtur ſola fuiſſe ad eum locum ratio dubitandi) cur mutabimus tempus mortis à teſtatrice pręſcriptū ob id ſolùm, quòd caſus mortis mutati poſſit in caſum emancipationis? Scripſi *mutari poſſit*, nō autem *mutatus ſit*, quia nō puto vllā hic fieri poſſe caſuū mutationem, nec caſum mortis trahi ad caſum emācipationis. Nā ſi adiectio illa de qua tractamus *vel ei qui ex ipſis ſupererit* omnimodo efficit vt expectandum neceſſariò ſit tempus mortis patris quò ſciri poſſit, an pluribus liberis, an vni tantùm, & cuinam ex ipſis fideicommiſſum relictum intelligatur (ſuperuacuā.n. eam eſſe aut delendam nemo certè dixerit) planè cōſequens eſt vt caſus mortis expreſſus in caſum emancipationis cōmutari nec poſſit, nec debeat, quia ſine effectu eſſet ea cōmutatio, quę nec aliā ob cauſam fieri ſolet, ſi quando fit, ſiue ex præſumta ſiue ex probata teſtantis voluntate, quàm vt ſtatim poſt emancipationē eadem fideicommiſſi petitio competat, quę eſſet cōpetitura ſi mortis caſus contigiſſet. Ergo cōclu-

damus tandem decretum illud Diui Marci, cæteris quoque omnibus paribus, id eſt, etiam probata eadem voluntate matris, ad Vlpiani ſpeciem trahi & accommodari nullomodo poſſe. Ceſſante autem decreti poteſtate rationem iuris facere, vt ante mortem patris facta filiis poſt emancipationem reſtitutio inutilis fuerit, & per quam non potuerint ex Trebelliano transferri actiones, nec proinde impediatur is qui mortis tempore ſolus ſuperſtes reperitur, quominus ex fideicommiſſo eam portionem petat quæ fratri præmortuo fuit præmaturè reſtituta. Nam ſi quis putet eum aut ipſo iure amiſiſſe fideicommiſſi petitionem aut ſaltem quod eſt facilius exceptione doli repellendum eſſe ob id ſolum quod reſtitutionis tempore contentus ille dimidia parte bonorum ſiue tacitè ſiue expreſſè conſenſerit, vt reliqua pars fratri reſtitueretur, arg. *l. Titia 34. §. Lucia de legat. 6.* Iā diximus in ſuperioribus nullius momenti eſſe conſenſum illū qui & cōtra ſenatuſcōſulti autoritatē, & contra teſtantis voluntatem præſtitus ſit ex *d. §. Diui*, in illis verbis, *ne quidem ex voluntate eorum* quia mutuus fratrum cōſenſus facere non poteſt vt alius ſit fideicommiſſarius, quàm qui teſtamento vocatus fuit: Longéque diuerſa eſt hæc quæſtio ab illa quam noſtri tractare ſolent ad *l. qui Romæ 122. §. duo fratres De verbor. obligat.* de fratribus fideicommiſſo per diuiſionem renunciantibus. Tractant enim caſum illum quo fideicommiſſarius certus ſit ſiue iam impleta, ſiue adhuc pendente fideicommiſſi condicione: In qua ſpecie licèt fideicommiſſum condicionale quod nondum competit repudiari nequeat, fieri tamen poteſt variis ex cauſis, vt vel expreſſo vel tacito conſenſu remiſſum eſſe cenſeatur. At nos eum caſum tractamus quo propter pendentem condicionem non ſolùm euentus ipſe fideicommiſſi incertus ſit, ſed incerta quoque perſona fideicommiſſarij, quam tamen nemo negauerit certam eſſe debere priuſquam fieri poſſit locus quæſtioni, An fideicommiſſo renunciatum ſit nécne. Quòd ſi voluntas filiorum ex teſtamento vocatorum bonam poſſet facere reſtitutionem, ſiue ipſo iure, ſiue oppoſita doli mali exceptione, adhuc dicēdum eſſet, in ſpecie Diui Marci multò magis id euenturum, quàm in ſpecie Vlpiani. In illa enim filij omnes ſtatim poſt emancipationem nec expectata patris morte fideicommiſſum petebant, vt lex ait, id eſt, vt ego interpretor, & ſimul & in iudicio, atque ideò fortior erat ille conſenſus, non ſolùm tanquam mutuus, ſed etiam tanquam qui & expreſſus eſſet & iudicialis, cùm in iudicio quaſi contrahatur, *l. 3. §. idem ſcribit. D. de pecul. l. maioribus. 3. C. commun. vtr. iudic. l. liberum. 16. C. de fideiuſſ.* Secutáque tandem ſententia de fideicommiſſo omnibus repræſentando ſiue à ſupremo Principe lata eſſet ſiue à magiſtratu etiam inferiore à quo appellari poſſet, ſecurus vtique eſt heres qui fideicommiſſum vtrique ſoluerit ſi non colluſerit, nec ei poteſt imputari cur non appellauerit *l. aut prætor. 7. §. 1. verſ. puto autem D. de minor.* At apud Vlpianum proponebatur fideicōmiſſum omnibus ſolutum vltro & ſine iudice, quod etſi nō niſi ſcientibus omnibus qui viriles tantùm accipiebant, fieri potuit, minorem tamen vim habet ad inducendum conſenſum etiā tacitum, quia dici poteſt omnes ideò tacuiſſe quod ſcirent ius ſuum durare, *arg. l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod. ius vel hypoth. ſolut. d. l. Titia 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Nec eſt quod quis dicat tanto fauorabiliorem eſſe huiuſmodi fideicommiſſi tacitam remiſſionem quanto incertior tunc erat perſona fideicommiſſarij, cùm neſciretur an vterque ex liberis aut vter patri

ſuperſtes futurus eſſet, *arg. l. 1. C. de pact. l. de fideicommiſſo. 11. C. de tranſact.* ob idque minùs eſſe audiendum ſuperſtitem ſi poſt patris fratriſque mortem dicat vni tantùm fuiſſe fideicommiſſum relictum, vt ille vnus ipſe ſit, quod viuo patre fratréque non fuerat dicturus *arg. l. ſi pater 12. C. de inoff. teſt. l. pen. C. de ſolut.* Poſſet enim hæc obiectio vires aliquas habere ſi perſonæ fideicommiſſariorum certæ fuiſſent, ſolus autem fideicommiſſi euentus incertus, vt in *d. l. 1. & d. l. de fideicommiſſo.* Vel ſi in fratris poteſtate fuiſſet vt fideicommiſſarium facerent eum, quem teſtator non feciſſet. Sed his omnibus ceſſātibus quæ nec ex facto, nec ex iure ſumi poterant, apparet nihil prorſus intereſſe an fratri præmortuo reſtituta ſit pars hereditatis inuito fratre qui ſolus ſuperſtes fuit, an eo conſentiēte. Vtroque enim caſu & iuris ſtricti ratio & volūtas teſtatricis & cōſequenter rei æquitas irritam facit pro ea parte reſtitutionē. Sic explicatis iis omnibus quæ ad huius loci interpretationē pertinēt, reſtat vt ex ipſis verbis legis probemus, Triboniani legem eſſe nō Vlpiani. Primū autem colligi id poteſt ex eo quod textus habet decretū illud D. Marci à Scæuola relatū fuiſſe. Cōſtat enim apud me, Sæuolā deceſſiſſe ante tempora Marci Imperatoris, nec ad eius ætatē vſque perueniſſe. Quā in rē vidēda ſunt, quæ ſcripſi lib. 14. cap. 4. Quare nec liber vllus Scæuolæ relatus eſt in quo ita ſcripſerit, ſed, quod verò prudentes facere ſolent, præſertim cùm Scæuolā autorē laudāt, ſic ſimpliciter ſcriptū eſt *Scæuola D. Marcū*, &c. Sed nec poterat Vlpianus Scæuolæ autoritate moueri vt præmaturā fideicōmiſſi reſtitutionem haberet pro bona eo caſu quo fideicōmiſſarij perſona tùm certa nondū eſſet. Neq; .n. ignorabat cōtrariū Scæuolæ reſponſū à nobis ſupra citatū, quod extat in *d. l. vxorē 41. §. Seiū marit. de leg. 3.* quo ipſo loco lōgè accōmodatiùs poterat decretū D. Marci à Scæuola referri, ſi Scæuolæ notū fuiſſet quàm ab Vlpiano factū ſit in *d. l. mulier.* Quòd ſi quis iā miretur, Cur ergo Scæuolæ nomen Tribonianus hîc ſuppoſuerit potiùs quàm alterius Iurecconſulti qui poſt Marci tēpora floruerit, duplex impræſentiarum ratio mihi occurrit. Illa primùm quod magni & poſt Papinianū fortaſſe præcipui inter omnes nominis erat Scæuola, nec immeritò ſanè, tāquàm qui & perſpicaciſſimus fuiſſet, & ſuprà cæteros, quod mihi mirū in modū placet, iuris religioſiſſimus, nec poterat decreto Diui Marci maior laus & fides accedere, quàm ſi à Scæuola referretur & probaretur. Altera quòd meminerat fortaſſe Tribonianus (vt mēdacem memorem eſſe oportet) alio Pandectarum loco corruptum à ſe quoddam Scæuolæ reſponſum, vt aliud eiuſdem Marci reſcriptum protraheret ad ſpeciem longè diſſimilem, de qua fuerat Scæuola conſultus. Locus eſt in *l. Pamphilo 39. de legat. 3.* de cuius etiam ſententia & interpretatione ſcripſimus eod. lib. 14. cap. 3. Vt enim veriſimile fieret quod falſum erat, Scæuolam ad ea vſque tempora perueniſſe, in quibus Marcus ſolus imperaſſet, faciendum fuit vt qua alia iuris parte reſcriptum aliquod vel decretum Diui Marci aut à Scæuola referretur aut ab eo relatum diceretur. Mouet me ſecundò hiatus ille Vlpiano cæteriſque prudentibus inſolitus, quem video in illis verbis, *Scæuola Diuum Marcum in auditorio de huiuſmodi ſpecie iudicaſſe refert. Braſidas quidam* &c. Tertiò quod ait *iudicaſſe.* Verbum enim eſt indignum Imperatoria maieſtate. Dicebatur námque Imperator pronunciare aut ius dicere, non etiam iudicare, quod nec magiſtratibus maioribus licebat ſalua dignitate, vt probat locus ille Marci Tullij ad Quintum fratrē, *Quid? Prætor ſolēne iudicare debes?* Quartò

reliquu

tel quas ipſe cõtextus verborum & abundans & inciſus, longè alius quàm ſoleat eſſe Vlpiani, maximè verò in libris diſputationum, in quibus videtur ille Papinianeam & breuitatem & elegantiam affectaſſe, vt oſtendunt leges omnes qui in Pandectis extant hã ex libris deſumptæ, quanquam nobilius exẽplum nullum proferri poteſt quàm quod obuium eſt in eleganti illo §. *cùm proponeretur*, aliiſque §§. euſd. legis. Quinimò ſuſpicionem auget dictio *mortalitatem*, quæ etſi Iureconſultis noſtris non eſt incognita, diuerſo tamen ſenſu ab iis accipitur, ſcilicet in abſtracto potiùs, vt ita dicam quàm in concreto, vt in *l. illud quoque 40. D. de petit. hered.* & in *l. nam etſi 15. in princ. De inoff. teſtam* quomodo & idiomate Gallico ſunt iſta ſeparata *mort & mortalité*. Denique ne nimius Ariſtarchus videar ſi verba ſingula perſequar, mouet me poſtremus ille verſic. *Secundum hæc dicebam. & in propoſita quæſtione decretum Diui Marci eſſe trahendum.* Vlpianus enim proculdubio ſcripſiſſet *ad propoſitam quæſtionem*, aut potius *ad propoſitam ſpeciem* propter vim & conſtructionẽ verbi *trahendum*, non autẽ vt Tribonianus *in propoſita quæſtione*, ſicut & in ſequentibus illis, *& rectè fideicommiſſum vtriſque ſoluũ* ſcripſiſſet, multo elegantius *vtrique* non *vtriſque*. Neq; rurſum credibile eſt Vlpianum tã breuiter & ieiunè de Diui Marci decreto ad eã ſpeciem protrahendo quæ tãtoperè diſſimilis eſſet ſententiam ſuam expoſiturũ fuiſſe, ſed rationem aliquam allaturum quæ tot obiectionibus quas ſuprà fecimus aliqua ſaltem ex parte ſatisfaceret, ne quid temere vel audacter & contra iuris rationem reſpondiſſe videretur, quod ipſum tamen paruum curandum fuit Triboniano, cui ſatis erat ſemel monuiſſe in *conſtit. 2. de confirm. Digeſt. §. tanta autẽ 10.* mutatas à ſe pleraſq. leges ſi quid viſæ ſunt habere non rectè, tranſpoſitúmque in melius etiam ſi quid aliqua imperiali antiquorum Imperatorum conſtitutione in aliam dictum fuerat formam, ſolis Iureconſultorũ nominibus ſeruatis, venerationis, vt ait, antiquitatis, ſed legum veritate vt ipſe gloriatur ſub Iuſtiniani nomine facta ſua, vt quicquid in Pandectis & in Codice legimus, ſic accipiamus, quaſi ex ſolius Iuſtiniani ore prudentiáque profectũ.

Ad §. verum autem. l. apud Iulianum. 11. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

CAP. VII.

QVOD à Triboniano circa decretum Diui Marci factũ eſſe oſtendimus in *l. mulier. 22. in prin. D. ad SC. Treb* vt quamuis ſpecialẽ haberet rationem ex probata teſtantis voluntate deriuatam, ad aliam tamen prorſus diſſimilem ſpeciem protrahendum id eſſe diceret ſub nomine Vlpiani: Idem ab eo nunc factum eſſe probabimus circa reſcriptum Diui Pij, de quo in *§. verum autem. l. apud Iulianum. 11. eod. tit.* qui locus Vlpiani quoque nomen præfefert, licèt meo iudicio totus ſit Triboniani. Quæſtio illa proponitur, verum præſenti an etiam abſenti reſtitui poſſit hereditas procuratore adeunte prætorem. Proponitur verò his verbis *verũ* coniunctim ſuperiorib. quaſi commune aliquid habeat cum iis in §. prox. præced. Idem Vlp. ex Iuliano tractauerat de confirmandis patris tabulis vt ex ſubſtitutione pupillari poſſit heres cogi adire & reſtituere hereditatẽ. Quod tamen quam diſſimile & diſparatum ſit nemo nõ videt. Hinc namque mihi faciendum viſum eſt noſtræ contra Tribonianum diſputationis exordium. Ipſa autẽ quæſtio, qualis ſit & quam habeat dubitandi rationem non facile animaduerto. Nemo enim vnquam ex prudentibus dubitauit, quin etiam abſentis procuratori ſi id deſideraret reſtitui poſſet hereditas ex Trebelliano, ſaltẽ præſtita per procuratorem cautione de rato ſi minùs euidens abſentis voluntas proponeretur vt ex Iuliano Paulus tractat in *l. qui ita 66. §. etiam abſentes eod. tit.* Nihil enim refert an nobis an alij ea voluntate noſtra reſtituatur hereditas ſiue mandauerimus ſiue ratum habuerimus, ſicut & aliàs contingit quoties tractatur de ſolutione eius quod nobis debetur, *l. ſolutam 49. & paſſ. D. de ſolut.* Reſtitutio enim hereditatis ſolutio debiti eſt, licèt etiam ſucceſſio ſit cũ ex ea obligetur is cui hereditas reſtituitur, qui ſenſus eſt *l. nã enim 38. D. ad SC. Trebell.* Imò nec intereſt cui noſtro nomine reſtituatur, paterfamilias ſit an in aliena poteſtate, & an maſculus an mulier, adeóque nec an liber an ſeruus, quia perinde eſt ac ſi reſtituta mihi eſſet hereditas, quæ alij meo nomine reſtituta eſt, *l. quamuis 40. §. vlt. cum duab. ſeqq. & l. ſeruo. 65. §. vlt. eod. tit.* Nec quod per liberam perſonã alteri acquiri nihil poteſt, *l. 1. C. per quas perſon. nob. acquir.* impedire poteſt reſtitutionem, quoniam procurator hoc caſu nihil niſi miniſteriũ præſtare intelligitur, vt in *l. & licet libera. 15. D. de pecun. conſt. l. quod meo 18. D. de acquir. poſſ.* Præter id quod ex generali illa regula excipitur cauſa poſſeſſionis quam placuit vtilitatis cauſa poſſe acquiri per liberam quoque perſonam, *d. l. 1. l. 1. C. de acquir. poſſ.* per poſſeſſionem verò etiam dominiũ ſi proprietas à poſſeſſione ſeparari non poſſit, inquit *l. per procuratorem 8. eod. l. ſi procurator 13. D de acquir. rer. domin.* Tractamus antẽ de vero procuratore qui habeat mãdatum. Nã ſi nullũ habeat certũ eſt nõ poſſe eũ tãquã procuratorẽ agere vt heredẽ cogat reſtituere hereditatem, ſicut nec quicquam aliud in iudicio petere, *l. licet 24. C. de procurat.* neque ſi cautionẽ offerat de rato. Cautioni enim tunc locus eſſe ſolet cùm dubitatur de mandati iure & poteſtate, *l. 1. eod.* aut cùm ea perſona agit quæ poteſt agere ſine mãdato, *l. ſed & hæ perſonæ 35. D. eod.* non etiam cùm apparet ſine mandato eum agere qui non ſit ex coniunctis perſonis. Porrò cùm adeſt mandatum quænam dubitandi ratio eſſe poteſt, cur non abſentis quoque procuratori reſtitui poſſit hereditas? Nam ſi mandatum tale ſit vt non tã ſit euidens mandantis voluntas eſſe videatur, poteſt eo caſu vtilis eſſe cautio de rato, ne is qui procuratoris fidem ſequitur periclitetur. Et fideicommiſſario poſteà ratum habente, apparet vtiliter factam eſſe reſtitutionem, quia ratihabitio mandato æquiparatur *l. vero procuratori 12. in fin. D. de ſolut. l. vlt. C. ad SC. Maced. l. donationes quas parentes. 25. in fin. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sin ratum habere nolet, inutilis quidem reſtitutio eſt, ſed nullum ex eo damnum ſentit is qui reſtituit cùm perinde maneat dominus rerum hereditariarum omnium ac ſi reſtitutio nulla facta eſſet hereditatis quam ſponte adierat. Id enim eſt quod ait *d. §. etiam abſentis. Quòd ſi ſponte adierit hereditatem, non magna captio eſt.* Illud etiam obſeruandũ eſt, loqui nos de mero & ſimplici procuratore. Nã in eo qui procurator in rem ſuã cõſtitutus eſſet ratio illa reſtitutionem impediret, quod non aliter tranſire actiones poſſint ex Trebelliano quàm ſi reſtituatur hereditas ab herede ita vti teſtamento rogatus eſt, & eo ipſo modo quo teſtator voluit. Quod non contingit cùm alij reſtituitur quàm fideicommiſſario, id eſt in alterius quàm ipſius fideicommiſſarij commodum, quamuis ex fideicommiſſarij voluntate vt in ſuperioribus diſputauimus ex *l. ſi mulier. 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot. l. 1. §. ſed etſi autẽ. 10. D. ad SC. Trebell.* At in ſimplici procuratore neq; dubitatio neq; dubitandi ratio vlla eſt propter quam valere non debeat

hereditatis reſtitutio facta procuratori abſentis. Videamus autem quid ad tam arduam quæſtionem Tribonianus reſpondeat, *Ego puto*, inquit, *abſentis quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem adire & reſtituere, nec vereri heredē oportere ne fortè in damno moretur.* Reſponſio eſt vt apparet ad aliam longéque obſcuriorem quæſtionem quàm quæ propoſita fuerat, Nimirum ad illam, vtrum abſente fideicommiſſario poſſit per eius procuratorem cogi heres, vt hereditatem nō ſolùm reſtituat quam ſponte adierit, ſed etiam inuitus adeat quam ſponte adire nolit. In quo nemo non videt maius periculum verſari heredis, qui adita hereditate manſurus ſit implicitus oneribus hereditariis ſi non exoneretur per reſtitutionem. Ideoque ipſius quàm maximè intereſt vt de fideicommiſſarij mandato & voluntate conſtet euidenter. Nec ſi vel tantillum dubitetur æquum eſt committi cum incerto euentionis, id eſt, cogi adire ob id ſolùm quod procurator paratus ſit cauere de rato, propter fragilitatem cautionis, vt ſcriptum eſt in *d. §. etiam abſentis*: id eſt, quia fieri poteſt vt cautio quamuis principio idonea, poſtmodum inanis fiat & eluſoria fideiuſſoribus fortaſſe ad inopiam & egeſtatem delapſis. Quo tamen caſu non eo minus heres manebit, & implicitus oneribus hereditariis qui ſemel fuit. Qua etiam de cauſa placuit nec eum quoque adire cogi poſſe qui nō niſi de pecuniario fideicommiſſo fuerit rogatus, aut legato grauatus, tametſi cautio indemnitatis offeratur, inquit Hermogenianus in *l. nam quod* 14. *§. vltim. D. ad SC. Trebell.* quia nemo ſe cogitur adſtringere oneribus hereditariis propter alium vt Papin. ait *l. non eſt cogendus* 53. *eod.* Se autem adſtringit quiſquis heres fit, ſi non ſubſequatur hereditatis reſtitutio quæ iura omnia & heredi & in heredem competentia transferat in fideicommiſſarium, *d. leg. 1. leg. quia poterat. 4. & paſſ. eod. titul.* Quod ſi ponas ita conſtare de mandato vt de fideicommiſſarij voluntate dubitari nullo modo poſſit, nec de rati cautione præſtanda conſequenter quæri oporteat, difficile ſanè eſt dicere quidni per fideicommiſſarij procuratorem æquè ac per fideicommiſſarium ipſum cogi heres poſſit vt & adeat & reſtituat, cùm generale ſit & perpetuum vt quod quis per alium facit per ſeipſum facere videatur. Neque enim verendum eſt ne aditam hereditatem ſibi reſtitui nolit fideicommiſſarius, qui per procuratorem compulerit heredem adire. Quo namque colore aut qua fronte id recuſaret? Illud verò multò minùs verendum eſt ne moretur in damno heres, ſi priùs deceſſerit fideicommiſſarius quàm ei reſtituatur hereditas. Nam vel heredem aliquem relinquet, vel nullū. Si heredē habebit, idē iuris in herede ipſius cōſtituendū erit quod in ipſo cōſtitutū eſt, vt ſcilicet non poſſit recuſare reſtitutionē quā recuſare non potuit is cuius hereditatem ſuſcepit. Sin deceſſerit ſine herede hoc ipſo tamē perinde habetur hereditas pro reſtituta hactenus vt creditoribus hereditariis nō minùs liceat vēdere huius heredis bona, & conſequenter quicquid in reſtituēda hereditate reperietur, acſi iam reſtituta hereditate deceſſiſſet. Vt nō minus apertè quàm elegāter Marcellus tractat in *l. poſtulāte.* 44 *in fi. l. ſi poſtulāte* 67. *ff. eo. tit. ad SC. Treb.* Quid ergo eſt quod ſequitur in *d. §. vtrum autem. Poteſt enim ei per prætorem ſuccurri ſiue cautum ei fiat, ſiue non, & ante deceſſerit fideicommiſſarius quàm ei reſtituatur hereditas.* Præſeferunt namque verba iſta, fore, vt in damno moraretur heres ſi nōn ei per prætorem ſuccurreretur: quod tamen euidenter falſum eſt, vt diximus. Cum dubitari non poſſit quin fideicommiſſum non modò purificatū, vt loquūtur, id eſt cuius dies vtiliter ceſſerit, ſed etiā agnitū adeoq. ita petitū vt inuitus heres adire coactus ſit, trāſmittatur ad heredē licèt fideicōmiſſarius deceſſerit ante reſtitutionē. De illo nāq. dūtaxat fideicōmiſſo quæri ſolet an ad heredē trāſmittatur, nécne quod purificatū quidē fuit ſed nō agnitum. De qua quæſtione quid nobis videatur in ſequētib. dicemus. Porrò nō quod prætor ſuccurrat ei, qui ipſo iure tutus eſt, nec video cur neceſſe ſit quærere reſcriptū aliquod Diui Pij aut alterius Imperatoris ex quo exēplū ſumi poſſit vt ſciatur qua ratione aut via huic heredi ſuccurrēdū ſit qui adiit coactus. Niſi rurſus velis ad eū caſum regredi, in quo is qui ſe procuratorem dixit, vel nullum habuerit mandatum, vel habuerit minùs ſufficiens vt de fideicommiſſarij voluntate non ſatis conſtet. His enim caſibus, vtique dici non poſſet ſecurū fore heredem qui inuitus & cogente tali procuratore adiiſſet ſiue de rato aut de indemnitate cautum ei fuiſſet ſiue nō. Sed iā diximus, Nō ſolùm ſi mandatum nullum proferatur, ſed etſi tale aliquod proferatur ex quo minùs euidens ſit abſentis voluntas, non eſſe cogendum heredem vt adeat nec ſi millies nec ſi locupletiſſimè ipſi caueatur, propter cautionis quātūlibet idoneæ fragilitatē *d. §. etiā abſentis.* Quanto minùs adire cogendus ſi nulla ei cautio offeratur? Neq. tamē poſſis dicere imputādū ei eſſe cur tā facilè adierit, ac potius quàm ei benè cautum eſſet, cum de illo agamus qui nō niſi coactus adiit, & vrgente imperio prætoris, cui vtique parêre habuit neceſſe. Adeò vt ſi quod damnum aut incommodum ex eiuſmodi aditione ſentiret, non tam ei imputandum eſſet qui benè paruiſſet, quàm prætori qui malè coëgiſſet. Quare nō poſſum ſatis mirari rationem illam præcedentem *nec vereri heredē oportere ne fortè in damno moretur.* Ideo nāque ſubiecta eſt ne quis miraretur quòd proximè reſponſum erat cogi poſſe heredē per abſentis fideicōmiſſarij procuratorem, vt hereditatē adeat & abſenti reſtituat. Quis enim neſcit nō poſſe in dāno morari heredem qui à prætore compulſus adierit, quíque prætorem ipſum, vt ita diximus, de indemnitate ſua quodāmodo habeat obligatū? An non ſatis in eā rem prouiſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano quod ipſum cogendi heredis ius induxit? Aut quid frequentius in *tot. tit. D. ad SC. Trebel.* quā illud toties ſcriptum legere, neq; lucrum, neq; damnum vllum ex hereditate aut occaſione hereditatis, remanere penes eum debere qui cōpulſus adierit? Itaque ratio illa, quòd vereri nō debeat heres ne fortè in damno moretur, lōgè accōmodatior eſt ad perſuadēdum heredi ante coactionem vt ſponte adeat, quàm vti ne poſt coactionē exiſtimet vllū ſibi periculū ex aditione imminere. Itémque quod ſequitur, *Poteſt enim ei ſuccurri per prætorē.* Quid enim prætore indiget qui pro ſe habet autoritatē ſenatuſconſulti? Sed pergamus ad eorū, quę in textu ſequuntur explicationē. Ait lex *Eſt enim huius rei exemplum capere ex reſcripto Diui Pij in ſpecie huiuſmodi.* Vides phraſim græcā & apertè Tribonianeā, digniorem ſanè quæ in Iuſtiniani Nouellis conſtitutionibus, vbi & frequentiſſima eſt quàm in prudentū reſpōſis legeretur. Audiamus verò reſcriptū Diui Pij, & conſideremus ſpeciem ad quam accommodatum fuit, vt inueſtigemus an & in quo ſimilis ſit ei, quam nos tractamus. De herede per fideicōmiſſarij abſentis procuratorem coacto adire vt reſtitueret & ante reſtitutionem defuncto. Antiſtia decedens Titium heredem inſtituerat, & Albinæ libertatem directam dederat, eique filiam per fideicommiſſum reliquerat, rogaueratque vt filiam manumitteret,

Digitized by Google

ret, ſed & Titium rogauerat vt manumiſſæ filiæ Albinæ reſtitueret hereditatem. Cum igitur Titius ſuſpectam hereditatem diceret, reſcriptum eſt à Diuo Pio compellendum eum adire, quo adeunte Albinæ competituram libertatem eiq; filiam tradendam, & ab ea manumittendam, tutoremque filiæ dandũ quo autore reſtituatur hereditas filiæ ſtatim, quamuis ſic fuiſſet rogatus ei reſtituere *cum nubilem ætatem compleſſet*. Cum autẽ poſsit, inquit, euenire vt ante decedat ea cui fideicommiſſaria libertas & hereditas relicta eſt, nec oporteat damno adfici eũ, qui rogatus adiit hereditatem, remedium dadit, vt ſiquid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antiſtiæ, acſi heres ei nullus extitiſſet. Hactenus reſcriptum Diui Pij, in quo illod primùm mirũ eſt, quod voluit ille compelli poſſe heredem per Albinæ filiam cui fideicommiſſaria libertas & hereditas debebatur. Id enim à iuris ratione alienum eſt, an ob id duntaxat, quòd liberam eſſe Albinæ filiam oportere, priuſquàm eũ cogeret, vt ſentire videtur Accurſius? Minimè. Numquam enim dubitatum eſt, cogi poſſe heredem inſtitutum adire, & reſtituere hereditatem ſeruis, ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria libertas eis data fuiſſet, cùm aſſeruari heres non deberet perſonam cogentis, habet enim hic quoq; aditum, vt quamuis nondũ petere fideicommiſſariam libertatẽ poſsit, neq; directam ſibi vindicare, propter ſpẽ tamẽ libertatis & hereditatis aditum ad prætorem & per ſe habeat *l. mulier quæ duobus 22. §. non eſt dubitatum. ff. eod. tit. ad SC. Trebell.* Illud certè fieri nũquàm poteſt vt reſtituatur ſeruo hereditas priuſquàm libertatem ſit conſecutus *l. ſi cui purè 31. §. 1. l. ſi res aliena 52. §. 1. eo.* Adeò vt nec ſufficiat conſecutũ eum eſſe libertatem ſi aliquo caſu poſsit illa reuocari, puta exitum inteſtati faciente tandem teſtatore, vt Vlp. innuit in *l. cogi 16. §. vlt. eod.* illis verbis, *& ob hoc in eam cauſam res perducta eſt, vt is qui legauit, inteſtatus eſſe nõ poſsit.* Sed cui non permittitur petere reſtitutionẽ hereditatis ante cõſecutam libertatem, permittitur adire prætorem vt cogat heredem ad adeundã hereditatem, quò poſtmodum & libertas competere aut deberi incipiat, & hereditatis reſtitutio fieri poſſit. Illud igitur duntaxat obſtabat in ſpecie reſcripti diui Pij quominus heres per Albinæ filiam compelli poſſet ad adeundum, quòd regulariter non eſt cogẽdus heres ſuſpectam adire hereditatem ab eo, cui libertas à legatario, & hereditas ab herede relicta eſt, cùm ſtatus hominis ex legato pendeat, & nemo cogatur ſe adſtringere oneribus hereditariis propter legatum. Quid enim ſi inter moras non manumittente legatario ſeruus deceſſerit? vt eleganter Papin. diſputat in *l. non eſt cogendus 53. eod.* Sed & quod magis eſt, ſi ſeruus non à legatario, ſed ab altero ex heredibus libertatem, ab altero fideicõmiſſariam hereditatem accepit, item Papinian. reſpondit in *d. l. ſi res aliena 52. §. 1.* neutro ex heredibus adire volente nullas eſſe partes prætoris, quia neque propter ſolam libertatem compellitur quiſquam adire, neque is à quo libertas data non eſt, propter eum qui nondum liber eſt, vt adeat, compelli poteſt. Et locus eſt, inquit, ſenatuſconſulto (non Trebelliano, vt Accurſ. interpretatur, aut, quod potiùs dicere debuerat Pegaſiano, quod coactionem induxit, ſed alij quod de manumiſſis factum eſſe Marcellus refert in *d. l. poſtulãte*) cùm ab omnibus heredib. directa vel fideicommiſſaria libertas, aut ab eo datur à quo hereditas quoq; relinquitur. Sic enim puto legendum adiuncta particula disiunctiua *aut*, cuius omiſſio Accurſium noſtrum cõpulit vt præcedentia *ab omnibus heredibus* interpretatus ſit *ab aliquo omnium*. Prorſus ridicolè & improbabiliter. Planè tum quoque cùm ab vno ex heredibus libertas, ab alio hereditas per fideicommiſſum relicta eſt, fieri tamen interdum poteſt vt cogi debeat & adire & reſtituere is à quo hereditas relicta fuit, nõ ſolùm ſi fortè is à quo libertas data erat portionem ſuam repudiauerit, vel condicione excluſus ſit, ita vt portio eius ad alterum peruenerit, cùm nihil interſit quo iure debitor & libertatis & hereditatis idem eſſe cœperit, vt Papinianus ibidẽ ſubiungit, aut ſi in ſuperiore caſu datæ libertatis à legatario deceſſerit legatarius viuo teſtatore, quod cùm euenit, iam in heredis poteſtate eſt, vt manumiſſo reſtituat hereditatem *d. l. non eſt cogendus in fin.* Sed &, ſi ponas eum ex coheredibus à quo data libertas fuit, & adiſſe hereditatem & libertatem dediſſe, priuſquã coheres portionem ſuam adiiſſet, de qua reſtituenda grauatus eſſet. Cùm enim hoc caſu iam liber ſit is cui hereditas fideicommiſſaria debetur, nihil prohibet quominus grauatũ coheredem qui adire non vult cogat & adire & reſtituere *d. l. cogi §. vlt.* vbi & reſcriptũ aliud diui Pij refertur, quo hoc ipſum cõſtitutum eſt, ſed ita tamen vt non tam nouum ius & extraordinarium eo reſcripto inductũ, quàm quod ex certiſsima iuris ratione iam obtinebat, cõfirmatum fuiſſe videatur. At in ea ſpecie de qua nũc diſputamus, & ad quam aliud eiuſdem Pij Imper. reſcriptum pertinet, de quo *in d. §. verum*, data erat libertas filiæ Albinæ, eidémque fideicommiſſariæ, non ab vno ex coheredibus qui portionem ſuam agnouiſſet, ac teſtatoris voluntati ſatisfeciſſet (vnus. n. tantũ heres ſcriptus erat, qui prætereà ſuſpectam dicebat hereditatem) ſed ab Albina matre eadémque libertatis ſoæ legataria, quæ ipſa tamen, neque dum libera erat, neque libertatem conſequi poterat ante quàm adita eſſet hereditas; neque rurſum heredem cogere vt adiret, cùm vt ſuprà dixi ex Papiniano nunquam compellendus ſit heres vt adeat, ſéque actionibus hereditariis adſtringat propter legatum. Ob ídque, vt puto, cùm Prætoris fideicommiſſarij nullæ partes eſſent, vt heredem compelleret, adeundus fuit Imperator, qui nouo caſui extra ordinẽ prouideret, ac rei æquitate motus, nimiam hanc iuris aſperitatem aliquo remedio temperaret. Occurrebat autem triplex æquitatis ratio, quæ ſuaderet vt ad hereditatem adeundam ſcriptus heres cogeretur. Prima illa, quòd duplicis libertatis fauor in hac ſpecie verſabatur, vnius directæ quæ ipſo iure competitura erat Albinæ ſtatim atque adita foret hereditas. Alterius fideicommiſſariæ, quam Albina facta libera, propriæ filiæ debitora erat ſtatim atque filiam ſibi ab herede ex fideicommiſſo traditã accepiſſet. Duplicis autem libertatis iacturam fieri ſiue ex pertinacia, ſiue ex meticuloſa cunctatione heredis durius ſanè erat, quàm ſi de ſolius fideicommiſſariæ libertate tractandum fuiſſet. Secunda, quòd minùs verendum erat, ne adita hereditate maneret heres implicitus oneribus hereditariis propter legatum, ſi fortè mora fieret præſtãdæ libertati fideicommiſſariæ, atque inter moras decederet Albinæ filia, cui hereditas reſtitui debuiſſet: qua vna ratione mouetur Papin. in *d. l. non eſt cogendus*, vt neget cogendum adire heredem, cùm ab eo hereditas duntaxat, à legatario verò libertas relicta eſt. Quis enim crederet futurum vt Albina mater moram facere vellet in præſtanda filiæ libertate? Nam ſi libertatis fideicommiſſariæ præſtationem illud retardaſſet, quod in filia ipſa matri ex fideicommiſſo præſtanda heres prior moram feciſſet, imputare ſibi deberet ille, poſtmodũ defuncta interim filia ante reſtitutã hereditatẽ, cur nõ fuiſſet diligẽtior in præſtãdo fideicõ-

miſſo, ſicut nec heredi ſuccurri ſolet, quoties in eius poteſtate eſt vt fideicommiſſarius ad libertatẽ perueniat, tũ poſteà hereditas reſtituatur, *d.l. nõ eſt cogendus in prin.* Certum namque eſt heredem qui moram faciat in filia ex fideicommiſſo tradenda matri quæ fideicommiſſariam libertatem dare debeat, moram quoque liberari fideicõmiſſariæ facere videri, & conſequenter reſtitutioni hereditatis fideicommiſſariæ, quæ pendeat ea libertate, *l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2. l. ſi cui legatum 92. in fin. de condic. & demõſtr.* Heres autem qui eſt in mora præſtandi fideicõmiſſi planè indignus eſt cui ſubueniatur, ſi nõ ex iuſta cauſa diſtulerit reſtitutionẽ, *d.l. poſtulante in princip.* Itaque cum in caſu propoſito non poſſet fieri mora reſtitutioni fideicommiſſi niſi per heredem ipſum, nõ erat cur hunc prætextum cauſaretur heres, ne hereditatem adire cogeretur. Tertia & præcipua ratio æquitatis, & quæ diuum Pium mouiſſe præcipuè videtur, illa erat, quòd Albinæ filia, cui per fideicommiſſum reſtituenda erat hereditas, pupilla proponeretur, ideóq; tantò fauorabilior & dignior cui proſpiceretur, cum ſibi illa propter ætatem proſpicere non poſſet, quæ ſi pupilla nõ fuiſſet fortaſſis aut precibus, aut qua alia ratione impetraſſet ab herede vt ſponte adiret hereditatem. Hanc enim potiſſimã rationem fuiſſe quæ Pij reſcriptum expreſſerit, non obſcurè innuit Papin. in *l. ſeq.* cùm ſcribit de eo reſcripto tractãs, licet in alia ſpecie rogato herede ex parte inſtituto de portione ſua reſtituenda ſub condicione, conſtitutum eſſe ab eodẽ Imp. non eſſe conſtitutioni ſuæ locum, neq; pupillũ extra ordinem iuuandũ, ſi nouum beneficiũ cum alterius iniuria poſtularetur. De quorũ tamen verborũ ſententia, quoniam paulò obſcurior eſt, dicendũ nobis erit latiùs cap. 9. infr. Sed has omnes æquitatis machinas, illa multò fortior & iuris & æquitatis ratio proſternebat, quòd nulla quoque mora facta, neque per heredem in fideicõmiſſo præſtando Albinæ, neq; per Albinam in manumittenda filia, facilè tamen fieri poterat vt ante manumiſſionem filia eadẽmque fideicommiſſaria moreretur, atq; ita maneret heres adſtrictus oneribus hereditatis, quam non niſi coactus adiiſſet. Nõ enim eo ſolo onerari poſſet, quod per eiuſmodi aditionem libertas Albinę obtigiſſet, cum neque Albinę hereditatem reſtituere iuſſus eſſet, neque Albina poſtulante adire coactus fuiſſet, quę nec ob ſolam libertatem ſibi datam cogere illum potuiſſet, *l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam, verſ. nec ad rẽ pertinebit. D. eo.* Quis verò æquum putet aut patiatur, morari in damno heredem quem inuitum prætor adire coegerit? Fuit igitur ob eã cauſam aliquod remedium excogitandum ne ius nouũ & extraordinariũ ei captioſũ eſſet cui nihil poſſet imputari. Parũ enim erat violari iuris rationem & regulam, in eo quòd poſtulante Albinæ filia quamuis nondũ libertatem conſecuta cogeretur heres adire, ſi modò indemnitati eius proſpiceretur, ne damnum vllum ex aditione ſentire poſſet, ſi fortè interim fideicommiſſaria decederet, cùm nec alia ferè ob cauſam ius hoc ita cõſtitutũ ſit, quàm huius periculi metu: poſteaquàm fauore libertatis placuit, vt qui ſpẽ libertatis & hereditatis habet, licet interim ſeruus ſit, aditũ tamen & per ſe habeat ad prætorem, *d. §. non eſt dubitatum*, poſſitque heredem cogere vt adeat, & libertatẽ præſtet & hereditatem reſtituat. Nimirum ſi heres idem & libertatem debeat & hereditatem. Vix enim ratio alia reddi poſsit, quàm hæc ipſa quæ à Papiniano reddita eſt in *d.l. non eſt cogendus*, ſi quæratur, quãobrẽ hoc caſu non etiam illo quo libertas à legatario & hereditas ab herede relicta ſit, permittatur ſeruo vt cogat heredem. Remedium autẽ à Diuo Pio excogitatũ illud fuit vt perinde permittatur venundari bona Antiſtiæ teſtatricis, ac ſi nullus ei heres fuiſſet. Sic enim fit vt neque Albina, neque Albinæ filia iniuriam patiatur, quibus ſingulis libertas cuique ſua cõſeruatur, Albinæ directa, filiæ fideicõmiſſaria cum fideicõmiſſo hereditatis, neque damno afficiatur heres qui vt prætoris imperio pareret coactus adiit, neque oneretur exiſtimatio defunctę cuius bona veneunt, quoniam idem contigiſſet, ſi hereditatem quã ſuſpectam diceret heres adire compulſus non fuiſſet. Vtiq; autem non compuliſſet eum prætor vel Imperator, ſi aliquo caſu vel tantillum damni aut incommodi ex coactione ipſi accidere poſſe credidiſſet. Satiſque fuit hactenus fauere defunctæ inducto contra iuris rationẽ extraordinario auxilio de cõpellendo herede vt aliquo ſaltẽ caſu poſſet illa heredẽ habere etiam inuitum; quem alioqui nullũ prorſus habuiſſet. Neque verò aliud quicquã erat quod D. Pius conſtituere poſſet, aut meliùs, aut æquiùs vt inuita iuris ratione, & inuito herede voluntatem defunctę, & libertates teſtamento relictas, ſine cuiuſquam iniuria tueretur. Sed nemo non facilè iudicabit ex ſuperioribus quam ſpecialis hic caſus ſit, quàmque proprias, & planè ſuas habeat rationes, vt nõ facilè ad aliam ſpeciem vllã trahi poſsit. Finge Albinę filiam non matri legatariæ libertatis propriæ, ſed extraneo relictã eſſe per fideicommiſſum, & ab extraneo illo legatario datam ei fideicõmiſſariam libertatem. Nõ erit locus reſcripto, quia nec duplicis libertatis fauor tùm concurret, nec tam facilè ſperandum erit manumiſſam iri Albinæ filiam à legatario, cuius tamen moram in manumittendo, ſicut nõ eſſet æquum nocere heredi, ſi poſt aditionem decederet illa in ſeruitute, ita nec ius nouum extorquere in fauorem fideicommiſſariæ, cui ius commune & ordinarium ſufficere deberet. Atque ita Papinianum ſenſiſſe apparet, ex *d.l. non eſt cogendus*, quæ vnica litura eſſet delenda, ſi ad eam ſpeciem reſcriptum D. Pij trahi poſſet: quod tamen à Papiniano ignoratum fuiſſe dici nõ poteſt, cum eius expreſſim meminerit in *d.l. ſed cum ab herede 12 eo. tit.* quæ ſumpta eſt ex eodem libro Papiniani, quo & *d.l. non eſt cogendus*, ſcilicet ex viceſimo quæſtionum. Nec ſanè minùs in ea ſpecie quàm in hac de qua tractamus, remedio locus eſſe poſſet, ne propter legatum maneret heres adſtrictus oneribus hereditariis, permiſſa nimirũ venditione bonorũ defuncti, ac ſi heredem non habuiſſet, ſi eadẽ ratio æquitatis facere poſſet, vt à iuris regulis diſcedere liceret ad neceſſitatem remedij vltrò inducendam. Finge plures fuiſſe ſcriptos heredes, & ab vno datam libertatem, ab altero fideicommiſſariã hereditatẽ. Idem Papinianus in *d.l. ſi res §. 1. eod. tit.* negat vllas eſſe partes prætoris, in compellendis ad eundem heredibus, aut altero eorum ſi neuter adire velit, vt iã diximus. Negat igitur in ea quoq; ſpecie locũ eſſe reſcripto Diui Pij, ex quo ſcilicet dicendum eſſet cogendum vtrumque heredem & adire & reſtituere, tùm permittendam diſtractionem bonorum defuncti, ſi ante reſtitutam hereditatem fideicommiſſarius moreretur. Quid enim obſtare poſſet? Finge denique tractari de fideicommiſſario qui non ſit pupillus, vt in *d. §. 1. l. ſi res, & d.l. non eſt cogendus.* Tantus non erit fauor fideicommiſſarij, vt inuita iuriſprudentia cogendus ſit heres adire ſuſpectam hereditatem, aut vt poſt aditam quoque hereditatem, quod à iure non minùs abhorret defuncti bona perinde diſtrahantur, ac ſi hereditas adita non fuiſſet, *arg. d.l. ſed cum ab herede.* Nam cùm hereditatis

ditio ſit facti, *l. pro herede 20. & paſſ. D. de acquiren. hered.* indéq. fiat, vt qui ſemel heres fuit, nnnquam deſinere poſſit heres eſſe, *l. aut prætor 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei quo ſoluẽdo 88 D. de her. inſtit.* nihil potuit Diuus Pius conſtituere, quod à iuris regulis alienus eſſet, quàm vt venderentur bona defuncti heredem habentis quaſi non habentis: vt ex eo appareat quod in hac ipſa *l. apud Iulianum in princip.* ſcribit Vlp. noſter ex Iuliano, ſi legatum fuerit heredi inſtituto relictum ſub hac cõdicione, ſi heres non erit, & ob hoc ſuſpectam dicat hereditatem ne perdat legatum, non eſſe illud admittendum, vt quaſi hereditatem non adierit quam adiit coactus, ſic legatum à coherede ſuo petat (adiit enim, inquit lex, licèt coactus, & coacta voluntas verè voluntas eſt, vt ad eum locum Accurſ. notat ex *leg. ſi mulier 21. §. pen. D. quod met. cauſ. l. ſi patre cogente 22. D. de rit. nupt.*) ſed magis probandum eſſe vt offerri ei oporteat, præſtariq. quantitatẽm legati à fideicommiſſario, tum eo facto adire compellatur: Quod & Paulus reſpondit in *leg. debitor 59. in fi. princ. D. eo.* Nec quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi mulier 21. § pen.* Ei qui per vim vel metum coactus adiit hereditatem, hactenus per prætorem ſubueniendum eſſe, vt habeat abſtinendi facultatem, & conſequenter bona defuncti venire neceſſe ſit, quaſi non adita hereditate, vt & in *l. cum hereditate 55. D. de acquir. hered.* ad caſum de quo tractamus porrigi poteſt, in quo licèt coactus heres adierit, non tamen per vim & metum, ſed vrgente imperio prætoris, cuius certe dignitati non conuenit, vt quod ipſe fieri iuſſit, eodem loco habeat, ac ſi per illicitam vim & coactionem factum eſſet: quod eueniret ſi pro non herede haberet illum quem inuitum heredem fieri coegiſſet.

Ad verſ. vlt. d. l. apud Iulianum, & ad l. ille à quo 13. in princ. eo. tit.

CAP. VIII.

HEc cùm ita ſint quæ hucuſque contra Tribonianum diſputauimus, fateor ingenuè me non intelligere quid ſibi velit vir bonus in vlt. illo verſic. qui ſic habet, *Cùm igitur demonſtrauerit Diuus Pius ſuccurri heredi inſtituto, qui compulſus adijt, dici poteſt etiam in ceteris cauſis exemplũ hoc ſequendũ, ſicubi venerit, reſtituatur fideicõmiſſaria hereditas ei qui cõpulit adire & reſtituere ſibi hereditatem.* Primùm autem non dubito quin ſcripſerit ille aut ſcribere voluerit, *ne reſtituatur fideicomiſſaria hereditas.* Nam cum reſtituitur hereditas ex fideicommiſſo, quænam obſecro, ſubeſſe poteſt æquitas aut neceſſitas inducẽdæ conſtitutionis D. Pij? Aut quis ex eo tempore vſus eſſe poteſt SC Trebelliani, ſi in caſibus omnibus reſtituendæ vel reſtitutæ hereditatis reſcriptum Diui Pij locum habere debuit? Sed neq. id eſſet ſequi exẽplum reſcripti, vt Tribonianus loquitur, cùm in ca ſpecie de qua Diuus Pius reſcripſit, non fuerit reſtituta hereditas, eáq. ratio ſola remedij neceſſitatem induxerit, quod defuncta ante reſtitutionem fideicommiſſaria Albinæ filia futurum alioquin erat vt heres qui compulſus adierat, oneribus hereditariis mergeretur. Secundùm quod non debuerat in ſequentib. ita ſcribi, *ei qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatẽ.* Implicat enim contradictionem, vt hereditas non ſit reſtituta ei qui compulerit heredem adire, ſibiq. reſtituere. Sed ſic potius, *ei qui cõpulit adire ad reſtituendã ſibi hereditatem.* Fecitq. is error fortaſſe vt negationem illam quam nos reponimus, ſuſtulerit imperitus quidam interpres, vt verborum cõtradictionem effugeret, non animaduertens ita futurum, vt quod eſt longè indignius, ſententia ipſa contradictionem haberet. Bonus verò Accurſius non parùm laborat vt ſe expediat, ac primùm verbum illud *reſtituatur*, ſic interpretandum eſſe ait, *reſtitui poſtuletur*, ſupplendo quod neceſſario ſuppleri debere ſenſit, *nec tamen reſtituatur*, quod prorſus improbabile fuerit. Deinde magis probat, vt propriè accipiatur de hereditate reſtituta, ſed ante diem aut condicionem fideicommiſſario poſteà mortuo ante diei vel condicionis euentum, quaſi ſenſus ſit, Vbicunque vnus heres ſolus & purè inſtitutus eſt, idémque cogatus hereditatẽ reſtituere in diem vel ſub condicione, ſi ante diem vel condicionem reſtituat fideicommiſſario, qui ante diei quoque aut condicionis euentum decedat, indemnem heredem ſeruari oportere. Nimirum permiſſa diſtractione bonorum hereditariorum, acſi nemo heres fuiſſet. Sic en:m Accurſium ſenſiſſe neceſſe eſt, vt accommodata ſit interpretatio ad textum in quo ſcriptum eſt, In huiuſmodi cauſis omnibus ſequendum eſſe reſcriptum Diui Pij. Et ob id, vt puto, locutus eſt de eo herede qui ſolus fuerit inſtitut᷒, ne pugnet quod in *l. ſeq.* Papinianus ſcribit ab eodem Diuo Pio reſcriptum fuiſſe, non eſſe locum ſuæ conſtitutioni, ſi ab herede pro parte inſtituto fideicommiſſum ſub condicione relictum proponatur. Et tamen apertè falſa eſt hæc interpretatio. Etſi enim heredem qui in diem vel ſub condicione cogatus hereditatem reſtituit ante diem vel cõdicionem, coactus à prætore, indemnem ſeruari debere verum eſt, non tamen id fit eo remedio quod Diuus Pius induxit, vt defuncti bona perinde diſtrahantur, acſi adita hereditas non fuiſſet, ſed autoritate ſenatuſconſulti Pegaſiani, quo ſicut inductum eſt, vt cogi heres poſſit ad adeundum, ita & eo ipſo prouiſum ne ex eiuſmodi coactione damnum vllum ſentire debeat, ſed tranſeant actiones omnes ex Trebelliano in eum qui coegit, *d. l. quia poterat 4. leg. cogi 16. §. idem Marcianus quærit eod.* Qui ſenſus eſt Vlpiani in *l. ille à quo 13. in princ. eod.* cùm ait illum à quo ſub condicione fideicommiſſum hereditatis relictum eſt non poſſe quid cauſari ne condicio deficiat & hæreat actionibus, id eſt, non poſſe eo prætextu recuſare quominus ad adeundum cogi ſe patiatur, *cùm* inquit, *nullum damnum ſit futurum ſecundum ea quæ oſtendemus.* Eſt enim illa lex deſumpta ex Vlpiani lib. 4 fideicommiſſorum, ex quo & *d. l. quia poterat*, itémque *lex ſed etſi alio loco 9. eod. tit.* 10 qua etiam tractat de herede ſuſpectam dicente, & adire coacto: & cum qua potiùs videtur prima illa ſententia *l. ille à quo*, cõiungenda. Non ob id ſolum quod in *§. vlt. d. l. ſed etſi*, tractatur de herede ſcripto ſub condicione. At in *d. l. à quo*, de herede grauato ſub condicione, ſed etiã propter verſ. qui ſequitur in *d. l. ille à quo iã igitur non deſideratur heredis præſentia.* Eſt enim id omnino alienum à præcedentibus, niſi referatur ad *d. l. ſed etſi*, in qua idem Vlp. ſcripſerat, ſi heres alio loco iuſſus ſit adire & reipublicæ cauſa abſit, æquè cogẽdum eum & adire & reſtituere vbi abeſt, ac proinde nõ eſſe neceſſariã ipſius præſẽtiã, neq; in loco vbi hereditatẽ, & adiri & reſtitui defũct᷒ voluit, neq; apud prætorẽ ex cuius imperio & iuriſdictione fiat coactio. Nã ſicut hereditatẽ recuſare heredes nõ ſolũ præſẽtes, ſed etiã abſẽtes, & per epiſtolã poſſũt, ita & aduerſus abſentes eos poſtulator decretum, ſiue certior ſit eorum voluntas recuſantium adire & reſtituere hereditatem, ſiue incerta, vt idem Vlpianus ſcribit in *leg. recuſare 6. in princ. eod.* quæ ex eodem quoque libro quarto fideicommiſſorum deprompta eſt, *adeò*, inquit, *præſentia eorum non eſt neceſſaria.* Necnpe quia tùm ſolcẽ neceſſaria eſſe præſentia illorum contra quos aliquid decernitur, cùm ex eo decreto lædi poſſunt. Lexã

ita 39. D. de adopt. l. vlt. D. de natal. reſt. l. de vnoquoque 43. D. de re iudic. At extra omne damni periculum eſt is qui per prętorem adire compellitur. Quidni ergo aduerſus eum licèt abſentem & ignoraotem decretum impetrari poterit? Nec enim faciet decretum quominus ſponto adire poſſit ſi velit, quandiu non adiit coactus, ſaltem quandiu ſuſpectam non dixit, cùm etſi ſuſpectam dixiſſet, ac pendente fideicõmiſſi coodicione adire coactus fuiſſet, Falcidiam pœnitendo poſſet indocere, vt Papin. loquitur in *l. ſi patrono 55. §. quid ergo, ſi non alij eod. tit.* quamuis non etiam ſi vel purè rogatus vel poſt impletam coodicionem dixiſſet ſuſpectam, & adire coactus fuiſſet, *l. nam quod 14. §. qui compulſus eo. l. 4. in fi. C. eo.* Vnde illud etiam eſt quod ſi adire iuſſus antequàm voluntatem ſuam declarauerit, dicat ſe delibetare, non ſit audiendus, nec eò minùs cogendus vt ſtatim adeat, etiamſi ſit in legatione, ſed cum hoc tamen temperamento vt non ſtatim reſtitoat, ſed vt reuerſus domum ſi putauerit ſibi expedire, commodo falcidię vel teſtamenti vtatur, vel ſi non putauerit, reſtituat totam hereditatẽ ne onera patiatur, *l. ſi legatus 30. eo. tit.* vt appareat non tam ad auferendũ heredi beneficium iuris deliberãdi coactionem hanc fieri, quàm ad collocãdum in tuto fideicommiſſum ne ante aditionem decedens heres fideicõmiſſarium decipiat, vt Vlp. loquitur in §. 1. *d. l. ille à quo.* Eadémq. ratio facit vt quãuis nõ niſi in diẽ vel ſub condicione fideicõmiſſaris hereditas relicta ſit, heres tamen ſtatim cogi poſſit ad adeundũ, ne alioqui fideicõmiſſum facilè intercideret ſi dies aut condicio expectaretur, atq. interim heres moreretur. Nec eò minus tameo verũ eſt trãſire ex Trebelliano actiones. Nã quod dici ſolet, ſiue ante diẽ, ſiue ante impletã condicionẽ reſtituta ſit hereditas, ſiue deniq. aliter quàm quomodo teſtator voluit, impediri trãſlationẽ actionum, *d. l. ſed etſi ante, l. ſi mulier 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* tunc verum eſt cùm heres ſponte adiit, & reſtituit, nõ etiam cùm coactus. Cur. n. aut quomodo poſſit tranſlationem impedire coactio, quę & ſenatoſconſulti Pegaſiani autoritate ſit, & imperio prætoris, nec ad aliũ finem quàm vt actiones transferantur? Nam ſiue Senatuſconſulti Trebelliani verba inſpicimus, propter quę potiſſimùm id ius conſtitutum eſt, vt diſputauimus in præcedentib. non poſſunt illa obſtare reſtitutioni, quę fiat ex alio Senatuſconſulto, id eſt, ex Pegaſiano per quod Trebelliani forma & poteſtas hoc caſu immutata fuit, ſiue teſtatoris voluntatem attendimus, ad quam maxime verba Senatuſconſulti Trebelliani videntur reſpexiſſe, non poteſt videri quicquam fieri contra voluntatem, tametſi hereditas purè reſtituatur, quam in diem aut ſub cõdicione reſtitui voluit, cùm ſi ea coactio oon eſſet, tota volũtas intercideret deſtituto teſtamento. Quãqoam ſi quæratur, cur pes heredem adire coactum reſtituenda ſit hereditas ante diem, & nõ expectata cõdicione, verior ratio illa eſt, quod fruſtra expectaretur cõdicio coius euentus aut defectus nihil operaretur, *l. qui fundũ 87. §. ſi tu ex parte ad leg. Falc. l. aliquando 13. §. vlt.* in illis verbis, *quò enim bonum eſt expectare condicionẽ vel diẽ cũ in ea cauſa ſit prior iſte debitor vt omnimodo ipſe debeat ſuſcipere actionẽ? D. ad SC. Vellean. l. ſi quis ita ſcripſerit 33. ff. de her. inſt.* Atquin etiamſi deficeret condicio ſub qua reſtituere rogatus fuit is qui adiit coactus, non eò magis tamen hereditas remanere poſſet penes eũ qui coactus adiiſſet. Ergo neq. quòd condicio poſſit deficere, facere debet vt reſtitutio differatur, neque quod poſteà cõdicio defecerit, poteſt eum effectum habere, vt ex reſtitutione iã facta nõ poſſint videri trãſlatæ actiones, *d. l. ille à quo in princip.* cuius verba illa, *ſecundùm ea quæ oſtendimus*, nequeas referre ad ea quæ de reſcripto Diui Pij proximiùs diſputata ſunt in *d. §. verùm*, quin adſcribenda ſint Triboniano potiùs quàm Vlpiano. Non enim aut neceſſarium, aut conueniens eſt, vt ad eam ſpeciem qua heres rogatus ſub condicione coactus fuerit hereditatem adire, ſtatimque reſtituere, reſcriptũ Diui Pij accommodetur, vt diximus, præſertim ex qua parte permittit diſtractionem bonorũ hereditariorũ, tanquam non adita hereditate. Nam & in ea ipſa reſcripti ſpecie placuit hereditatem confeſtim reſtitui ex fideicommiſſo, quæ ex verbis teſtamẽti non aliter reſtituenda erat, quàm ſi Albinæ filia, eadémque fideicommiſſaria nubilem ætatem compleuiſſet: Quod ipſum non tam reſcripto nouo quàm iuri communi & ordinario tribuendum eſt, ſiue namque fideicommiſſi dies incerta ſit vt illa, *cùm nubilem ætatẽ compleuerit*, ea obtinẽt, quæ modò diximus, quia pro cõdicione eſt, *l. ſi cui legetur 49. de leg. 1. l. ſi Titio, 22. ff. quãd. dies legat. ced.* Siue ſit certa, nõ poteſt deficere, tantóque faciliùs permittẽdũ eſt, vt reſtitutio fieri poſſit confeſtim cùm nihil interſit niſi propter fructus medij temporis, quorum lucrum non magis retinere poteſt heres qui adiit compulſus, quàm aliud vllum commodum quod ex eo teſtamẽto proficiſcatur, *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam, d. l. ſi patrono 55. §. quid ergo in fi. ad S C. Treb.* Planè ſi heres ſub condicione ſcriptus ſit, aliud eſt, & quamuis ſuſpectam hereditatem dicat, expectandus eſt euentus condicionis, ſi caſualis illa ſit aut mixta, ſin promiſcua, vt Iureconſulti noſtri loquuntur, aut vt interpretes, poteſtatiua, cogẽdus eſt heres vt eam impleat, ſi neque difficultatem habeat, neque turpitudinem. Alioquin ab initio remittenda eſt, vt Caius ſcribit in *l. facta 63. §. ſi ſub condicione. eod.* vbi rationem reddit, quòd abſurdum ſit plus à prętore tribui ei qui fideicõmiſſum petit, quàm teſtator voluerit. Vtique autem teſtator, niſi expleta condicione, neque ſcriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per hunc voluit illi reſtitui hereditatẽ. Prius ſiquidem eſt vt heredi delata ſit hereditas, quàm vt eam adire poſſit, ſiue ſpontè, ſiue coactus, *l. delata 151. de verb. ſignif.* aut etiam repudiare, *l. nec is 17. in fi. de acquir. hered.* quia vt in l. ſeq. Paulus ait, is repudiare poteſt qui & acquirere. Quid porrò aliud eſt in effectu ſuſpectam dicere, quàm repudiare? niſi quod repudiatio ſit ſolenniùs, quàm nuda recuſatio? Illa enim ſit in iure duntaxat, *l. 3. & 4. C. de repud. her.* hæc quoquomodo *l. recuſari 95. ff. eod. l. 16. ff. ad Trebell.* aut quo modo hereditatem reſtituere poteſt is qui nondũ poteſt adire? *d. l. ſed etſi alio loco 9. §. vlt. ad Trebell.* Dices, Hanc ipſam rationem facere debere vti ne poſſit heres cogi reſtituere ſtatim hereditatẽ, de qua fuerit rogatus ſub condicione, tametſi coactus adierit, quoniam cùm hoc ſit plus tribuitur fideicommiſſario quàm voluerit teſtator. At reſpondeo, quod ſuprà iã attigi, fieri hoc ex neceſſitate, propterea quòd nihil profit expectari euẽtũ cõdicionis, quę etiã ſi deficeret non inde tamen fieret, vt fideicommiſſum intercideret, cuius conſeruandi gratia heres adire coactus fuiſſet, aut vt lucrum ex eo aliquod penes heredem remanere deberet, qui ſuſpectam dicendo lucri ſpem omnem ſibi præripuiſſet, ſi non ante condicionis euentum pœniteret *d. §. quid ergo*, quo loco quod Papinianus tractat de herede qui pendente coodicione adire coactus ſit, certum eſt ad eum pertinere, qui ſub condicione non inſtitutus fuerit, ſed rogatus: quæ & vna eſt ex Accurſij expoſitionibus. Denique condicio adiecta inſtitutioni, ſuſpendit aditionem & repudiationem, quouſque impleta ſit ſi non remittatur, iis nimirum

Digitized by Google

rum caſibus, quibus placuit ab initio remitti. At condicio inſerta fideicommiſſo, nihil niſi fideicommiſſi petitionem & acquiſitionem ſuſpendit. Cui porrò ſuſpenſioni locus nullus relinquitur, cùm heres adire coactus planè indignus eſt, qui ex hereditate, adeóque ex teſtamento retinere quicquam poſſit. Imò dignus omnino eſt, cui damnum condicionis infligatur, quomodo idem Papinian. loquitur in alia ſpecie multò dubitabiliore, *l. Imperator 57. eod. titu.* Quod enim retinere heres non poteſt, qui iam adiit, prorſus neceſſe eſt vt in fideicommiſſarium transferatur, & ſit vtrumque eiuſdem ſenatuſconſulti Pegaſiani autoritate. Et conſequenter vt ad Diui Pij reſcriptum redeamus, nil neceſſe eſt hoc caſu permitti diſtractionem bonorum hereditariorum, ſiue is qui ſub condicione rogatus fuit, ſolus & ex aſſe heres inſtitutus fuerit, ſiue ex parte cùm iuris ratio repugnet, quæ facit vt bona hereditaria per aditionem deſierint eſſe hereditaria, factáque ſint patrimonium heredis, *l. vlt. D. ſi pars hered. pet. l. ſed ſi plures 10. §. filio impuberi, & §. ad ſubſtitutos de vulg. & pupill. ſubſtit.* nulla verò æquitas nos cogat vt iuris rationem violemus ad ſuccurrendum heredi adire coacto, qui facta reſtitutione tutus & indemnis eſt poteſtate ſenatuſconſulti. Illa namque diſtinctio, An heres inſtitutus ſit ex aſſe, an ex parte non niſi ad eam ſpeciem pertinet, de qua D. Pius reſcripſit, vt ſequenti capite dicemus. Alius igitur caſus vel vnus ſaltem quærendus eſt, in quo poſſit locum habere quod in fine *d. l.* apud Iulianum ſcriptum eſt ſequendū eſſe exemplum reſcripti. Præſertim cum verba illa legis, *in cæteris cauſis*, non obſcurè innuant eiuſmodi caſum non vnum aut alterum, ſed plures reperiri poſſe. An igitur, ne in aliis quærendis fruſtra laboremus, ille vnus ſaltem erit, cuius gratia tam longus de reſcripto D. Pij nobis habendus ſermo fuit? Illum intelligo de quo in primis verbis, *§. verum autem*, inſtituta eſt diſputatio, ſi heres qui ſuſpectam dixit, coactus ſit poſtulāte abſentis fideicōmiſſarij procuratore, vt & adiret, & reſtitueret. Atqui caſus hic in omnibus, & per omnia diuerſus eſt à caſu reſcripti. Nam in illo non poterat ad adeundum heres cogi, neque per Albinam, quæ libertatis dumtaxat legatū acceperat, neque per Albinæ filiam eandémq. fideicommiſſariam, quamuis pupillam quòd ſtatus eius ex legato penderet. *d. l. non eſt cogendus.* Ideóq. fuit æquum ſuccurri & duplici libertati, & pupillari ætati quantum citra heredis iniuriam & captionem fieri poſſet. At in caſu noſtro ſi verus procurator ſit is, qui abſentis fideicōmiſſarij nomine vult heredem cogere, nihil cauſæ eſt, cur non habeat ius cogendi, perinde ac is ipſe cuius eſt procurator, ſin nullomodo procurator eſt, vel inſufficiens, aut obſcurum mandatum habeat, nullomodo eſt audiendus, ne quidem oblata cautione de rato, vt ſuprà diximus. Deinde in caſu reſcripti ea ratio obſtabat, ne & libertatibus & pupillę fauere Imperator poſſet, tametſi vellet, quod euenire poterat vt ante datam fideicōmiſſariæ libertatem fideicommiſſaria ipſa decederet, atque ita beneficium Principis in concedendo iure cogendi heredis eſſe captioſum heredi. Si non illud quoque remedium excogitatum fuiſſet, vt eo caſu bona defunctæ vendi poſſent, acſi nullus ei heres extitiſſet. At in ſpecie, de qua tractamus, nihil tale accidere vnquam poteſt. Nam ſi mandatum & idoneum & apertum non habeat is, qui cogit, cùm omnimodo repellendus ſit nullus quæſtioni locus relinquitur. Sin tale habeat, quale habere debet, vt audiri poſſit, vſque adeò fideicommiſſarium obligat, cuius eſt procurator, vt nunquam poſſit ille poſteà pœnitendo fideicommiſſi reſtitutionem recuſare. Sed etſi fortè deceſſerit ante reſtitutionem, nihilo magis periclitari heres poteſt, quia vel fideicommiſſarium deceſſiſſe ponimus, aliquo herede relicto, vel nullo. Si aliquo, eadem vtique ipſius, quæ autoris ratio erit, vt recuſare non poſſit reſtitutionem quam defunctus recuſare non potuiſſet. Sin nullo, non ideò tamen erit neceſſe inducere reſcriptum Diui Pij, quia non defuncti bona, tanquam defuncti vendenda erunt, ſed fideicommiſſarij peræquè acſi poſt reſtitutam hereditatem deceſſiſſet, *d. l. poſtulante 45. l. ſi poſtulante 67. eod.* Nullo igitur caſu poteſt locus eſſe reſcripto D. Pij, cùm heres & adire & reſtituere coactus eſt per abſentis fideicommiſſarij procuratorem. Nam ſi poneres obreptum fuiſſe prætori, & procuratorem falſum quaſi verus eſſet impetraſſe à prætore vt heredem cogere poſſet (quo caſu proculdubiò factum falſi procuratoris neque fideicommiſſario, neq. heredi eius nocere deberet vt hereditatis reſtitutionem ex fideicommiſſo ſuſcipere compellerentur) non putarem idcircò neceſſariū fore reſcriptum D. Pij ad indemnitatem heredi præſtandam, quia in promptu eſſet dicere nullius momenti eſſe decretum prætoris obreptitium, *l. tres tutores 55. §. vlt. D. de admin. & peric. tut. l. 1. §. 1. l. magis puto. 5. §. pen. De reb. eor. qui ſub tutel.* ideóq. vel pro non facto habendum eſſe ipſo iure, vel ſaltem reſcindendum per in integrum reſtitutionem *l. Diuus 33. D. de re iud.* Eſſet. n. perabſurdum & periniquum deficere iuris auxiliū ei qui à prætore priùs circumuento fuiſſet ipſe circumuentus, eiq. captioſam fieri neceſſitatē quam habuit parēdi *l. non videtur. 167. §. qui iuſſu De reg. iur.* cū is damnū dicatur dare qui iubet, eius verò culpa nulla ſit cui parēre ſit neceſſe, *l. is dānū dat 169. eo. l. ſi quis 7. §. doli mali D. de iuriſd. l. ait prætor 7. §. 1. D. de minor. l. quāquam 4. D. de aqua & aquæ pluu. arc. l. iniuriarum 13. §. ſi quis quod D. de iniur.* Sed & quod magis eſt in illa ipſa ſpecie de qua Diuus Pius reſcripſit (quod neſcio an quiſquam adhuc obſeruauerit) facilè fieri poteſt vt non ſit neceſſarium remediū illud extraordinarium de bonis defūcti poſt aditam hereditatē diſtrahēdis, Nec ſi ponas fideicōmiſſariā Albinæ filiam nondum reſtituta hereditate deceſſiſſe. Nempe ſi poſt adeptam ex cauſa fideicommiſſi libertatem deceſſerit. Ex eo nāque tempore cum incipiat eſſe capax habēdi patrimonij tanquam alia perſona quælibet libera ſuique iuris, habeatque in bonis ſi nō hereditatem ipſam fideicommiſſariam, ſaltem ius perſequendi fideicōmiſſi, deſinit eſſe neceſſarium auxilium reſcripti, quod in id vſque tempus neceſſarium fuerat ad heredis indemnitatem, quoniam ſiue decedat illa cum herede non magis heres poterit recuſare reſtitutionē quàm ipſa potuiſſet. Si verò ſine herede parata erit actio creditoribꝰ nō tātùm ipſius fideicommiſſariæ, ſi qui ſint, ſed etiā hereditariis in bona omnia per fideicommiſſariam relicta, in quorum numero etiam illa continebuntur, quæ fuerunt in hereditate reſtituenda acſi fuiſſet reſtituta *dict. l. poſtulante*, idque non iure aliquo extraordinario, ſed cōmuni, quod ita eſt comparatum vt quiſquis heredem coegit ad adeūdum hoc ipſo perinde obligetur hereditati & actionibus hereditariis omnibus, atque ſi eo ipſo inſtanti facta reſtitutio fuiſſet, *d. l. ſi poſtulante 67. in princip. D. eod.* Maximè verò, ſi tale quid contingat quod impediat ne poſt aditionem reſtitui ampliùs hereditas poſſit, etſi non video quiſnam eiuſmodi caſus excogitari queat præter hunc ipſum de quo nunc agimus quo fideicommiſſarius deceſſerit ſine herede ante reſtitutionem. Itaque ſi quis

quæratur, Cur Diuus Pius in illa ſpecie reſcripſerit ſubueniendum heredi, hactenus vt Antiſtiæ bona per hereditarios creditores diſtrahantur, non illa ratio adferenda eſt, quod fideicommiſſaria deceſſerit ſine herede, ſed quod deceſſerit ſine bonis, ac priùs quàm bona vlla habere poſſet, nimirum ante adeptam libertatem. Sic.n.fit vt non poſſit permitti creditorib. hereditariis diſtractio bonorum, quæ nulla ſunt fideicõmiſſarij, qui nec ipſe vllus intelligitur, quandiu liber non eſt, quia quod attinet ad ius ciuile & prætorium, ſerui pro nullis habẽtur, *l.quod attinet 32. De reg.iur.* iunct. *l.qui teſtamento 20.§.ſerui quoque ff.qui teſtam.fac.poſſ.l.nullomodo 7.D.ad leg.Cornel.de falſ.* extra caſum *d.l.mulier 22.§.non eſt dubitatũ D.ad SC.Trebel.* Idq.eſt quod Vlp.ſcribit in *l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam.D.de ſepar.* vbi de eodem D.Pij reſcripto loquitur nõ eſſe hoc caſu perſonam cui reſtituatur hereditas. Quanquam Tribonianum quoq. iudicio meo valde redolent in eo §. verba illa *ex quibus caſibus ſolet hoc euenire*, non ſolùm quia ſcripſiſſet potiùs Vlp. *ex quibus cauſis*, ſed etiã quia, vt probauimus, nullus omnino caſus eſt in quo poſſit euenire vt poſtquàm heres coactus adiit perſona non ſit cui reſtituat, extra caſum ipſum reſcripti. Cùm ſi iam liber factus fideicommiſſarius decedat ante reſtitutam hereditatem habeatur reſtitutio pro facta *d.l.poſtulãte & d.l.ſi poſtulante*, ideóq. bona ipſius venduntur non defuncti. Sufficit.n. aliquando fuiſſe perſonam licèt iam nulla ſit. At reſcriptum D.Pij locum habet cùm fideicommiſſarij perſona nec vlla eſt, nec vnquam fuit. Ac proinde cùm non poſſint diſtrahi bona fideicommiſſarij quę nulla ſunt, nec bona quoq. heredis diſtrahi æquũ ſit qui adiit cõpulſus à prętore, illud vnum relinquitur vt defunctæ bona vendi oporteat quaſi nunquam adita hereditate. In quo ſeipſum decepiſſe videtur Tribonianus in *d.§ vtrũ*, cùm ita ſcripſit *cum antẽ poſſit euenire vt antè decedat ea cui fideicõmiſſaria libertas & hereditas relicta eſt, nec oporteat damno adfici eum, qui coactus* (ſic.n.ſcribere Tribon.debuit, nõ *rogatus*) *adiit hereditatem, remedium dedit vt ſi quid horũ contigerit, perinde permittatur, &c.* Scilicèt ſi ſic intellexit, vt remedium neceſſarium fuerit in omni caſu quo Albinæ filia ante reſtitutionem deceſſerit: quomodo eum ſenſiſſe probant verba illa *vt antè decedat* iunctis iis ſequentibus *ſi quid horum contigerit*. Nam in prędecentib. ponit multa facienda eſſe priuſquam ex fideicommiſſo reſtitui poſſit hereditas. Primùm cogendum heredem adire vt directã libertatem Albina poſſit ſibi vindicare, deinde ipſi Albinę tradendã eſſe filiam ab herede ex fideicõmiſſo. Tertiò à matre ipſa manumittendam. Quartò tutorem filiæ impuberi & manumiſſę dandum, quo autore poſteà reſtitui poſſit hereditas. Poſtremò vt ea reſtitutio petatur non per tutorem ſed per pupillã ipſam tutore autore *l.reſtituta 37.§.vl.cũ duab.ſeqq.eo.ti.* In quibus omnib. faciendis, nemo non videt mora opus eſſe & temporè, præſertim verò in dando tutore filiæ poſt manumiſſionẽ, petendáq. per pupillã tutore autore hereditatis reſtitutione. Ideóq. facilè potuiſſe euenire vt fideicõmiſſaria decederet ante reſtitutam hereditatem. Errauit itaq. Tribon. in eo quod diſtinctionẽ illam ex mente D.Pij recipiendam eſſe putauit. An fideicommiſſaria deceſſerit ante an poſt reſtitutionẽ: cùm illa duntaxat diſtinctio adhibẽda fuerit, An illa deceſſerit ante an poſt manumiſſionem. i. an perſona aliqua ſit, cui hereditas reſtitui poſſit, an nõ ſit, vt Vlp. loquitur in *d.l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam.D.de ſepar.* Nimirum quod attinet ad reſcripti remedium reducendum permittendámq. diſtractionem bonorum defunctæ Antiſtię. Nã quod ad primum reſcripti caput de cogendo herede ad adeundum vt libertates conſeruentur, concurrente præſertim fauore pupillaris ætatis in perſona fideicommiſſariæ, nulla diſtinctio adhibenda eſt, ſed id tantùm obſeruandum ne reſcripti ius tam nouum & extraordinarium ad aliam vllam ſpeciem trahatur, quia nec alia vlla ſpecies poteſt occurrere, quæ valde diſſimilis non ſit, aut in qua etiamſi maximè ſimilis videatur non aliud ius ſtatui oporteat, vt apparet ex *d.l.ſi res 52.§.1.& d.l.non eſt cogendus 53.eo.tit.* Et ſanè non fuiſſet inducta primo reſcripti capite coactio heredis ſi non fuiſſet excogitatum remedium alio reſcripti capite introductum. Sicut nec fuiſſet neceſſe nouum ius conſtitui in herede cogẽdo cuius indemnitati ex ſolo ſenatuſconſulto Pegaſiano conſultum fuiſſet, quia ſenatuſconſulti ius commune ſufficere potuiſſet, accedente ſcilicet autoritate alterius ſenatuſconſulti de quo Marcellus in *dict.l.poſtulante*, quo cautum fuit vt ſi poſtulante ſeruo cui & libertas & hereditas ab herede relicta fuerit, heres adire coactus ſit, non poſſit manumiſſus recuſare quominus ei reſtituatur hereditas. Fuit enim ſenatuſconſultum illud neceſſarium, non quòd alioqui ſit in poteſtate illius qui cogit heredẽ adire vt poſt aditionem recuſet accipere hereditatem, aut quòd noua ipſius voluntate opus ſit ad exonerandum heredem, (nam, vt diximus, quiſquis heredem vt adeat cogit ſiue per ſe ſiue per procuratorem, hoc ipſo ſe obligat oneribus hereditariis quandoque per reſtitutionem ſuſcipiendis, ſi talis perſona ſit quæ obligari poſſit) ſed iure prorſus ſingulari perſona manumiſſi, qui cùm coactionis tempore ſeruus fuerit, nec niſi propter ſpem conſequendæ libertatis & hereditatis aditum habuerit ad prætorem, neque tunc potuit ſe obligare ciuiliter & efficaciter, quia liberorum hominum adeóque ciuium Romanorum proprium ius illud eſt vt obligentur, quemadmodum vel ipſa obligationis diffinitio demonſtrat in illis verbis *ſecundum noſtræ ciuitatis iura Inſt.de oblig.in princ.l.nec ſeruus 41. de pecul.* neque rurſus ex antegeſto, id eſt ea eo quod in ſeruitute feciſſet poſt manumiſſionem conueniri poſſet, *l.1.& tot.tit.an ſeruus pro ſuo fact.poſt manum.ten.C.* atque ita conſecutus libertatem heredi impunè illuderet quem hereditariis actionibus hærere neceſſe eſſet, ſi non in eam rem ſenatuſconſultum factum fuiſſet, Senatuſconſultum, inquam, non Trebellianum vt vulgo interpretes ſentiunt, aut Pegaſianum (fuerunt enim illa generalia, & ad heredes omnes & fideicommiſſarios pertinentia) ſed aliud quod de manumiſſo duntaxat locutum fuit, adeò vt nec manumiſſi heredem complexum ſit, quemadmodum Marcellus ſcribit in *d.l.poſtulante*, vbi & huius omiſſionis rationem eam reddit quòd ferè ſit vt quiſquis coactus adit hereditatem confeſtim eam reſtituat, aut vt ſi non ſtatim reſtituat hoc ipſo moram contrahat, ex qua ſi damnũ poſteà ſentiat ſibi debeat imputare: ſed tamen ſi iuſta ex cauſa reſtitutionem diſtulerit, veluti ſi pecuniam ei defunctus debuit quam retinere malit ipſe quàm petere ſicuti non poteſt videri moram feciſſe, *l.ſciendũ 21 ff.de vſur.* ita & eodem ſenatuſconſulto iuuandus eſt contra heredem manumiſſi, vt non magis reſtitutionem hereditatis recuſare poſſit heres ille manumiſſi, quàm manumiſſus ipſe poſſet ſi viueret *dict.leg.poſtulante.* Quòd ſi ſine herede manumiſſus deceſſerit, & conſequenter ſine hereditate, quia non facit lex hereditatem niſi vt faciat heredem, quemadmodum alibi ſcripſimus, quoniam tamen non decedit ſine bonis, nullum periculum eſt ne moretur heres in damno, cùm bona hereditatis quæ ex fideicommiſſo reſtitui debuit perinde poſſint diſtrahi per creditores hereditarios, &

Digitized by Google

quidem tanquam bona fideicõmiſſarij non tanquam bona defuncti, acſi manumiſſus poſt reſtitutam ſibi hereditatem deceſſiſſet, vt ibidem Marcellus ſubiungit. Idq. iure cõmuni & ordinario, non quòd vel eodem illo ſenatuſconſulto inductum ſit (quod ſicut de manumiſſi herede nihil dixerat, ita neque de eo caſu quo manumiſſus decederet ſine herede) vel induci debeat ex reſcripto D. Pij ad hanc ſpeciem quaſi ſimilẽ protrahendo, quãdoquidem ex eo reſcripto permittenda eſſet diſtractio bonorum non fideicõmiſſarij, ſed defuncti *d. l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectam D. de ſepara.* quod longè totóq. cœlo diuerſum eſt. Et ſanè ſi quis vſquam caſus eſſet ad quem tanquam ſimilem reſcriptum illud porrigi deberet, vel maximè hic vnus eſſet, vt iam dubitari non oporteat quin tota illa diſputatio *d. §. ſed vtrũ* & interiecta tractatio de reſcripto Diui Pij, tribuenda ſit Triboniano, qui non magis reſcripti vim & neceſſitatem quàm iuris rationem ipſã perceperit. Quod ex ſuperioribus in quibus coacti fuimus eſſe longiores tam apertè conſtare arbitror, vt nihil dici poſſit apertiùs, ſiue verborum ſententiã quis perpendat, ſiue verba ipſa prorſus inconcinna & impropria. Primum in verſic. *ego puto abſentis quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem adire & reſtituere.* Quis.n. ſic loquitur *abſentis adire*? Sed cùm de reſtituẽda tantùm hereditate propoſita eſſet quæſtio, Tribonianus vero omnino ineptè de aditione tractandũ haberet, vt ad quæſtionem accommodaret reſcriptum Diui Pij, coniunxit verba illa *adire & reſtituere*, nec animaduertit, verbo *adire* alium caſum ex grammaticæ regulis accommodari debuiſſe, alium verbo *reſtituere*. Secundò in verſ. *eſt enim huius rei exemplum capere* in quo iam græciſmum obſeruauimus. Tertiò in verſ. *nec oporteat damno adfici heredem qui rogatus adijt hereditatem*, vbi pro *rogatus*, ſcribi proculdubio debuit *coactus*. Quartò in illis verbis *vt ſi quid horum euenerit*: voluit.n. Tribon. ſcribere *ſi quid tale*, quæ tamen alia, longéq. diuerſi ſenſus locutio eſt. Poſtremò in vltimo illo verſ. *ſicubi venerit reſtituatur fideicommiſſaria hereditas ei qui cõpulit adire & reſtituere ſibi hereditatem*, de quorum verborum ineptitudine & cõtradictione diximus etiam quid nobis videatur. Fient autem ſuperiora omnia probabiliora ex iis quæ in ſequentibus dicturi ſumus.

Ad l. ſed cùm ab herede 9. D. eo. tit.

CAP. IX.

PErtinet hæc etiam lex tota ad reſcriptum Titi Antonini Pij, de quo proximè ſcripſimus tam multa, mirúmque eſt non fuiſſe id animaduerſum ab Accurſio aliiſq. interpretibus, qui vulgò ſic ſentiunt, vt ab illis verbis *nec pupillũ extra ordinẽ iuuãdũ*, patent mutari caſum, in quo inueſtigãdo mirum in modum ſe exercent, nec quicquam proficiunt. Accurſius adfert tres caſus quos ex ordine ſingulos referemus & refellemus faciliùs ſi priùs expoſuerimus quid nobis Papin. ſenſiſſe videatur. Retulerat Tribonianus ſub Vlpiani nomine in *§. vlt. leg. præced.* reſcriptum illud D. Pij quo contra iuris ordinarij rationem inductum erat fauore duplicis libertatis tuẽdæ, itémq. pupillaris ætatis cõmiſeratione, vt poſtulãte pupilla fideicõmiſſaria, cui libertas à matre legataria, & hereditas per fideicommiſſum ab herede relicta erat, poſſet heres cogi ad adeundum, nil obſtante eo quod euenire poterat vt poſt aditionem & ante reſtitutam hereditatem fideicommiſſaria moreretur, excogitato nimirum in eam rem nouo remedio, vt ſi tale quid accideret, permittenda eſſet creditoribus hereditatis diſtractio bonorum defunctæ teſtatricis, acſi nemo ei heres extitiſſet. Subijcitur in l. ſeq. ex Papiniano reſcriptum fuiſſe ab eodem Diuo Pio non eſſe locum ſuæ conſtitutioni, ne quidem in ſpecie ſupraſcripta, ſi ponas heredem à quo fideicommiſſaria hereditas relicta ſit ſub condicione, *ſi pupilla fideicommiſſaria nubilem ætatem compleuiſſet*, non ſolum & ex aſſe inſtitutum fuiſſe, ſed pro parte duntaxat, puta ex ſemiſſe, addito ei in alium ſemiſſem coherede. Ratione illa quod ferendum non ſit vt pupillus extra ordinem iuuetur & contra iuris communis rationem, quoties nouum beneficium cum alterius iniuria per eum poſtulatur. Id verò contingeret, ſi heredem pro parte inſtitutum à quo fideicommiſſariam hereditatem conſequi vellet, cogere poſſet ad adeundum. Ita enim fieret vt coactus heres qui ex eo tempore nullum ex hereditate lucrum & commodum ſperare deberet, cogendus etiam eſſet ad repræſentandum, præſtandumque purè fideicommiſſum quod relictum fuiſſet ſub condicione, quandoquidem fruſtra expectaretur euentus condicionis, quam etſi deficere contingeret, non eo magis aut hereditas penes heredem remanere poſſet aut ex poſtfacto reuocari tranſlatio actionum, quæ per fideicommiſſi reſtitutionem licèt repræſentatam facta fuiſſet. Atqui coheres ex alio ſemiſſe inſtitutus quem ponimus ſponte adiſſe hereditatem pro ſua portione, duplici damno ea ratione afficeretur: In eo primùm quod adcreſcendi iura amitteret, ex quo tamẽ repudiantis coheredis portionem conſequi deberet *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Aditione quippe hereditatis ius illud adcreſcendi intercidit, *l. vnic. §. huius ita deffinitis. C. de caduc. toll.* Deinde in eo, quod portionem illam coheredis ſibi adcreſcentem liberam haberet ab onere fideicommiſſi quod vtique intercideret tanquam defecta condicione, ſi fideicommiſſariam decedere contingeret antequam nubilem ætatem compleuiſſet. Proinde & è contrario fatendum eſt futurum vt ſi ad hanc quoque ſpeciem reſcriptum Diui Pij traheretur, pupilla duplex lucrum & commodum ex nouo & planè extraordinario beneficio ſentiret cum iniuria coheredis. Primùm in eo quòd fideicommiſſi ſui cauſam ſaluam faceret, ac in tuto collocaret, coacto adire herede atque ita extincto iure adcreſcendi, per quod debuerat illa portio ad coheredem peruenire. Rurſum in eo quod non modò antè impletam fideicommiſſi condicionem fideicommiſſum conſequeretur, ſed ea quoque deficiente, quod eſſet intolerabilius, hereditatem nihilominùs retineret, in quo certè non tantùm coheredi fieret iniuria, ſed etiam volũtati teſtatricis quæ illa proculdubio fuit vt niſi expleta priùs condicione fideicommiſſum non deberetur. *leg. facta 63. §. ſi ſub condicione in fin. D. eod. leg. Publia 36. §. Titia codicillis De cond. & demonſtr.* Nec contrarium eſt quod vnico duntaxat herede ſcripto aliud obſeruatur, & omnimodo fideicommiſſum repræſentatur, ſiue condicionem poſteà exiſtere, ſiue deficere contingat. Non enim videri poteſt eo caſu quicquam fieri contra teſtantis voluntatem, cùm nec aliter conſeruari ea poſſit quàm compulſo herede ad adeundum vt tota defuncti voluntas rata conſtituatur, *l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam. D. ad SC. Trebell.* nec æquum ſit aut voluntati ipſi teſtantis conſentaneum, vt qui deſtituit ſupremas defuncti preces, totumque teſtamentum quantum in ſe fuit, euertere cogitauit, quicquã ex volũtate conſequatur, vt ibidẽ Papinianus tractat. At cùm plures heredes inſtituti ſunt, quorũ alter vel iam ſponte adierit, vel in eo ſit vt adire velit, non eſt verendum ne teſtamẽtũ deſtituatur, quòd vtiq. vel ex minimæ portionis

aditione totum confirmatur, *l. apud Iulianum* 11. *§. eundem Iulianus, l. ita tamen* 27. *§. qui ſuſpectam in fin. & §. à patre eod. leg.* 3. *§. vt patronus. D. de bon. libert. leg. quæſitum* 40. *D. de acquir. hered.* ideóque nulla ratio eſt propter quam fideicommiſſario, quiſquis ille ſit, indulgere debeamus, vt ad fideicommiſſi petitionem antequam impleta condicio ſit admittatur. Præſertim poſtquam placuit Iuſtiniano vt deficiens portio coheredis à quo fideicommiſſum fuerat etiam nominatim relictum adcreſcat coheredi cum onere fideicommiſſi, *l. vnic. §. pro ſecundo & §. ſin autem aliquid ſub conditione. C. de caduc. tollen.* Nam cùm iure vetere aliud obtineret ſiue viuo teſtatore ſiue poſt ipſius mortem deficeret portio adcreſcens, vt ex eo appareat quod Iuſtin. *d. §. pro ſecundo*, ait ita ſe conſtituere corrigendo ius vetus (de quo tamen alio huius libri capite latiùs tractandum nobis erit) durius ſanè videri poterat deficere fideicommiſſum, cuius tamen condicio extitiſſet. Deficiebat enim hoc ipſo quod portio eius qui nominatim grauatus eſſet adcreſcebat coheredi non grauato, cui quippe ſatis erat dicere grauatum ſe non eſſe. *l. ſi eius qui* 54. *l. Lucius* 78. *§. tres heredes in fin. D. ad SC. Trebell. l. ſi alienus* 62. *iunct. l. pater meus* 29. *§. penult. & vltim. de leg.* 2. & idcirco tanto æquius erat ſubueniri pupillæ fideicõmiſſariæ ſi citra coheredis iniuriam id fieri potuiſſet. At hodie tametſi non permittatur pupillæ vt eum ex coheredibus, qui rogatus eſt de portione ſua reſtituenda cogere poſſit ad aditionem, minùs tamen dãni patietur, quæ ſcilicet actionem de fideicommiſſo habitura eſt etiam aduerſus coheredem non rogatũ cui rogati portio adcreuerit. Et hæc ſunt quæ ad Papinianum adnotaſſe ſatis eſſet, niſi expoſitiones Accurſij eſſent etiã refellendæ. Adfert ille, vt initio præfatus ſum, tres caſus ad quos Papiniani lex accommodari poſſit, omnes ineptos prorſus & improbabiles. Primus eſt, ſi pupillus fuerit ſolus purè inſtitutus & ſub condicione rogatus. Nam ſi fideicommiſſarius petat vt cogatur pupillus adire & reſtituere ante impletam condicionem, pupillus autem velit extra ordinem iuuari ſcilicet per in integrum reſtitutionem, vt non cogatur, ne poſtquam adierit maneat implicitus oneribus hereditariis fideicommiſſario quandocumque poſtea ante condicionem impletam decedente, non eſt audiendus, inquit Accurſ. cùm abundè illi conſultum ſit conſtitutione illa Diui Pij, de qua in *§. vlt. legis præcedentis.* Quæ interpretatio neque verbis legis conuenit, neque iuris rationi. Non verbis, quia Papinianus de illo herede disertè loquitur, qui non niſi pro parte ſcriptus ſit. Accurſius autẽ è contrario ponit ſolum pupillum ex aſſe inſtitutum, Item quia negat Papinianus pupillum extra ordinem iuuandum eſſe. Accurſius verò negat iuuandum per reſtitutionem in integrum, quaſi verò non ſit iuris ordinarij vt pupillus per reſtitutionem iuuandus ſit quoties læſus eſt, nec ei iure cõmuni proſpectum eſſe poteſt. Scio reſtitutionis auxilium dici extraordinarium in *l. in cauſa* 16. *D. de minor.* ſed ad differentiam illius quod communi & mero iure competit vt ea lex ait, non etiam vt nouum & inſolitum videri debeat, quare proculdubio illud eſt de quo Papin. ſenſit cùm ſcripſit *pupillum non eſſe extra ordinem iuuãdum*, vt oſtendunt ſequentia illa *ſi nouum beneficium.* Et verò prorſus nouum beneficium eſt planéque ante Diui Pij conſtitutionem inauditum & extraordinarium, quod ille induxit, vt poſt aditam quoq. hereditatem bona defuncti vendantur, acſi adita hereditas non fuiſſet. Quod tamen beneficium ſolius fideicommiſſarij fauorem reſpicit, non etiam heredis rogati vt malè Accur. exiſtimat. Etſi. n. heredi adire coacto conſulere Diuus Pius voluit & debuit, ne actionibus hæreret ſi ante factam hereditatis reſtitutionem fideicommiſſarius decederet; id tamen non fecit niſi per conſequentias vt fauore fideicommiſſarij poſſet heres cogi ad adeundum, neq. iuſtam illam rationẽ haberet excludendæ coactionis, quod fieri poſſet vt adita hereditate in alterius cõmodum ipſe oneribus & negotiis hereditariis inuitus mergeretur. Quid enim egebat reſcripti beneficio heres, qui ſuſpectam diceret hereditatẽ? Aut quid aliud fieri poterat per creditores hereditarios, non adeunte herede, niſi vt bona defunctæ venderentur? Quid denique obſtare, quominùs ea venditio fieri poſſet iure communi, & citra reſcripti vllius autoritatem? Fuit ergo nouum beneficium neceſſarium, non heredi, ſed fideicommiſſario, vt fauor qui fideicommiſſario fieret ad heredis iniuriam non porrigeretur. Nunquam. n. iuſtus Imp. fideicommiſſarij gratia induxiſſet, vt cõtra iuris rationem cogi poſſet ad adeundum heres, à quo hereditas duntaxat non & libertas ſeruo quantumuis pupillo relicta eſſet, niſi propoſito quoq. remedio per quod heredis indemnitati abundè proſpectum videretur. Adeò cauere bonus Princeps ſemper debet, ne quæ vni beneficia & priuilegia concedit, alij cuiquã ſint captioſa, vel ad iniuriæ occaſionem trahi poſſint. *l.* 2. *§. meritò, & §. ſi quis à Principe. ff. ne quid in loc. publ. l. Paulus notat* 8. *ff. de præt. ſtip. l. nam quod* 14. *§.* 1. *ff. ad SC. Trebell.* vbi ſcriptum eſt, ſi herede repudiante hereditatem quam pupillo reſtituere rogatus erat bona defuncti venierint, prætorem nec pupillum quidem in integrum reſtituere debere niſi ex cauſa, idque etiam à Diuo Pio reſcriptum fuiſſe, nempe quod id fieri non poſſet citra iniuriã eorum qui res hereditarias publicè ac ſub haſta comparaſſent. Quo tamen loco vide, vt hoc obiter moneam, ne inepto interpreti potiùs quàm IC. tribuendum ſit quod in prima §. parte additum eſt, *ſi iuſta cauſa allegentur.* Nã is qui repudiauit hereditatem, perinde cogendus eſt adire poſtulante fideicommiſſario, acſi ſuſpectã tantùm dixiſſet, nec aliam cauſam à fideicommiſſario allegari neceſſe eſt quàm quòd ſuo periculo hereditatem adiri velit, vt & Accur. ad eum locum benè vidit. Ineptũ interpretem fefellit quod vulgò iactari ſolet, non poſſe heredem adire hereditatem quã repudiauerit, *l. ſicut C. de repud. her.* Sed id non pertinet ad hunc caſum quo adire cogatur alieno, & lucro & periculo, ſicut nec quod æquè vulgare & verum eſt, nõ eſſe quenquam cogendum vt adeat hereditatem ſibi delatam, ſiue lucroſam, ſiue damnoſam *l.* 4. *ff. ad SC. Treb. l. nec emere* 16. *C. de iur. delib.* Sed hoc obiter, vt præmonui & ferè extra rem dictũ ſit. At ſi hæc prima interpretatio Accurſij verbis Papiniani non conuenit, multò minùs iuris rationi. Nec enim vlla in integrum reſtitutione indiget heres ſiue pupillus, ſiue alius, vt non cogatur adire propter eum cui libertas à legatario, ſola verò hereditas ab ipſo herede relicta ſit, quia cùm fideicommiſſarij ſtatus hoc caſu pendeat ex legato, nec priùs poſſit ei hereditas reſtitui, quàm factus ſit liber, non patitur iuris ratio vt heres adſtringat ſe actionibus hereditariis propter legatum; quemadmodum in ſuperioribus diſputauimus ex Papiniano in *leg. non eſt cogendus* 53. *iunct. §. vlt. leg. præcedent. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Et verò quandiu heres non adiit, quid obſecro eſſe poteſt contra quod poſſit petere in integrum reſtitutionem? Vtique enim obligationem aliquam ſubeſſe neceſſe eſt contra quam reſtitutio poſtuletur, *l. creditorẽ* 18. *D.*

18. *D. de ſenatuſconſulto Macedoniano, leg. qui contra* 11. *D. de fideiuſſor.* Nemo autem dixerit obligatum eſſe heredem vt adeat, cùm pro ſe habeat regulam iuris quæ negat cogendum quemquam adire damnoſam hereditatem, *l. nec emere* 16. *C. de iur. delib.* aut ſuſpectam *l. quia poterat* 4. *D. ad SC. Trebell.* ne quidẽ ex Pegaſiano, ſi quid ſit quod impediat ne trãſire poſſint actiones omnes in cogentem, *d. l. non eſt cogendus, l. nam quod* 14. *§. non omnis. l. cogi* 16. *d. l. nõ eſt cogendus* 53. *& paſſ. eod. tit.* Quòd ſi in herede quolibet hæc verè diſputantur, quanto magis in pupillo hactenus ſaltem vt non ſit deterioris condicionis quàm cæteri quibus hac in re ius commune patrocinatur? Quare nec in pupillo tractari hoc caſu poteſt, quod ait Papin. nõ eſſe iuuandum pupillũ extra ordinem ſi nouum beneficium poſtulet cũ alterius iniuria, quia nõ poſtulat nouum beneficiũ pupillus, qui iure communi patrocinante negat cogẽdum ſe adire. Nec cum alterius iniuria, tametſi ex eo futurũ ſit vt fideicõmiſſum intercidat, quia nõ videtur fraudem vel iniuriã cõminiſci qui fraudẽ & iniuriã excludit, *l. cum pater* 77. *§. Titio fratri antep. De legat.* 2. nec cuiquã interdictũ eſt vt omittat hereditatẽ ſibi delatã ſi ſine fraude id faciat, *l. quia autem* 6. *§. ſi patronus in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. ſi poſtulante* 67. *§.* 1. *D. ad SC. Trebellian. l. quod autem* 6. *§.* 1. *& §. ſi ſeruum. D. quæ in fraud. credit.* Denique conſtat pupillum vt & alium minorem quemlibet, non aliter in integrum reſtitui poſſe beneficio ætatis quàm ſi læſus probetur, *l. nam poſteaquàm* 9. *§. ſi minor. D. de iureiur. l. verum* 11. *§. ſciendum. l. quod ſi minor* 24. *§. non ſemper. D. de minor.* Quænam autem læſio incidere poteſt in adeũda hereditate priuſquã ſit adita? Nõ ignoro minori qui damnoſam hereditatẽ adiit ſuccurri ſolere vt poſſit abſtinere, quia hic deceptus eſt, inquit Vlpian. *in l. ait prætor* 7. *§. ſed etſi hereditatem.* Sed antequàm adeat, nego poſſe illũ tametſi velit reſtitui cùm non ſit læſus, adeo vt neque teſtificatio vlla ei neceſſaria ſit etiãſi agatur de paterna hereditate in qua eſt ille ſuus heres ipſo iure, *l.* 1. *&* 2. *C. ſi vt min. ab hered. ſe abſtin.* Nimirum quia citra reſtitutionem habet minor quilibet beneficium abſtentionis ex edicto prætoris quandiu ſe non immiſcuit, *l. neceſſariis* 57. *De acquir. hered.* Sed etſi eũ caſum tractaremus in quo potuiſſet olim neceſſaria eſſe pupillo in integrum reſtitutio ante reſcriptum Diui Pij, tamẽ quid attineret poſt reſcriptum illud quo heredibus omnibus in eiuſmodi ſpecie adire coactis ſuccurſum eſſet diſputare de reſtitutione in integrũ, quæ heredi maiori annis viginti quinq; nec neceſſaria foret, nec vllo ætatis priuilegio cõcedenda? Secũdus caſus quẽ Accurſius cõminiſcitur accõmodatior videtur, vt ſi vnus ex heredibus purè inſtitutus rogatus fuerit de reſtituenda hereditate pupillo ſub cõdicione, & is ſpõte adierit non ſit locus reſcripto Diui Pij, ex qua parte iubet ſtatim reſtitui hereditatẽ non expectato euentu condicionis, neq; in eã rem iuuari pupillus debeat beneficio reſtitutionis in integrũ, quãdo id fieri non poſſet, citra iniuriã rogati, quem cũ ſponte adierit hereditatem, æquum non eſt teneri ad præſtandum fideicommiſſum, cuius condicio vel nondum impleta ſit vel iam defecerit. Sed tamen innumera ſunt quæ nec hãc interpretationem patiũtur. Nam ſi ponimus heredem ſponte adiiſſe, quid intereſt an ſolus an ex ſemiſſe fuerit inſtitutus? Aut quænam dubitandi ratio eſſe potuit propter quam vel hoc vel illo caſu videretur fauendum pupillo hactenus, vt ei purè reſtitueretur hereditas quæ non niſi ſub condicione relicta eſſet? Siquidem totum illud ius quod etiam ante reſcriptum Diui Pii obtinuiſſe ſuprà diximus, vt heres qui compulſus adiit etſi ſub condicione fuerat rogatus, cogatur ſtatim reſtituere, non ex alia cauſa proficiſcitur, quàm quia non aliter ſatisfieri poſſit Senatuſconſulto Pegaſiano, quod non patitur vt penes eum qui adire coactus eſt, aut lucrum aut damnum vllum remaneat ex hereditate: Deinde quonam, obſecro, colore poſſet hoc caſu pupillus implorare in integrum reſtitutionem? cum nihil ipſe fecerit, nec in vlla re læſus ſit? Aut contra quem, vel contra quid? Siquidem nec aliud quicquam ab herede grauato factum ponimus, niſi quod ſponte adiit hereditatem. Omnis autem reſtitutio, ſiue ex capite minoris ætatis ſiue ex alia qualibet edicti parte competat, non ad aliud dari non poteſt, quàm vt vel fiat quod factum non eſt, vel quod factum fuit reſcindatur. An ergo in hoc læſus intelligetur, quod heres ſponte adierit hereditatem, quam ſi coactus adiiſſet, fideicommiſſum vtique pupillo repræſentare non expectato condicionis euentu debuiſſet? At quis vnquam audiit cogendum quem fideicommiſſarij gratia, & vt plenior ſit fideicommiſſi reſtitutio adire coactum, tametſi ſponte adire malit? An verò facit dolo, pupillúmve lædit heres qui ſponte adit hereditatem, in eoque & ſuo & cõmuni ac perpetuo iure vtitur? *l. ſi duorum* 42 *D. de act. emp.* Et è cõtrario an læditur pupillus qui ſimiliter iure cõmuni vtitur, & hereditatem fideicõmiſſariam ſibi ſub condicione debitam non recipit ante impletam condicionem? *l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. d. l. facta* 63. *§. ſi ſub condicione. D. ad SC. Trebell. l. inter eos* 51. *§. cum inter. D. de fideiuſſ. l. nihil conſenſui* 116. *§. non capitur de regul. iur.* Denique cum reſtitutio in integrum quælibet, vel erroris proprij veniæ petitionem, vel aduerſarij circumuentionis allegationẽ contineat, vt Harmogenianus loquitur in *l. præfecti* 17. *D. de minor.* quid eſt quod vel de ſe, vel de herede conqueri poſſit pupillus fideicommiſſarius, cùm heres ſponte adiit hereditatem, eámque non prius ex fideicommiſſo reſtituere vult, quàm impleta ſit cõdicio ſub qua fuit rogatus? Tertium caſum fingit Accurſius de pupillo qui fuerit inſtitutus purè, & rogatus ſub condicione, quem negat audiendum eſſe iuuandúmque reſcripto Diui Pij, ſi poſt aditã ſpõte hereditatem, & defuncto ante condicionis euentum fideicommiſſario nolit ille teneri creditoribus hereditariis. Neque enim ſine iniuria creditorum id ei poſſet indulgeri. Subinde tamen fatetur Accurſius, quod & verum eſt, Poſſe hoc caſu pupillum iuuari per in integrum reſtitutionem, ſi damnoſam adierit hereditatem ex *tit. C. ſi vt ab hered. ſe abſtineat.* Sed expoſitio hæc omnium ineptiſſima eſt & à Papiniani ſenſu alieniſſima. Quid .n. hoc caſu referret, an ex aſſe, an ex parte dũtaxat fuiſſet pupillus inſtitutus? Aut quid attinet tractare de reſcripto Diui Pii, ſi pupillus ſponte adierit? Cùm reſcriptũ illud non aliud induxerit, niſi vt in ſua ſpecie cogi heres poſſet ad adeundum, qui alioquin cogi non poterat. Itẽ vt adire coactus indemnis omnimodo ſeruaretur, etiãſi fideicommiſſarius ante decederet, quam ei reſtitui hereditas poſſet. Denique ſi verum eſt quod Accurſius in aliis expoſitionibus ſcripſit, iuuari tunc pupillum extra ordinem cùm in integrum reſtituitur, an poteſt Papiniano conuenire interpretatio quæ det in integrum reſtitutionem pupillo, quem Papin. tam apertis verbis negat extra ordinẽ iuuandũ eſſe? Aut quid effectu ipſo intereſt, an pupillus per in integrũ reſtitutionẽ, an per Diui Pij cõſtitutionẽ adiuuetur?

Error Accurſij & cęterorum interpretum in eo fuit, quod exiſtimarunt mutari caſum, vt loquuntur in illis verbis, *neq; pupillam extra ordinem inaandũ*, quaſi in pręcedentibus nihildum tractatum eſſet de pupillo: non animaduertentes imò verò conſtitutionem illã Diui Pij, de qua in §. *vlt. l. præced.* pertinere ad eã ſpeciem in qua hereditas per fideicõmiſſum pupillę relicta eſſet. Quod facilè obſeruare potetant, non ex eo ſolùm quod inter cætera quæ reſcripto cõtinentur, illud vnum eſt, de tutore dando fideicommiſſariæ quo tutore poſſet ei reſtitui hereditas. Sed ex illo etiam quod fideicommiſſum ſub ea cõdicione relictum proponebatur, *cùm ipſa nubilem ætatem cõpleuiſſet.* Fatendũ enim; certè eſt ius illud tam nouũ, & vt ita dicam exorbitans quod ex reſcripto inductũ fuit, niſi potiſſimùm fauore pupillaris ætatis, vt in ſuperioribus à nobis dictum eſt, & hic Papiniani locus mirificè confirmat. Itaque non alius quærendus erat caſus de quo Papin. intelligi deberet, quàm is ipſe de quo reſcriptum loquebatur, cuius poteſtatem ceſſare æquum fuit, eo caſu quo fauor pupilli vergeret in diſpendium alterius, non fideicõmiſſarij vel heredis vel creditorum, vt in tribus illis caſibus Accurſij, ſed coheredis cùm fideicommiſſum ab eo relictum fuit, qui nõ niſi ex parte inſtitutus erat, vt explicauimus. Ex quo apparet manifeſtiùs, quàm verum ſit quod toties diximus, reſcriptum hoc Diui Pij, ſicut ſpecialiſſimam habet rationem, ita ſuis finibus coercendum, nec ad aliam vllam ſpeciem protrahendum. Æquè verò ridiculus eſt Accurſ. cùm tantoperè laborat, an ſequens *l. ille à quo*, coniungenda ſit cum hac *l. an eum §. vlt. l. apud Iulianum.* quorum neutrum ſanè dici poteſt. Habet enim ſeparatam ſententiam, & eum iis potiùs coniungendam, quæ idem Vlp. eod. lib. 4. fideicommiſſorum tractauit in *l. 4. 6. & 9. eod. tit.* ſecundùm ea quæ hac de re ſcripſimus in præcedentibus.

Emendatio & explicatio §. ſi ego heres. l. cogi 16. D. eod. tit. ad S.C. Trebell.

CAPVT X.

Eſt etiam locus hic perobſcurus, & dignus cuius nouam & emendationem & interpretationem hoc loco ſubiiciamus, quia pendet ex ſuperioribus. Vlpiani verba hæc ſunt, *ſi ego heres inſtitutus, & rogatus ſim Stichum manumittere, vel alius legatarius, fidei autem meæ commiſſum ſit, vt Titio hereditatẽ reſtituã, deinde Titij fidei commiſit vt Sticho eadẽ redderet, Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere hereditatẽ.* Hic illud primùm explicari non poteſt quod ait lex, *vel alius legatarius.* Nam ſi ſic intelligas, quomodo Accurſius intelligit, & verba ipſa ſonant, vt Stichus hic legatus ſit alicui, à quo fideicommiſſaria libertas eidẽ Sticho relicta ſit, apertè falſum eſt, quod Vlpiano placet, poſſe me Sticho poſtulante cogi ad adeũdam, & reſtituẽdã hereditatem. Repugnat enim Papinianus in *l. non eſt cogendus 53. eo. ti. ad S.C. Treb.* vbi generaliter ſcribit, non eſſe cogendum heredem, vt adeat poſtulante ſeruo cui libertas à legatario, hereditas autem fideicommiſſaria ab herede ſola relicta ſit. Repugnat etiam ratio iuris, qua ibidem Papinianus mouetur, quòd hoc caſu ſtatus hominis ex legato pendeat, nemo autem cogendus ſit ſe adſtringere actionibus hereditariis propter legatum, metu ſcilicet periculi quod ſubeſt ne moram faciente legatario in præſtãda libertate, & inter moras defuncto fideicommiſſario priuſquàm potuerit hereditas ei reſtitui, neceſſe ſit heredẽ periclitari, mergiq; oneribus hereditatis quã adiiſſe reperiatur. Excepto vno illo caſu ſingulari de quo proximè tã multa ſcripſimus ex Diui Pij conſtitutione relata in §. *vlt. l. apud Iulianũ 11. eo. ti.* Accurſius noſter, cuius præcipuè cõdicionem deploro, quoties virum bonum in iſtos Triboniani laqueos incidere video, vt hinc ſe expediat, ponit eam ab Vlpiano ſpeciem tractari, in qua ſolus ego ſim heres inſtitutus. Apud Papinianum verò eam in qua habuerim coheredem, qui & ſponte adierit, & nullo fideicõmiſſo fuerit oneratus. Hãc diuerſitatis rationem adſerens, quòd priore caſu futurum ſit, vt & libertatis legatũ, & hereditatis fideicommiſſum intercidat, ſi non cogar adire, cùm alius nullus ſit, per cuius aditionem teſtamentum confirmari poſſit, nec conſequenter legata & fideicõmiſſa teſtamento contenta. Poſteriore verò caſu contrà euenit, vt adeunte meo coherede legatum confirmetur, & per conſequentias fideicommiſſum libertatis à legatario præſtandæ, vt proinde nil ſit neceſſe cogi me adire, vt hereditas quoque Sticho præſtari ex fideicommiſſo poſſit. Hũc enim Accurſij ſenſum fuiſſe puto: Etſi non benè percipio quid ille ſibi velit, cũ tractans de poſteriore caſu ſcribit in hæc verba, *et ſic intelligitur ſupr. eod. l. apud §. Antiſtia.* Quaſi verò in ſpecie reſcripti Diui Pij de quo in *d. §. Antiſtia*, ponendum ſit duos fuiſſe inſtituros heredes. Cùm tamen è contrario idem Imp. reſcripſerit non eſſe cõſtitutioni ſuæ locum, ſi duo heredes inſtituti proponantur, vt Papinianus monet in *l. ſed cùm ab herede 12. eod.* & nos docuimus cap. præced. Niſi malimus pro tuendo Accurſio ea verba referre ad priorem caſum, hoc ſenſu vt tam in *d. §. Antiſtia*, quàm in hoc *§. ſi ego*, Vlpianus eum caſum tractet, quo ſolus ego fuerim heres inſtitutus. Sed tamen non ideò aſſequi poſſimus, vt rectè ille aut hunc aut illum locum interpretatus eſſe videatur. Tantùm n. abeſt, vt ſi ſolus heres ſcriptus fuerim, poſſit me Stichus cogere ad adeũdũ, vt cõtrà vel hoc maximè caſu procedat quod Papin. ſcribit in *d. l. non eſt cogendus*, me non eſſe cogendum, licèt me nõ adeunte futurum ſit vt & legatum libertatis & fideicommiſſum hereditatis corruat. Nam cùm habeo coheredem à quo libertas relicta ſit, quique ſponte adierit, dubitandum non eſt, quin Stichus libertatem ab eo nactus poſſit me cogere, vt adeam & reſtituam hereditatem, quippe cuius ipſe iam ſit capax, & quam tamen non aliter ex fideicommiſſo habere queat, quàm ſi hereditatem adeam ego quoque pro mea parte. Siquidem me repudiante, aut quod idem eſt, ſuſpectam dicente, futurũ eſſet, vt quãuis portio mea coheredi meo adcreſceret, nihilominùs tamẽ fideicõmiſſum hereditatis intercideret, vtpote quod à me ſolo relictũ eſſet, non etiã à coherede, qui non fuiſſet rogatus, ſaltem inſpecto iure vetere quod ante Diui Seueri reſcriptum obtinebat, cuius fit mentio in §. *Iulianus. l. ſi Titio & Mæuio 61. de legat. 2.* & in *l. hæc Imperator 74. de legat. 1. l. non iuſtam 4. Cod. ad S.C. Trebellian.* ne dicam, antè Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* De quo dicemus infrà cap. Idque non tam inductum quàm ſignificatum eſt reſcripto illo Diui Pij quod refertur in §. ſequenti huius legis, & de quo etiam mox tractabimus. Ergo cùm in *§. ſi ego*, quem nunc habemus in manibus, placet Vlpiano poſſe me cogi poſtulante Sticho vt adeam, eique reſtituam hereditatem, licèt ab alio non à me libertatem acceperit, neceſſariò ponendum eſt, fuiſſe mihi datum coheredem, qui ſponte adierit pro ſua portione, adeóque qui libertatẽ ſubinde præſtiterit, ſiue ſua etiam ſponte, ſiue officio iudicis, ſiue interpoſito decreto, quod in eam rem cõtra latitãtem heredem interponi poſſe ait, *l. ſi ſeruus*

fuiſſe

ſuiſſe n. C. de fideic. libert. Alioqui tametſi plures heredes inſtituti proponerentur, ſi tamen neuter adire vellet, nullæ partes prætoris eſſent in alterutro cogendo, quia neque propter legatũ etiam libertatis adire quiſquam compellitur, neq. propter hereditatem reſtituendam qui nondum ſit liber. Eſſetq; expectandum, vt idem eſſe inciperet debitor & libertatis & hereditatis, vt ſubtiliter Papin. diſputat in *l. ſi res 52. §. 1. ad S.C. Treb.* iunct. *l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſum, verſ. nec ad temperamentum eod.* Itaq. non dubito quin apud Vlpianum in illis verbis, *vel alius legatarius*, delenda ſit dictio *legatarius*, tanquam quę in textum irrepſerit ex gloſſa imperiti alicuius interpretis, qui præcedentem dictionem *alius* referre debuerat ad coheredem non ad legatarium. Etſi non ignoro, nec aliter grauari poſſe coheredẽ vt manumittat ſeruum hereditariũ, in quo nõ niſi partẽ habeat iure hereditario quã ſit primùm ei ſeruus legetur. Vt proinde meũ hunc coheredem à quo ponimus relictã eſſe libertatẽ, eundẽ quoq; legatariũ eſſe neceſſe ſit, vt & in ea ſpecie quæ ſtatim ſequitur. Nã ſeruo legato vni ex heredib⁹, data erat ab eo libertas per fideicõmiſſum, & ab altero hereditas, vt lex ait. Sed nõ ideò ſit, vt alium illum Vlp. dicere debuerit, legatarium antè quàm coheredem, quia nec quicquã vetat legati ſeruũ alteri quã vni ex heredibus, cúmque legatarium, quamuis extraneus ſit rogari vt ſeruum manumittat, quemadmodũ & in ſpecie *d. l. non eſt cogendus*. Indéque Accurſio errandi occaſio nata eſt & ſcribendi, quod iam diximus, eam ab Vlpiano ſpeciẽ tractari, in qua ſolus ego ſim heres inſtitutus. Cùm tamẽ ſublata dictione illa, *legatarius*, dubitare nõ debuiſſet, quin alius ille coheres potiùs quàm nudus legatarius intelligẽdus eſſet. Hoc verò expurgato mẽdo, adhuc ſupereſt quod ſententiã §. aut difficilẽ aut ſuſpectã facere poſsit, etiãſi ponas quod & in dubio præſumendũ eſt, coheredem illum meũ ſponte adiiſſe hereditatem pro ſua parte. Illa námque dubitandi ratio occurrebat, ne videretur permittendũ Sticho vt me cogeret adire & reſtituere, quod non erã rogatus ego vt ipſi hereditatem reſtituerem, ſed vt Titio, quàuis Titij quoq; fideicõmiſſum eſſet vt eandem Sticho redderet. Sed non videtur ea ratio obſtare ne quominùs poſſit me Stichus cogere rectà via, vt circuitus vitetur, & celeritate coniungendarũ actionum, quod ſæpe fit, actio vna occultetur, vt idẽ Vlp. loquitur in *l. 5. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* In eã que rem adfert Accurſius, quod Papin. ſcribit in *d. l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam, verſ. quod ſi prior ad S.C. Treb.* Secundum quoq; fideicõmiſſarium rectà via poſſe poſtulare vt heres adeat, ſibiq; reſtituat hereditatem. Verùm obſeruandũ eſt Papinianum ita reſpõdiſſe caſu illo, quo prior fideicommiſſarius recuſauerit hereditatẽ ſuſcipere ex fideicõmiſſo. Sic enim ſcribit, *quod ſi prior recuſauerit*, ita innuens, priore fideicommiſſario non recuſante, non eſſe permittendum ſecundo vt rectà via cogat heredem. Cur nõ enim eum ordinem ſeruari oportere, quem teſtator præſcripſit, cùm ſeruari cõmodè poteſt? Aut cur tam facilè inducamus, vt cogatur heres adire poſtulante eo cui nihil ipſe debeat, aut hereditatem ei reſtituere cui nõ fuerit rogatus? *arg. l. ſi aliena 62. de legat. 2. l. quidam cum filiumfamilias 46. ff. de hered. inſt.* Quò etiã pertinere videtur quod in eo §. idem Papin. paulò antè ſcripſerat, ſi apud priorem fideicommiſſarium nulla hereditatis portio remanſura ſit, putà, ſi vel confeſtim, vel poſt tempus cum fructibus reddere iuſſus ſit, non eſſe cogendum heredem inſtitutum adire ſolo priore fideicommiſſario poſtulante, ſed vtriuſq. fideicommiſſarij voluntatem in herede cogendo neceſſariam eſſe. Multò igitur magis erit neceſſaria prioris voluntas, ſi poſterior ſolus heredem rectà via cogere velit ad adeundum quandiu ſaltem prior fideicommiſſarius nõ recuſauit. Ideóque potem poſtulante ſecundo cogi debere priorem, non vt fideicommiſſum petat, ſed vt interrogatus reſpondeat apud prætorem, aut iudicem, qui de fideicommiſſo cognoſcere poteſt, an fideicõmiſſum ſuſcipere velit, an recuſare. Quod cùm ita ſit, non facilè meo iudicio defendi ex iuris ratione poteſt, quod in hoc §. ſcriptum eſt, permittendum Sticho, vt quamuis non à me, ſed à Titio fideicommiſſum hereditatis ei relictum ſit, me tamen rectà via cogere poſſit ad aditionem & reſtitutionem, niſi ponas, quod ex verbis §. colligi nullo modo poteſt, fideicommiſſum à Titio recuſatum fuiſſe. At neque facilè perſuaderi poſſum, vt exiſtimem ſic Vlpianum ſcripſiſſe, *Stichus cogere me poſsit adire & reſtituere*. Scripſiſſet enim potiùs, *poſſet*, aut *poterit*, nõ *poſsit*, quòd cùm ſit verbum ſubiunctiui temporis, nihil tamen hic habet aut expreſſum aut ſubintellectum cui ſubiunctum videatur. Quare, vt quod ſentio, tandem aperiam, probabiliùs arbitror, interrogantis & quærentis eſſe verba illa, non reſpondentis: ob ídque interrogationis notam quæ deeſt reſtitui debere, vt ſic legamus, *an Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere?* At, inquies, ita fiet, vt ad propoſitam interrogationem nulla ſequatur reſponſio. Hæc me ratio nimirum cogit, vt quæ ſequuntur, quaſi diſtinctum & vltimum huius legis §. efficiant, ad hunc §. exiſtimem pertinere: ac quod magis eſt, à Triboniano noſtro ſubiecta fuiſſe non ab Vlpiano, vt more ſuo abuteretur alio reſcripto Diui Pij ad propoſitam quæſtionem decidendam, tanquam quæ ſit de caſu ſimili quantumlibet diſſimilis reuera ſit, vt probauimus in præcedentibus ab eo factum eſſe in ſpecie *l. apud Iulianum 12. §. vtrum autem & l. mulier quæ duobus 22. in prin. eo. ti. & l. ſed etſi 25. §. quod autem. ff. de petit. hered.* aliiſque innumeris iuris locis. Eodem enim prorſus modo videtur mihi ad propoſitam quæſtionem reſpondiſſe his verbis, *Talis quoque caſus à Diuo Pio terminatus eſt.* Id eſt, non hic ipſe caſus de quo nunc propoſuimus quæſtionem, ſed alius non diſſimilis, ex quo ſumi poſſit argumentum; quid in propoſito dicendum eſſe videatur. Et ſanè vix eſt vt eo verbo *terminatus eſt*, patum meo iudicio, eleganti vſurus fuerit Vlpianus pro eo quod Tribonianus dicere voluit *deciſus & definitus*. Sed videamus quiſnam & qualis caſus ille ſit, vt ſciamus an ſit talis. Verba legis aut potiùs Triboniani hæc ſunt, *Nam ſeruo vni ex heredibus legato, per fideicommiſſum erat ab eo libertas data & ab altero hereditas.* Duo igitur erant ſcripti heredes, quod notari volumus, vt nemo dubitare poſſit quin verũ ſit quod diximus, in hac quoq; ſpecie quã nos tractamus, ponendum eſſe datum mihi coheredem, cui legatus fuerit ſeruus ab eo ipſo manumittendus. Sequitur, *Diuus enim Pius reſcripſit Caſſio Dextro in hac verba, Hermias ſi Moſcho Theodoto ex parte herede inſtituto à Pamphilo teſtatore legatus eſt, eúmq; Theodotus poſtquàm adyt hereditatẽ priuſquã à coherede eiuſdẽ Pamphili adiretur hereditas ad iuſtam libertatem perduxit, & ob hoc in eum caſum res perducta eſt, vt is qui legauit, inteſtatus eſſe non poſſit, Hermia poſtulante id, Euareſtatus compellẽdus eſt eius periculo adire, & ex cauſa fideicommiſſi hereditatem reſtituere.* In hac verò ſpecie quanquam cætera omnia videntur ſimilia, illud tamẽ diſſimile eſt, quod

Euareſtatus rogatus erat vt Hermiæ ipſi facto libero reſtitueret hereditatem, non interpoſita alterius vllius perſona per quam deberet hereditas ab Euareſtato ad Hermiam peruenire. Itaq; ceſſat hic ratio illa propter quam nos in caſu propoſito negamus, permittendum eſſe Sticho, vt me recta via cogat adire & reſtituere, quia nimirum non fui rogatus vt ei reſtituerem, ſed vt Titio, à quo proinde cogi debeo, ſiue ſolo, ſine adiuncta Stichi perſona, ſaltem quandiu Titius ipſe fideicommiſſum non recuſauit. Et ſanè ſi quid Vlpiani eſt in *d. §. ſi ego*, id eſt, ſi non à Triboniano ipſa quoq. quæſtio propoſita eſt, ſed ab Vlpiano, (de quo tamen dubito) mihi probabiliſſimum ſit, Vlpianum in ea fuiſſe ſententia, vt negauerit indulgendum Sticho, vt me compellere poſſit ad aditionem, non magis quàm ſi non hereditarius ſeruus fuiſſet, ſed meus, quamuis extra hunc caſum interſit maximè an ſeruus meus ſit, an hereditarius, *§. ſed ſi ſeruo ſuo hac ead. leg.* Sed cùm non placeret ea ſententia Triboniano, qui alia tam multa contra iuris rationem pro ſeruis induxit, ſolo prætextu fauoris, qui libertatibus debetur, ſublatum deletúmq. ab eo fuiſſe reſpõſum Vlpiani, & in eius vicem ſuppoſitum reſcriptum illud Diui Pij, vt ex eo capta occaſione magis, quàm iure pro Sticho reſpondendum videretur, quomodo & in *l. duobus 3c. ff. de liber. cauſ.* Tribonianus adiecit de ſuo totum illum verſ. Commodius autem eſt, & contra expreſſam Vlpiani ſententiam iis verbis teſtatam, *& ego ſum*, quæ Tribonianus delere debuerat, ſi cautiùs rem agere didiciſſet. Et rurſom in *l. ſtatuliberum 9. in fi. ff. de ſtatulib.* cùm Vlp. apertè ſcripſiſſet, libertatis ſpem in ea ſpecie infringi, Tribonianus de ſuo etiam ſubiecit, *ſed adita poſtea hereditate ſpes libertatis fauore ſui redintegrabitur.* Vt autem totum hunc §. Triboniani eſſe conijciã, facit verborum inelegãs cõtextus. Scripſiſſet enim Vlpianus, *ſi ego heres inſtitutus ſim & rogatus*, aut, *ſi ego heres inſtitutus rogatus ſim.* non quomodo ſcriptũ eſt, *ſi ego heres inſtitutus & rogatus ſim.* In ſequentibus verò, *vel alius legatarius*, ſi poſtremã dictionem hanc inuitis nobis retinere velis, (parum namq; mea refert an imperito interpreti, an Triboniano tribuatur, dum ne Vlpiano) ſcribendum erat & apertiùs & elegãtiùs, *vel coheres idémq; legatarius.* Item quod ſequitur, *deinde Titij fidei commiſit*, conſtrui non poteſt, niſi ſuppleas *teſtator*, quod tamen ſatis durum fuerit, cùm præcedentia illa, *fides autem mea commiſſum ſit vt Titio hereditatem reſtituam*, impersonaliter prolata ſint, vt grammatici loquuntur, non ad perſonam teſtatoris relata. Taceo quod iam dixi de ſubiunctiuo *poßit*, duriuſculè quoq; poſito pro *poteſt* vel *poterit*, & quod etiam monui de dictione *terminatus*, parum in hoc ſenſu prudentibus noſtris familiari. Hoc vnum addo, ſi à caſu Vlpiani tranſeundum erat ad caſum reſcripti Diui Pij, potuiſſe ita ſcribi commodiùs, *Nam cum ſeruo vni ex heredibus legato, per fideicommiſſum eſſet ab eo libertas data, & ab altero hereditas, Diuus Pius reſcripſit, &c.* non repetita dictione illa, *etenim*, quæ nec niſi incõcinnè, ne dicam impiè ſeparare debuit dictiones illas, *Diuus Pius*, à prudentibus noſtris ſemper cõiunctas, nec alio vllo, quod meminerim, iuris loco diſcretas. Facilè autem decipi potuerunt interpretes, vt ab illis verbis, *Talis quoque caſus*, nouum §. inchoari putauerint, ſicut & paſſim ab iis citari video, *§. Braſidas, l. mulier 22. & §. Antiſtia, l. apud Iulianum 11. eod. tit.* quaſi §§. ſeparatos, cùm tamen vnico contextu legendi ſint cum præcedentibus. Sed & aliis plerìſque locis videas ex vulgari corruptáq; lectione factum eſſe, vt initiũ §. ſequentis ſumatur ex poſtremis verbis §. antecedentis, vt in *l. Gallus 29. § etiamſi de lib. & poſth. §. ſecundum vulgarem. l. filiusfamilias 114. de legat. 1. l. pater 38. §. Tuſculanus de legat. 3.* & aliis pleriſq; qui inter legendum paſſim occurrunt iis qui cũ vulgari lectione conferunt Florentinum. Ex eo autem errore illud etiã factum eſt, vt qui ex interpretibus priores exiſtimarunt nouum eſſe §. in illis verbis, *Talis quoque caſus*, ſuſtulerint notam illam interrogationis & quæſtionis quam nos repoſuimus in illis verbis, *an Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere*, ne nihil ad quæſtionem reſpõſum crederetur; atq; ita manſit dictio *poßit* pro *poteſt*, aut *poterit*. Suauis verò eſt Tribonianus, cùm ita ſcribit, *Talis quoque caſus à Diuo Pio terminatus eſt*, quaſi in iis quæ proximè præcedebant aliquod reſcriptum aliud Diui Pij relatum fuiſſet. Quod tamen nullum reperias; in iis ſaltem legibus quæ deſumptæ ſunt ex Vlpiani lib. 4. fideicommiſſorum ab eo de quo in *§. vlt. d. l. apud Iulianum.* Adeò meminerat Tribonianus illius reſcripti, quod ſub eiuſdem Vlpiani nomine, ac tanquam ex eius libris deſumptum nobis ſubiecerat.

Duo Tribonianiſmi ad Paulum in l. qui ita 66. §. 1. & §. vlt. eod. tit.

Cap. XI.

Attigimus aliquid de huius loci ſentẽtia in ſuperioribus, cùm tractauimus de fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione abſentis procuratori facienda, ſed nondum planè diximus quid de eo nobis videretur. Etiam abſentis procuratori, inquit Paulus, ſi id deſideret poſſe reſtitui hereditatem ex hoc ſenatuſconſulto Iulianus ſcripſit, Si tamen cauerat de rato, ſi non euidens abſentis voluntas eſſet. Neque id dubitationem habet; ſiquidem nihil prorſus intereſt, an nobis, an alteri ex voluntate noſtra reſtituatur hereditas, ſicut nec an paterfamilias ſit is cui noſtro nomine reſtituitur, an in aliena poteſtate, mulier an maſculus, liber an ſeruus, quia perinde eſt acſi nobis reſtitueretur, ſiue mandatum præcedat, ſiue ratihabitio ſequatur, quæ mandato comparari poſſit, *l. quamuis 40. §. vltim. cum duab. ſeqq. ff. hoc titul. ad S. C. Trebellian.* Sequitur apud Paulum, *ſed dicendum eſt vt heres qui ſuſpectam dicat non ſit compellendus adire ſi incertum ſit an mandauerit, quamuis ei caueatur propter fragilitatem cautionis. Quod ſi ſponte adierit hereditatem, non magna captio eſt, ſed actiones, ſi non mandauit, trãſibunt eo tempore quo ratũ habuerit.* Hæc verò omnia dico ego Triboniani eſſe non Pauli: non enim de illo Paulus tractabat, An poſtulante fideicommiſſarij procuratore, cogendus eſſet heres adire, Sed an procuratori hereditas reſtitui poſſet, nimirum quam heres ſponte adiiſſet. Prius enim vt ſit adita neceſſe eſt, quàm vt de ipſius reſtitutione quæri poſſit. Planéque ſimilis hic error eſt ei quem nos cap. ſeptimo ſuprà obſeruauimus in *l. apud Iulianum 11. §. vtrum autem eod. tit.* vbi ad propoſitam ſub Vlpiani nomine quæſtionem hanc ipſam, vtrum præſenti tantum fideicommiſſario reſtitui poſſit hereditas, an & abſenti, procuratore ipſius adeunte prætorem, ſimiliter reſpondetur, abſente quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem ſcriptum adire. Quis verò neſcit multò difficilius eſſe, vt cogi poſſit heres ad aditionem hereditatis quàm ad reſtitutionem? Non equidem caſu illo, quo certa ſit & euidens voluntas fideicommiſſarij qui procuratorem ſpecialiter cõſtituerit ad hoc ipſum vt heres adire cõpellatur (nihil enim prorſus refert an cogat ipſe per ſe an per procurato-

curatorem) ſed ſi vel minùs iduneum vel paulò obſcurius mandatum proferatur, vt de mandantis voluntate dubitari vel tantillum poſſit. Subeſt enim longè maius periculum in adeunda hereditate, quã in reſtituẽda, ne ſcilicet ſuo periculo eam adeat, qui non niſi alieno adire velit. Nam ſi poſt aditionem appareret falſum fuiſſe procuratorẽ, aut minùs ſufficiens mandatum habuiſſe, ſicuti nõ poſſet dici obligatum eſſe ex eius facto fideicommiſſarium, vt inuitus hereditatem ex fideicommiſſo ſuſcipere cogeretur. Ita euenire neceſſe eſſet, vt heres per aditionẽ quamuis coactã factus heres, maneret obſtrictus actionibus omnibus hereditariis, non aliter quàm ſi vltro & ſponte adiiſſet. Cùm tamen ſi nõ niſi de reſtitutione abſenti facta quæreretur, nullum aut perexiguũ damnũ heres ſentiret. Cui non in alio noceret, quod procurator verus aut ſatis idoneus non fuiſſet, niſi quod ea ratione impedita eſſet actionũ translatio, quæ alioqui per reſtitutionem accedente ſenatuſconſulti autoritate ſecuta fuiſſet. Quid vero incõmodi ei eſt, vt actiones omnes hereditarias penes ſe retineat, qui heres eſſe vltro voluit? Quod ſi qua in re cõmodius ei foret hereditatem reſtituere quàm retinere, poſſet eius indẽnitati & deſiderio ſatisfieri præſtita cautione de rato, cuius exigẽdæ præſtandæque verè hic caſus eſt, quoties de mãdati iure ac viribus dubitatur. *l.1. C. de procurat. l. de pupillo 5. §. qui procuratori 10. D. de oper. noui nũciat. l.3. §. ſi procurator. D. vt in poſſ. legat.* Sed quia fragile eſt remediũ cautionis, cũ eueniat perſæpe vt fideiuſſores initio locupletiſſimi, poſtmodũ ad egeſtatẽ delabãtur, *l. ſi ab arbitro 10. §. 1. D. qui ſatiſd. cog. l. planè ſi noua 4. D. vt in poſſ. leg.* Periculũ vero quod quis ſubit in adeũda hereditate, in qua fortaſſe multũ lateat æris alieni, perpetuũ eſt, quia qui ſemel heres eſt, perpetuo heres manet, merito placuit oblatã cautionẽ de rato, nõ poſſe ſufficere, vt inuitus heres cogatur adire, niſi per reſtitutionem exonerari ſtatim poſſit, nec ſi præter cautionẽ de rato indemnitatis quoque ſatiſdatio offeratur, *l. nam quod 14. §. non omnis. D. ad SC. Treb. l. cogi 16. § idẽ quæris eod.* vbi ſcriptũ eſt, nõ oportere ſub incerto cautionis cõmittere ſe aditioni hereditatis. Sufficere tamẽ vt poſtquã ſpõte adiit, reſtituere compellatur. Itaque ſupraſcriptam Triboniani notam reprehendimus nõ quaſi falſam, ſed tanquam parum ad Paulum accommodatam, & de iure tam aperto, vt eam addere nil fuerit neceſſe. Certè Triboniani eam eſſe verba ipſa demonſtrãt. Quid enim attinebat ita ſcribere, *ſed dicendum eſt*, ſi neque imperfecta, neque reprehendenda erat Pauli ſententia prioribus §. verbis expreſſa? Quid rurſus addere, *vt heres qui ſuſpectam dicat non ſit cogendus adire*, ſi de eo herede qui ſuſpectam diceret, neque Paulus tractauerat, neque vnquam quiſpiam dubitauerat? At cur non potiùs ita ſcripſit Tribonianus, quomodo Paulus proculdubio ſcripſiſſet, *ſed dicendũ eſt heredem qui ſuſpectam dicat, nõ eſſe compellendũ adire.* Deinde, quę ſequũtur, *ſi incertũ ſit animaduerti*, quę ad fideicommiſſarium vtique referenda ſunt, quis non videt, inſpecto nudo verborum contextu referri potiùs debere ad heredẽ qui ſuſpectã dicat, de quo ſunt ea quæ proximè pręcedũt? At ſi ne quid licèt ſupplere vel's, quod exprimi debuit, & ita ſcribere, *ſi incertum ſit an fideicommiſſarius mandauerit*, nihilo melius feceris. Sic enim aſſequeris vt eadem conſtructionis ratione ſequentia illa *quamuis ei caueatur* referenda ſint ad fideicommiſſarium: quæ tamen relata ſunt, omninóque referri debent ad heredem de quo & illa ſunt quæ ſubiiciuntur, *Quòd ſi ſponte adierit hereditatem.* Sed & ęquè intricatus eſt verſiculus ille vltimus *ſed actiones ſi non mandauit tranſibunt eo tempore quo ratum habuerit.* Totus enim referendus eſt non ad heredem de quo ſunt proximè præcedentia, ſed ad fideicommiſſarium. Quàm verò à prudentum elegantia Tribonianeus hic loquendi mos alienus ſit, ſciunt omnes qui in libris noſtris diligentiùs & attentiùs verſati ſunt. Nec ſatis mirari poſſum eruditiorum & acutiorum interpretum quos hæc noſtra ętas tam multos tulit, ſe ſtulani, perſpicaciam, tátamq; accuratam induſtriã in tot Tribonianiſmis quos in hunc vſque diem obſeruauimus diſcernendis nihil omnino vidiſſe. Sed minùs ſuccenſerem Triboniano ſi nihil niſi ſuas illas quaſi Cæſareas diſtinctiones, & conſtitutiones ſub prudẽtum autoritate inſinuaſſet, ſi modò à iuris ratione minùs abhorrerent: quamquam dici nõ poteſt quot & quantis difficultatibus ea rea miſeram noſtram iuriſprudentiam onerarit, dum aſſiduè laborandum nobis eſt, vt vel quæ Tribonianus in Iureconſultorum libris corrupit quaſi ſic ab ipſis tradita ad verã iuris regulam accommodemus, vel, quod multò periculoſius eſt, ipſam quoque iuris veteris rationem ex iis conſtituamus. Sed illud omnino intolerabile eſt, vt ſub Pauli vel alterius Iuriſconſulti nomine ſententias & diſtinctiones Tribonianeas apertè falſas & iniquas obtrudi patiamur: cuiuſmodi eæ ſunt de quibus iam dicturi ſumus. Primùm autem occurrit §. vlt. huius ipſius legis. Nam de cæteris ſeparatim & in ſequentibus capitibus dicendum erit. Verba §. vlt. hęc ſunt, *An vbi defunctus conueniri debuit, & fideicommiſſarius debeat, videndum: Si ſua ſpõte heres adyt & reſtituit hereditatem, an tribus locis fideicommiſſarius defendi debeat, vbi defunctus, & vbi heres, & vbi ipſe domicilium habeat. Oportet itaque ibi fideicommiſſarium conueniri vbi vel domiciliũ habet, vel maior pars reſtituta hereditatis habetur.* Ego totũ hunc §. Trib. eſſe cõtendo, Pauli verò ne verbũ quidẽ. Video enim quæſtionẽ prorſus ineptam. Diſtinctionẽ quæ ſubiicitur de herede an ſponte adierit an coactus, multò ineptiorem, Definitionem verò qua vtramq; quæſtionis partem dirimit, omni ex parte falſam. Dixi quæſtionem primùm eſſe ineptam non ob id ſolùm quòd aliena ſit à titulo (pertinet enim potiùs ad tractatum De iudiciis) ſed etiam quia cùm fideicommiſſarius ſit loco heredis *l. poſtulante 44. §. 1. eod. §. reſtituta Inſtit. De fidei. hered. l. ſi filiusfamilias 5. §. 1. D. quod cum eo qui in alien. poteſt.* non differt quæſtio hæc, Vbi fideicommiſſarius conueniendus ſit, ab illa, Vbi heres: ac proinde ſufficiebat ad propoſitam quæſtionem ſic reſpondere, Fideicommiſſarium ibi eſſe conueniendum, vbi, ſi verus & primus heres ille eſſet, conueniretur. Vbi autem conueniri poſſit ex defuncti perſona quiſquis heres eſt, non fuit inter Iureconſultos controuerſum. Conſtitit enim ibi eſſe conueniendum vbi proprium domicilium habeat, aut vbi domicilium defunctus habeat, aliáve de cauſa potuit conueniri, ſi vel ibi heres reperiatur, *l. heres abſens 19. D. de iudic.* vel cœpto iam iudicio defunctus ſit ia cuius heres eſt. *l. ſi is qui Romæ 34. eod.* vbi ratio redditur *quia ſuccedit in eius locum, à quo heres relictus eſt.* Dixi ineptiorẽ eſſe diſtinctionem illam quæ ſubiicitur, An heres ſponte adierit néc ne, & eã quę ex huiuſmodi diſtinctione conflatur dubitationem, An ſi heres ſponte adierit, tribus locis defendi fideicõmiſſarius debeat, vbi defunctus domiciliũ habuit, vbi heres, vbi denique ipſe fideicommiſſarius. Quid enim refert an heres ſponte adierit, an coactus cum non de herede diſputatur, ſed de

fideicõmiſſario? An verò fideicõmiſſarij cõdicionẽ meliorẽ aut deteriorẽ facere illud debet quod heres rogatus, aut ſpõte adierit aut coactus? Sed Tribonianũ vt ita diſtingueret ſicut & vt quæſtionem iſtã in hoc loco interſereret, mouiſſe illud videtur, quod in §. præced. Paulus ſcripſerat, Si legatus Romæ cõpulſus adierit hereditatẽ, & reſtituerit, cogendum fideicommiſſarium Romæ actiones pati, quamuis heres ipſe non cogeretur. Inde namque inferri poſſe quaſi à contrario ſenſu fortaſſis credidit, Sponte igitur adita hereditate, ibi cogendum eſſe fideicommiſſarium actiones ſuſcipere vbi heres ipſe cogi poſſet, omnino improbabili collectione. Nam cùm heres compulſus adiit, poſtquam placuit cogi eum poſſe vt etiam alio loco adeat, quàm in quo eum adire & reſtituere teſtator voluerat *l. ſed etſi alio loco 9. hoc eodem tit.* ea ratio nocet fideicommiſſario vt in eo quoque loco poſſit conueniri, in quo hereditatem ſibi reſtitui voluit. Siquidem ipſa hereditatis reſtitutio eſt quæ creditoribus hereditariis eum obligat. Nec probè recuſare poteſt, quominus eo iure vtatur quo in alium vſus eſt, licet noua perſona ſit à qua conuenitur, argumen. *l. 3. §. hac pœna. D. quod quiſque iur. in alium conſtit.* At non debet ea res nocere heredi qui adiit compulſus, quia cùm iubente prætore adierit, deinde per reſtitutionem omnes in fideicommiſſarium actiones tranſtulerit, nullibi poteſt conueniri, magiſque habendus eſt pro eo qui repudiauerit aut ſe abſtinuerit quam pro eo qui adierit, *d. l. ſi filiusfamilias 5. §. 1 quod cum eo qui in alien. poteſt.* Nec quę ratio fecit vt potuerit cogi adire Romæ & alio etiam loco quàm vbi teſtator voluerat, nimirum quod nihil ipſius intereſſet tranſlato ſubinde in fideicommiſſarium toto effectu aditionis, Eadem facere poterat vt ſi ſponte adiiſſet quocumque etiam loco à creditoribus hereditariis conueniri poſſet. Tunc enim ſicut hereditatem ſibi ſuóque & commodo & periculo acquiſiuiſſet, ita nec alibi conueniri debuiſſet, quàm vbi iuris communis ratio permiſiſſet. Intereſt namque non parum eius qui conuenitur, ne alibi quàm apud ſuum, & competentem iudicem inquietetur ſiue fori priuilegium aliquod habeat ſiue nullum. Sed non inde fit vt heredis forum vllo caſu ſequi debeat fideicommiſſarius, quia quod diximus eſſe illum heredis loco, non hunc ſenſum habet, vt in ius heredis ſuccedat tamquam ipſius ſucceſſor, ſed vt defuncti perſonam æquè repræſentet, atque ſi iure ciuili heres eius eſſet, quia per fideicommiſſum non heredi ſucceditur ſed teſtatori, vulg. *l. coheredi 41. §. cum filia De vulg. & pupill. ſubſtitut.* Denique nec dubitandi ratio vlla vel minima excogitari poteſt, propter quam putare quiſquam deberet ibi eſſe conueniendum fideicommiſſarium vbi heredem qui hereditatem reſtituit conueniri oporteret ſi hereditatem non reſtituiſſet. Sed & illud à Triboniano parum cautè factum eſt, quod propoſita primùm quęſtione, vbi fideicommiſſarius conueniri debeat, ſubinde tractat, An tribus locis defendi debeat, quaſi eadem ſint *conueniri* & *defendi*, quæ tamẽ ſunt valdè diuerſa. Fieri namque poteſt facilè, ac ſæpenumero fit vt alio loco defendendus quis ſit, alio conueniendus, *l. non ab iudice 64. §. 1. ff. de iudic. l. 3. in princip. ff. iudic. ſolui.* & ponuntur iſta tanquam ſeparata, in *d. l. heres abſens*, licèt regulare ſit vt non aliter videatur res benè defendi quàm ſi ibi defendatur vbi debet agi *l. iam tamen 5. §. vlt. ff. iudicat. ſolui.* At audiamus quid tandem ad propoſitam quæſtionem Tribonianus reſpondeat, *Oportet itaque*, inquit, *ibi fideicommiſſarium conueniri, vbi vel domicilium habeat, vel maior pars reſtitutæ hereditatis habetur.* Vnde verò iſta collectio? Aut quomodo quóve argumento id ex præcedentibus inferre poſſis? Præſertim cùm in iis ne verbum quidem ſit vnum ex quo poſſit coniici quæſitum fuiſſe vnquam, verum in eo loco fideicommiſſarius conueniri debeat in quo ſita ſit maior pars bonorum ex fideicommiſſo reſtitutorum: alioqui debuerat Tribonianus in præcedentibus illis, *an tribus locis* non de tribus locis quærere, ſed de quatuor, id eſt, an quatuor locis defendi fideicommiſſarius debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres, vbi fideicommiſſarius ipſe habeat, & vbi maior pars reſtitutæ hereditaria habetur. Et verò cùm propoſita quæſtio ſit de actionibus tantùm perſonalibus (nam de actionibus in rem dubitari non poſſet quin eo quoque loco exercendæ eſſent in quo res reperiretur *leg. 1. & 2. Cod. vbi in rem act.*) planè non video quo iure poſſit fideicommiſſarius conueniri actione perſonali vbi res hereditariæ ſitæ ſunt, niſi proponas defunctum ibidem domicilium habuiſſe. Quamquam nec hoc ſufficiet, niſi addas in eo quoque loco fideicommiſſarium repertum fuiſſe, nam & in perſona heredis, cuius vices gerit fideicommiſſarius idem obſeruaretur, vt ſuprà diximus ex *dict. leg. heres abſens 19. de iudic.* Scio fideicommiſſum ipſum ibi petendum eſſe vbi ſita eſt maior pars hereditatis reſtituendæ, vel vbi heres domicilium habet *l. ſi fideicommiſſum 50. §. vl. cum duab. ſeqq. eod. l. vnic. C. vbi fideic. petat.* Et hoc fortaſſe fuit quod Tribonianum fefellit. Sed obſeruare debuit longè diuerſam eſſe quæſtionem illam, vbi de fideicommiſſo agere fideicommiſſarium oporteat, ab hac, vbi fideicommiſſarius ipſe à creditoribus hereditariis conueniendus ſit. Fideicommiſſi enim perſecutio licèt in heredis perſonam dirigatur, tamen in rem quoque ſcripta eſt *l. actio 28. D. de oblig. & action.* iunct. *l. pecunia 178. §. actionis de verbor. ſignific.* ideóque mirum videri non debet ſi in eo loco exercenda ſit in quo res ſitæ ſunt, ſaltem maiori ex parte, quia & in legatis ac fideicommiſſis omnibus generale eſt vt ibi præſtari debeant vbi à teſtatore relicta res eſt, *l. cùm res legata 47. l. ſi ſeruus legatus 108. de legat. 1.* Etſi aliud eſt quærere vbi res præſtari debeat, aliud vbi peti. Legata enim & fideicommiſſa ſi per actionem perſonalem exigantur, ibi petenda ſunt vbi heres domicilium habet, nec eò minùs tamen ibi præſtanda ſunt vbi res eſt, at ſi per actionem in rem petantur, ibi etiam petenda ſunt vbi res eſt *l. quod legatur 38. D. de iudic.* At cùm fideicommiſſarius ipſe conuenitur à creditoribus hereditariis, vtique conuenitur actione perſonali tanquam qui ſit iuris ſucceſſor, & perinde ac conueniretur ſi heredis non ſolùm ius, ſed etiam nomen haberet. Ibi ergo pręciſè conueniendus eſt vbi domicilium habet, aut vbi defunctus habuit ſi vel ibidem reperiatur, vel iudicium iam cœptum fuerat cum defuncto *d. l. heres abſens*, & *d. l. ſi is qui Romæ 34. eod.* Denique adeò verum eſt, quoties perſonalis actio exercetur, non eſſe inſpiciendum vbi ſitæ ſint res hereditatis fideicommiſſariæ, vt ſi fideicommiſſarius non fideicommiſſum ipſum petat, ſed ſatiſdationem duntaxat fideicõmiſſi nomine non ſit remittendus ad eum locum in quo res ſitæ ſunt, vt eleganter Vlp. ſcribit in *l. ſed etſi ſuſcepit 52. §. vlt. eod. tit.* Concluſio igitur illa Triboniana falſa eſt & à iure aliena in eo quod creditoribus hereditariis dat electionẽ vt fideicommiſſariũ poſſint conuenire in eo loco in quo maior pars fideicommiſſæ

deicõmiſſi ſita eſt, manca verò & mutila in eo quod non adiicit poſſe illum conueniri in eo loco in quo defunctus conueniri potuit & debuit, nempe ſecundum eam diſtinctionem quam proximè diximus ex heredis perſona & exemplo ad fideicommiſſarium quoque trahendam eſſe.

Ad §.tempeſtiuum eſt.l.ille à quo 13.D.eod.tit. ad SC.Trebell.

CAPVT XII.

TEmpeſtiuum iam eſſet de Tribonianiſmis iſtis nihil amplius dicere, & in obſcurioribus prudentum reſponſis interpretãdis operam potiùs collocare: quod certè multò alacriùs, nec fortaſſe minùs feliciter præſtaremus. Sed cogit nos vel ipſa dictio *tempeſtiuum*, quæ huic §. principium dedit, vt hunc quoque ſuperioribus addamus, & apertè falſam ineptámque ſententiam, quæ Vlpiano tribui ſine ſcelere nõ poſſit, Triboniano adſcribamus, *Tempeſtiuum eſt*, inquit, *perquirere per quem quis cogatur adire & reſtituere hereditatẽ.* Cur verò tẽpeſtiuum? nẽpe quia Vlpianus in §. proa. ſeq. quæſiturus erat, an per filiumfamilias prætorẽ cogi poſſet pater qui de hereditate reſtituenda rogatus eſſet. Sicut & in *§.vlt.l.qui ita 66.eod.tit.* de quo proximè diximus, tẽpeſtiuum Triboniano viſum fuit quærere, vbi fideicõmiſſarius conueniri debeat, quia in §. præced. tractatum fuerat de fideicommiſſario ibi conueniendo vbi heredem inuitum adire coegiſſet. Quid autẽ intempeſtiuius, aut ſtultius quæri potuit? Quis enim neſcit coactionem inductam ſenatuſconſulti Pegaſiani autoritate per prætorem fideicommiſſarium fieri debuiſſe? An non id Vlpianus ipſe iam toties dixerat in legibus illis omnibus pręcedentibus quæ ſumptæ ſunt ex eodem lib. 4. fideicommiſſorũ, pręſertim in *l.quia poterat 4.l.recuſare 6. l.apud Iulianũ 11.eo.tit.* Aut quid frequentius in toto iſto tractatu de Senatuſconſulto Trebelliano, quàm vt fiat mẽtio prætoris cogentis heredẽ qui ſuſpectã hereditatẽ dicit, vt eam adeat inuitus? Etſi ſenatuſconſulti Pegaſiani nomen ſuppreſſum fuit à Triboniano propter trãſlatam Pegaſiani poteſtatem in Trebellianũ, vt Tribonianus ipſe teſtatur in §. *ſed quia. Inſtit.de fideic.hered.* vbi ſcribit omnes reſtitutiones hodie fieri ex Trebelliano etiam quæ fiunt per heredẽ coactũ. Sed & via eſt, vt alio Pandect. loco videas vſurpatã dictionẽ illã *tẽpeſtiuum*, qua tamẽ idẽ Tribon. etiã vſus eſt in Procemio Digeſt. §. *ſed ordines*, vt & Accurſ. noſter adnotauit. At neq; *perquirere* pro *quærere & diſputare* alibi vſpiam ſcriptũ memini, præterquam fortaſſe in *l.facta 63.§.ſi heres ante hoc eod. titul.* quem etiam locum Triboniani eſſe docuimus libro duodecimo, capite 17. in quo tamen §. non *perquirendi* verbo vſus eſt, ſed *requirendi*. Quæſtio autem ipſa verbis non ſolùm nimis generalibus, ſed etiam ambiguis concepta eſt. Non enim ad Pręteres duntaxat aut Cõſules alióſve magiſtratus pertinet, ſed ad alios quoſlibet heredes inſtitutos. Et tamen Triboniani mens fuit quærere duntaxat de magiſtratibus, vt ſequẽtia illa demonſtrãt, *veluti ſi prætor aut conſul fuerit heres inſtitutus*, ſicut & cùm quærit per quem cogi poſſit prætor aut conſul, de illo duntaxat quærit, per quem magiſtratum an per prætorem, an per conſulem. Et tamen verba propoſitę quæſtionis admittunt, vt reſponderi poſſit, Heredem inſtitutum quemlibet ſiue pretor ille ſit ſiue cõſul poſſe cogi per fideicommiſſarium. Nã & ſic paſſim Iureconſulti loquuntur vt coactionem quæ fit iubente prętore ac poſtulante fideicommiſſario, per fideicommiſſarium fieri dicant. Subinde autem quod eſt abſurdius variat quęſtionem Tribonianus, & immemor illorum verborum, *per quem quis cogatur adire*, poſtquam reſtrinxit quæſtionem ad eum caſum quo prætor aut conſul heres ſcriptus fuit, ſubiungit *an cogi poſſit adire & reſtituere*. Nemo enim non videt diuerſam eſſe quęſtionem hanc *an cogi poßit adire* ab illa *per quem cogatur adire*. Reſpondet autem ad propoſitas quæſtiones. *Et dicendum eſt prætorem quidem in prætorem vel conſulem in conſulem nullum imperium habere, ſed ſi iuriſdictioni ſe ſubiiciant ſolet prætor in eos ius dicere.* Conſtitutio verborum faciebat vt propter illa præcedentia *& dicendum eſt*, ſcribi deberet in ſequẽtibus *ſolere prætorem*, quomodo in mediis ſcriptum eſt per infinitiuum & rectè *nullũ imperium habere*. At ſupradictis verbis non ſatisfacit certè dubitationi. Quid enim ſi nolint illi ſe ſubiicere iuriſdictioni? An nullus erit magiſtratus qui in eos poſſit ius dicere? Deinde ſi nihil aliud obſtat ne in eos ius dici poſſit, niſi quòd neque par in parem, neq; inferior in ſuperiorem habeat imperium, quid prohibebit Conſulem tanquam maiorem magiſtratum ius dicere in pręorem? Nec tamen id quiſquam in propoſito rectè dixerit, quia conſtat De fideicommiſſis eorúmque reſtitutionibus in vrbe non fuiſſe cognitionẽ Conſulum aut alterius magiſtratus, ſed ſolius pręoris in eam rem conſtituti, qui & ob hanc cauſam prætor fideicommiſſarius dicebatur: vt Tribonianus refert in *§.1.Inſt.de fideic.hered.* cùm Diuus Claudius primùm duos prætores creaſſet qui de fideicommiſſis ius redderent, quorũ alterũ poſteà Diuus Titus detraxit, vt Põponius memorat in *l.2.§.capta deinde Sardinia. D.de orig.iur.* Sed neq; videre poſſum cur & prætorem & cõſulem cogere nequeat prætor qui de fideicommiſſo cognoſcit, cùm ſi pręor conſulve heres inſtitutus ſit, déque eo ad aditionem & reſtitutionem cogendo tractetur, cenſendus ſit quod ad hanc rem attinet tanquam priuatus, nõ tanquam magiſtratus. Proinde non poteſt ad rem pertinere ratio illa quòd par in parem non habeat imperium, multóque minus inferior magiſtratus in ſuperiorẽ. Id enim tunc verè dicitur, cùm prætor tãquam prætor ius dicere vult in prætorem tanquam prætorem aut in conſulem tanquam in conſulem, non etiam cùm vel in hunc vel in illũ tanquam priuatũ. Quidni enim priuati iure vtetur prætor & conſul, cùm in huiuſmodi cauſis ipſe quoque Princeps eo iure vtatur? *l.cùm heredes 7.C.qui teſtam.fac.poſſ.* Niſi quod plerũque vt principalem maieſtatem decet tractãt Principes liberaliùs, nec ſolùm ſponte reſtituũt, ſed etiam totum, id eſt ne retenta quidem quarta quam alius heres quilibet etiam inuito teſtatore retinere poſſet, Aut ſi præcepta vel retenta certa re vel ſumma rogati ſint reſtituere, licèt id minùs quàm quarta pars eſſet, non patiũtur tamen quicquam amplius vindicari, vt Marcianus ſcribit, & à Diuis Traiano, Hadriano & Antonino reſcriptum eſſe teſtatur in *l.ſi legatus 30.§.vlt.D.ad SC.Trebell.* cuius loci non dubito quin hic proprius & germanus ſenſus ſit, ab Accurſio quoque bene perceptus. Etſi video clariſſimum Iureconſultum Iacobum Cuiaciũ longè aliter interpretari ad Nouell. *De her.& Falc.* Sic nimirum vt ſi heres iuſſus ſit ſine vlla perceptione hereditatẽ reſtituere, nonnumquam condonata ac remiſſa ſit quarta reſcripto Principis accedente ad defuncti voluntatem. Quæ interpretatio ſanè improbabilis eſt. An enim dici poſſent Principes donaſſe quartam, quę nõ iis ſed heredi inſtituto debebatur?

An non potiùs id eſſet eripere quàm donare? Aut quodnam nouũ gen⁹ liberalitatis videretur id donare fideicommiſſario quod heredi eriperetur? Deniq. ſine lege ac ſine exemplo illud eſt, vt ante Iuſtiniani conſtitutionem potuerit Trebellianica magis quàm Falcidia prohiberi: Obſtabat enim quod ad falcidiam autoritas legis falcidiæ: quòd ad Trebellianicam autoritas ſenatuſconſulti, nec credibile eſt ei teſtatoris voluntati quæ contra legem & contra ſenatuſconſultum eſſet, bonos Principes in diſpendiũ heredis fauere vnquã voluiſſe. Sed is tractatus ab inſtituta diſputatione alienus eſt. Nam id tantùm nunc agimus vt oſtendamus Principem quoque cùm heres ſcriptus eſt & de reſtituenda hereditate rogatus ius commune cum cæteris habere, quomodo loquuntur Imperatores in *d.l.cùm heredes*. Multò igitur magis fatendum eſt & prætorem & Conſulem & cæteros quantumuis maiores magiſtratus ſi heredes ſcripti ſint & rogati, debere vti iure communi, ac proinde pati vt per heredem fideicommiſſarium ſicut & quilibet alij heredes cogi poſſint. Quò etiam pertinet, quod in *l.ſed & qui 5.eo.titul.* ex Marciano ſcriptum eſt, eos quoque qui magna præditi ſint dignitate, vel autoritate, harenarij quoque vel eius mulieris quæ corpore quæſtum fecerit hereditatem reſtituere compelli. Ad quos enim melius id referre poſſis quàm ad magiſtratus qui non tantùm dignitate magna præditi ſunt, ſed etiam autoritate? Si quidem qui magiſtratus non ſunt, licèt anteà fuerint, puta viri conſulares, dignitatem duntaxat habent, ſed autoritatem non habent. Mouiſſe Tribonianum illud videtur quod idem Vlpianus noſter ſcribit in *l.3.§.vlt. De recept.qui arbitr.* arbitrum cuiuſcunque dignitatis cogi per prætorem vt officio quod ſuſceperit perfungatur, etiamſi ſit conſularis, niſi fortè inquit in aliquo magiſtratu vel poteſtate poſitus ſit, cõſul fortè vel prætor, quoniam in hos (ſic enim legendum eſt non *in hoc*) imperium non habet. Ratione illa quæ ex Paulo ſubiicitur in l.ſeq. quòd magiſtratus ſuperiore imperio cogi poſſint, at pari, nullomodo: Nam & ſic locus ille conſtruendus eſt, & in illis verbis *aut pari imperio* legendũ *at* non *aut*. Falſum enim eſt quod alioqui verba ſonarent, magiſtratus non magis ſuperiore quàm pari imperio cogi poſſe, cùm eadem lex dicat inferiores magiſtratus per prętorem cogi poſſe. Sed obſeruare Tribonianus debuit, Intereſſe quàm maxime an agatur de cogendo magiſtratu vt ſententiam dicat, an verò vt hereditatem adeat, de qua reſtituenda ſit rogatus. Arbiter enim quodammodo iudex eſt, & arbitri ſententiam dicimus ſicut & iudicis, *l.diem proferre 27 §.ſtari & paſſ.eod.tit.* quia redacta iam olim fuerunt compromiſſa ad inſtar iudiciorum, *l.1.l.non diſtinguemus 32.§.item ſi quis Romæ in fin.eod.l.rem non nouam 14.§.patroni.C.de iudic.* Proinde cùm publico officio fungi videatur qui arbiter eſt, nec ſit dubitandũ quin ſententia à prætore vel à conſule reddita licèt tanquã ab arbitro multò maioris ſit autoritatis quàm ſi à priuato reddita eſſet, ſiue ante magiſtratum, ſiue in ipſo magiſtratu perſonæ huiuſmodi arbitrium ſuſceperint rectiſſimè conſtitutum eſt vt neque prætor neque cõſul per prætorem cogi poſſit, vt de compromiſſo ſententiam ferat, quoniam ita fieret, vt eadem autoritas, quæ ſententiam corroboratura eſſet per iubentis prætoris coactionem & imperium quodammodo violaretur. At cùm prætor vel conſul heres inſtituitur, & hereditatem per fideicommiſſum reſtituere iubetur, nihil habet ea res commune cum poteſtate & autoritate qua præditus ille eſt iure magiſtratus, ideóque nihil ſit contra decorum, nec magiſtratus dignitas vllo modo oſtenditur, tametſi tanquã alius quilibet priuatus hereditatem & adire & reſtituere per prętorẽ fideicõmiſſariũ, cuius propria ea iuriſdictio eſt, compellatur. Sic dicimus, Conſulem ſi minor ſit annis viginti, ſeruos ſuos apud ſe manumittere non poſſe, cùm ipſe ſit qui ex SC. conſilij cauſam examinat, non poſſit autẽ & conſulis & priuati vice fungi, ob idque apud collegam ſuum manumittere debet vt idem Vlpian. ſcribit *in l.vnic.in fi.ff.de offic.conſul.* Et tamen actus ille manumittendi iuriſdictionis eſt, quamuis voluntariæ non contentioſæ, & hoc caſu proculdubio ius dicit collega in collegam, at non tanquam in collegam, ſed tanquam in priuatum. E contrario dicimus non poſſe parem aut minorem magiſtratum reſtituere in integrum aduerſus ſententiam paris vel ſuperioris magiſtratus, *l. præfecti 17.cum l.ſeq.ff.de minor.* quoniam à magiſtratu tanquam à magiſtratu fertur ſententia, non tanquam à priuato. Denique in omnibus ferè inſpiciendum eſt non tam quid à quo, quàm à quali fiat fierive debeat, id eſt, an quis faciat faceréve quid debeat, tanquam talis an tanquam quilibet *l.ſi paterfamilias 15.§.1.ff.de adopt.l.item eorum 6.ff.quod cuiuſque vniuerſ.nomin. l.mulier. 22.§.vlt.l.debitor.59.§.vlt.ff.ad SC.Treb.* Verùm inſcitiam Triboniani prodit illud apertiùs quod ſequitur, *ſed etſi ipſe prætor heres inſtitutus ſuſpectam dicat, ipſe ſe cogere non poterit. quia triplici officio fungi non poteſt, & ſuſpectam dicentis & coacti & cogentis.* Quaſi verò alia ſit perſona ſuſpectam dicentis, alia coacti, ac non idem ille cogendus ſit adire, qui ſuſpectam hereditatem dicit. Suauis verò & certè nimis bonus eſt Accurſius qui vt tam ſtolidum errorem excuſet, notat duo quidem officia tantùm hîc interuenire coacti & cogentis, ſed prima facie videri tria. Sed neque video quo ſenſu aut qua elegantia, officio aliquo fungi dicatur heres ſiue cùm hereditatem ſuſpectam dicit, ſiue cùm adire cogitur, officio planè ſuo fungitur prætor fideicommiſſarius cùm eum adire cogit. Illud vtiq; difficile eſt dicere quis in hac vltima ſpecie prætorem ipſum fideicommiſſarium heredem inſtitutum cogere poſſit ad adeundum. Si collegam haberet, dici poſſet cogendum eſſe illum per collegam *argu. d.l. vnic. De offic.conſul.* At iam diximus, ex duobus illis prætoribus fideicommiſſariis quos Diuus Claudius conſtituerat, alterum à Tito Imperatore detractum fuiſſe. Igitur vel ad prætorẽ vrbanũ debuit ea iuriſdictio pertinere, qui licèt nõ ſuperior prętore fideicommiſſario, potuiſſet tamen in eum tanquam priuatum ius reddere, ſecundum ea quæ proximè diſputauimus, vel ad præfectum vrbi, aut ad Conſulem, quorum maior iuriſdictio fuit, Præfecti quidem vrbi, vt à prætore quoque appellari poſſet, *l. AEmilius Larianus 38. ff. de minor.* ac proinde tanquam ſuperior, *l.1.§.penult.ff.de appell.* Conſulis verò vt manca prætoris poteſtate ſubueniret quoties opus eſſet, *l.cùm quidam 30. in princip. ff. de acquir. hered.* Neque dubitandum eſt, quin ſaltem apud maiores & ſuperiores compellari potuerint inferiores, ſi quando ab iis tanquam priuatis exigendum quid fuit, quod moram tantam non pateretur, vt magiſtratus finiti tempus expectari poſſit, alioquin quid obſecro fieri potuiſſet, nullodum in republica Romana Principe conſtituto? Etſi non ignoro eo tempore hanc de fideicommiſſi reſtitutione quæſtionẽ incidere non potuiſſe, ſiquidem conſtat ante Auguſti tempora nullum fuiſſe vſum fideicommiſſorum, ſicut neque codicillorum, vt Iuſtinianus præfatur in *princip.titul.de codicill.inſtit.* Concludit verò

tandem

tandem Tribonianus in hæc verba, *Sed in his omnibus caſibus atque ſimilibus principale auxilium implorandum eſt.* Scribere debuerat *Ergo* non aduerſatiuè. Varouis tamen modo inepta ſententia eſt, quia, vt probauimus, poteſt ēt conſul cogi per prætorē tanquam priuatus, ipſe quoq. prætor fideicommiſſarius ſi non per prætorem vrbanum tanquam & ipſe hoc caſu priuatus, ſaltem per ſuperiores magiſtratus, quibus ſcilicet obiici non poſſit illa ratio Triboniani, quod neque par in parem habeat imperium, neque inferior in ſuperiorem. Fruſtráque aditur Princeps de ea re quæ per magiſtratum & iure communi expediri poſſit. Tum demum eius autoritas Principis neceſſaria eſt, cùm ſtricti iuris ratio non patitur, vt quid fiat, ne quidem ex æquitate, quod tamen fieri æquitas ſuggerat, vt in ſpecie illa de qua Vlpian. in *l. cum verò 26. §. vlt. cum l. ſeq. De fideic. libert. iunct. l. 1. C. de legib.*

Ad §. vlt. l. facta 63. eod. tit. l. ſi non lex 83. §. 1. ff. de hered. inſt. l. tractabatur 14. ff. de teſtam. milit.

CAPVT XIII.

QVAE à nobis, non in hoc ſolo Coniecturarum noſtrarum libro, ſed etiam in ſuperioribus tā multa iam obſeruata ſunt à Triboniano in Iureconſultorum reſponſis corrupta & immutata, probant manifeſtiſſimè vix alium in Pandectis titulum vllū eſſe deprauatiorem, & digniorem in quo expurgando laboraremus. Neq; tamē id nos hucuſq. aſſecutos auſimus dicere. Adeò pleraq. inter legendum eiuſmodi occurrunt quotidie, & alij cuilibet, quo erit perſpicacior, eò plura occurrent. Nemo enim neſcit quàm multis Iuſtinianus innouauerit, ad hunc de ſenatuſconſultis Trebelliano & Pegaſiano tractatum pertinētia toto ferè iure illo quod prudentum temporib. obtinuerat ita perturbato, vt nec Trebelliani nec Pegaſiani ſenatuſconſulti autoritas vlla amplius ſupereſſe videatur, eo præſertim caſu quo heres de reſtituenda hereditate grauatus, aut adire nolit, aut ante aditam vel reſtitutam hereditatem moriatur. Ad quem caſum pertinet *l. pen. C. ad SC. Trebell. & Nouell. 1. de her. & falcid.* vt ſcripſi lib. 5. c. 7. Sed non poſſum facere quin ſuperioribus Tribonianiſmis hunc adiiciam, quem nouiſſimè obſeruaui *in §. vlt. l. facta. 63. hoc eod. tit. ad SC. Trebell.* vt ex eo potiſſimùm appareat quàm malè in principiis iuris verſatus fuerit Tribonianus. Tractatur in hoc §. de eo, qui cum ſoluendo non eſſet, Titium heredem inſtituit, & Stichum ſeruum ſuum liberum eſſe iuſſit, rogauitq. Titium, vt ei reſtitueret hereditatem. Quæritur autem, an ſi Titius hereditatem adire recuſet, cogi poſſit Sticho poſtulante. Et reſpondetur, vix eſſe vt cogatur, ratione illa, quòd licèt deſiderante ſeruo Titius adiret, ſiue ſponte, ſiue coactus, non tamen poſſet libertas ſeruo competere, quaſi in fraudem creditorum data, licèt Titius locupletiſſimus proponeretur, qua de cauſa nec hereditas ei reſtitui poſſet. Sed tamen ex ſententia legis dicendum eſſe, perinde habendum acſi is ſeruus ſolus liber & heres ſcriptus eſſet, nec Titius heres eſſet. In quo reſponſo, ne poſſis dicere, IC. reſponſum eſſe, illud primū à iuris ratione alienum eſt, quod non alia de cauſa libertatem hāc competere negat, quàm quòd data ſit in fraudem creditorum: Cùm tamen certiſſimum ſit lege Ælia Sentia quæ datas in creditorum fraudem libertates valere non patiť, nec ſi heres locuples ſit, *l. ſi locuples. 57. ff. de manum. teſt. l. cùm hereditas 5. ff. qui & à quib. manu.* Permiſſum tamen eſſe debitori qui ſoluendo non ſit vt vni ex ſeruis ſuis, & cui voluerit, libertatem dare poſſit, dummodo vni duntaxat non pluribus. Adeò vt etiamſi cōtra legem pluribus data ſit libertas, et tamen eū petat qui priore loco ſcriptus fuit, *l. qui ſoluendo. 60. ff. de hered. inſtit.* Nunc .n. ſibi obſtant inuicem, cum neſciri poteſt quis prior nominatus ſit, puta ſi duo ſint eiuſdem nominis, vt in caſu *l. qui ſoluendo 42. cum l. ſeq. eod. tit.* Alia igitur ratio adferri debuit propter quam libertas in propoſita ſpecie ſeruo competere non poſſit. Illa videlicet, quod lex Ælia Sentia non aliâ ob cauſam permittet ei qui ſoluendo non eſt, vt teſtamento vni ex ſeruis ſuis det libertatem, niſi vt poſſit ille habere heredem neceſſarium, ſub cuius nomine poſſint bona hereditaria diſtrahi ſub haſta poſtulantibus hereditatis creditoribus, in eóque famæ & exiſtimationi defuncti ciuis Romani conſulatur. Quæ origo fuit inſtituendorum ſeruorum vt neceſſariorum heredum, quemadmodum Iuſtinianus ſcribit *in §. 1. tit. de hered. qualit. differ. & Inſti.* Vnde eſt quod Paulus ſcribit *in l. ſi is qui ſoluendo 57. de hered. inſtit.* legem Æliam Sentiam ita demum ei qui in fraudem creditorum heres inſtitutus eſt conſeruare libertatem, ſi nemo alius heres ex eo teſtamento eſſe poteſt. Adeò vt ſi ſeruus cum libertate heres inſtitutus ſit, & liber homo ſubſtitutus, incipiendum ſit à ſubſtituto, vt eo loco Paulus ait, ſicut & ſi quis primò Stichum, ſecundo eum cui ex fidecommiſſi cauſa libertatem debebat liberum & heredem inſtituerit, idem Paulus ex Neratio ſcribit *in l. ſi is qui 55. eod.* Secundo loco ſcriptum heredem fore, quia non poſſit videri creditorum fraudandorum cauſa manumiſſus, nec fere beneficium aliquod à defuncto conſecutus, *l. ſi ſeruo 84. eod. tit.* Nam quod diximus ex pluribus ſeruis ab eo qui ſoluendo non erat inſtitutis, ſolum eum qui primo loco ſcriptus eſt hereditatem capere, *d. l. qui ſoluendo 60.* ad illum caſum pertinet, quo vterq; in fraudem creditorum manumiſſus fuerit, quo caſu nihil eſt, quod cæteris paribus dici melius poſſit, quàm quod legis Æliæ Sentiæ verbis ipſis cautum fuit, vt vti quiſq. primus ſcriptus eſt heres ſit. At cū alter primo loco inſtitut⁹ eſt in fraudem creditorū, alter ſecundo quidem loco, ſed citra fraudem, propter debitam ex anteriore fideicōmiſſi cauſa libertatem, præferēndus eſt ſecundò ſcriptus, vt citra creditorum iniuriam iuſtior defuncti voluntas conſeruetur. Cùm igitur ex his appareat, non niſi ex neceſſitate permiſſum fuiſſe ei qui ſoluendo nō eſſet, vt ſeruum ſuum inſtituere poſſet, ac ita deorum ſi alium heredem non haberet; conſequens ſit vt in propoſita ſpecie, id eſt, Titio herede inſtituto rogatóq. heredem reſtituere Sticho, quem teſtator directò, non per fideicommiſſum voluerit eſſe liberum (valdè enim refert an directa libertas data ſit, an fideicommiſſaria, vt mox dicemus cōtra Accurſ. *ad l. ſi non lex 83. §. 1. ff. eod. tit. de her. inſtit.*) non poſſit competere Sticho libertas ſiue vltrò, ſiue deſiderante Sticho Titius adierit hereditatem, non quòd in fraudem creditorum data ſit, ſiue locuples Titius ſit, ſiue non, ſed quòd Titio herede exiſtente nō poſſit fieri, vt ex teſtamento eius qui ſoluendo non fuit, quiſquam ſeruus libertatem cōſequatur. Vnus enim tantùm caſus eſt, iſque valde ſingularis, quo euenit vt ei qui ſoluendo non eſt, ſeruus vnus cum libertate heres exiſtat, & alius prætereà heres adiiciatur, nimirum ſi ſeruo cum libertate herede inſtituto, ſic adiectū ſit, *Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres eſto.* Nam Titius antequàm Stichus ex teſtamento heres extiterit, heres eſſe non poteſt: cùm autem ſemel heres extiterit ſeruus, non poteſt adiectus efficere, vt qui ſemel heres extiterit, deſinat heres eſſe: quemadmodū eleganter ratiocinať Caius in

Digitized by Google

l. ei qui ſoluendo 88. eod. tit. In propoſito autem caſu contra eueniret, ſi libertas ſeruo competere poſſet, vt ex eo tempore inciperet competere, quo Titius iam heres eſſet, quod vtiq; lex Ælia Sentia nullomodo, nullóq. prorſus caſu permittit. Illud verò ſemper meminiſſe oportet, quod in præcedentibus ſæpius diximus, ei qui ſeruus maneat, hereditatem fideicommiſſariam reſtitui nunquam poſſe, nec eo poſtulante cogi heredem vt adeat hereditatẽ. *l. ſi cui 31. l. ſi res aliena 52. §. 1. cum l. ſeq. ff. hoc tit. ad SC. Treb.* Nihil igitur aliud erat quod ad propoſitã queſtionẽ reſponderi poſſet, quam ne poſtulante ſeruo qui libertatem conſequi nõ poſſet, cogi deberet heres ad adeundam hereditatem. Et tamen contrà reſpondetur in hæc verba, *ſed ex ſententia legis dicendum eſt perinde habendũ, ac ſi is ſeruus ſolus liber & heres ſcriptus eſſet, nec Titius heres eſſet.* Hoc verò alterũ illud eſt, quod non puto ex iuris ratione defendi poſſe. Nam ſi nihil niſi legis Æliæ Sentiæ verba, mẽtémq. reſpicias, dubitandum non eſt quin ſententia legis conueniat cum verbis, nec magis ex ſententia, quàm ex verbis libertas, de qua agimus, competere ſeruo poſſit: Cùm id vnum legi propoſitum fuerit, ne per inſtitutionem neceſſarij heredis, cui cum hereditate libertatẽ obtingere neceſſe eſſet, creditoribus fraudem fieri pateretur, niſi eo demùm caſu quo defũcti ciuis Romani famæ & exiſtimationi alia ratione cõſuli non poſſet, id eſt, quo alius nemo ex teſtamento heres futurus eſſet: quod non eueniret Titio adeunte hereditatẽ, ſiue ſponte, ſiue iuſſu & imperio prætoris. Dices, Imò futurũ, ſi non poſſit Titius cogi ad adeundum Sticho poſtulante, vt teſtator exitũ faciat inteſtati. Ac proinde ex legis ſententia nõ malè defendi, perinde habendũ eſſe, ac ſi is ſeruus ſolus liber & heres ſcriptus, nec Titius heres fuiſſet. Sed reſpõdeo, non fuiſſe cur lex ſuccurrere debuerit teſtatori, qui cùm beneficio legis vti potuiſſet, vnúmq. ex ſeruis ſuis heredem ſcribere in fraudem quoq. creditorum, maluit tamen Titium extraneum heredem habere, nec niſi fideicommiſſariam hereditatem ſeruo dare. Sed & manifeſtiſſimè voluntas teſtatoris offenderetur, ſi ſeruus cui fideicommiſſaria duntaxat hereditas data eſſet, pro directo herede haberetur, reiecta Titij perſona, qui non modò primus, ſed etiam ſolus heres inſtitutus reperiretur. Neque tamen negare volo ęquiſſimum fuiſſe in hac ſpecie prouideri ad conſeruandam non ſolùm libertatem, ſed & reliquam defuncti volũtatem, verùm eo remedio quod à teſtatoris volũtate nullomodo, à iuris verò ratione minùs abhorreret. Itaque manco legis Æliæ Sentiæ auxilio, quæ de directis tantum libertatibus locuta fuerat, & ſenſerat (quandoquidem fideicommiſſariæ non aliter ex iure communi valere poterant, quàm ſi aliquis heres non ſolùm inſtitutus, ſed etiam per aditionem effectus fuiſſet, quo caſu ne directã quidẽ valere lex permittebat) manca etiam autoritate SC. Pegaſiani, quæ non per alium cogi heredem patiebatur, quàm qui liber eſſet, ac in vniuerſum ius defuncti per hereditatis reſtitutionem ſuccedere poſſet, neceſſarium fuit in eam rem fieri nouum SC. quod temporibus D. Hadriani factum fuiſſe refert Scæuola *in d. l. ſi non lex.* §. 1. eóque cautum, vt ſi teſtator qui cùm moritur ſoluendo non fuit, duobus pluribúſve libertatem dederit, eiſq. hereditatem reſtitui iuſſerit, & inſtitutus heres, ſuſpectam ſibi hereditatem dixerit, adire eam cogatur, & ad libertatem perueniat is, qui priore loco ſcriptus fuerit, eiq. hereditas reſtituat. Ex quo infert Scæuola, ſi primo loco ſcriptus liber deſideraret adiri hereditatẽ, nullã eſſe difficultatem, ſed ſi poſteriores quoq. liberos ſe eſſe dicant, & hereditatem reſtitui deſiderent apud prætorem, quæri oportere an ſoluẽdo ſit hereditas, vt ſciatur an omnes liberi facti ſint, & conſequenter an omnibus eam hereditatem reſtitui oporteat: Abſente autem primo, ſequentem deſiderantem adiri hereditatem non eſſe audiendum, quia ſi primus velit reſtitui ſibi hereditatem, præferendus eſt, & hic ſeruus futurus. Quibus ex verbis apparet, ſenatuſcõſultum illud non pro legis Æliæ Sentię producenda ad hunc caſum ſentẽtia factum fuiſſe, ſed potiùs pro Pegaſiano excludendo, quo primum fuerat inductũ ius cogendi heredis ſuſpectam dicentis, ita tamen vt legis quoque mentem ſubſequi Senatus voluerit, in eo præſertim ne pluribus ſeruis libertatem dare poſſet is qui ſoluendo non eſſet. Itémq. vt pluribus data libertate, vti primus quiſque liber ſcriptus eſſet, is præferretur. Cæterùm vel ex eo maximè ſenatuſconſulto conſtat, neque anteà ius ita fuiſſe, vt in ſpecie propoſita, perinde habendum eſſet, ac ſi Stichus liber & heres ſcriptus fuiſſet, neque hodie poſt Senatuſconſultum, ita eſſe. Nam ſi Stichus ſolus liber & heres ſcriptus proponeretur, non poſſet ad adeũdum compelli Titius, qui non inueniretur inſtitutus. Sicuti nec erat neceſſe induci per ſenatuſconſultum, vt compelleretur ille ad aditionem, ſi et ſententia legis Æliæ Sentiæ poterat ſeruari libertas, ſublata Titij perſona, conuerſáque fideicommiſſaria ſubſtitutione in directam inſtitutionem. Vt planè non poſſim videre qua ratione motus Accurſius, in huius loci interpretatione adſerat Scæuolæ reſponſum *in d. l. ſi non lex.* §. 1. quaſi conueniens, cùm è cõtrario manifeſtiſſimè repugnet. At neq. facilè poſſum mihi perſuadere Caium, qui poſt Hadriani tempora floruit, SC. illud ignoraſſe, aut ſi non ignorauit, magis illud miror, tractantem illum hanc ipſam ſpeciem de qua ſenatuſconſultũ factum fuit, nullam ſenatuſconſulti mentionem habuiſſe. Itaque vel hæc vna ratio ſufficere poteſt, vt hunc locum non tam Caio, quàm Triboniano adſcribere debeamus. Illud tamen etiam me malè habet, quod *in d. l. ſi non lex* §. 1. ſcriptum video nihil referre an directa libertas, an fideicommiſſaria data ſit ſeruo cui hereditatem reſtituere rogatus eſt Titius, qui non vult adire. Is enim ſenſus eſt illius verſ. *idem ſeruandum in his quibus per fideicommiſſum libertas data fuerit.* Vt minùs tum poſſit illo etiam caſu cogi heres ad adeundũ, ne ſit ſine herede teſtator qui teſtamento ſuo proſpexerit, vt hereditas ad liberum hominem inſtitutum, mox per eius perſonam ad ſeruum quoq. ex fideicõmiſſo perueniret. Quod tamen ne tam facilè poſſim concoquere in cauſa illud eſt, quòd, vt iam attigi, Senatus mentem & voluntatem legis Æliæ Sentię ſubſecutus eſt, itémq. Senatuſconſulti Pegaſiani, quantũ vtriuſq. ratio pati potuit coniunctionem hanc, nouámque conſtitutionem. Atqui lex Ælia Sentia nunquam permiſit ei qui ſoluendo non eſſet, vt vni ex ſeruis ſuis fideicommiſſariã libertatem dare poſſet in fraudem creditorum, ſed directam tantùm, quoniam fideicõmiſſaria libertas dari non poterat, quin conferretur in eum caſum quo eadem lex etiam directam libertatem dari prohibebat, id eſt, quo alius ex teſtamento iam heres eſſet. Ergo nec eo caſu quo heres inſtitutus adire nolit, adeátq. coactus, credendum eſt permiſiſſe Senatum, vt libertas ex fideicõmiſſo deberi poſſit. Ideò namq. & eo ſolo colore Senatus putauit ſubueniendum non tam libertati in fraudem creditorum datæ, quàm miſero teſtatori, cuius alioquin bona ſub haſta diſtrahi oporteret,

quòd

Digitized by Google

quod extraneo qui fuit inſtitutus nolente adire, perinde futurum ſit vt exitum inteſtati faciat teſtator, ſi non habeat neceſſarium heredem, acſi extraneũ heredem nullum inſtituiſſet. Cur ergo extranei inſtituti ſuſpectam dicentis perſona obſtabit, quominùs ſeruo qui eodem teſtamento liber ſcriptus fuerit, libertas competat, quæ cõpeteret ſi extraneus ille inſtitutus non eſſet? Et tamen non potuit Senatus facere, vt competeret niſi adita hereditate, cùm dies libertatis nõ niſi ab adita hereditate cedat, *l. heredis 7. §. vlt. cũ l. ſeq. D. quand. dies legat. ced.* Non magis quàm vt directò inſtitutus videri poſſet ſeruus, qui nõ niſi per fideicõmiſſum ſubſtitutus eſſet. Proinde id voũ Senatus fecit, quod facere cõmodius potuit, vt extraneus inſtitutus ſi hereditatem ſuſpectã diceret, cogi poſſet ad eã adeundã, deſiderante ſeruo cui & libertas ex aditione eſſet cõpetitura, & hereditas ſubinde reſtituẽda. Etſi .n. per eiuſmodi aditionem coactã verè ſit heres is qui ſuſpectã dicebat, tamen cùm periculo ſuo adire nõ debuerit, qui adiit compulſus, non potuit Senatus eum habere pro herede, niſi quòd ad ius & effectum hereditatis reſtituendæ pertineret, cùm neceſſe ſit in eius locũ ſubſtitui aliũ in quem iura omnia tranſeant, & qui à creditoribus hereditariis cum effectu conueniri poſſit, qui porrò alius eſſe nequit, quàm is ipſe quo deſiderante coactus fuit adire. At ille ſeruus eſt, nec in eum poſſunt vllo modo trãsferri bona & actiones, niſi fiat liber. Igitur neceſſe fuit induci reluctantibus licèt verbis legis Æliæ Sentiæ, vt hoc caſu etiã in fraudem creditorũ data libertas valeret & competeret. (Eſtque hic caſus coniungendus ei quem tanquam ſingularem obſeruauit Caius in *d. l. et qui ſoluẽdo.*) At quomodo? Nimirũ ſi data eſſet directò. Nã nec ſi media interpoſita non eſſet Titij perſona, quæ ex lege Aelia Sẽtia obſtat libertati, aliter tamen competere libertas poſſet, quàm ſi directò data fuiſſet. An non ergo fieret euidẽter contra legẽ Aeliam Sentiam, ſi plus iuris haberet ſeruus ad conſequẽdam libertatẽ in fraudem creditorum herede alio inſtituto, quàm eſſet habiturus, ſi alius nemo inſtitutus probaretur? Deniq. ſoli domino qui moritur non ſoluendo, lex Aelia Sentia permiſit manumittere, id eſt directam libertatem dare vt neceſſariũ heredem habere poſſet. At non etiam ipſius heredi, quia nec neceſſe aut poſſibile fuit heredem ei dari, qui aliũ iam haberet, nec æquũ permitti ſolo fauore libertatis, vt ea libertas deberetur quæ contra primum caput eiuſdem legis Aeliæ Sentię in fraudem creditorum data eſſet. Quare non dubito quin totus ille verſic. *idem ſeruandũ in his quibus per fideicõmiſſum libertas data fuerit*, inepti ſit interpretis non Scæuolæ, ſi non Triboniani eſſe voles. Nam & cætera quæ in ea lege ſequuntur ad directam libertatem, non ad fideicommiſſariam pertinent. Nec debuit ſiue Tribonianus, ſiue interpres ille fuit, ex eo moueri quod alio ſenatuſconſulto cautum eſt, vt quoties ab eodem herede libertas fideicommiſſaria & hereditas pręſtanda eſt, poſſit ille cogi per ſeruũ ad adeundũ, *d. l. ſi res aliena 52. §. 1. ad SC. Trebellia.* Id .n. tũc obtinet, cùm fideicommiſſaria libertas vtiliter data eſt, nõ etiam cùm in fraudem creditorum, & contra legem. Et verò, an non ſatis eſt hactenus faueri ſeruo vt directam libertatem perinde nanciſci poſſit, alio licèt herede intercedẽte, acſi primus ipſe ſcriptus eſſet? Imò melior quoq; ſerui huius condicio eſt ex ſenatuſconſulto, quàm futura eſſet ex lege Aelia Sentia, in eo quòd heres neceſſarius non eſt, quia nec liber neceſſariò, cũ nõ aliter poſſit ei libertas cõpetere, quàm ſi heres qui ſuſpectam dicit, adire cogatur, qui porro vt inuitus adeat non niſi hoc ipſo ſeruo deſiderante cogi poteſt. Vt verò ſeruus ipſe adiri hereditatem deſideret, multò minùs cogitur, quoniam facto & voluntate ipſius in eam rẽ neceſſario opus eſt, quod non euenit, cùm directò data & libertas & hereditas eſt. Vtraq; .n. tunc competit & acquiritur ſola iuris ciuilis autoritate. Quæ etiam ratio adferri poteſt ob quam lex Aelia Sentia de directis tantùm libertatibus, nõ itẽ de fideicommiſſariis locuta ſit, quia nec neceſſarium heredem potuiſſet facere ſeruũ, quę nõ potiùs aut eodem ſaltem momento faceret neceſſario liberum, nec rurſum neceſſario liberum euo, cui non niſi ex fideicommiſſo libertas deberetur, cùm nõ aliter fideicõmiſſa valeãt quàm ſi & ab iis quibus relicta ſunt vltro agnoſcantur, & per eos quorum fideicõmiſſa ſunt pręſtẽtur. Nec quemadmodum aduerſus heredes inſtitutos & rogatos remediũ proditũ eſt, ſi neque adire hereditatẽ, neque reſtituere velint, vt & adire & reſtituere cõpellantur. Ita & contra fideicommiſſarios vllo omnino caſu prouiſum fuit vt ad hereditatis reſtitutionem petendam cogi poſſint, nec magis contra ſeruos quàm contra liberos. Idque eſt quod Scæuola ſcribit in *d. l. ſi nõ lex. §. 1.* Si ſeruus primo loco liber ſcriptus, nolit deſiderare vt heres adeat hereditatem, quam ſuſpectã dicit, poſſe alium ſeruum ſequẽti loco ſcriptum id deſiderantem audiri. Planè non inficior ſeruũ quo deſiderante coactus ſit heres adire ex quo inſtanti adita fuerit hereditas, ſicut liberum ſtatim, ita & neceſſarium fore fideicommiſſarium. At non eodẽ modo nec eo ſenſu quo neceſſarius heres eſſet, ſi vel ſolus, vel primus fuiſſet inſtitutus. Illo namque caſu fuiſſet heres ipſo iure, ſicuti & liber. In hoc verò, liber quidẽ eſt ipſo iure, ſed nõ heredis loco eſt tanquam fideicommiſſarius, niſi poſt factam fideicommiſſi reſtitutionem. Præterquàm illo caſu quo & ante reſtitutam hereditatem, & ſine herede moriatur. Quod cùm euenit, perinde illius bona per creditores hereditarios vendi poſſunt, acſi aditæ hereditatis reſtitutionẽ ante obitũ accepiſſet, *l. poſtulante 44. D. eod.* Neceſſarius tamẽ fideicõmiſſarius dici poteſt, quia vel inuitus reſtitutionem hereditatis accipere cogitur, nec ille tantùm, ſed etiam illius heres, licèt de ſolo manumiſſo Senatuſconſultum locutum ſit, vt Marcellus tractat in *d. l. poſtulante.* Sed id fit nõ iure aliquo ſpeciali in ſeruorũ odium cõparato; ſed iure communi ex quo quiſquis fideicommiſſariæ hereditatis obtinendę gratia coegit heredem ad adeundum, recuſare poſteà non poteſt quominùs ea hereditas vbi adita fuerit, ſibi reſtituatur. Adeo vt ſi plures fuerint fideicommiſſarij, & vno ſolo poſtulante, coactio facta ſit, in eum ſolum & in ſolidũ actiones tranſeant qui coegit, *l. rogi 16. §. idem Marcianus eod.* Proinde eadem hoc caſu ſerui quę liberi hominis fideicommiſſarij ratio eſt. Sed hęc ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat, vt ad Caium & Tribonianum redeamus. Etſi namque iam ſatis ſupérque probauimus Triboniani non Caij reſpõſum illud eſſe quod extat *in d. §. vlt. falla*, ne quis tamen de eo poſthac dubitare probabiliter poſſit, indicãdum à nobis eſt, quid Tribonianum fefelliſſe videatur. Solet enim ille non exemplo aliquo peccare, ſed ex mendicatis exemplis, & Imperatorum reſcriptis ad alias ſpecies quantumuis diſſimiles accommodatis, peccandi occaſionem magis quàm rationem quærere. Quod & in propoſito factum ab eo fuiſſe coniicio ex reſcripto Impp. Seueri & Antonini quod Vlpianus refert in *l. idem eſt 13. aliàs l. neque. §. cũ miles. de teſta. milit.*

Digitized by Google

factam videri inſtitutionem, nec proinde auxilio vllo indigere. Illud notari volo in caſu reſcripti de quo agimus, non tractari de eo milite qui fuerit nõ ſoluendo, ſed indiſtinctè ſiue miles ſoluendo fuerit, ſiue non fuerit, reſcripto locum eſſe debere ad voluntatem adiuuandam militis cui nihil imputari poſſit. Idq. Vlpianus non obſcurè demonſtrat in *l. in fraudem 15. eod.* cùm ita ſcribit, *in fraudem planè creditorum, nec militem amplius quam vnum neceſſarium facere poſſe*, vt doceat nullum militis priuilegium eſſe cùm agitur de libertatibus in fraudẽ creditorũ datis. Etſi nõ parum mouere Imperatores illud potuit, vt in propoſita ſpecie militis teſtamẽto ſubuenirẽt, quod iã ſub Hadriano fuerat à Senatu cõſtitutum, vt ei quoq; teſtaturi licèt pagano ſubueniretur qui ſeruo libertatem directam, & hereditatem fideicõmiſſariam dediſſet, ſi heres inſtitutus ſuſpectam hereditatem adire recuſaret. Indéq. apparet etiam manifeſtiùs, quàm verũ ſit quod in ſuperioribus docuimus, ſenatuſconſulto locum eſſe non debere ſi cum hereditate libertas etiam ipſa per fideicommiſſum non directò relicta ſit, quando nec militi eo caſu ſubueniretur. Ei porrò quod dicimus ſingulari militũ priuilegio potiùs quàm aut iuris ratione alia qua, aut aliorum priuilegiorum cõſequentia niti reſcriptum hoc Imperatorum, Cõſequens eſt, vt ſi de pagani teſtamento tractetur, aliud prorſus reſponderi oporteat. Cur enim de milite, aut Vlpianus tractaret, aut Imperatores reſcripſiſſent, ſi in pagani teſtamẽto idem iuris conſtitutum eſſe voluiſſent? *arg. l. centurio 15. de vulg. & pupill. ſubſt. l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt. l. in teſtamẽto 6. C. de teſtam. milit. l. qui non militabat 78. ff. de hered. inſt. cum ſimilib.* Quod & diſtinctio illa probat, quæ ex Marciano ponitur in *l. ſeq. Tractabatur*, inquit lex, *an tale aliquid & in paganorũ teſtamẽtis indulgendũ eſſet. Et placet nõ ſine diſtinctione hoc fieri, ſed ſi quidẽ viuo teſtatore & ſciente deceſſiſſent, nihil noui ſtatuendũ, ſi autem ignorante, aut poſt mortẽ eius, omnimodo ſubueniendũ*. Non. n. potuit ſcribi apertiùs differre hac parte teſtamenta militum & paganorum. Quanquam non ſatis poſſum videre in quo differentia ſit aut quomodo explicari poſſit. Nam ſi dicas cum Accurſio, quod & Marciani verba præſeferunt, militis teſtamentum valere indiſtinctè, pagani verò nõ niſi cum ſupraſcripta diſtinctione, iam in contrarium diximus, nec militis quoque teſtamentum ex reſcripto defendi poſſe ſi & viuo & ſciente milite gradus omnes heredum extincti proponantur, non magis quàm ſi eo tempore quo moreretur miles, tale teſtamẽtum condidiſſet. Rurſum ſi nobiſcum ſentias eam diſtinctionem etiam in milite neceſſariam eſſe, Vtrum ſe viuo prędefunctos eſſe heredes ſuos ſciuerit, vel ignorauerit, cõſequẽter dicẽdum erit vel nullã inter paganorũ & militũ teſtamenta differentiam ſubeſſe, vel paganorum teſtamentis hac in re nullo modo nullóq; caſu ſubueniendum eſſe. In quam ſanè partem proclinior ſum. Nam cùm non modò libertatis, ſed etiam militiæ coniunctus fauor adeò nouum & extraordinarium reſcripti auxilium extorſerit, nulla ratio eſt cur homini pagano, præſertim qui ſoluendo ſit nec herede neceſſario indigeat, ſubueniẽdum ſit, tametſi nec in eo, qui ſoluendo non ſit aliud admittendum eſſe exiſtimemus. Alioquin eueniet abſurdum illud quod Accurſius notandum putat, quaſi ſingulare ſit magis quàm abſurdum, vt valeat teſtamentum ſine inſtitutione, contra certiſſimas & manifeſtiſſimas iuris regulas quæ volunt heredis inſtitutionem & caput & fundamentum eſſe cuiuſlibet teſtamenti, *l. 1. in fi. De vulg. & pupill. ſubſt. l. vlt. ff de iur. codicill.* Sed neq; in pagano ſufficere poteſt ratio illa quam Vlpianus de militis teſtamento tractans probat *quòd & libertatẽ & hereditatem ad ſeruum peruenire teſtatorẽ voluiſſe negari non poſſit*, quæ tamen vt diximus ſufficere potuit in milite adiecta reſcripti autoritate, propterea quòd multò facilius militis quàm pagani voluntas, tum etiam cum & iuris communis & ordinarij priuilegij auxilio deſtituta eſt, defendatur. Quare nec de illo dubito quin tota illa diſtinctio ſub Marciani nomine tradita, potiùs ſit Triboniani ſuo more diſtinguentis, iuriſq; rationẽ parum curantis: quod & verba ipſa in falſos innuunt, illa præſertim *ſi quidem, ſi autem, omni modo, nihil noui ſtatuendum, ſubueniendum*, vt à nobis aliàs non vno loco iudicatum eſt. Nouam. n. eſſe hanc diſtinctionem, id eſt ipſis quoq; prudentibus etiam poſt reſcriptum incognitam, id ipſũ probat quod lex ait, in primo caſu diſtinctionis nihil noui ſtatuendum eſſe. Cęterùm quàm diuerſus ſit caſus huius reſcripti ab illo, qui ex Caio tractatur in *d. l. facta §. vl. ad Trebell.* non ex eo ſolùm conſtat quod reſcriptum hoc ad militum duntaxat teſtamẽta pertinet, ſed ex illo etiã quòd præmortuis heredibus omnibus & primis & ſecundis, multò minus offenditur ratio iuris & voluntatis cùm perinde habetur ſeruus cui & directa libertas & fideicommiſſaria hereditas data fuerat, acſi ſolus & primo loco & liber & heres directò ſcriptus eſſet. Siquidẽ media extranei heredis perſona nulla eſt, quæ obſtet, quomodo in ſpecie *d. §. vlt. l. facta*, obſtat Titius qui proponitur & inſtitutus, & rogatus, & ſuperſtes. Vnde etiã ſit vt in eadẽ ſpecie obſtet ſeruo ſenatuſconſultum, de quo *d. l. ſi non lex §. 1.* cuius autoritas neq; neceſſaria neq. vtilis videri poterat ſi ſeruus fideicommiſſarius, aut ex iuris ratione, aut ex ſupradicto Imperatorum reſcripto, aut deniq; ex legis Æliæ Sentiæ ſentẽtia pro purè inſtituto haberi potuiſſet. In eóq; ne ſter etiam errauit Accurſ. qui ad *d. l. tractabatur*, adfert quaſi ſimilem quæſtionem illã *d. §. vl.* quæ tamen omni ex parte diſſimilis eſt. Illud vnũ bene monet, etiã hodie poſt *l. pen. §. cùm autem C. ad Treb.* neceſſarium eſſe auxilium reſcripti, quamuis Iuſtinianus ea conſtitutione induxerit, vt citra reſtitutionem trãſeant actiones ex Trebelliano quoties heres rogatus ante aditam vel reſtitutam hereditatem ſine ſucceſſore deceſſit, quoniam ad hunc caſum illa conſtitutio non pertinet, vel ob id maximè quòd hic perſona nulla eſt in quam actiones tranſire poſſint, tùm ſeruum neceſſe ſit ex ſeruo fieri liberum priuſquam fideicommiſſarius eſſe poſſit, liber autem fieri nequeat niſi adita demum hereditate, *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de cadnc. tollend.*

Ad l. ſi Titio & Manio 61. De legat. 2. l. 1. §. vlt. de leg. 3. l. 2. §. vl. ff. de ſuis & legit. l. 4. C. ad S. C. Treb.

CAPVT XIIII.

DEcepit nos perſæpe Tribonianus vt & alios omnes quotquot vnquam fuere, perſpicaciores quoque iuris interpretes, ſed numquam callidiùs, quam cùm illa quæſtio à nobis tractata eſt lib. 4. ca. 13. An pars coheredis grauata legatis & fideicõmiſſis adcreſceret coheredi cũ ſuo onere, an libera & immunis ab onere illo legatorũ & fideicõmiſſorum, ab eo coherede cuius pars deficeret relictorũ. Scripſimus. n. ita comparatum fuiſſe ius vetus etiã ante Seueri & Antonini cõſtitutionem, de qua in *l. licet 74. de legat. 1.* quæ induxit vt legata & fideicommiſſa ab inſtitutis relicta à ſubſtitutis tacitè repetita intelli-

gantur, vt coheredis portio adcreſceret cum onere, ſcilicet ſi de teſtamentario coherede ageretur. In legitimo autem aliud obſeruatum fuiſſe in id vſque tempus, quo ea Imperatorum conſtitutio fecit vt idem quoque ius in illo induci debuerit. Quam in ſententiam mouebat me præcipuè quod ſcriptum videbam in *l. ſi Titio & Mæuio 61. §. Iulianus de legat.* 2. vbi Vlpianus apertè ſcribit Iuliani ſententiam illam fuiſſe, vt ſi alter ex legitimis heredibus portionem ſuam repudiaſſet, cùm eſſent ab eo fideicommiſſa relicta, coheres eius fideicommiſſa præſtare non cogeretur: Sed tamen, inquit ille, poſt reſcriptũ Seueri & Antonini quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere conſequetur adcreſcentem portionẽ. Quid.n. ſcribi potuit apertius de iure quod & poſt Seueri reſcriptum nunc obtinet, & ante reſcriptum obtinebat, nec ſolum in legitimis coheredibus ſed etiam in teſtamentariis? Nam cur Iulianus de legitimo herede verbis diſertis locutus fuiſſet, ſi nõ aliud in teſtamentariis exiſtimaſſet? Cùmque ſubſtituto propiùs accedat coheres teſtamentarius, quàm legitimus, quia ſuccedit ex volũtate expreſſa teſtatoris, nec alia ratione nitatur reſcriptum Imperatorum quàm coniectura voluntatis defuncti, quid obſtabat quominus in ea coniicienda idipſum ſentirent Iureconſulti quod Imperatores? Atque ita tum ratiocinabar, Motus enim eram ex *l. non iuſtam. 4. C. ad S. C. Trebell.* quæ reſcriptum illud trahit à ſubſtitutis ad teſtamentarios coheredes vt legata & fideicommiſſa ab inſtituto coherede relicta ab alio coherede ad quem deficiens portio prouenerit, tãquam à ſubſtituto debeantur. Nunc verò longè aliter ſentio, neque dubito deficientem portionem adcreuiſſe ſine onere non ſolùm ante reſcriptum Seueri, ſed etiam poſt reſcriptum toto Pandectarum iure ſiue de teſtamentariis ſiue de legitimis coheredib. ageretur. Video.n. Iuſtin. in *l. vnic. §. pro ſecundo & §. ſin autem aliquid ſub condicione. C. de cadnc. tol.* vetus ius corrigendo, vt ipſe gloriatur, hoc ipſum ſanxiſſe vt ſiue portio deficeret tanquam caduca, id eſt per mortem teſtatoris, ſiue tãquam in cauſa caduci, id eſt viuo teſtatore, vel remaneret penes eum a quo relicta eſſet, vel coheredi adcreſceret cum onere, ratione illa æquitatis, quòd ferendus nõ ſit qui lucrum amplectitur, onus autem lucro adnexum recuſat. Aliter igitur comparatum ius vetus fuiſſe neceſſe eſt, quod fuit correctum, alioqui corrigi neque debuiſſet, neque potuiſſet, ſicut nec correctum eſt in iis quæ pro non ſcriptis habebantur, quorum ſemper ea condicio & natura fuit, ſi Iuſtiniano ipſi credimus, vt penes heredem ſine ſuo onere remanerent, quòd onus quoq; perinde pro non ſcripto haberetur, niſi peterato, inquit Iuſtin. in *d. l. vnic. §. in primo.* Excipiendi.n. ſunt duo caſus, de quib. in *l. vlt. D. de his quæ pro nõ ſcript.* & in *l. cum verò 26. §. ſi pro non ſcripto de fideic. libert.* Puto autem iure vetere maximè intereſſe quibus verbis legata aut fideicõmiſſa ab eo relicta fuiſſent, cuius portio defeciſſet. Nã ſi nominatim relicta eſſent, putà à Titio, & Titius hereditariam portionẽ repudiaſſet, eáque ad Mæuium coheredem perueniſſet, vtique fideicommiſſum Mæuius non debuiſſet. Ratio illa eſt quam Celſus tradit in *l. pater meus. 29. §. quod alicuius de legat.* 2. quia quod heredis alicuius nominatim fidei committitur, videatur teſtator ita demum dari voluiſſe ſi ille heres extitiſſet. Vnde fit quod ibidem Celſus ſubiicit, vt ſi filio heredi pars eius à quo nominatim legatum fuit, adcreuerit, non debeat filius præſtare legatum, quod nec alius quilibet coheres præſtare deberet. Porrò nominatim relictum legatum vel fideicommiſſum intelligi tum debet, cum & vnus ex coheredibus nomine proprio & ſolus grauatus fuit. Nã ſi à Titio & Mæuio heredibus inſtitutis relicta fuerint decem Semptonio, licèt expreſſis nominibus propriis non appellatiuis, ita ius ſemper fuit vt Titio portionem ſuã repudiãte Mæuius ſolus tota decem deberet, tanquam coniunctus in onere non minùs quàm in ipſa hereditate, *l. quidam referunt 14. §. quòd ſi duo ff. de iur. codicill. l. ſi duobus 16. §. heres. l. ciuitatibus, 122. §. Lucius Titius de legat. 1. l. cogi 16. §. cum quidam D. ad S. C. Treb.* quomodo etiam accipiendum eſt, quod Papin. reſpõdit in *l. cum pater 77. §. cum pater. de legat.* 2. Illa.n. verba, *eadémque prædia filio exheredato dari voluit,* oſtendũt potiùs relictum fuiſſe fideicommiſſum prædiorum ab heredibus omnibus ſub nominib. appellatiuis, quàm à ſola filia nominatim, à qua nec ita relinqui potuiſſet, cùm prædium eſſet hereditarium, ac proinde non de ſola filiæ portione hereditaria præſtari poſſet, ſed de cõmuni, vt idem Papin. loquitur in *d. l. cũ pater in prin.* & in *l. deducta 58. §. acceptis ad S. C. Treb.* Nec aliter meo iudicio, accipienda eſt ſpecies illa quam Marcellus tractat in *l. cum patronus 28. de legat.* 2. de fideicommiſſo relicto à patrono ex debita parte inſtituto, quod licè præſtare ipſe non cogatur, ſi tamen omiſerit inſtitutionem, ab iis qui partem illam vindicant, præſtandum eſt, quoniam ſingulare ius patroni ad alium nequaquã debeat pertinere. Id.n. tum verè dicitur, cùm à patrono ex parte debita inſtituto, aliiſq. coheredib. fideicõmiſſum relictũ fuit, ſiue ſub propriis nominibus, ſiue ſub appellatiuis, nõ etiam ſi à patrono nominatim, niſi ponas ſubiectã clauſulam generalem quæ olim vulgò in teſtamentis adiici ſolebat, (vix tamen poſt legata & fideicõmiſſa nominatim ab aliquo ex heredib. relicta) *Quiſquis mihi heres erit,* cuius vis & poteſtas illa erat, vt quiſquis heres eſſet, & in quocunq; gradu illa etiam legata, & fideicommiſſa omnia deberet quæ vel à coherede, vel à priore gradu relicta eſſent, *d. §. quòd ſi duo l. 14 De iur. codicill.* & in *l. 3. eod tit. l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione. D. ad leg. falcid. d. l. ſi Titio & Mæuio 61. in princip. De legat.* 2. vbi Vlpianus ſcribit, Si Titio & Mæuio heredibus inſtitutis, qui quadringenta relinquebat à Titio ducenta legauerit, & quiſquis heres eſſet, centum, neque Mæuius hereditatem adierit, Titium trecenta debiturum: Scilicet ducenta propter legatum à ſe nominatim relictum, & centum partim pro ſua parte, partim pro adcreſcente coheredis portione. Ex quo reſponſo apparet non obſcurè quantum intereſſe Vlpianus putauerit an ab vno ex coheredibus legatum ſit nominatim, an iis verbis, *Quiſquis mihi heres erit.* Nã ſi in propoſita ſpecie nominatim à Mæuio legata fuiſſent quinquaginta, non additis verbis ſupradictis, vtique Titius non niſi ducenta & quinquaginta deberet, vt nec niſi centũ ſi alia centũ à ſolo Mæuio nominatim data proponerentur. Alioqui non erat cur Vlpianus ita loqueretur, *& quiſquis heres eſſet, centum,* ſed quẽadmodum poſuerat à Titio legata ducenta, ita ponere debuerat legata à Mæuio cẽtum aut ſaltẽ quinquaginta, ſi perinde futurum erat vt omni caſu à Titio trecenta præſtanda eſſent, ſicut & omni caſu euenit vt tota hereditas ad ſolum Titium deuoluatur. Diſtinctio enim illa, vtrum & quãtum ex ſua, aut ex coheredis perſona, præſtare Titius debeat parum refert, nec de illo quærit Vlpianus, ſed quantum legatario debeatur, ſolo Titio herede exiſtente. In eoque puto valde hallucinatum Accurſium, qui

propoſita

propoſita quæſtione, quid è contrario reſpondendũ fuerit ſi non Titius, ſed Mæuius adiiſſet. Reſpondet intrepidè, dicẽdum idem fore, ſcilicet vt Mæuius in tota trecẽta teneretur, ſed in quinquaginta iure ſuo, aut, vt potius loqui debuit, ex propria perſona, in reſiduum verò propter adcreſcẽtem partem Titij coheredis, mihi enim contra videtur, Repudiante Titio Mæuium ducenta illa non debiturum, quæ à Titio relicta fuerant nominatim, ſed centum duntaxat tam ex ſua quàm ex coheredis ſui perſona, propter illa verba, *quiſquis mihi heres erit*, inſpecto nimirũ iure Pandectarum. Nam quod ad ius nouũ ſpectat, conuenit mihi cum Accurſio, tota trecẽta deberi ex Iuſtiniani conſtitutione. Sed de iure vetere tractamus, vt quid ſuis reſponſis Iureconſulti ſenſerint, aſſequamur. Neque verò Accurſius ipſe dubitat quin hac in re ius vetus fuerit abrogatum, vt ex iis videre eſt quæ Azonem ſecutus ille tradit ad *dict. l. pater. §. vlt.* Sed in eo tamen non tam errat quàm decipitur, in quo & nos ante hunc diem decepti ſumus, quod exiſtimat abrogatum fuiſſe ius vetus, quod ad rem hanc attinet per Seueri reſcriptum illud de quo in *d. l. licet.* cùm tamen nihil prorſus immutatum fuerit ante nouam Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vnic. C. de caduc. tollend.* Reſcripto namque Seueri & Antonini aliud nihil cautum eſt, niſi vt legata & fideicommiſſa ab inſtituto relicta, tacitè à ſubſtituto repetita intelligantur, ideóque debeantur quæ anteà nõ aliter debebãtur quã ſi expreſſim repetita eſſent, *d. l. quidam* 14. *De iure codicil. l. ſeruo alieno* 113. *§. ſi ab impubere. De legat.* 1. ſi ex aliqua coniectura euidens videretur voluntas teſtatoris vt à ſubſtituto quoque præſtarentur, puta ſi extraneo herede inſtituto, & extraneo etiam ſubſtituto, prædia quæ qui libertis reliquiſſet cùm inſtitutus moreretur, ne ex nomine familiæ alienarentur, petiiſſet, vt in ſpecie de qua Papin. in *d. l. cùm pater. §. ab inſtituto. de legat.* 2. Reſcriptum enim non niſi in obſcura teſtatoris voluntate locum habet vt Vlp. concludit in *d. l. licet, in fin. poſſúntque peti exempla ex l. ab exheredati* 126. *§. vlt. de leg.* 1. *l. debitor* 82. *§.* 1. *de legat.* 2. At de coheredibus ſiue teſtamentariis ſiue legitimis nihil eo reſcripto conſtitutum fuit, niſi per interpretationem velis extendere ad coheredes quod de ſubſtitutis cautum eſt, eo colore quòd cũ coheredis portio deficiẽs coheredi etiã inuito adcreſcat, videatur coheres quilibet in coheredis portione quodammodo tacitè ſubſtitutus, *dict. l. ſi Titio. §. Iulianus. & dict. l. vnic. inſtam.* Sed tamen hoc ipſum eſt quod ego mihi perſuadere non poſſum vt coheres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus ille ſit, pro ſubſtituto habeatur. Nemo enim neſcit quàm diſſimile ſit ius adcreſcendi, diſtinctúmque à iure ſubſtitutionis. In eo præſertim quod ius adcreſcendi competit etiam inuito, Ius verò ſubſtitutionis non niſi volenti. Ex qua differentia etiam illa naſcitur, quod ius adcreſcendi tranſmittitur ad heredem, at ius ſubſtitutionis non item, *l. ſi ex plurib.* 9. *D. de ſuis & leg.* iunct. *l. qui liberis* 8. *§. vlt. de vulg. & pup. ſubſt. iuncto. l. toties* 81. *de acq. her.* Quarũ differẽtiarũ, aut nulla, aut certè perobſcura eſſet ratio, ſi ius adcreſcendi tacitæ quoque ſubſtitutionis iure cenſeri poſſet. Sed & illud cõnſtat, frequentiſſimum olim illud fuiſſe vt coheres coheredi etiam vulgariter ſubſtitueretur, id eſt in eum quoque caſum quo citra ſubſtitutionem adcreſcendi ius locum habere potuiſſet, vt in *d. l. ſi ex pluribus verſ. alia cauſa eſt inſtituti heredis & coheredis ſubſtituti, l. coheredi in princ. l. qui diſeretas. §. qui patrẽ & §. coheres. & paſſ. De vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* *l.* 1. *§. id quod ex ſubſtitutione D. ad leg. falcid.* Hoc ipſum verò cur ita, ſi nulla quoque facta ſubſtitutione coheres in deficiente coheredis portione pro tacitè ſubſtituto habendus fuiſſet? Imo fiebant huiuſmodi ſubſtitutiones, vt ſi coheres idémque ſubſtitutus à ſua portione adeunda excluſus eſſet vel tempore vel repudiatione aut alia de cauſa ſi qua eſſe poterat, hereditatem ex ſubſtitutione adire poſſet, in ſumma vt electionem haberet vtro iure mallet ſuccedere an inſtitutionis an ſubſtitutionis: vel ob id maximè quod fieri poterat, vt inſtitutio magis quàm ſubſtitutio grauata reperiretur. Vnde illa quoque diſtinctio, An pars onerata adcreſcat non oneratæ, vel contrà pars quæ onerata non eſt, oneratæ. De qua ſcripſimus ad *dict. §. id quod ex ſubſtitutione dict. cap.* 13. *lib.* 4. Non igitur dici poteſt, reſcriptum Seueri de ſubſtitutis duntaxat locutum ſola prudentum interpretatione ac citra alterius reſcripti autoritatem ad coheredes extẽdi debuiſſe. Quidni enim teſtator coheredes inuicem ſubſtituiſſet ſi ſubſtitutos eos voluiſſet? An non id facere tribus illis verbis poterat; *eóſque inuicem ſubſtituo?* Quod ſi in teſtamentariis quoque heredibus hoc verè dicitur, an non multò verius in legitimis? Legitimi enim non ſolùm expreſſim ſubſtituti non ſunt, ſed nec, quod magis eſt, ſubſtitui poſſunt, cùm ab inteſtato vulgaris ſubſtitutio non magis quàm inſtitutio fieri poſſit, ſiquidem & ipſa nihil aliud eſt quàm inſtitutio vel ſecunda, vel ſecundi heredis, vt Caius in Inſtit. diffinit. Quod igitur expreſſè fieri non poteſt, cur aut quomodo tacitè factum fuiſſe interpretabimur? Nec eſt quod quis dicat Patremfamilias qui cùm facere teſtamentum poſſet, mori maluit inteſtatus, hoc ipſo tacitè inſtituiſſe videri eos qui mortis tempore proximiores futuri ſint in cauſa ſucceſſionis, & ab inteſtato ſucceſſuri, *d. l.* 3. *l. conficiuntur* 8. *in princip. D. de iur. codicill.* Et conſequenter ſi plures, quod in eodem gradu conſtituti ſint, legitimi coheredes reperiantur, perinde videri eoſdem ſubſtituiſſe inuicẽ ac ſi expreſsim eſſent inſtituti. Neganda enim eſt conſecutio, quia non eadem hac parte primæ inſtitutionis & ſecundæ ratio eſt. Prima inſtitutio quominùs tacitè facta intelligatur patrefamilias inteſtato moriẽnte, nihil impedit, quia medium nullum eſt inter ſucceſsionem inteſtati, & primi heredis inſtitutionem, cùm fieri nequeat vt non moriatur teſtatus aut inteſtatus, quiſquis teſtamenti faciendi ius habet. At inter legitimam ſucceſsionem & ſubſtitutionem teſtamentariam medium illud eſt primæ inſtitutionis ſine qua fieri non poteſt vt ad ſecundam perueniatur, non magis quàm vt à ſubſtitutione incipiat teſtamentum quin ſubſtitutio euadat in inſtitutionem, vt in *l. ſi is qui ſoluendo.* 57. *D. de hered. inſtit. l. cùm ex filio* 39 *§. vlt. De vulg. & pupill. ſubſt.* Proinde ſi prima inſtitutio nulla ſit expreſſa, fieri nullomodo poteſt vt tacitã vllam ſubſtitutionẽ continere videatur. Tacitũ enim illud dicitur, quod in expreſſo continetur vi ipſa & tacito intellectu, & quod colligitur ex expreſſo: ſiquidem tacitum ex tacito quod ſubſtantiam propriam nullam habet, colligi aut inferri nunquam poſsit. Alioqui pariatim dici incipiet, Si pater duobus impuberibus ab inteſtato heredibus relictis deceſſerit, habendos eos eſſe pro tacitè pupillariter ſubſtitutis, tanquam tacitè vulgariter ſubſtitutos, cùm ex Diui Marci conſtitutione ſubſtitutio in alterum caſum facta inter impuberes, in vtrumq; facta intelligatur, vulg. *l. iã hoc iure* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quod tamẽ nemo vnquã dixit, nec niſi perridiculè dicere quiſquã poſsit. Ex-

preſſam enim eſſe vulgarem ſubſtitutionem neceſſe eſt, vt eam pupillarem contineat, quam vulgares interpretes tacitam vocant. Alij elegantiùs, à lege ſubintellectam. Similiter dicẽdum eſt tacite ſubſtitutos haberi non poſſe coheredes qui nõ ſint expreſsè inſtituti, quamuis qui non ſunt expreſsè ſcripti habendi ſint pro tacitè inſtitutis. Procedit que ratio hęc ita etiam præſuppoſito iure vt qui ſunt expreſsè inſtituti tacitè inuicem ſubſtitui intelligantur, quos nos iam negauimus, nec poſthac vnquam concedemus. Illud longè probabilius defendi poſſet, eos quibus ſecũdo gradu legitima hereditas deferatur, pro ſubſtitutis haberi oportere, cùm ſubſtitutio expreſſa ex ſecundo gradu æſtimetur, ideóque & ad hunc caſum extẽdi reſcriptum Seueri debuiſſe. Quomodo ratiocinati ſumus lib. 4. cap. 15. cùm tractauimus de emẽdatione *§. vlt. l. 1. de lega 3.* & negationem eam ſuſtulimus, quæ erat in verbis illis *fideicommiſſum non debere*. Cuius emendationis neq; nunc nos pudet. Sed vereor iã ne Tribonianum potiùs quàm Vlpianum cuius ea lex eſt emendaſſe videamur. Obſeruo enim quod nondum obſeruaram, non potuiſſe Vlpiani tẽporibus de ſpecie ibi propoſita diſputari, quia cùm iuris veteris ratio prohiberet ne qua in agnatis eſſet ſucceſſio ante nouam Iuſtiniani conſtitutionem de qua in *§. placebat Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ſicut nec in ſuis *l. 1. §. ſciendum ff. de ſuis & legit.* fieri non poterat, vt repudiante primi gradus agnato à quo fideicommiſſum relictum fuerat, ſucceſſio ad ſequentem gradum deuolueretur. Id enim erat, In ſuis & agnatis ſucceſſionem non eſſe, vt quamuis proximus ad hereditatem inuitatus, aut ſpreuiſſet hereditatem aut ante aditam eam deceſſiſſet, nihilo magis legitimo iure ſequentes admitterẽtur, quemadmodum explicat Tribon. in *d. §. placebat* & Vlp. in *d. §. ſciendum*, quoniam ſcil. poteſtas legis in ſucceſſione legitima ſiue ſuo ſiue agnato proximo deferenda, vnico actu, & vnica delatione cõſumebatur. Non ignoro quod ſubiicit Trib. in *d. § placebat*, eam iuris ciuilis aſperitatem hactenus iure prætorio temperatam & emendatã fuiſſe vt qui tanquã agnati admitti non poterãt, admitterentur tanquam cognati. Sed non patiuntur hanc interpretationem verba illa Vlpiani, *ſi illo repudiante ad ſequentem gradũ deuoluta ſit ſucceſſio*: nec enim ad ſequẽtem gradum deuoluta dici poſſet ſucceſſio niſi quæ priori gradui cõpetiiſſet, ac proinde legitima non prætoria & honoraria. Planè ſi illa deeſſent *illo repudiante*, poſſet locus fieri quæſtioni, an ſequentis gradus agnatus fideicommiſſum deberet quod relictum eſſet à primi gradus agnato, ſiue ante teſtatorem, ſiue poſt teſtatorem quidem, ſed tamen ante delatã hereditatem defũcto. Nam & interdum id euenire poteſt, vt in ſpecie *d. § ſciendũ l. ſi quis filio 6. de inoff. rupt. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber.* Neque.n. poteſtas legis hereditatẽ deferentis priùs conſumi poteſt quàm per ipſam hereditas deferatur, quæ porrò viuentis hominis ſicut nulla eſt, ita nec deferri poteſt, *l. 1. ff. de hered. vel act. vẽd. l. donari 29. alias l. quidã §. donationem ff. de dona.* At vt primo gradu repudiãte ad ſequentem ſucceſſio deuolueretur, fieri nullomodo poterat Vlpiani temporibus, quia nec repudiari ſucceſſio poteſt priuſquàm ſit delata, *l. nec ei 17. in fin. cum l. ſeq. l. illud 77. & paſſ. ff. de acquir. hered. l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſſ. edict.* Neq. proinde quæſtioni locus relinquebatur, an fideicommiſſum à primo gradu relictum à ſequenti deberetur. Ergo nec illud explicari commodè poteſt quod ſequitur in *d. l. vlt. & ita Imperator noſter reſcripſit.* ſiquidẽ, vt dixi, primus Imp. Iuſtinianus fuit qui in agnatorũ ſucceſſionibus ſucceſſionem induxit. Quod cùm ita ſit illud vnum dicendum ſupereſt, vt ea quæſtio Triboniani ſit, leges veteres pro ſuo more ad ius nouũ accõmodantis, reſcriptumq; Imp. Seueri quem Vlpianus Imperatorem ſuum ſolet dicere ad hunc quoq; caſum extendentis, vt legitimus quoq; ſubſtitutus, ſi ſic dicere liceat, perinde obligetur fideicõmiſſis à primo gradu legitimorũ heredum relictis, ac ſi per teſtamẽtum eſſet expreſſim ſubſtitutus. Quominùs dubitandum eſt quin ſublata negatione Tribonianus ſcripſerit agnatũ ſequentis gradus fideicõmiſſum debere. Id.n. cõſentaneum erat alteri eiuſdem Iuſtiniani cõſtitutioni in *d. l. vnic. C. de caduc. toll.* quæ extra cauſam eorum quæ pro non ſcriptis habentur, vt diximus, conſtituit generaliter vt ſentire onus debeat quiſquis lucrum ſentit. Vnde fit etiã mihi veriſimile verba illa poſtrema *§. vlt. l. 2. ff. de ſuis & legit. cum onere fideicommiſſi*, quę nos delẽda eſſe probauimus li. 6. ca. 14. ab eodem Triboniano potiùs quàm ab alio vllo interprete addita fuiſſe. Adeò ſibi placuit ille in iure vetere quod ad hãc rẽ pertinet, etiã per iniuriã corrigendo. Cæterùm quãuis poneres ita comparatum fuiſſe ius vetus, vt fideicõmiſſum à primo gradu legitimo relictũ à ſequẽti gradu tanquã à ſubſtituto ſaltem poſt reſcriptũ Seueri præſtandum eſſet, ac in neceſſarium antecedens vt legitima ſucceſſio à primo gradu ad ſecundum ex repudiatione deuolui poſſet, nunquam tamen admitterem conſequens fore vt perinde coheres legitimus coheredi tacite ſubſtitutus intelligi deberet: illud verò multò minùs vt id Seueri reſcriptũ ad eũ quoq; quaſi ſubſtitutum protraheretur. Itaq;, vt liberè dicã quod ſentio, nõ puto dubitandum quin Triboniani ſit tota illa clauſula *d. §. Iulianus, Sed poſt reſcriptum Seueri quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtituto debẽtur, & hic quaſi tacitè ſubſtitutus cũ ſuo onere cõſequetur adcreſcẽtẽ portionẽ*. Cui adnotationi, vt via strueretur, neceſſe fuit in pręcedentib. ita ſcribere *Iulianus quidẽ ſcribit* adiecta dictione illa *quidẽ* Triboniano noſtro tantoperè familiari. Ab Vlpiano enim fuiſſe illam interiectam non puto, ſicut nec Iuliani ſententiam notatam, nec deniq; Seuerum Imperatorem adeò ieiunè proprio nomine ac ſine vlla honoris præfatione nuncupatum fuiſſe. Inſpectione tamẽ dignum illud eſt, cur Iulian⁹ de legitimis heredibus fuerit locutus, an quod in teſtamentariis aliter exiſtimaret, vt nobis aliquãdo videbatur? Minimè, ſi non Vlpianus à Iuliano ea in re diſſentiit, quemadmodũ iam à nobis comprobatum eſt ex princip. eiuſdem legis. Sed quia in teſtamentariis diſtinguendum eſſet, an expreſſim ſubſtituti eſſent néene, vt alia quoq. diſtinctio induceretur, an à ſubſtitutione fideicommiſſa repetita eſſent an non. Vtrumque enim facto teſtamento frequentiſſimum erat vt & coheres coheredi vulgariter ſubſtitueretur, & à ſubſtituto legata fideicommiſſáque omnia repeterentur. Quibus diſtinctionibus locus nullus relinquebatur mortuo patrefamilias inteſtato pluribus legitimis heredibus relictis: cùm in codicillis aliáve vlla ſcriptura ad inteſtati ſucceſſionem pertinente fieri ſubſtitutio vulgaris & directa non poſſet, *l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell. §. vl. Inſt. de codicill.* Ideoq; in legitimis heredibus verum fuit indiſtinctè Iuliani & Vlpiani temporibus, adcreſcentem coheredis portionem ſine onere ad coheredẽ pertinuiſſe, tantùm abeſt vt verum eſſe potuerit quod Tribonianus credidit, legitimos coheredes pro tacitè inuicem ſubſtitutis haberi debuiſſe, qui nec expreſſim ſubſtitui potuiſſent. Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. non inſtam. 4. C. ad S.C. Trebell.* Is enim locus vnus eſt

quo

uo apertiſſimè probari videtur coheredes teſtamentarios inuicem tacitè ſubſtitutos videri, ob idq; reſcriptum Seueri de tacita legatorum & fideicommiſſorum repetitione ad illos etiam pertinere. Dicendum eſt, neceſſariò fuiſſe in illa ſpecie coheredes inuicem expreſſim ſubſtitutos, non illa ſolum coniectura quod eiuſmodi ſubſtitutio, vt diximus, vulgò fieri ſoleret, ſed verbis quoq; legis ita ſuadentibus. Siquidem non alia ratio affertur, quàm quod D. Antonino placuerit deberi etiam à ſubſtitutis fideicōmiſſum contemplatione iudicij teſtatoris, quaſi tacitè ab iis repetitum. Quę ratio prorſus inepta eſſet ac incongruens, ſi non expreſſim coheredes fuiſſent ſubſtituti: priúſq; erat vt lex diceret habendos eos pro tacitè ſubſtitutis, quàm vt reſcriptū de ſubſtitutis factū ad coheredes accōmodaret, aut ſaltē ſic cōcipienda erat ratio, vt de coheredibus eſſet tanquā tacitè ſubſtitutis, non de ſubſtitutis ſimpliciter. Sed abſurdum ſane fuiſſet ita reſcribi ab Imperatoribus vt tacitè repetita viderentur legata & fideicommiſſa etiam ab eo qui non niſi tacitè quoq. fuiſſet ſubſtitutus: neq; poſſum videre cur nō de coheredibus quoque perinde ac de ſubſtitutis Antoninus reſcripturus fuerit, ſi ad coheredes quoque reſcriptum ſuum pertinere voluiſſet. Erat enim multò frequētius adcreſcendi ius quàm ſubſtitutionis, cùm & tacitū eſſet & neceſſarium ex ſola legis poteſtate, ideóq; nec minùs reſcripti auxilium merebatur, ſi teſtatoris voluntas præſumpta coheredi æquè ac ſubſtituto nocuiſſet. Subſtituto namq; ſubintrante locum & gradum eius à quo nominatim legata vel fideicommiſſa relicta fuerāt, vix erat vt nō videri deberet ea fuiſſe teſtatoris voluntas ne melioris eſſet condicionis ſubſtitutus quàm inſtitutus, etſi ante reſcriptū Seueri non ita reſpondere Iurecōſulti potuiſſent, ne quidem ex coniectura ſubobſcuræ voluntatis, quoniam ſuppletione aliqua in eam rem opus erat, nec ſola interpretatio ſufficiebat. Prudentum verò munus erat, vt ſæpiùs diximus, interpretari non ſupplere. Adeò vt etiam hodie poſt reſcriptum Seueri accidat ſępenumerò vt legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto nō debeantur propter contrarias voluntatis coniecturas, vt Vlpianus tractat in *d. l. licèt Imperator. 74. de legat.* 1. quò etiam pertinet elegans illa ſpecies quam Paulus tractat in *l. Latinus Largus* 83. *de legat.* 2. vbi non de illo quæritur, An coheredi adcreſcat portio coheredis cum onere, ſed an patronus tanquam ſubſtitutus ex perſona ancillarū debeat fideicommiſſum ancillis ipſis relictum, hoc modo, *cùm ipſæ manumiſſæ eſſent.* Placet autem non videri repetitum fideicōmiſſum, quia ipſæ fideicommiſſarię fuerant ſubſtitutæ, nec in parte, ſed in totum, qui vnus eſt ex caſibus exceptis, de quibus in *d. l. licèt.* At in coheredibus quamuis teſtamentariis non idē tractari poteſt, quia coheres cùm adcreſcendi iure conſequitur deficientem coheredis portionem non ſubintrat locum coheredis, at ne quidem ex voluntate teſtatoris ſuccedit in ea portione, ſed ſola legis poteſtate fit vt & ei inuito, & quod magis eſt, ipſo etiam inuito teſtatore, ſi fortè cōtra leges adcreſcendi ius prohibere voluiſſet, deficiens portio adcreſcat. Non enim poteſt adcreſcendi ius à teſtatore prohiberi, vt docuimus in Decadibus. Neque rurſum in coherede, ſiue teſtamentario, ſiue legitimo locum habet ratio illa quæ Tribonianū perpetuò mouit quod ferendus non ſit is qui lucrū amplectitur, onus autem recuſat. Siquidem lucrum illud portionis deficientis tale eſt, vt etiam inuito eo heredi acquiratur, quod de ſubſtituto non æquè dici poteſt qui imputare ſibi debet, cur ſubſtitutionem agnouerit, ſi onus ſubire nolebat. Proinde nulla ratio eſt, cur dicamus ex tacita teſtatoris voluntate debere illum legata & fideicommiſſa quę teſtator à coherede nominatim reliquerat, ſi nō fuerit expreſſim ſubſtitutus, vt in *d. l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione ff. ad leg. Falcid.* Nec illa ſolùm ratione quā ſuprà ex Celſo attulimus in *d. l. 29. quod alicuius de lega.* 2. quod qui vnum ex ſuis heredibus nominatim grauat, non aliter videatur pręſtari voluiſſe legatum vel fideicōmiſſum, quàm ſi ille heres extitiſſet (quæ etiam poſt reſcriptum Seueri in coherede vera fuit, non etiam in ſubſtituto.) Verùm etiam quia ex lege, vt dixi, magis quàm ex teſtatoris iudicio ſucceditur, per ius adcreſcendi, tum quoque cùm ius illud à teſtatore prohibitum non fuit. Neque in eo vlla fit iniuria voluntati teſtatoris, qui coheredem coheredi ſubſtituere poterat ſi voluiſſet. Poteſtq; illi imputari cur non fecerit, tum etiam cùm conſtat eum voluiſſe. Subſtitutionem enim vulgarem tacitam prudētes nullam agnoſcunt, niſi quę ex Marci conſtitutione inducta eſt, & de qua in *d. l. iam hoc iure* 4. *de vulg. & pup. ſubſtit.* Nam & ſimiliter dicimus eum qui fit coheres præter mentem teſtatoris, ac proinde ab inteſtato, nullam partem debere eorum quæ teſtator voluerat præſtari ab illo quem ſibi ſolum ſucceſſurū ſperabat, qui ſuccedit ſuo iure non ex iudicio teſtatoris, *l. quis grauis* 1. *cum duab. ſeqq. l. pen. ff. de iur. codicill. l. cùm pater* 77. *§. cùm exiſtimaret de leg.* 2. Sed & in ſpecie *d. l. 4. C. ad Treb.* fuiſſe coheredes teſtamentarios inuicem expreſſim ſubſtitutos, coniici poteſt ex illis verbis legis, *vt ad aliū nepotem eundémq; coheredē deuoluatur portio.* Deuolui enim propriè dicitur portio quæ ex ſubſtitutione acquiritur, quoniā ſubſtitutio, vt dixi, ex ſecundo gradu delationis ęſtimatur, non etiam quæ per ius adcreſcendi, cùm portio adcreſcat portioni nō perſonæ, *l. ſi Titio 33. §. 1. ff. de vſufr.* nec proinde ad perſonam deuoluatur, ſi hoc quoque ſenſu eo verbo vti voles, ſed ad portionem. Illa igitur dubitandi ratio erat in *d. l. 4.* nō quod reſcriptum Seueri de ſubſtitutis duntaxat non etiā de coheredibus locutum fuiſſet, coheredes autem expreſſim ſubſtituti nō fuiſſent, ſed vt ipſa lex ait, quod à coherede eodémq; ſubſtituto nō fuiſſent nominatim repetita legata vel fideicommiſſa quæ à coherede nominatim fuerant relicta. Sed nō fuit neceſſaria expreſſa repetitio ſufficiente tacita poſt reſcriptum. Fuit tantū neceſſaria ſubſtitutionis expreſſio, de qua tamē ſi quis miretur nihil diſertis verbis expreſſum fuiſſe in *d. l. 4.* cogitare is debebit in pleriſq; aliis legibus Codicis idem vſuuenire vt multa in facto ſupplenda ſint quæ quòd in legibus expreſſa eſſent, in reſcripto fruſtra fuiſſet repetita. Quanquā & ex ipſis verbis legis quæ nos in hanc rem ponderauimus, nō obſcurè probari poſſe videtur fuiſſe in illa ſpecie expreſſam ſubſtitutionem. In cóque nos etiam errauimus, cùm eam legem interpretati ſumus lib. 6. tit. 14. Cætera enim quæ ad eam legem pertinent videmur nobis eo loco non infeliciter explicaſſe.

Emendatio l. pater meus 29. §. vlt. de legat. 2. & retractata quæſtio l. 1. §. quod ex ſubſtitutione & §. ſi coheredis ad leg. Falcid.

CAPVT XV.

HIc quoque locus noſtra non tantùm interpretatione, ſed etiam manu indiget, vt explicari poſſit. Nec enim hactenus fuit qui benè explicuerit, *ſi filio heredi,* inquit Celſus, *pars eius à quo nomi-*

natim legatum eſt, adcreſcit, nõ præſtabit legatum quod iure antiquo capit. Videtur hoc cõſequẽs et ſentẽtiæ quę præcedit in §. *quod alicuius*, vbi generaliter ſcriptum eſt, Quod alicuius heredi nominatim fideicõmittitur, poſſe videri teſtatorem ita demum dari voluiſſe, ſi ille heres extitiſſet. Ad eorum legatorum & fideicommiſſariorum differentiam, quę non ab vno ex heredibus nominatim relicta eſſent, ſed ab ipſa, vt ita dicam, portione, his verbis, *Quiſquis mihi heres erit*, quomodo & cæteri quoque iureconſulti diſtinxerunt, *l. ſi Titio & Mæuio 61. in prin.* de qua proximo ca. diximus, *eo. ti. l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione. ff. ad leg. Falc. l. quidã referũt 14. §. vl. ff. de iur. codicill.* Sed illud priorũm obſcũrum eſt cur de filio herede Celſus ſeparatim tractet, ſi alterius cuiuſlibet heredis eã dem debere rationẽ eſſe exiſtimauit. Nã quod Accurſ. tentat maiorem dubitãdi rationem fuiſſe in filio, quaſi qui patris votũ magis adimplere debuiſſet, nõ videtur probabile, cùm neq; tanquã heres, neque tanquam filius durioris condicionis eſſe debeat quàm alius quilibet heres. Nobis aliquando placebat intelligendum eſſe locũ hunc de portione coheredis facta caduca nõ de repudiata, propter ea verba, *quod iure antiquo capit*, quaſi referenda ad legem Papiã de caducis, quæ ius antiquum ſeruauerat liberis vſq; ad tertium gradum, *l. vnic. §. 1. C. de cad. tol.* Hoc ſenſu, vt portio defecta poſt teſtatoris mortem ante apertas tabulas adcreſceret filio coheredi cum legato, quia niſi iure antiquo id caperet, legatum fieret caducum ſicut & hereditas, atq; ita nihil intereſſe legatarii videretur. Sed me nunc ab hac interpretatione illud reuocat, quod longè aliud eſt filium capere iure adcreſcendi deficientem portionem coheredis: aliud verò capere legatum quo deficiens portio fuit onerata. Capit equidẽ portionẽ deficientẽ iure antiquo, id eſt, iure adcreſcendi quod deſcendit ex lege duodecim tabularũ, ſaltem per prudẽtium interpretationem, & quidem nil obſtante lege Papia, quæ liberis ad tertium vſq; gradum imponere ſuum iugum erubuit, vt Iuſtin. loquitur in *d. l. vnic.* Sed non capit legatum quod non ſibi, ſed alij fuerat relictum. Puto igitur probabiliùs dici poſſe, tractari à Celſo ſpeciem illam in qua duo filiifamilias a patre fuerint ex ſemiſſibus inſtituti, à quorũ altero nominatim fuerit legatum extraneo. Nam ſi filio heredi pars eius, ſupple filij (nam & rarius eſt vt filio heredi ſcripto, extranea perſona miſceatur, etſi fieri interdum poteſt, *l. ſi is qui 13. §. vltim. ff. de reb. dub.*) à quo nominatim legatum eſt, adcreſcat, eo ſcilicet abſtinente, non debetur legatum ab alio filio cui portio adcreſcit, tametſi videatur heres extitiſſe, is etiam qui ſe abſtinuit, cùm dici ſoleat non eſſe ſine herede illum, qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *l. necessarius 57. ff. de acquir. hered. l. 1. §. qui sũt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cũ quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. ff. de fideic. libert.* quia nimirum cùm poſt abſtentionem heredis loco à prætore non habeatur, *d. l. ſi neceſſarius. l. ſi filius 12. ff. de interrog. in iure fac.* non poteſt dici talis heres qualem eum fore pater ſpetauit & voluit, cùm ab eo nominatim legauit. Et ideò perinde eſt ex teſtatoris voluntate, ac ſi nullomodo heres eſſet, vt non debeat filius coheres, quod non deberet ſi æquè nominatim ab alio coherede extraneo relictum fuiſſet. Idémq; multò magis probandum eſt, ſi ponas eum ex filiis à quo nominatim legatum ſit, inſtitutum fuiſſe ſub condicione, vt vocant, poteſtatiua. Hic enim rectiùs comparabitur extraneo cũ ante impletam condicionem non ſit heres, nec ciuili iure, nec prætorio, *l. 4. ff. de hered. inſtit. l. 4. Cod. de inſt. & ſubſt.* Itaq; nec dubitandi ratio hoc caſu illa eſt, quam eſſe diximus, ſi. io abſtinente. Sed alia tamẽ difficultas adhuc ſupereſt quid ſibi velint verba illa, *quod iure antiquo capit.* Accurſius ſuauiter, & ſubtiliter, ſi diis placet, interpretatur, *capit*, id eſt *caperet de iure antiquo, id eſt, ex lege duodecim tabularum ſi nemo eſſet inſtitutus*, ac proinde ab inteſtato. Secundum quam interpretationem verum eſt legatum non capere filium, quem capere lex ait. Imò nec capere poſſe ab inteſtato, quandoquidem, vt idem Accurſius ſubiicit, fieri non poteſt, vt filius qui patri heres extitit, ſuam portionem habeat iure inſtitutionis; adcreſcentem verò ab inteſtato, cùm ita fieret, vt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus pater deceſſiſſe intelligeretur. Quare confugit ille ad aliam interpretationem, & ait verbum *capit*, accipi propriè in ſenſu modi indicatiui, quia filius hic heres capit iure antiquo quod capit ex teſtamento, quia capit ex lege duodecim tabularum quæ confirmat teſtamentarias ſucceſsiones, *l. lege obuenire 130. de verb. ſignif. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Quibus verbis videtur ſignificare, filium hunc iure antiquo capere inſtitutionem, id eſt, portionem ex qua fuit inſtitutus, quam quæ adcreſcit ei à fratre coherede, quod vtramque habeat tanquam heres & ex teſtamento. Atqui Celſus non de inſtitutione loquitur, ſed de legato, cum ita ſcribit, *non præſtabit legatum quod iure antiquo capit.* Alia igitur interpretatio quærenda eſt, quià licet legata quoque per legem duodecim tabularum non minùs quàm hereditates teſtamentariæ confirmentur, *lege verbis legis 120. de verb. ſignific.* non tamen poteſt videri legatum capi ab eo cui portio deficiens aut repudiata adcreſcit ſine onere legati. Capit enim ille hereditatẽ nõ legatum. Adeò vt etiamſi legatum ipſi eſſet, legatum tamen valere non poſſet, pro qua parte illi à ſeipſo legatum fuiſſet, *l. & quidem totũ 18. l. legatũ eſt delibatio 116. §. 1. iunct. l. plane 34. §. ſi duobus de legat. 1.* Ergo nulla ex parte valeret ſi per coheredis repudiationem tota hereditas ad eum perueniſſet, quemadmodum è contrario ſi legatarius idémq; coheres portionem ſuam repudiare, totum legatũ conſequeretur, quia eo caſu totum caperet à coherede, nullam partem à ſemetipſo, *d. l. & quidem totum, l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid.* Puto ego ſubeſſe mendum in verbo *capit*, potiúſque legendum *cadit*. Senſum autem hunc eſſe, vt filius idémq; coheres fratris ſe abſtinentis, licet iure adcreſcendi conſequatur deficientem portionem, non tamen debere legatum, quod à fratre nominatim fuerat relictum, quia id iure antiquo cadit, id eſt, intercidit, ſiue defecta, ſiue repudiata portione quę fuerat grauata. Cur verò cadit? Nimirum quia vacans portio pertinet ſine onere ad coheredem. Iure antiquo id eſt, quod obtinuit à primis ipſis temporibus legis 12. tab. & ad eam adhibitæ prudentum interpretationis, non ſolùm vſq. ad reſcriptum Seueri, vt Azo & Accurſius interpretati ſunt, decepti ex *l. ſi Titio & Mæuio 61. §. Iulianus de leg. 2.* de qua proximo capite ſcripſimus, ſed vſq; ad tempora Iuſtiniani, qui primus conſtituit in *d. l. vnic. C. de caduc. tol.* vt non modò quæ ſunt in cauſa caduci, id eſt, quæ viuo teſtatore deficiunt, ſed etiam caduca omnia (quo nomine continebantur olim quæcunq; mortuo teſtatore, ſiue ante apertas tabulas, ſiue poſteà deficerent, putà pendente aut defecta condicione) vel remaneant penes grauatũ, vel perueniãt ad ſubſtiturũ, vel iure adcreſcendi cõiuncto acquirãtur, ſemper cum ſuo onere. Nã poſt illud quoq; Seueri reſcriptũ quod de tacita legatorum repetitione factum eſt, idem ſemper

hac

hac parte & incorrectum maneret ius vetus, vt ſiue deficiens, ſiue repudiata portio eius coheredis qui nominatim eſſet grauatus, ad coheredem ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum ſine onere perueniret: Exceptis duobus tantùm caſibus, Quorum alter erat ſi defeciſſet portio ex voluntate teſtatoris qui heres nomen induxiſſet, ea mente vt ipſius tantum inſtitutionem, non etiã legata & fideicommiſſa ab eo nominatim data improbaret, *l.2.in princ. ff.de his quæ in teſtam. delent*. Alter ille de quo ſuperiore capite tam multa diximus, ſi coheres coheredi eſſet ſubſtitutus, & à ſubſtitutione repetita expreſſim legata ante reſcriptum Seueri. Nam poſt reſcriptum expreſſa repetitio neceſſaria non fuit: & proinde nõ ſit cur aduerſus hanc noſtram ſententiam quis obiiciat Paulũ *in l.1.§.quod ex ſubſtitutione. ff.ad leg.Falcid.* vbi tractat de portione coheredis quæ ſiue grauata, ſiue exhauſta legatis ad coheredem ex ſubſtitutione peruenerit. Tametſi nõ ponat expreſſim repetita fuiſſe legata à ſubſtitutione, quia nec erat neceſſe, cum celebre illud Seueri & Antonini reſcriptum paſſim iam obtineret. Illud ſubobſcurius eſt, quod *in ſeq.§. ſi coheredis*, idem Paulus tractans de portione quæ legatis onerata vel exhauſta fuerit, & coheredis portioni adcreuerit, non dubitat, quin legata etiam nominatim relicta ab eo cuius portio vel defecta ſit, vel repudiata debeantur, ſed de illo tantùm diſputat, an confundendæ ſint portiones néne, vt ſciri poſſit an præſtanda ſit integra an deducta quarta. Nec enim videtur dici poſſe, id accipiendum de coherede qui fuerit coheredi ſubſtitutus, ne alioqui fatendum ſit eandem quæſtionem quæ in §. præcedente tractata fuerat, in ſequenti ſuperuacuo fuiſſe repetitam. Quomodo ratiocinatur Iacobus Cuiacius, quem nos & retulimus & ex parte ſecuti ſumus lib.4.c.13. Addens *in d.§.ſi coheredis*, nõ ſolùm tractari de portione adcreſcente nudo iure adcreſcendi nõ iure ſubſtitutionis, ſed etiam de portione defecta nõ de repudiata, ſumens huius rei coniecturã ex verbo, *vindicauero*, *arg.l.5.de vulg.& pupill.ſubſtit.* Sed tamen aliud mihi nunc iudicium eſt, & quando in quæſtione tam perplexa me cum viro doctiſſimo hallucinatũ eſſe non pudet, cur pudebit in melius tandem mutare ſententiam? Dico igitur in eo quoque §. *ſi coheredis*, illam quoq. ſpeciem à Paulo tractari in qua coheres coheredi fuerit ſubſtitutus, cum aliter nullus potuerit locus eſſe quæſtioni, ſiue poneres nominatim relicta legata ab eo cuius portio defeciſſet aut repudiata eſſet, quoniam ea coheres non deberet, ſiue his verbis, *Quiſquis mihi heres erit*, quorũ adiectio faceret ſine dubio, vt in ponenda legis Falcidiæ ratione omnimodo confundendæ & miſcẽdæ eſſent portiones: vt oſtendũt verba illa vltima *d.§.id quod ex ſubſtitutione, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſint, non, Quiſquis mihi heres erit.* An igitur eandem prorſus ſpeciem & quæſtionem in vtroq; §. tractatam fuiſſe fatebimur? Minimè. Nam *in §.id quod ex ſubſtitutione*, tractatur ille caſus quo ſiue deficiẽs, ſiue repudiata portio coheredis ad coheredem ſuum qui ſuam iam agnouerat, ex ſubſtitutione peruenerit. At *in §. ſi coheredis*, ille tractatur in quo coheres coheredi ſubſtitutus, antequàm portionem ſuam agnoſceret, deficientem coheredis partem ex ſubſtitutione vindicauerit. Id enim ſignificat verbum *vindicauero*, quoniam cùm deficiens portio adcreſcit iam agnitæ portioni, adcreſcit etiam inuito coherede, & ipſo iure nec vlla vindicatione opus eſt aut ad acquirendum, aut ad teſtandam acquirendi voluntatem. Quod diuerſum eſt cùm ante agnitam vnam portionem alia defecit. Tunc enim liberum eſt coheredi eidémq ſubſtituto, incipere aditionem à portione deficiente, non à ſua: quod nõ aliter facere poſſit quàm ſi eam vindicet ex ſubſtitutione. Nã ſi ſubſtitutio nulla facta eſſet, quamuis alia portio defeciſſet antequam is qui heres eſſe vellet, propriam agnouiſſet, non tamen à coheredis portione poſſet aditionem incipere, quia, ne quidem in ea portione nihil prorſus iuris haberet, niſi per poſterius, id eſt, agnita prius propria parte, ne cui alia adcreuiſſet. Quid autem inter hos caſus interſit, hoc nemo fortaſſis adhuc dixerit, facilè tamẽ ex ipſis Pauli verbis explicari põt. Etenim cũ coheredi qui propriã portionem iam agnouit, coheredis portio ex ſubſtitutione acquiritur, & de lege Falcidia diſputatur, ea ratio videtur legatariis nocere, quibus à coherede eodémque ſubſtituto fuit legatum, ne ob id minus Falcidiam patiantur quod pars non onerata oneratæ acceſſerit. Quia iam erat quæſitum ius coheredi grauato, vt ex iis legatis Falcidiam poſſet deducere, cùm placuerit in ſingulis heredib. legi Falcidię locũ eſſe, *l.in ſingulis 77.eo.* Contrà tamen Paulus reſpondet, quia coheres hic ex ſemiſſe inſtitutus, & coheredi ſubſtitutus ſimilis eſt heredi ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtituto, ſiquidẽ ſubſtitutio directa quęlibet, nihil niſi cõdicionalis inſtitutio eſt. Nemo autem dixerit heredem ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtitutum Falcidiam inducere poſſe in legatis ex ea portione quę purè data fuit pręſtandis: ſi alterius portionis condicio tandem extiterit, atq; ita hereditas tota ad eum peruenerit, cùm vtraque portio vnam tantùm hereditatem conſtituat vnius teſtatoris, nec niſi vnum faciat heredem. Quę tamen ab eo nominatim qui portionem ſuam omiſerit, legata fuerunt, non augebuntur, id eſt, non ſine Falcidiæ detractione præſtabuntur, ſi in perſona coheredis repudiantis Falcidia locũ habere potuiſſet, quoniam heres qui portionem ſuã agnouit, cum ea præſtet tanquam ſubſtitutus, qui ſc. tanquã coheres nulla deberet, præſtat illa ex perſona coheredis, non ex ſua. Eodem igitur modo quo per ipſum coheredem præſtanda eſſent. Nec eſt contrarium quod ea debet tanquam à ſe tacitè repetita. Id enim facit duntaxat vt ea debeat, non etiam vt ex ſua perſona, *l. qui fundum 87.§.qui filium eo.tit.* Neq; poteſt quod ad ea legata pertinet comparari heredi ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtituto. Nam ſi quis eſſet ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtitutus nulla legata debere poſſet, niſi ex propria perſona, ideóq. nec Falcidiã inducere poſſet, ſi modò quadrantem totius hereditatis ſaluum haberet. Quod ſecus eſt cum agitur de legatis præſtandis, quæ non ab eo, qui totam hereditatem nunc poſſidet, relicta fuerunt, ſed ab eius coherede, cui fuerit ipſe ſubſtitutus. Etſi namq. ſubſtitutio ipſa eſt, quę facit vt heres ex ſemiſſe inſtitutus, & coheredi ſubſtitutus, cõparãdus ſit heredi partim purè, partim ſub cõdicione inſtituto (quæ cõparatio non ſimiliter procederet, nulla facta ſubſtitutione, tametſi ius adcreſcendi locum haberet, vt intelligas coheredem licèt teſtamentarium pro ſubſtituto haberi non poſſe) hęc ipſa tamen comparatio demonſtrat, non quod ad alia legata poſſe eam habere iuris effectum, quàm quòd ad ea quę ab ipſo adeunte relicta ſint, non quòd ad ea quę ab eius coherede qui repudiauit, quia ſi ſolus ille eſſet inſtitutus ex parte purè, ex parte ſub condicione, neq. de coherede vllo, neq; de legatis à coherede relictis quæri oporteret. Atq; hic quidem ſenſus eſt, *d.§.id quod ex ſubſtitutione*. At cũ coheres cuius portio erat integra, coheredis portionẽ legatis exhauſtam ex ſubſtitutione vindicauit,

priuſquam ſuã agnoſceret, quem diximus caſum eſſe de quo tractatur *in d. §. ſi coheredis*, maior ratio ſuadet, vt confundendę partes videantur ſecundũ Caſſij ſententiam à Paulo relatam, quia cum incipiat aditio à portione exhauſta, videtur coheres idémq. ſubſtitutus aliam quoque portionem ex qua ſcriptus ipſe fuerat habere ex eadem ſubſtitutione tanquam portioni iam agnitæ adcreſcentem, atq. ita perinde eſſe ac ſi ex ſubſtitutione ſola totam hereditatem vindicaret, quo caſu nemo diceret Falcidiæ locum fore cũ & nulla detracta Falcidia ſaluum & integrum totius hereditatis ſemiſſem eſſet ille habiturus. Sed aliud Proculo viſum eſt, & Iuliano, quos Paulus quoq; probat, quia ſubſtitutio priùs agnita non facit, quominùs idem & ſubſtitutus & coheres aliam partem habeat iure propriæ inſtitutionis, & conſequenter quin legata à coherede qui repudiauit, nominatim relicta præſtet ex perſona coheredis tãquam ex ſolo ſemiſſe inſtituti, qui ſi portionem ſuam agnouiſſet, vtiq. Falcidiam inducere potuiſſet. Dices Iuliani & Proculi temporibus ita ius fuiſſe, vt legata ab inſtituto relicta, ſubſtitutus non deberet, ſi nõ eſſent expreſſim repetita. Fateor, quia floruerunt illi ante tẽpora Seueri & Antonini. Sed cùm in omni quæſtione præſupponendi ſint termini habiles, vt interpretes loquuntur, nihil vetat ſupponere expreſſam repetitionem, quam & credibile eſt olim fieri paſſim ſolitam fuiſſe, indéque ſumptam occaſionem reſcripti, ſicut & pleriſq. aliis Impp. conſtitutionibus cauſam illud dedit, vt pro facto haberi voluerint, & pro conuento, etiam quod factum & conuentum non eſſet ob id ſolùm quod vt plurimũ fieri & conueniri id ſoleret, *l. vlt. C. de fideiuſſ. l. vlt. C. quæ res pignor. obl. poſſ. ſunt. l. & quæ nõdũ 15. §. quod dicitur. ff. de pig.* Et verò cùm nihil eſſet frequẽtiùs quàm vt coheres coheredi vulgariter ſubſtitueretur non ſolum vt haberet electionem vtrum ex ſubſtitutione vellet ſuccedere an ex inſtitutione, ſed etiam & ob id potiſſimum ne portio fieri caduca poſſet, quemadmodum Iuſtinianus teſtatur *in pr. d. l. vni. C. de cad. toll.* dubitandum non eſt quin prudens teſtator quilibet cùm id maximè ageret vt voluntatem ſuam in tuto collocaret, à ſubſtituto quoq. legata repetere ſoleret, q̃ videbat nõ aliter conſeruari poſſe in caſũ euenientis ſubſtitutionis. Iſq; certè mihi nunc videtur veriſſimus Pauli ſenſus *in d. §. id quod ex ſubſtitutione, & d. §. ſi coheredis*, quem tamen non eramus aſſecuti cum priores noſtras de reſponſi ſatis obſcuri interpretatione coniectutas exponebamus lib. 4. c. 13. quẽ locũ ex hoc volumus, non modò ſuppleri, ſed etiã emendari. Denique ſi quis alius iuris locus eſt in quo tractetur de coheredis portione grauata legatis quę ad coheredem perueniat cum onere legatorum, *vt in l. quod ſi alterutro 78. eo. tit.* dico ponendũ eſſe neceſſariò quòd vel fuerit coheredi ſubſtitutus, & ab eo expreſſim repetita legata vel fideicõmiſſa, niſi eius IC. reſponſum ſit qui Seueri reſcriptũ non ignorauerit (tunc. n. ſubſtitutionem præſupponere ſatis eſt ad tacitam repetitionem inducendã) vel fuerint legata à coherede qui repudiauit, nõ nominatim relicta, ſed his verbis, *Quiſquis mihi heres erit*, vt non perſona ipſa coheredis, quàm eius portio grauata dici poſſit. Nec. n. neceſſe eſt nominatim relicta eſſe legata vel fideicõmiſſa ab eo qui ex ſemiſſe ſcriptus eſt, vt ſola eius portio grauata videatur, ſed poteſt ita ſcribere teſtator, *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Mæuius ex alia ſemiſſe, Quiſquis ex Mæuij ſemiſſe heres erit, Sempronio ducenta, Caio trecenta dato.* quo caſu certum eſt ſolam Mæuij portionem eſſe oneratam, & tamen Titium, ſiue ſubſtitutionis ſiue adcreſcendi iure ſemiſſem conſequatur, legata omnia ex eo ſemiſſe relicta debiturum, tanquã ab eo non tam repetita quã data propter dictionem illam *Quiſquis*. Cæterùm, quàm verum ſit quod & in hoc & in ſuperiore capite diſputauimus, ita fuiſſe comparatum ius vetus etiam poſt reſcriptum Seueri & ante Iuſtiniani cõſtitutionem *in d. l. vnic. C. de caduc. tollend.* Ex illo quoque apparet quod pluribus heredibus inſtitutis, & altero hereditatem reſtituere rogato, ſi is ſuſpectam diceret, cogi poterat & debebat per fideicommiſſariũ, vt adiret, ne alioqui fideicommiſſum intercideret, tametſi eius coheres qui grauatus non erat, iam adiiſſet, *l. cogi 16. §. vlt. D. ad SC. Treb. l. ſed cum ab herede 12. eod.* ſecũdum eam illius loci interpretationem quam nos attulimus ſ. c. 9. Quid. n. eſſet hoc neceſſe, ſi ſuſpectam dicentis & repudiantis portio non niſi cum onere fideicommiſſi ad coheredẽ adeuntẽ peruenire poſſet? Exemplo quod dicimus, ſi duo heredes à patre inſtituti fuerint, & vtriuſque fidei cõmiſſum vt exheredati filij hereditatẽ reſtituãt ſatis eſſe vel vnũ cogi adire ad patris tabulas cõfirmandas. Hoc. n. facto etiã eũ qui patris hereditatẽ adire & reſtituere compellendũ, *l. apud Iulianũ 11. §. 1. l. ita tamẽ 27. §. qui ſuſpectã, & à patre*, verſ. *quod ſi duo eo.* Nunquam. n. cogendus quis eſt vt cõtra iuris regulas adeat hereditatem ſibi ſuſpectam, niſi cùm id neceſſe eſt ad conſeruandum fideicommiſſum. Etſi videtur ſpecialior quędam ratio locũ habere in fideicommiſſis vniuerſalibus quàm in ſingularibus & in legatis, quia non poſſunt actiones ex fideicommiſſo vniuerſali tranſire in fideicommiſſariũ, niſi reſtitutio fiat ex Trebelliano, quæ porrò fieri non aliter poteſt quàm ſi reſtituatur hereditas, quomodo teſtator voluit, ac proinde ab eo ipſo qui rogatus fuit. Quæ videtur etiam ratio eſſe *l. ſi eius 34. eod.* Eodémque refero quod Papi. in *l. ſi res aliena 52. §. 1. eo. tit.* tractat de adcreſcente portione eius ex coheredibus, à quo fuerat relicta libertas, nõ eius à quo hereditas: quia ſi portio coheredis qui hereditatẽ ſeruu teſtituere rogatus erat, ei adcreuiſſet qui libertatẽ fideicõmiſſariam præſtare debuerat, non idcircò potuiſſet ille cogi vt adiret ſuam portionẽ, quia nõ eo magis factus fuiſſet debitor & libertatis & hereditatis, quandoquidem etiam adita portione ſua, coheredis quidẽ portionẽ repudiatã adcreſcẽdi iure cõſecutus fuiſſet, at liberã & immunẽ ab onere fideicõmiſſariæ hereditatis. Cur ergo, inquies, cõtrà euenit, vt repudiante portionem ſuam eo qui fideicommiſſariam libertatem debuit, coheres cogi poſſit, tanquam qui ob adcreſcẽtem portionem vtriuſque fideicommiſſi debitor eſſe cœperit, & libertatis & hereditatis? An non ex eo appareret deficientem coheredis portionem à quo nominatim relicta fuerat libertas per fideicommiſſum adcreſcere coheredi cum ſuo onere fideicõmiſſi? Sic ſanè eſt, ſed iure, vt puto, ſingulari, non ſolùm fauore libertatis (idem enim etiam in caſu contrario dicendum eſſet ſi fauor hic libertatis vrgeret) ſed ratione voluntatis, quia fideicõmiſſum hereditatis ab eo præſtandę qui totã hereditatẽ nũc habet facilè includit fideicommiſſum libertatis tanquam in neceſſariũ antecedẽs arg. *l. pen. C. de neceſſ. hered. inſtit.* Eſtque longè expeditius vt debitor hereditatis fiat debitor libertatis, quàm vt èeontrario debitor libertatis fiat debitor hereditatis. Quoniam qui liber eſt, poteſt eſſe non heres, qui verò heres eſt, non poteſt eſſe non liber. Tantò magis, quòd hoc caſu adcreſcens portio, non tam onus quàm commodum adferre ſecum videtur.

Nam

Nam etſi coheres portionem ſuam agnouiſſet, non aliter tamen fideicommiſſariam libertatem præſtare potuiſſet, quàm ſi eam partem quam in illo ſeruo coheres habebat, ex legato priùs accepiſſet, *d.l.cogi. §.vlt.* Atque ita ſerui partem amiſiſſet, fauore coheredis qui ſolus libertum habuiſſet. Coherede verò repudiante, etſi eandē ſerui partem hic amittit, quā illo adeunte amiſſurus erat, habet tamen libertum præſtita fideicommiſſaria libertate. ideóque negari non poteſt, quin plus conſequatur commodi, quàm incommodi ex adcreſcente portione, etiā quod pertinet ad ſeruum hunc manumittendum. Ergo, vt ad Celſum noſtrum redeamus, fatendum eſt eo iure quod Celſi temporibus obtinebat, ſi filio coheredi pars coheredis, ſiue frater, ſiue extraneus is eſſet, adcreuiſſet à quo nominatim fuerat legatum, non potuiſſe adeuntem debere legatum, quoniam eiuſmodi legatum eo iure cadebat & intercidebat: Idque ſignificare verba illa, *quod iure antiquo cadit.* At cū ius antiquum dici non poſſit, niſi ex comparatione iuris noui, arg. *d.l.quoties duplici 91. de reg.iur. l.tutelu 7. D.de capit.minut.* Ius autem nouum hic non aliud ſit, vt probauimus, quàm quod Iuſtiniani conſtitutio introduxit, de quo tamen non potuit Celſus cogitare; cogor dicere verba illa Triboniano eſſe neceſſario tribuenda, id ſcilicèt perpetuò agenti vt ius antiquum ad Iuſtiniani conſtitutiones accōmodet, poſtquam ita Iuſtiniano placuit, vt quæcunque à prudentibus dicta ſunt, perinde accipiantur, acſi à Iuſtiniano ipſo dicta eſſent. Voluit autem Tribonianus dicere, Celſi quidem ſententiam verā fuiſſe temporibus Celſi, quia iure antiquo legatum nominatim relictum ab eo qui heres non eſſet, deficiebat, nec pręſtandum erat ab eo cui deficiens portio adcreſcebat. Sed hodie aliud eſſe nouo iure Iuſtinianeo, quo inductum fuit, vt deficiens portio nunquā ſine onere adcreſcat, niſi cùm habetur pro non ſcripta. Sed obſeruare Tribonianus debuit, ita loqui interpretem, aut etiam Tribonianum ipſum, nō item Celſum potuiſſe.

Emendatio l.1.§.penult. D. de his quæ in teſtam. delent.

CAPVT XVI.

VLpiani verba hæc ſunt, *Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas ſi fortè ſit ſubſtitutus, iure facta videbitur, non quaſi adempta, quoniam hereditas ſemel data adimi facilè nō poteſt, ſed quaſi nec data.* Quorum verborum cōſtructio ipſa per ſe primùm obſcura eſt. Non enim dici poteſt ad quod ſubſtantiuum referendū ſit adiectiuū *facta* niſi cum Accurſio ſuppleas *ademptio.* Supplendū nāq; erit ſubſtantiuū, quod in præcedētibus non fuit expreſſum, licèt de portione adēpta dictū ſit, quoniam aliud eſt dicere *portio adēpta,* aliud *adēptio.* Sed etſi poneres ita ſcripſiſſe Vlpianum, *Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas ſi fortè ſit ſubſtitutus iure, facta ademptio videbitur,* adhuc tamen non ſatisfaceres Priſciano. Scribēdum enim erat *hereditatis portione adēpta vel tota hereditate* per ablatiuos abſolutos qui à nullo verbo regūtur, nō per nominatiuos, quos ab aliquo verbo regi neceſſe ſit. Sed & illud difficile eſt explicare, quid ſibi velint verba illa *ſi fortè ſit ſubſtitutus.* Nō.n. placere poteſt interpretatio Accurſij, qui ea ſic intelligit vt ſubſtitutus conſciderit tabulas inuito teſtatore, ſactique ſui pœnam illam patiatur vt amittat hereditatem, argumen. *l.non eſt dubium 5.C.de legat. & l. penultim. eodem. & l. Paulus reſpondit. Si certa 48. D.ad Senatuſc. Trebell.* Aliud ſiquidem eſt adimi hereditatem, aliud amitti, nec nec video qua ratione poſſet hoc caſu dici adempta ſubſtituto hereditas quam ille facto dolóque ſuo amiſiſſet. Præſertim cū ij de ademtione per teſtatorem ipſum non per legem facta Vlpianum loqui ex eo appareat quòd ſequitur, *non quaſi adempta, ſed quaſi nec data.* Ademtio enim quæ per legem fit, neceſſariò præſupponit dationem adeóq. delationem hereditatis, non etiam illa quæ fit per teſtatorem: quia quandiu teſtator viuit non defertur hereditas, nec proinde vlladum legis poteſtas eſt in ea adimēda. Cùm tamen verum ſit datam eam eſſe per teſtamētum, nemo dubitat quin poſſit eam teſtator adimere quaſi nec datam; ratione illa quòd neque teſtamenti vis vlla eſt, ſicut nec hereditas ante mortem teſtatoris, cuius voluntas interim eſt ambulatoria & ita reuocabilis, vt quod mortis tempore ab eo datum non reperitur, ſiue hereditas ſit ſiue legatum teſtamento fortaſſe ſolemniter reuocato, nunquam datū eſſe videatur. Accedat, quod nec fieri vllo caſu poteſt vt ſubſtitutus in pœnam cancellationis, quā inuito teſtatore fecerit, amittat hereditatem. Nam ſiue totum teſtamentum cancellauerit, ipſam quoq; ſubſtitutionem cancellatam & conſequenter inutilem factam eſſe neceſſe eſt, cùm in teſtamento contineatur, ſiue quod probabilius facturus ſit, inſtitutionem tantùm cancellauerit vt ſibi locum faceret ac ſubſtitutioni, æquè nihil egerit, quia tum etiam cùm teſtator ipſe inſtituti nomen induxit, & ſubſtituti reliquit, fieri non poteſt vt ſubſtitutus emolumentum hereditatis habeat, *l.2.* verſ. *ſed ſi inſtituti,* vbi pro *inſtitut'* quomodo habet recepta lectio *ſubſtitutus* legendū eſſe Iac. Cuiacius non minùs elegāter, quā verè obſeruauit. De inſtituto namque cuius nomē teſtator cōſultò induxerit dubitari non pōt, quin nihil habere debeat, tametſi nomen ſubſtituti non fuerit inductum, cùm nihil vetet incipere teſtamentū à ſubſtituto vulgari, vt & in *l.ſi is qui ſolucado 57.ff.de hered.inſtit. l.quidam teſtamento 50. & paſſ. De vulg. & pup.ſubſtit.* At de ſubſtituto dubitari probabiliter poterat, cuius nomen inductum non erat, propterea quòd cancellatio non aliis nocere ſoleat quàm iis quorum nomina cancellata ſunt *l.2. & 3. hoc tit.* Sed tamen illa ratio ſubſtitutum quoq; excludit, quòd non alia hereditas aut hereditatis pars ei data dici poſſit, quàm quæ data fuerat inſtituto: Id enim eſt ſubſtitui, in ea ſcilicet portione quę alij data fuerat inſtitui. Proinde cùm inſtitutus hic nullus ſit quia nomen eius cancellatum fuit, nulla eſt etiam hereditas in qua ſubſtitutus datus videri poſſit: ſed ea potiùs pars hereditatis data ei videtur (ponit enim lex inſtitutum cuius nomen inductum eſt habuiſſe coheredes) quæ nulla eſſet, vt in caſu *l. ex facto 19.ff. de here. inſtit.* in eóque propter hanc rationem deterior eſt cōdicio ſubſtituti quàm vel coheredum vel legatariorum & aliorum quib. eodem teſtamento aliquid relictum proponatur, quibus non nocet quod heredis inſtituti nomē inductū ſit, adeò vt ex illa inductione & cancellatione reſultet potius tacita quædam confirmatio quæ faciat vt tantò magis valere debeant cætera nō cācellata, ſiue ex teſtamēto ſiue ab inteſtato, vt Paul. Caſtr. ratiocinatur *ad d.l. 3. in fin. hoc tit.* Apparet igitur verba illa, *ſi fortè ſit ſubſtitutus,* neque ab Accurſio aut alio interprete fuiſſe bene explicata, neque explicari commodè poſſe: proinde interpretis eſſe potius quàm Vlpiani. Quamquam nec facilè eſt dicere quid interpretem fallere potuerit, adeò ſunt inepta, & ad rem iurisq. rationem parum accommodata. Niſi fortè putauit ille ademptionē hereditatis ſiue totius ſiue pa

parte non alitet valete poſſe quàm ſi beres aliquis ſit ex cuius perſona confirmetur ademptio ſicut & datio confirmanda eſſet, quemadmodum ſi de legatis aut fideicommiſſis ageretur, *l. quidam referũt.* 14. *ff. de iur. cod.* ſed cogitare debuit aliam rationem eſſe hereditatis, aliam legatorum, legata neq; dari, neq. adimi poſſe, ſi heres nullus ſit, a quo vel dentur vel adimantur, quia pendẽt ex inſtitutione, ab eáq. vires accipiunt, *d. l. 3. h. t. l. 1. in fin. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Hereditatem verò directam (aliud enim eſt in fideicommiſſaria) ſicut non ab alio dari poteſt, quàm ab ipſo teſtatore, ita neque datam adimi, & ob id cùm adimitur non tam ademptam, quàm nec datam videri, quia cùm non niſi teſtamento dari poſſit, *§. 2. Inſtit. de codic.* teſtamentum verò nullum ſit ſine inſtitutione, *l. vlt. ff. eod.* non poteſt dici hereditas data heredi, cuius nomen ab ipſo teſtatore inductum fuit. Ergo nec adempta, quandoquidem ademptio propriè ſumpta præſupponit veram dationem, *l. 3. §. condicio & paſſ. ff. de adim. leg.* At legata cùm adimũtur, verè & propriè adimi dicuntur, cùm verè data fuerint teſtamento quod per eiuſmodi ademptionem non minus ſubſiſtit licèt in effectu verum ſit etiam in legatis, id quod ademptum ſit nec datum videri, *l. ſi ita ſit adſcriptum* 14. *De legat.* 1. Idque eſt quod Vlpianus ait hereditatem ſemel datam non facilè adimi poſſe, ſcilicet verè, & propriè ſaluóque teſtamento in quo fuerat data. Codicillis enim adimi non poſſe cõſtat, *l. pen. §. vl. ff. de cond. inſt.* vbi ob hanc cauſam Modeſtinus ſcribit neq; condicionem in codicillis adſcribi poſſe heredi, qui teſtamento fuerat purè inſtitutus, quia in defectum condicionis de hereditatis ademptione cogitaſſe teſtator intelligatur. Alio autem ritè ac ſolemniter facto teſtamento, non poſſis dicere ademptam hereditatem cùm prius ipſum teſtamentum ſolum rumpatur & irritum conſtituatur, *§. poſteriore Inſt. quib. mod. teſt. infirm. l. ſi quis priore* 29. *ff. ad SC. Trebell.* atq; ita fiat vt nunquam hereditas data cenſeatur: Itaque quod Vlpianus hoc loco ſcribit hereditatem ſemel datam non facilè adimi poſſe, modeſto & prudentibus noſtris familiari more loquendi, ſic proculdubio accipiendum eſt, vt nullomodo nullóque caſu adimi poſſit, ſi quis propriè ac pariter loqui velit, ſiue namque ponas heredem ſolum inſtitutum fuiſſe à quo ſit adempta hereditas, non potuit ei adimi à ſeipſo non magis quàm dari, ſicut nec heredi à ſemetipſo legatum vllum dari aut adimi poteſt, *l. cum filiofamilias* 11. *l. & quidem totum* 18. *l. legatum eſt delibatio* 116. *§. 1. de legat.* 1. Sin ponas datos ei coheredes, nõ poteſt ea coheredum adiectio vtilem facere ademptionem hereditatis, quia non ſicut legatorũ, ita & hereditatis pars aliqua capit̃ à coherede. Multóq. minùs datio ſubſtituti ademptionem eiuſmodi confirmabit, quia præpoſterum eſt vt ſiue datio ſiue ademptio hereditatis à ſubſtitutione confirmetur, *l. ex pupillari* 44. *De vulg. & pupill. ſubſt. l. quod per manus* 10. *ff. de iur. codic.* Nec eſt cõtrarium quod Paulus ſcribit in *l. nihil intereſt* 16. *ff. de adim. lega.* nihil intereſſe an inducatur quod ſcriptum eſt an adimatur. ex quo inferunt nonnulli, hereditatem igitur adimi poſſe, quia & heredis ſcripti nomẽ induci poteſt, id enim de iis rebus debet intelligi quæ adimi poſſunt, id eſt de legatis & de fideicommiſſis, & aliis huiuſmodi, nõ etiam de hereditatibus, quæ nec adimi poſſunt nec induci. Planè ipſius heredis nomen induci poſſe non negamus, ſed aliud eſſe dicimus, induci nomen heredis, aliud hereditatem, quia nec hereditatis mentio neceſſaria eſt ad concipiendam inſtitutionem, ſed tantùm nomen heredis, *l. 1. §. ſi autem ſic ſcribat. ff. de hered. inſt.* Prætereà tum quoque cùm heredis inſtituti nomen inducitur, admittimus equidem auferri ei commodum hereditatis, ſed ita tamen vt non tam adempta quàm nunquam ei data hereditas exiſtimetur, propter eam quam diximus rationem. At quoniam ſublatis etiam illis verbis, *ſi forte ſit ſubſtitut*, quę nos inepti interpretis eſſe probauimus, mendum illud manet quod huius capitis initio monuimus, vicioſæ conſtructionis. Puto non aliter poſſe locum reſtitui quàm ſi deleta quoq; dictione illa *facta* contexamus hunc §. cum præcedenti continua ſerie orationis ab illis verbis, *& ſi quidẽ*, legamúſq. hoc modo, *Et ſi quidem illud conſcidit teſtator denegabuntur actiones, & hereditatis portio adempta, vel tota hereditas iure videbitur non quaſi adempta, quoniam hereditas ſemel data facilè adimi nõ poteſt, ſed quaſi nec data.* Illa namque intermedia, *ſi vero alius inuito teſtatore non denegabuntur*, etiã tollimus non tanquam falſi quid habentia, ſed tãquam inepta, non ob id ſolùm quòd elegantem alioquin futuram & continuatam orationis ſeriem interrumpunt (niſi quis probabilius putet vt parentheſi circumſcribatur, quo tamen ſenſu ſcribendum fuerat, *ſi enim* non *ſi verò*) ſed etiam quia prurſus ridiculum eſt monere, nõ eſſe denegandas actiones heredi cui nomẽ inductũ eſt ſi & ab alio quàm à teſtatore inductum ſit, & inuito teſtatore. Quis. n. tam ſtultus eſſet vt de eo poſſet dubitare? Imò ſtultus fuit interpres qui ſcripſit *inuito teſtatore* cùm ſcribere potiùs debuiſſet *ignorante* quã *inuito*. Sufficit namq; vt ignorãte teſtatore cãcellatio ab alio facta ſit, ne prętextu cancellationis actiones denegentur, quando nec nocet cancellatio facta, ſi inconſultò facta ſit, vt in §. præcedente Vlpianus ſcribit.

Explicatur tit. de his quæ in teſtam. delent.

CAPVT XVII.

ILlud autem in hoc tractatu mirum eſt hereditatem quæ non tam adempta quàm nec data intelligi debeat, vt ex Vlp. nunc dicebamus, quòd vulgò interpretibus placet, ipſo tamen iure acquiri poſſe heredi, vt tanquam ſcriptus & hereditatis adeundæ ius habeat, & per aditionem heres fiat. Sic enim Accurſius poſt Azonem ad eum locũ notat, ratione illa quòd alioqui non deferretur hereditas fiſco, ſed venientibus ab inteſtato, quæ tamen fiſco defertur, *l. 3. hoc tit. l. cum quidam* 12. *l. cum tabulis* 16. *§. vlt. ff. de his quæ vt indig.* Venientibus autem ab inteſtato ita demum ſi probẽt ea mente inciſas teſtamenti tabulas, aut inductũ nomen heredis vt inteſtatus moreretur, *l. vlt. hoc tit.* Quanquã non ignoro pleroſq. interpretes vulgò aliter exiſtimare, ſolitóſq. diſtinguere, qua ex cauſa nomen heredis teſtator induxerit, an tanquam indigni, vt hoc caſu poſſit nihilominus heres fieri ex teſtamento, ſed ita vt ei tanquam indigno hereditas auferatur, & fiſco applicetur, adeò vt nec poſſit repudiare in fauorẽ legitimi heredis, quaſi in fraudem fiſci ceſſura eſſet ea repudiatio ſi locum faceret venientibus ab inteſtato, an verò neq. indignũ heredem teſtator expreſſim dixerit, neq. iuſtam cauſam vllam habuerit indignum eum exiſtimandi, vt tunc & in dubio credatur potiùs irritas facere tabulas voluiſſe, vt decederet inteſtatus, quàm fiſcum inuitaſſe, *ex l. 1. §. pen. ff. ſi tab. teſt. null. extab.* Sic enim Caſtrenſis diſtinguit ad *d. l. 3. num. vlt.* Mihi tamen Azonis & Accurſij ſententia verior aliquando videbatur, neq. dubito quin inducto nomine heredis locus fiat fiſco, quia lex pro indigno habet heredẽ, qui

non

non retinuit defuncti voluntatem, ſicut & legatarios quoq. ex eadem cauſa pro indignis haberet, vt Papinianus apertè ſentit *in d.l.cum quidam*, & *in d.l.cum tabulis.§.vlt.* niſi probetur teſtator in gratiam duntaxat legitimorum heredũ mutaſſe voluntatem. Sed tamen alia diſtinctio mihi placebat, iurique conuenientior putabatur; an teſtator totum teſtamentum induxiſſet & cancellaſſet, an ſolius heredis nomen. Toto teſtamento inducto, admittebam nõ eſſe credendum teſtatorem voluiſſe inteſtatum decedere, atq. ita legitimos heredes vocaſſe, cùm fieri nequeat vt valeat quicquam ex eo teſtamento, aut vt non voluerit inteſtatus mori qui totum teſtamentum cancellauit, quo admiſſo non niſi fruſtrà huius voluntatis probatio à legitimis heredibus exigetur. Eóque pertinet *d.l.2. hoc t. d.l.1.§.pen.ff.ſi tab.teſt.nul.extab.* Quibus non obſtare dicebam quod Paulus ad Papinianum notat *in l.vlt. hoc tit.* non aliter ſcriptis heredibus auferendam eſſe hereditatem per eos qui ab inteſtato venire deſiderant, quàm ſi probent teſtatorem ideò inciſiſſe tabulas vt inteſtat⁹ moreretur. Nam vt non malè Caſtrenſis reſpondet, plures vnius teſtamenti ſcripturę in ea ſpecie factę proponebantur, & ex duntaxat tabulæ quæ in publico depoſitæ fuerant deletæ, ſaluis cæteris ex quibus cùm perinde res geſta declararet, nihil cauſæ erat cur teſtator eo animo fuiſſe crederetur vt inteſtatus decederet, ſi nõ euidentiſſimè idipſum per legitimos heredes probaretur: quibus vtique probandi onus non ſimiliter incumberet, ſi eas dũtaxat tabulas habuiſſet teſtator quas deleuiſſet. In eo tamen Caſtrenſem errare ſemper credidi, quod ex ea ipſa lege probari poſſe putat velut à contrario ſenſu, futurum eo caſu quo vnæ tãtùm eſſent tabulę eæque deletæ vt pro legitimis heredibus præſumptio capi deberet contra fiſcũ. Non enim illo caſu quęſtio vlla incidere poſſet inter fiſcũ & venientes ab inteſtato ſecundum ſupradictam noſtram diſtinctionem, ſed tantùm inter hos & heredem teſtamentariũ: cùm non ſolius heredis nomen inductũ, at tota teſtamenti ſcriptura cancellata proponeretur. At ſolius heredis nomine inducto, quæ altera diſtinctionis noſtrę pars erat, ſicut non poteſt dici teſtatorem à toto teſtamento recedere voluiſſe, & à tota voluntate, ita nec legitimos heredes ad ſucceſſionem ſuam inuitaſſe ſiue alij coheredes adſint, quorum nomina non fuerint inducta, quiq. ideo teſtamentum ſuſtinere queant, ſiue nulli, quia de legitimis heredibus vocandis non cogitat, qui teſtamẽtum ſuum aliqua ex parte vult valere. Ideóq; præſumptio eſt pro fiſco, licèt alia cauſa nulla ſit propter quam indignus videri poſſit heres niſi quia nõ retinuit teſtatoris voluntatem. Et in eo rurſum errat Caſtrenſis quod Papiniani ſententiã generalem quæ extat *in d.l.cum quidam & d.l.cum tabulis.§.vlt.* cum ſua diſtinctione accipiendam eſſe putat. Sed multò grauiùs in eo, quòd illo etiam caſu quo ab inteſtato ſuccedatur legata deberi vult tanquam ab inteſtato repetita iure cuiuſdam tacitæ confirmationis reſultantis, vt ipſe loquitur ex eiuſmodi cancellatione, *arg.l.Tribunus 20.§.1.ff.de teſta.milit.* Nam cùm non aliter patiatur noſtra diſtinctio locum fieri legitimis heredibus quàm ſi vel totum teſtamentũ fuerit cancellatum, vel probetur per eos inductum nomẽ heredis ea mente vt ab inteſtato ſuccederetur; negamus fieri poſſe vt vllo ex his duobus caſibus legata debeantur ſi nõ fuerint ab inteſtato expreſſim repetita, *l.1.l.illud tractari 13.§.1.ff.de iur.codi.l.generaliter.24.§.ex teſtamento.ff.de fideic.libert.* Longéque diuerſa ſpecies illa eſt de qua Iulianus *in d.l.Tribunus.§.1.* vbi defenditur voluntas iure noui & militaris teſtamenti, nõ ab inteſtato. Nec illud rurſum obſtat, quod *in d.l.2. hoc tit.* Vlp. ſcribit, tum etiam cum teſtator ob vnius heredis malum meritum totum teſtamentum delendum eſſe exiſtimauit, legatariis tamen non eſſe in dubio denegandas actiones. In dubio enim & ambiguo rem eſſe Vlpianus intelligit, cum non apparet an teſtator qui vnius duntaxat heredis nomen induxit, ſolũ illum fraudare voluerit hereditate, an verò cauſa illius totum teſtamentum infirmare. Nam ſi conſtaret eum de toto teſtamento infirmando cogitaſſe, non dubitaret Vlpianus quin perinde legata ac coheredum inſtitutiones corruere deberent, vt ex eo apparet quod ſicut in ambiguo legata deberi vult, ita & coheredum inſtitutionẽ non eſſe infirmandam, quã tamen infirmandam eſſe non dubitat ſiue teſtator vel vnius heredis cauſa totum teſtamentum voluerit infirmare, ſiue putauerit ob vnius heredis malum meritum totum teſtamentum eſſe delendum. Denique prorſus eadem hac parte ratio eſt inſtitutionis & legatorum inciſiſq. & cancellatis totis tabulis nõ magis ſubueniri põt legatariis quàm heredibus inſtitutis, quia ex eiuſmodi tabulis hereditas adiri nullomodo poteſt, extra caſum *l.vlt.ff.de iniuſt.rupt.* id eſt ſi ea inciſio & cancellatio facta fuerit à teſtatore mente capto, quia hic & alius eſſe videtur, & haud dubiè facit inconſultò quicquid facit, nec vllam habere intelligitur voluntatem. Itaq; venientium ab inteſtato cauſa fauorabilior hactenus eſt quàm fiſci, quod legata nulla præſtãt cum ſuo iure ſuccedant, nec ab iis quicquam relictum ſit, *d.l.illud 13.in prin. De iur.codicill.* cum ſimilibus. Neque hoc Caſtrenſis ipſe negaret ſi legitimos heredes non niſi eo caſu admitteret, quo totum teſtamentum eſſet cancellatum, non illo etiam quo teſtator vnius tantùm heredis nomen induxiſſet, quo caſu fatemur quidem cum Caſtrenſi legata deberi adeóque ea ipſa ratione qua ille mouetur, quòd teſtator cancellando nomen heredis non etiam legata hoc ipſo tacitè legata confirmaſſe credatur, ita vt nec diſtinguendum putemus an vnius tantùm heredis nomen inductum ſit, an omnium, ſed legata deberi volumus non vt ille, à venientibus ab inteſtato, quos hoc caſu ſuccedere negamus, ſed à fiſco qui & ſuccedit & cum ſuo onere, quia ſuccedit in locum eius qui ſecundũ Caſtrenſem ipſum non obſtante nominis ſui cancellatione poſſet heres eſſe ex teſtamento & quidem efficaciter ſi non ab eo tanquam indigno hereditas per fiſcum auferretur, cùm neque poſtquam ablata ei hereditas eſt tanquam indigno, deſinat tamen heres eſſe qui ſemel heres fuit, *l.ex facto 43.§.Iulius Longinus De vulg.& pupil.ſubſt.* Nam ſi heres eſſe nollet vt legitimis heredibus locum faceret, aut ẽt ſi ab inteſtato ſuccedere ipſe vellet tanquã agnatus proximior, nõ idcirco tamen ius fiſci intercideret in cuius fraudẽ inſtitutionis teſtamentariæ repudiatio facta videretur, vt iam ſupra ex eodem Caſtrenſi diximus quem nos in eo probam⁹. Ergo nec legatariorũ ius intercidere debet, non magis quàm ſi adita iam hereditate fiſcus ſuccederet, cùm & perinde ſuccedat acſi eſſet adita, & ideò ſuccedat ſi credimus interpretib. quia potuit adiri. Quę ratio, ſi vera eſt, diluit omnes illas obiectiones quas in ſpecie *d.l.3.h.t.* aduocatus fiſci contra legatarios adferebat, quod neq. videatur voluiſſe teſtamentum valere qui nomina heredum omniũ induxit, neque poſſit teſtamentum vllum valere quod heredẽ non habet. Prior enim obiectio falſa eſt, cùm è cõtrario humaniore interpretatione eredendũ ſit teſtatorem

ea duntaxat irrita facere voluiſſe quæ induxit, non item cætera quæ non induxit, vt tandem ab eo ipſo Imperatore qui obiectionem fecerat pronunciatum eſt. Poſterior verò etſi vera eſt in iure, tamen in facto falſa eſt apud interpretes, quia præſupponit teſtamentum non habere heredem, quoties heredum omniũ nomina inducta fuerunt. Cùm tamen velint interpretes, non eò minùs poſſe illos adire ex eo teſtamento & per aditionem heredes eſſe, quod fieri non poſſet ſi teſtamentum heredes nullos haberet. Et verò, à quo prohiberētur adire? An à fiſco? Atqui fiſci intereſt potiùs vt adeant, ſibique acquirant hereditatem quam ab iis poſtmodum tanquam indignis ſit ablaturus. An à legitimis ſucceſſoribus? Multò minùs, quia cùm dici non poſſit à tota voluntate recedere voluiſſe teſtatorem qui totum teſtamentũ non cancellauit, licèt heredum omnium nomina induxerit, nec illud quoq. dici poteſt eum voluiſſe decedere inteſtatum, niſi ea mente, eóque fine nomina heredum inducta fuiſſe probent qui ab inteſtato venire deſierant. Hoc enim probato, vt iam dixi, non dubitarem quin eorum potior quàm fiſci aut heredum inſtitutorum cauſa eſſe deberet, quia quæſtio hæc volũtatis eſt magis quàm iuris vt apparet ex illa Imperatoris pronunciatione, *Cauſa præſens videtur admittere humaniorē interpretationē, vt ea duntaxat exiſtimemus Nepotem irrita eſſe voluiſſe quæ induxit.* Et cõſequenter fatendum eſt fieri non poſſe vt hoc caſu legata debeantur, quãuis nõ fuerint inducta: nec locum habet ratio illa Caſtrenſis, quam & nos probauimus, quòd quæ inducta non fuerunt, per aliorũ inductionem & cancellationem tacitè confirmata intelligantur. Quænam enim potentior & expreſſior totius teſtamenti, ac proinde legatorum quoq. & fideicommiſſorum omnium teſtamento relictorum cancellatio eſſe poteſt, quàm ſi teſtator velle ſe mori inteſtatum declarauerit, aut verbis dummodo ſolenniter ea declaratio facta ſit, & coram ſeptem teſtibus (alioqui nõ valeret ad teſtamentum quod ritè factum eſſet, reuocandum) aut facto ipſo, id eſt inductione nominum heredum, quæ quoniam verbis fortior eſt, aliam ſolennitatem nullam deſiderat ad totas tabulas infirmãdas, niſi vt eo animo factam eſſe conſtet? *arg. d. l. 1. §. pen. ſi tabul. teſt. null. extab.* Illud planè interpretum traditioni cõſequens eſt differre hac parte, vt & in aliis pleriſq. ius ciuile à prætorio. Id enim quod aiunt heredem, cuius nomen inductũ fuerit, nõ eò minùs ex teſtamento heredē eſſe poſſe, ſi non fauore legitimorum heredum id factum probetur, iure ciuili verum eſſe volunt, at non etiã iure prætorio admitti poteſt. Quoties namq. conſultò inductum eſt nomen heredis, indubitanter probatur, eum petere bonorum poſſeſſionem non poſſe, quēadmodum non poſſet is qui heres ſcriptus eſſat non conſulto teſtatore. Nam vtroq. caſu pro non ſcripto eſt quem ſcribi teſtator noluit, inquit idem Vlpian. noſter *in l. 2. ſi conſulto De bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Idémq. eſt ſi linum quo ligatæ ſunt tabulæ, inciſum ſit à teſtatore, quia non videntur ſignatæ, *l. 1. §. ſi linũ eod.* Et verò cur prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ei daret, cui etiam poſt aditam iure ciuili hereditatem actiones denegaret? ſcilicet tanquam indigno. Nam quod prætor interdum quoque bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dat, etiam quæ ſit ſine re, vt Vlpianus loquitur in Titulis, puta ſecundum tabulas in quibus præteritus ſit filius in poteſtate, ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſignatæ, nec cancellatæ proponantur, quia id vnum exigit prætor, vt extent tabulæ quæ vitium in forma, &, vt aiunt, viſibile nullum habeant, *l. 1. §. ſufficit eod. tit.* ad hunc caſum pertinere non poteſt, in quo is qui bonorum poſſeſſionem petat pro non ſcripto habeatur. Quod ſi ita eſt, illud etiam erit conſequens, vt quod Iulianus ſcripſit *in l. ſi ita ſcriptum 8. §. is autem eod.* eum cuius nomen in teſtamento voluntate teſtatoris inductum perductúmque eſt, ſicut ad adeundam hereditatem, ita & ad petendam bonorum poſſeſſionem ſcriptum non intelligi, licèt nomen eius legatur, non eò pertineat vt hac in re ſit exæquandum per omnia ius ciuile cum prætorio & ius adeundæ hereditatis cum iure petendæ poſſeſſionis, ſed vt potiùs ad rei effectum reſpexerit Iulianus, quia & ciuili iure non poteſt hereditatem adire cum effectu heres, cuius nomen conſultò inductum fuit, cùm ab eo tãquam indigno hereditas per fiſcũ auferatur, priùs & quàm ſit adita, quia ſufficit fiſco vt potuerit eam adire is à quo aufertur. Alioqui ſi neges heredem cuius nomen inductũ fuit ius habere hereditatis adeũdæ, planè non poſſis dicere cur ad eam admitti fiſc⁹ debeat excluſis venientibus ab inteſtato, quos vtiq; conſtat non niſi per teſtamentũ excludi poſſe. Quomodo Accurſius cæteriq interpretes paſſim ratiocinãtur. Et in eo certè, vt tandem dicam quod ſentio, egregiè, ni fallor ego, falluntur. Dicere namque debuerunt excludi legitimos heredes nõ per teſtamentarium (qui ſi verum amamus, cùm pro non ſcripto ſit, ius adeundæ hereditatis iure ciuili non magis habere poteſt, quàm ius petendæ à prætore bonorum poſſeſſionis, *d. §. is autem*) ſed per fiſcum, quaſi ſuccedentem in ius & locũ heredis teſtamentarij, ex eaq; cauſa habentem ius anterius ob indignitatem heredis inſtituti. Nam quæ ratio perimit ius heredis ſcripti, viuo etiam teſtatore, quòd ex ipſo inſtanti quo nomen heredis inductum fuit, indignus ille factus ſit qui ſuccedere vnquam poſſet ei teſtatori cui⁹ voluntatem non retinuiſſet, eadem ex tunc, vt ita dicã, inuitat fiſcum, facitq. vt moriente tandem teſtatore (quo demùm tempore lex heredibus legitimis deferret hereditatem, ſi deferre poſſet) cauſam ſucceſſionis præueniſſe fiſcus intelligatur, cuius reſpectu indignitas heredis vice teſtamenti eſt, cùm perinde faciat, vt hereditas fiſco deferatur. Cùm enim legitimorum heredum ius nullum ſit niſi ex legibus, *l. 1. de ſuis & legit. l. lege obuenire 130. de V. S.* Leges autē pro indigno habeant heredem, cuius nomen à teſtatore conſultò inductum eſt, *d. l. cùm quidam 12. ff. de his quib. vt indig.* nemo non videt fieri nullomodo poſſe vt in propoſita ſpecie lex vocet legitimos ſucceſſores mortuo teſtatore ad eam hereditatem, quam inde iam viuo eo ſi aliud teſtamentum non fieret, fiſco deſtinabat, quámq. eo mortuo ſtatim fiſco deferat ex præcedenti illa deſtinatione. Duobus namq;, id eſt, & fiſco & legitimo heredi ſimul & in ſolidũ ſingulis eam deferri impoſſibile eſt, ſibi verò inuicem eos obſtare multò minùs dici poteſt, cùm diuerſam habeant cauſam ſuccedendi. Denique nunquam lex ſeipſam deſtruit aut impedit, quod hic eueniret ſi hereditatem ad quã viuo adhuc teſtatore fiſcum inuitauerat, legitimis heredibus poſt teſtatoris mortem deferret. Dicam amplius, Eadem ratione excludendos hoc caſu legitimos heredes, qua heres inſtitut⁹ excluditur, id eſt, tanquam indignos, ſi indignus heres dicendus eſt ſecundum Papinianũ quiſquis non retinuit defuncti voluntatem. Nam cùm quamdiu paterfamilias teſtatus non eſt credendus ſit ſaltem animi deſtinatione heredes illos tacitè inſtituiſſe quos ſciat ſibi ab inteſtato ſucceſſuros, *l. 3. l. conficiuntur 8. de iur. codicil.* an non eam

tacitam

Digitized by Google

tacitam inſtitutionem quodammodo delet, ac vt ita dicam, legitimi heredis nomen, ſi non litura ſaltem literis inducit & cancellat, qui ſollemni teſtamento alium ſibi eligit ſucceſſorem? Dico *ſollēni teſtamento*, quoniam is qui minùs ſollemniter & non ſecundum leges teſtatus eſt nec teſtari voluiſſe credendus eſt, quia nec potuit velle, nec legitimi heredis ius lædere, niſi eo prorſus modo quo lex permittit, id eſt, iuſta ſollemniq. voluntate. Ideóq. ſi teſtamentum facere cœperit aut voluerit, nec perfecerit, aut ſi minus ritè ſit teſtatus, non aufert lex hereditatem à legitimis ſucceſſoribus, tanquam ab indignis, nec inuitat fiſcum: in quo potentius eſt ius legitimi heredis quàm inſtituti cuius nomen inductum eſſe ſufficit, nulla etiam ſollemnitate interueniente, vt indignus eſſe videatur, quia ius heredis ſcripti totum pendet ex teſtatoris voluntate, ita lege ipſa iubente, neminem enim lex vocat ex teſtamento, niſi quem teſtator ſcripſerit: At ius legitimi heredis totum pendet ex lege, non ex patrisfamilias voluntate, niſi hactenus vt heredem teſtamento ſollemniter ſcribere poſſit, atque ita legitimum ſucceſſorem excludere, quoniam & hoc ei lex permittit. Itaque in legitimis hereditatibus tacita voluntas teſtatoris ſubſequitur expreſſam legis voluntatem. In teſtamentariis contra lex ſubſequitur, & confirmat voluntatem teſtatoris. Vnde eſt quod non habet lex pro indigno legitimum ſucceſſorem cui paterfamilias voluerit adimere legitimam hereditatem per teſtamentum ſi non perfectè & ſollemniter teſtamentum factum ſit, ſed indignum potiùs teſtatorem cuius voluntati ſubuenitur, qui non ſecundum leges teſtatus ſit, ſine quibus tamen non poterat teſtari. Poteſtque vno tantùm caſu legitimus heres inſtituto comparari vt indignus fiat, & fiſco etiam legitima hereditas adquiratur, nimirum ſi is qui legitimã hereditatem captabat, teſtatorem prohibuerit teſtari ſiue prohibito introire teſtamentario ſiue qua alia ratione, *l.1. & tot.tit. Si quis aliq.teſt.prohib. D. & C.* Nam & ſcriptis heredibus eadem de cauſa aufferretur hereditas, ſi teſtator mutata voluntate aliud teſtamentum facere voluiſſet, & impeditus ab iis eſſet, *l. ſi ſcriptus 19. D. de his quib. vt indign.* At cùm ſollemne teſtamentum factum eſt in eóque alius inſtitutus quàm qui ab inteſtato ſucceſſurus fuit, indignus ſanè eſt agnatus ille proximus cui lex deferat hereditatem quam teſtator ei ademptam voluit, neque tamen ea legitimi heredis indignitas fiſco locum facit, ſicut indignitas heredis inſtituti faceret, quia teſtator indignum eum demonſtrando alium ſibi heredem fecit, quem dignum lex habet cui deferat hereditatem ex teſtamento, quippe quod ritè factum ſit, & ex ipſius legis præſcripto. Alioqui teſtamentarias ſucceſſiones prohibere non confirmare lex debuiſſet, ſi teſtamentum ita fieri non poſſet, quin vel heredibus legitimis ſucceſſio deferretur teſtamento inualido exiſtente, vel fiſco vindicaretur legitimo herede indigno facto per vtile validúmque teſtamentum. Denique cùm validum iuſtúmque teſtamentum illud ſit ex quo poſſit moriente teſtatore deferri hereditas heredi ſcripto, non potuit lex ſine implicita apertáque contradictione, teſtamenti factionem inducere, & pariter fiſcum ad hereditatem teſtamentariam inuitare, cùm ſi teſtamenti factio non eſſet permiſſa, nihil cauſę ſubeſſet cur legitimis ſucceſſorib. tanquam indignis hereditatem auferri oporteret. Dices, eadem ratione illud quoq. admittendũ videri, vt teſtatore heredum inſtitutorum nomina cancellãte ipſius hereditas non fiſco, ſed legitimis ſucceſſoribus deferatur: cùm non poſſit teſtator indignum putare heredem inſtitutum, quin hoc ipſo dignum faciat eum quem ſciat ſibi ab inteſtato ſucceſſurum, ſiquidem teſtator nullus eſt qui neſciat hereditatis cuiuſlibet duplicem tantùm eſſe differentiam, vt vel teſtamentariam illam eſſe neceſſe ſit, vel legitimam. Sed neganda eſt conſecutio. Eſt enim hac in re deterior conditio legitimi heredis inducto nomine heredis qui fuerat ſollemniter inſtitutus, quàm eſſe debeat heredis inſtituti ſublata per teſtamentum ſpe legitimæ ſucceſſionis, & quidem duplici de cauſa. Quarum altera eſt, quod heres legitimus iam ſemel ab ipſo teſtatore indignus habitus fuit qui vnquam ſuccederet: Inſtitutus verò non item, quia nullum inſtituti ius fuit nec in re nec in ſpe, antequàm legitimo heredi per legem deſtinaretur hereditas, cùm tota ſpes inſtituti à teſtamenti die incipiat, quomodo è contrario ſpes eſt agnatum proximum eſſe ſucceſſurum antequàm teſtamentum factum ſit, & quãdiu factum nullum eſt, indignus autem videri non poteſt vt aliquid conſequatur is qui ius nullum habeat, at ne quidem ſpem vllã probabilẽ eius vnquam cõſequẽdi. Altera eſt, quia teſtator cùm pro indigno habet heredem legitimum cõdendo teſtamentum, hoc ipſo alium heredem facit, de quo proinde dubitari non poteſt quin dignus ſit qui & ex teſtatis iudicio ſuccedere debeat & ex lege quæ confirmat factũ vtiliter teſtamẽtum. At cùm pro indigno habet heredem teſtamẽtarium, ipſius nomẽ cancellãdo, non idcirco quidquam facit ex quo poſſit cõſtare ne quidem per coniecturam, quòd agnatum proximum legitimæ ſucceſſionis iure dignum putet, quem ſemel indignum iudicauit. Non enim ob id ſolùm deſinere poteſt agnatus proximus indignus eſſe, quòd teſtamẽtarius quoque ſit indignus. Quin potius cùm eo caſu vterque ex iudicio teſtatoris indignus reperiatur, hereditas optimo iure tanquam caduca ad fiſcum deuoluitur. Neq. in eo nulla fit iniuria legitimo heredi qui iam fuerit excluſus per teſtamẽtum, qui que nõ eo magis volũtatem teſtatoris ſemel amiſſam recuperaſſe dicẽdus eſt, quòd eam quoque inſtitutus heres amiſerit. Et certè multò difficilius eſt vt teſtatoris volũtatem regredi, quàm progredi admittamus. Progreditur voluntas teſtatoris cùm à cõſilio excludendi legitimi ſucceſſoris, ſeipſam fert ad vtilem heredis inſtitutionem. Eadem regrederetur eò vnde digreſſa eſſet, ſi per cãcellationem nominis heredis inſtituti legitimos ſucceſſores ad legitimam hereditatem reuocaret. Nõ nego regreſſum illum fieri poſſe, ſi teſtator velit, *d.l.1. §. penult. ſi tab. teſtam. null. ex tab. dict. l. vlt. D. hoc tit.* Sed nego præſumendum eſſe teſtatorem de eo regreſſu faciendo cogitaſſe, niſi apertiſſimè probetur heredis nomẽ idcircò induxiſſe, vt inteſtatus moreretur, & eos haberet heredes quos ei lex ab inteſtato datura eſſet. Quid enim aliud facere poſſet, ſi neque legitimos, neque ſcriptos heredes habere vellet? Aut quidni ei imputabimus, nõ cur inteſtatus non deceſſerit, ſed cur nõ dixerit cancellãdo nomen heredis ſcripti velle ſe decedere inteſtatum? Neque diſtinguo an vnius tantùm heredis nomen teſtator induxerit, an omnium ſi plures fuerint inſtituti. Omni namque caſu fiſcus admittitur pro eorum portionibus quibus actiones denegantur. Etſi cùm pluribus inſtitutis quorundam duntaxat nomina inducta ſunt, multò apertius eſt legitimis ſucceſſoribus locum nullum eſſe, quoniam alioqui teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus deceſſiſſe crederetur. Sed tamen cùm deficiẽs portio propter indignitatẽ heredis cuius nomẽ inductũ eſt nõ coheredibus adcreſcat, ſed ad fiſcum deuoluatur, ex

eo intelligimus omnium quoque heredum nominibus inductis (quo facto nihil vetaret dici teſtatorem penitus inteſtatum) potiorem fiſci cauſam eſſe debere, quàm venientium ab inteſtato, quia quo caſu non poſſunt ex teſtamento coheredes habere iura adcreſcendi quibuſdam tantum portionibus deficientibus, eo caſu nec ſi tota hereditas vacet, ius legitimis ſuccedendi locum habere non poteſt. Non enim debilius eſt ius coheredis teſtamentarij quod ad retinendum ius adcreſcendi pertinet, rato validóque manente teſtamento, quàm ius legitimorum ſucceſſorum ad ſuccedendum ab inteſtato rupto vel irrito facto teſtamento. Ergo ſi coheredes teſtamētarios vincit fiſcus pro portionibus coheredū quorum nomina inducta ſunt, multò magis aut ſaltem parinde vincet legitimos heredes omnibus heredum nominibus inductis. Et quemadmodum coheredibus teſtamentariis cum fiſco concurrentibus non diſtinguitur cum Caſtrenſi an eos heredes quorum nomina teſtator induxit expreſſe indignos declarauerit, necne, ſed omnimodo fiſcus admittitur, ita nec illa diſtinctio recipienda eſt, cum de legitimorum heredum iure cōtra fiſcum diſputatur. Probabilius dubitari poteſt an illa ſaltem admittenda ſit, de qua iam diximus, Totúne teſtamentum cancellatum ſit, an ſola nomina heredum. Sed neq; hanc admittendam puto. Quod.n. totum teſtamentū cancellatum ſit, ius fiſci augere debet potiùs quā minuere, vt non tantùm hereditas, ſed etiam legata & fideicōmiſſa omnia quæ eo teſtamento relicta fuerant à legatariis & fideicommiſſariis tanquam indignis auferantur, & fiſco vindicentur. Etſi poteſt ea res legitimis heredibus hactenus prodeſſe, vt ſi probare velint teſtatorem inteſtatum decedere voluiſſe faciliùs audiantur, poſſintque hoc caſu ſufficere leuiores probationes eiuſmodi voluntatis, non quod ex totius teſtamenti cancellatione præſumendum ſit teſtatorem à ſucceſſione teſtamentaria ad legitimam quam ſemel excluſerit regredi voluiſſe, ſed quia multò difficiliùs eſt, vt qui legata teſtamento bene facto relicta, & quæ niſi ex teſtamento deberi nequeant, non cancellauit, credatur voluiſſe mori inteſtatus, quàm qui totum teſtamentum cancellauit. Cæterùm ſiue totum teſtamentum cancellatum ſit, ſiue nomina ſola heredum, probatio à legitimis heredibus exigetur, ſi facere volent vti ne à fiſco excludantur: non adhibita etiam illa diſtinctione, An plures vnius teſtamenti tabulæ fuerint eodem exemplo ſcriptæ, quarum alteras teſtator deleuerit, an vnæ. Illa namque diſtinctio ſi quando colorem habeat, tunc certè habet, cùm inter heredem teſtamentarium, & fiſcum de hereditate cōtenditur quia nullum fiſci ius eſſe poteſt, vt à teſtamentario herede, tanquam indigno hereditatem auferat, quādiu ſuperſunt tabulæ ex quibus poſſit heres ſcriptus probare defuncti voluntatem ſe retinuiſſe, licèt aliud earundem tabularum exemplum teſtator conſultò deleuerit. Idque eſt quod Papin. ſcribit in *d. l. vlt. quæ iure geſta ſunt, præſertim cùm ex cæteris tabulis quas non abſtulit res geſta declaretur, nō cōſtituētur irrita.* Sed quam à fiſco metuere controuerſiam heres ſcriptus non poteſt, multò iuſtius à legitimis heredib. timere debet, ſi velint illi probare ideò inciſas vel vnas tabulas vt ab inteſtato ſuccederetur, licèt aliæ tabulæ ſuperſint. Tanta ſcilicet vis eſt inciſionis & cancellationis quando apparet qua mente facta ſit. Cùm ſi nulla inciſio facta eſſet, non ſufficeret teſtatorem dixiſſe velle ſe mori inteſtatum, ad infirmādas teſtamēti tabulas quæ iure valuiſſent. At inter fiſcū & legitimū heredē nulla hoc caſu incidere quæſtio poteſt, vt diſtinctioni quoque locus aliquis eſſe queat, cùm fiſcus per heredem ſcriptum excludatur, ſicut & legitimus heres per fiſcū, niſi cùm vtrumque hic vincit, probata nimirum patrisfamilias voluntate de faciendo exitu inteſtati. Sola enim voluntas illa eſt, quæ & heredē ſcriptum poſſit à teſtamenti commodo ſummouere, tum quoque cùm deleto exemplo vno teſtamenti aliud ſupereſt, & fiſci ius excludere, ne tanquam ab indigno ablatam ſibi vindicet hereditatem. An quia reuera non faciat inteſtati exitum is qui moritur ſine herede teſtamentario, ſiue totum teſtamentum, ſiue ſola heredum nomina cancellauerit, niſi prætereà declaret velle ſe mori inteſtatum? Imò verò, moritur reuera inteſtatus is qui ex teſtamento heredem nullum habet, ſiue non fuerit teſtatus, ſiue fuerit, ſed ita vt poſteà hereditas ex eo teſtamento adita non ſit, *dict. l. 1. in princip. de ſuis & legit.* Verùm quia noluit hic mori inteſtatus, qui ob eam cauſam teſtatus fuit, tametſi poſteà teſtamētum cancellauerit, non tam vt legitimis heredibus prodeſſet quibus iam teſtando nocuit, quantum potuit, quàm vt inſtitutos quoque à ſua ſucceſſione repelleret tanquam indignos, perinde habetur ac ſi neque inteſtatus decederet, quia inteſtatus decedere noluit, neque teſtatus, quia nec facere potuit quātumuis volens vt vel teſtatus decederet ſine teſtamento, vel inductis heredum omnium nominibus teſtamentū aliquod ſaluum ſupereſſet. Itaque quod potuit decedere inteſtatus non voluit, quod voluit decedere cum teſtamento inductis nominibus heredum non potuit, vt & in *l. quoties 9. in princip. D. de hered. inſtit. l. multum intereſt 6. C. ſi quis alteri vel ſib.* Sed tamē in hac implicitate & perplexitate conſeruat lex ipſius voluntatem, quantum poteſt, & excluſis primùm legitimis heredibus, qui non niſi contra voluntatem ſuccedere poſſent, aufert hereditatem etiam à ſcriptis quaſi ab indignis, eámque quaſi caducam applicat fiſco, tanquam nihil aliud ſit quod meliùs & iuſtiùs facere poſſit. Conſeruat tamen legata, & fideicommiſſa, ſicut & portiones coheredum quorum nomina inducta non ſunt, quoniam ea interpretatio non ſolùm humanior eſt, ſed etiam teſtatoris voluntati conuenientior, qui vtique ob cancellationem quam fecit, non poteſt videri mutaſſe voluntatem, niſi quatenus cancellauit. Nec tamen hac in re vis vlla fit legibus. Nam quod dicitur ex teſtamēto, in quo nullus heres ſcriptus ſit, aut ex quo non ſit adita hereditas, neque legata, neque aliud quicquam deberi, *l. ſi nemo 9. D. de teſta. tutel. l. ea quam 14. C. de fideic.* tūc obtinet, cùm vel ab heredib' legitimis & ab inteſtato vel à nemine ſucceditur. At in propoſito ſuccedit fiſcus, & quamuis non ex teſtamento, quia non fuit ſcriptus heres, tamen propter teſtamentum, cùm ſi teſtamentum nullum factū eſſet, ſuccedere ipſe nō poſſet. Adeóq; ſi non ex iure heredis ſcripti, ſaltem in vicem & locum ipſius, vindicans ſibi eam hereditatem quā ſcriptus heres habiturus erat, ſi non fuiſſet indignus. Cur ergo meliore conditione eſſe debeat, quàm futurus erat inſtitutus heres, vt ea quoque legata & fideicommiſſa ſibi applicet quæ non fuerunt cancellata? An fortè indignitas heredis facere potuit indignos legatarios, qui teſtatoris voluntatem retinuerant? An verò cogendus fuit teſtator, vt inuitus vel eos haberet heredes ab inteſtato quos noluerat, vel eos ex teſtamento quos ſcripſerat, ſi legata & fideicommiſſa ſalua eſſe vellet, aut propter heredum ſcriptorum offenſam, legatariis quoque & fideicommiſſariis qui non offenderāt liberalitatem ſuam præriperet? Et verò fiſcum hoc caſu ſuccedere, non quaſi

nullo

nullo facto teſtamento, ſed quaſi ſalua cauſa teſtamenti, ex eo colligi poteſt, quòd ſi quorundam dúntaxat heredum nomina inducta ſint, ſuccedit fiſcus cum cæteris qui ex teſtamento ſuccedunt: quod fieri non poſſet ſi ſuccederet pro indignorũ portionibus, tanquã catenus inteſtato patreſamilias defuncto. Sic n. eueniret vt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ille deceſſiſſe intelligeretur, & quidem non ex poſt facto, vt in *l. circa 24. D. de inoff. teſtam.* ſed ab initio & mortis tempore inſpecto, quod iuris regulæ non patiuntur. Quòd ſi pro parte illius ex heredibus, cuius nomen inductum eſt ita ſuccedit fiſcus vt he pro ea quidem parte teſtator inteſtatus habeatur, quãuis nõ eo magis ſuccedat ille ex teſtamento, in quo non fuit inſtitutus: æquè fatendum eſt omnib. heredũ nominib. inductis, aut ſi vnus tantũ ſcriptus fuerit, eius nomine cancellato, fiſcum nõ quaſi ab inteſtato ſuccedere, in quo ſucceſſionis genere à legitimis heredibus proculdubio anteuerteretur, ſed potiùs quaſi ex teſtamento, id eſt, quodammodo ex perſona heredis inſtituti in cuius locum ſubintrat, quique ex eo teſtamento legata & fideicommiſſa non cancellata debiturus fuerat, ſi ſuccedere potuiſſet. Quãquam non eſt inficiandum eam Imperatoris optimi conſtitutionem, quæ legata & fideicommiſſa non inducta conſeruauit, æquitate magis niti quàm ſũmo iure, & contra legatarios pronunciari, non ſine ratione potuiſſe, ſi iuris ſtricti colorem auari alterius Principis rapacitas, æquitati & voluntati teſtatoris anteponere voluiſſet. Illud ſane magis mirũ eſt, nec aliam rationem quàm libertatis fauorem habere poteſt, quod ſcriptum eſt *in d. l. 3. in fi.* Etiam inducto nomine ſerui, quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, liberum nihilominùs eum fore. Hoc enim ſi ſic intelligas quomodo Hugolinus intellexit, vt libertates quamuis inductæ & cancellatæ debeantur, pugnabit euidenter cum ſententia proximè præcedenti, quæ habet voluiſſe teſtatorem irrita eſſe omnia quę induxit. Eſt enim ea ſententia generalis, nec minùs ad libertates quàm ad cætera legata & fideicommiſſa pertinens, cùm libertatis fauor nullus ſit contra expreſſam teſtatoris voluntatem. Rurſus ſi cum Azone & Accurſio dicas intelligi id debere, cùm nõ apparet an conſultò an inconſultò inducta ſit libertas, quaſi priuilegiũ libertatis illud ſit, vt incõſultò deleta præſumatur, cũ aliud ſit in cęteris legatis, ſi inductio facta ſit à teſtatore, quod & in dubio præſumẽdũ eſt, quando habuit ille penes ſe ſcripturã teſtamẽti, vt Caſtrenſ. poſt Bart. & Bald. tractat ad fin. *l. hoc tit.* vereor ne vim fac as verbis legis. Tota enim reliqua lex eſt de inductione & cancellatione quã teſtator conſultò fecerit. Itaque probabilius arbitror ea verba, *nomen ſerui quem liberum eſſe iuſſerat, induxit,* de eo ſeruo accipienda eſſe qui nõ ſolùm liber, ſed etiã heres ſcriptus fuiſſet. Id enim erat frequentiſſimũ, vt ſerui & liberi & heredes ſimul ſcriberentur. Ideóq; inducto illius nomine & libertas & hereditas ſimul reuocata videbatur. Contrà tamen placuit Imperatori liberum eũ nihilominus fore, quaſi per inductionem ſola hereditas ablata eſſet, non etiam libertas, quam nihil vetabat vtiliter datã eſſe ei quoq; qui heres non eſſet, cùm poſſit libertas ſine hereditate ſeruo obtingere, non itẽ hereditas ſine libertate. Hancq; interpretationem noſtrã illud valdè adiuuat, quod in principio legis Marcellus refert diu de legatis fuiſſe dubitatum, & maximè de legatis collatis in eos heredes quorũ inſtitutio fuerat inducta. Etſi non potuit de ea libertate dubitari quę legata fuiſſet ſeruo heredi inſtituto, quia cum nõ poſſet ſeruus heres eſſe quin liber eſſet, nec legatũ libertatis valeat, niſi ab adita hereditate, *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* neceſſe fuit libertatẽ cum hereditate dari, ac proinde vtráque titulo inſtitutionis. Et in eo nimirum verſatur fauor libertatis, quod quãuis ſimul cum hereditate data eſſet, & hereditas ablata fuiſſet propter inductum nomen ſerui, nihilominùs libertas cõpetat, & quidem ipſo iure. Sic enim explico verba illa, *quòd videlicet fauore conſtituis libertatis*. An quòd cætera legata iis facta, quorum inſtitutio inducta fuerat non debeantur? Imò verò debentur, *d. l. cum quidam 12. de his quib. vt indign.* cum ea tantùm irrita eſſe placeat, quæ inducta fuerint, inſtitutio autem ſola inducta proponatur, nõ etiam legata, vt probant verba illa, *quæ adſcripta erant his quorum inſtitutio fuerat inducta.* Sed quia etiam inducta inſtitutione nihil vetabat cõſeruari legata quæ ſeparatim data eſſet, quæq; cũ inſtitutione nihil cõmune haberent, quandoquidem ſi vni ex heredibus aliquid legatum ſit, & is portionem ſuam repudiauerit, conſequitur totum legatum, cuius partem duntaxat legati iure habiturus erat, ſi adiiſſet, *l. qui filiabus 17. §. vlt. cum l. ſeq. de legat. 1.* Legatámque libertatem ei datam qui ſcriptus heres non fuiſſet, priuilegium nullũ in hac re habere poterat. Libertate verò cum hereditate ſimul data, difficile erat vt libertas ei ſalua eſſe deberet, cui hereditas auferretur, niſi fauor libertatis eam ſententiam extorſiſſet. Hoc enim colore quod æquum nõ eſſet deteriorem condicionem eſſe libertatis quæ cum hereditate data eſſet, quàm eius quæ ſine hereditate. Præſertim cum libertatem hereditati cõiũxiſſet neceſſitas, potiùs quàm quòd teſtator ſenſiſſet, vt ita demum libertas ſeruo competeret, ſi hereditas quoque ei deferretur. Atque ita totum hunc titulum explicandum eſſe arbitramur, non quomodo paſſim cæteri interpretes, qui heredem ſcriptum, cuius nomen conſultò inductũ ſit ex teſtamento heredem eſſe volunt, poſſéque adire quãuis indignũ, niſi facta ſit inductio ea mẽte vt legitimi heredes admitterentur, quemadmodum Paul. Caſtrenſ. diſtinguit ad *d. l. vlt. hoc tit.* Sententiam noſtrám apertè illud cõfirmat, non ſolùm quod ex Iuliano diximus in *d. l. ſi ſine ſcriptum 8. §. is autem de bon. poſſ. ſec. tab.* heredem cuius nomen inductum fuit, non intelligi ſcriptũ ad adeundam hereditatẽ (vt intelligamus haberi pro ſcripto, quod ad alias cauſas perſonáſque attinet, putà ad legitimos heredes excludendos, & ad legata fideicommiſſáque omnia tanquam ex teſtamento conſeruanda) verumetiam quod Marcellus in *d. l. 3. in princ.* bona huiuſmodi caduca eſſe ſcribit, & fiſco tanquam caduca vendicari, quod & Papin. ſcribit *in d. l. cum quidã*, Item quod in ead. *l. 5.* ſcriptum eſt in hęc verba, *nonnullos opinari id iure ipſo perimi, quod inductũ ſit, cætera omnia valitura.* Non enim is ſenſus eſt, quaſi ſint nõnulli, qui cõtrà opinentur ipſo iure nõ perimi quod inductũ fuit, ſed vt nõ deeſſent qui hereditatẽ à legatis diſtinguerẽt, & quãuis ipſo iure perempta inſtitutione per inductionem, legata nihilominus valere cõtenderẽt. Rurſus quod in ead. l. ſequitur ex verbis Imperatoris, *hereditas eius ad eos qui ſcripti fuerint pertinere non videtur.* Quo enim iure liceat cuiquã adire hereditatem quæ ad eũ non pertineat? Nec eſt cõtrarium quod in *l. 1. §. ſed conſulto quidem,* Vlp. ſcribit, *conſultò deleta petentes exceptione repellendos eſſe.* Id enim ad inſtitutiones heredum non pertinet, quæ à nemine peti poſſunt, ſed ad legata cæteráque huiuſmodi ab heredibus ipſis præſtanda, quæ licèt ipſo iure non debeantur cùm deleta ſunt conſultò, quia tamen hoc ipſum, An conſultò deleta ſint,

necnè, plerumque obſcurum, & in facti quæſtione poſitum eſt, peti proculdubio poſſunt de facto, vt pragmatici vulgò loquuntur, magis quàm de iure, ideóque exceptione repelluntur, ex quo apparuit e conſultò deleta eſſe quia propoſitam ſemel actionẽ neceſſe eſt elidi per exceptionem, quæ ipſa tamen non poteſt nõ eſſe iuſta ad eum repellendum, cui nec ab initio actionem dari debuiſſe ex euentu conſtat. Idem enim pleriſque aliis caſibus euenit, vt propter implicitam facti quæſtionem actio ei detur, qui ea iuris ratione, ſi de facti veritate ab initio conſtaret, nullam actionẽ habere deberet & conſequenter vt exceptionis auxilium neceſſarium ſit et qui alioquin ſatis tutus ſit ipſo iure. In heredibus nõ idem tractari poteſt. Etſi enim heredum nominibus & inſtitutionibus inductis æquẽ diſtinguendum eſt an conſultò facta ſit inductio, nécne, hereditas tamen non petitur ſed acquiritur, & quidem ex legis poteſtate, iuncto facto heredis adeuntis. Lex autem certa eſt an conſultò deleta ſint nomina heredum, an inconſultò, licèt id ab hominibus ignoretur, quoniam ea tantùm quæ futura ſunt, & incerta lex ignorat, nun etiam præterita vel præſentia quæ per rerum naturam ſunt certa *l. cùm ad præſens. 37. & ſeqq. D. de reb. cred.* ob idque non defert hereditatem heredi cuius nomen conſultò deletum fuit, & quem ſcit illa eſſe indignum. Ita fit vt nec ſi millies eam hereditatem adeat aut pro herede gerat, ſibi tamen poſſit acquirere, quia delatam hereditatem eſſe neceſſe eſt priuſquam per aditionem acquiri queat, *l. nec is 17. §. vlt. l. illud 77. & paß. D. de acquir. hered. l. deleta 151. de verb. ſignif.* delatio aũt non per teſtamentũ fit aut teſtamenti ſcripturam, præſertim cancellatã, ſed per legem mortuo demum teſtatore ſi teſtamẽtum ab initio valuerit, neque teſtatoris voluntas aut teſtamenti validitas medio tempore interciderit. Ideóque quamuis heres adierit, cuius nomen inductum fuit, actiones tamen hereditariæ ipſi denegantur, vt ait *l. 2.* quia non niſi ei qui verè heres ſit, & quem lex per aditionem heredem fecerit, cõpetere poſſunt. Alia ratio eſt heredis qui ob id indignus exiſtimatur, quod defuncti necem vltus non ſit de quo in *l. ſi ſequens 15. & tot. tit. D. ad SC. Silan.* Hic enim cùm defuncti voluntatem retinuerit, adire ſine dubio poteſt, hereſque fieri per aditionem, adeo vt nec niſi poſtquàm heres factus fuit, indignus videri poſſit, quia non aliter incidit in Senatuſconſultum quàm ſi ante habitam de occiſi familia quæſtionem adierit hereditatem, vel bonorum poſſeſſionem petierit.

Ad §. vlt. l. ſi quis ſeruum 8. & ad l. cùm autem 9. de legat. 2.

CAPVT XVIII.

LEgari poſſe partem hereditatis & partẽ bonorum nemo dubitat. Sed quænam inter huiuſmodi legata differentia ſit, nemo fortaſſe ad hæc vſque tempora benè explicauit. Eſſe autem differentiam aliquam contendunt omnes, probarique putant ex *l. ſi quis ſeruũ 8. §. vlt.* iũct. *l. ſeq. de legat* 2. vbi ſcriptũ eſt, ſi hereditatis pars legata ſit, non eſſe deducendũ æs alienum, ſi verò pars bonorum, deducendum eſſe. Quod ab Accurſio, Bart. aliiſq. omnibus interpretibus paſſim ſic accipi video; vt ex legato hereditatis æs alienũ nõ deducatur, ſed pro qua parte legata eſt hereditas, iura omnia & actiua & paſſiua tranſeant in legatariũ, quia hereditas eſt nomen iuris, ita vt aduerſus legatarium iſtum hereditatis perinde actiones competant creditoribus hereditariis, atque contra ipſum heredem. Ex legato autẽ partis bonorum deducatur æs alienum, quia bona non intelliguntur niſi deducto ære alieno, cùm bonorum nomen ſimpliciter & naturaliter ſumptum non ſit nomen iuris, ſed corporum, ideóq; fieri nequeat, vt ex legato partis bonorum actiones hereditariæ ſaltem paſſiuæ in legatarium transferantur. Proinde ſi ex legato partis bonorum æs alienum nõ deduceretur, euenire neceſſe eſſet vt bonorũ cõmodum legatario acquireretur, incõmodum verò penes heredem remaneret, quod nec voluntati teſtatoris, nec æquitati conſentaneum videretur. Loquuntur autem interpretes de legato partis bonorum, quia ſi bona omnis legata eſſent, nõ dubitãt quin perinde ſit acſi hereditas ipſa legata eſſet, vt hoc caſu legatarius bonorum omniũ, non minùs heredis loco ſit, quàm ſi bona omnia per fideicommiſſum relicta proponerentur, cuiuſmodi fideicommiſſum vniuerſale eſſe certum eſt, vt non magis bona mobilia & immobilia quàm iura & actiones comprehendat. *l. nam quod 14. §. vlt. cũ duab. ſeqq. D. ad SC. Trebell.* Eandem namque rationẽ eſſe volunt legatorum vniuerſalium & fideicommiſſorum vniuerſalium, ſicut legata & fideicommiſſa ſingularia in omnibus, & per omnia fuiſſe exæquata conſtat *l. 1. de leg. 1.* Vnde illud etiã inferunt, ſi nõ bonorum, ſed hereditatis pars legata fuerit, cogi poſſe heredem qui ſuſpectam hereditatẽ dicat, vt hereditatem adeat, eámque partem reſtituat, quia & ſi per fideicõmiſſum ea pars hereditatis relicta eſſet, cogi poſſet heres ad adeundam & reſtituendã hereditatem, & vtroque caſu actiones tranſeant tam in legatarium, quàm in fideicõmiſſarium partis hereditatis, quod poſt Accurſium expreſſim tradit Bart. ad *l. mulier. 22. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Ita fit ſi interpretibus credimus, quod & ipſi fatentur, vt in effectu nihil planè interſit an hereditatis pars legata ſit an bonorũ, nec niſi verbalis, vt aiũt, & vocalis differentia illa ſit, quam à prudentibus traditã volunt in *d. l. ſi quis ſeruũ §. vlt. & l. ſeq. de leg. 2.* Siquidem vtroque caſu volunt, onus æris alieni re ipſa ſequi legatarium, qui vtique deducto ære alieno tãtò minùs percipiat ex legato cùm legata eſt pars bonorum. Nulla verò facta deductione, id eſt, cùm legata fuit pars hereditatis, pro ea parte creditoribus reſpõdere teneatur. Quid enim refert an legatarius obligetur ad æs alienum ſoluendum creditoribus, an heredi? Hoc verò primum eſt quod facit ne mihi hæc interpretum traditio probari poſſit, licèt ſubtilem eam dicat Caſtrenſis, & probet. Non enim poſſum credere prudentes in differẽtia illa proponẽda, quæ extat in *d. l. 8. & 9. de legat. 2.* ad ſonum verborum magis quàm ad rei effectum reſpexiſſe. Nec illud rurſus intelligo, qua ratione fieri queat, vt in legatarium partis hereditatis tranſeant actiones. In eóq; potiſſimùm & ingenia, & imprudentiam noſtrorum interpretum demiror. Etſi namq; non ignoro hereditatis appellatione iura quoq; & actiones contineri, quæ tota eorum ratio eſt, id tamen ad eam hereditatem pertinet, quæ verè ſit hereditas, id eſt, quæ faciat heredem, & heredi ipſi per legem deferatur, nõ ad eam quæ iam ſemel heredi acquiſita, deſierit eſſe hereditas, factáque ſit patrimonium heredis. Qualis proculdubiò illa eſt, quæ legatario partis hereditatis ex legato debetur & acquiritur. Non enim legatum huiuſmodi facere poteſt, quominùs heres inſtitutus reuera heres ſit, & quidem ex toto aſſe, cùm nec aliter legatum hoc deberi poſſit, vt neque cętera quàm hereditas adita ſit, *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam 4. C. de fideicom.* quæ porrò cum heredi acquiri pro parte non poſſit, neceſſe eſt vt ei vel inuito in

ſolidum

Digitized by Google

ſolidum acquiratur. Nec eſt quod quis obiiciat legatum ita facere rẽ legatam legatarii, vt hereditas facit heredis res ſingulas, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. Id enim ita verum eſt, ſi hereditas ſit adita, quia per aditionem confirmari legata omnia neceſſe eſt, vt eorum dominium ex poſtfacto appareat recta via tranſiiſſe à teſtatore in legatarios, *l. ſi tibi homo* 87. §. *cùm ſeruus de legat.* 1. iunct. *l. à Titio* 64. *D. de furt.* Cúmque fiat ea dominij tranſlatio per retrofictionem, ſicut & heres ipſe quandocunque adeat hereditatem, iam inde ab ipſo die mortis eam adiiſſe retrofingitur, *l. heres quãdocunque, D. de acquir. hered. l. omnia. de regul. iur.* eſt res hæc ex earum numero in quibus quid antè fuerit, ex euentu apparet, *l. quæd ſi* 15. *D. de reb. dub. l. qui res* 98. §. *rem autem* D. *de ſolut.* Nam ſi legatarius repudiet legatum, nunquã eius fuiſſe intelligitur. Contrà verò ſi id agnoſcat, tranſit in eum rei legatæ dominium recta via, id eſt quaſi numquam factum heredis. Atqui non poteſt agnoſcere niſi adita demum hereditate, vt dixi. Conſequens igitur eſt vt quamuis perinde fiat dominus rei legatæ, ac heres ipſe fit dominus hereditatis, non poſſit tamen hereditatis dominus fieri is cui pars hereditatis legata eſt, quia & iuris intellectu, & naturæ ordine prius eſt vt hereditas heredi deferatur & acquiratur, quàm vt legatum etiam hereditatis, legatario acquiratur, aut acquiſitum retrofingatur. Legatum enim hereditatis non magis quàm legatum fundi poteſt facere heredem, quia per hereditatẽ is demum heres fit cui lex ipſa defert hereditatem, non cui hereditas ab homine datur ſiue legati iure ſiue fideicommiſſi, lex autem non alij quàm heredi ſcripto defert hereditatẽ ex teſtamento, ſicut nec ab inteſtato alij quàm vel ſuo heredi vel agnato, cognatóve proximiori: nunquam legatario, nec ſi millies hereditatis legatarius proponatur, quia nec legatum ex teſtamento aliter valere patitur, quàm ſi teſtamentum ipſum valeat, quod porrò ſicut ex heredis inſtitutione vires accipit, ita ex hereditatis aditione cõfirmari neceſſariò debet vt legatũ debeatur.

Et verò quomodo fieri poſſet, vt legatum partis hereditatis acquireretur legatario ſi heres non niſi pro alia hereditatis parte quæ legata non eſſet, heres fieret? A quo partem illam ſibi legatam haberet legatarius? An fortè à ſeipſo? An ab herede qui pro hac parte legata, heres neque fuiſſet vnquam, neque fuiſſe retrofingeretur? An denique à teſtatore ipſo qui legatarium hunc eſſe voluit non heredem, aut à lege quæ teſtatoris voluntatem ſubſecuta nunquam alium facit heredem, quàm cui priùs teſtator ipſe dederit hereditatem, & quidem tanquam heredi & iure vniuerſalis ſucceſſionis, non iure legati? Portò hoc admiſſo, quod niſi euerſa tota iuriſprudentia negari non poteſt, legatum partis hereditatis non facere vt legatarius heres ſit, nec proinde quominus heres inſtitutus ex toto aſſe ſit heres. An non illud etiam admittendum eſt, legati huius vim illam eſſe non poſſe vt faciat eum qui verè & ex toto aſſe heres fuerit deſinere heredem eſſe? Id enim etiam repugnaret certiſſimæ iuris regulæ, quæ non patitur vt vllo caſu ſemel heres deſinat eſſe heres. *l. ait prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus De minor. l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* niſi cùm vel per querelam inofficioſi teſtamenti euerſum eſt teſtamentum, *l. circa* 24. *& paſſ. ff. de inoffic. teſtam.* vel heres factus in ſeruitutem redactus eſt, *l. ex facto* 43. §. *vlt. De vulg. & pupil. ſubſt.*

Atqui quiſquis heres eſt ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, in eum neceſſe eſt tranſire actiones iuráque omnia & actiua & paſſiua, vt & à creditorib. hereditariis ſolus conueniri poſſit, & actiones hereditarias contra debitores ſolus exercere, cùm ſucceſſor ſit vniuerſi iuris quod habuit defunctus; eáque iurium omniũ tranſlatio fiat ſola poteſtate legis duodecim tabularum, quæ hac in re de ſolis heredibus non etiam de legatariis locuta eſt, *l. 1. C. ſi cert. petat. l. 2. l. vlt. & paſſ. C de hered. action.* Nec quod hereditas legata ſit non res ſingulæ, facere poteſt legatarium iuris ſucceſſorem, vt nec heredem, quia ex quo inſtanti heredi acquiſita eſt per aditionem hereditas, deſiit illa eſſe hereditas, cœpitq; dici & re vera eſſe patrimoniũ heredis. Nam cùm hereditas ſit nomen iuris ſola legis poteſtate ac fictione inductũ, vt heredẽ facere lex poſſet, & vt ante aditionẽ nõ deſit perſona quæ defuncti vicẽ & perſonã repræſentet, quẽadmodum pluribus aliis locis tractatum à nobis & explicatum eſt, apparet hereditate adita, nullã huiuſmodi fictionis retinendæ ac perpetrandæ neceſſitatẽ ſubeſſe, quia heres ipſe eſt qui cùm non ſola fictione iuris ſed reuera & homo & perſona ſit, defuncti hominis perſonã multò meliùs & cõmodiùs repræſentat. Quod ſi hereditas per aditionem eſſe deſiuit, aditionẽ verò hereditatis præcedere neceſſe eſt vt legatum partis hereditatis deberi poſſit, optima & neceſſaria conſecutio eſt legatarium etiam cui pars hereditatis ſoluta ſit ab herede, non idcirco vel heredem vel iuris ſucceſſorem fieri poſſe, quia ſola hereditas illa eſt quæ iuris poteſtate heredẽ facere poſſit, & quod idẽ eſt iuris ſucceſſorem, non autem nudum nomen hereditatis impropriè & abuſiuè ſumptum. Alioqui dicendum eſſet hereditate poſt aditionem vendita, quæ nec antè vendi poteſt, emptorem heredem fieri, & tanquam heredem, quod eſſet omnino conſequens à creditoribus hereditariis conueniri debere, quod tamen falſum eſſe conſtat. *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. C. de pact.* Similiter dicendum eſſet, etiã ante S.C. Trebel. tempora, ita ius fuiſſe vt ex fideicõmiſſaria hereditatis reſtitutione actiones in fideicommiſſarium transferrentur, quod ſi verè diceretur, non erat cur in eam rem fieret SC. cuius tamen autoritas vel ob id vnum fuit neceſſaria vt actiones hereditariæ ab herede in fideicommiſſarium transferri poſſent. Nam vt cogeretur heres ad adeundam & reſtituendam hereditatem quã vel repudiaſſet vel ſuſpectam diceret, non Trebell. S.C. factum eſt ſed Pegaſiano. Hæc verò omnia cur ita? Niſi quia cùm hereditas venditur, aut ex fideicommiſſo reſtituitur, iam deſiit ea eſſe hereditas quæ poſſit facere heredem, nec dicitur hereditas quia eſt, ſed quia fuit, & vt appareat facta confuſione vtriuſque patrimonij & quod fuerit teſtatoris, & quod ipſius heredis proprium, non aliud tamen patrimonium in venditionem aut fideicommiſſi reſtitutionem venire, quàm quod à teſtatore ad heredem peruenerit. Nam cùm à proprio heredis patrimonio ſeparandum ſit, non aliter tamen aut commodius ſeparari poteſt quàm ſi hereditas dicatur quod aliquãdo fuit hereditas, licet nunc neq. hereditas ſit neque fieri amplius poſſit, *l. vlt. ff. ſi pars hered. petat.* Indéq. eſt quòd quemadmodum vendita hereditate id demum intelligitur venditum quod ex hereditate ad venditorem peruenerit, ita nec aliud perueniſſe creditur, quàm quod peruenit, non prima ratione (quoniam ita fieret vt hereditas ipſa qualis quantáq. fuit ante aditionem vendita diceretur, & conſequenter cum onere æris alieni, & cum eo commodo vt perinde fieri poſſet heres emptor ac fuit heres vẽditor) ſed cũ effectu vt Vlp. loquitur in *l. 2. §. perueniſſe. ff. de hered. vel act. vendit.* vbi ex hoc infert deducendum eſſe æs alienum, non quaſi ea quæ verè eſt hereditas

dici poſſit aut intelligi deducto ære alieno vt parum ſubtiliter quidam putant, ſed quia nec hereditas amplius eſt poſt aditionem, ſed patrimonium venditoria, quod cùm non poſſit ipſo iure ſequelam habere ſecúmque trahere alieni æris hereditarij obligationem, quandoquidem venditor heres manet, neceſſe eſt deduci æs alienum non vt quantitas bonorum venditorũ per eam deductionem minueretur, quomodo minueretur legatum bonorum in ſpecie *dict. l. cum autem 9. de legat.* 2. ſed vt ſi venditor poſt venditionem conuentus à creditoribus hereditariis coactúſque iis ſoluere volet indemnitatem conſequi ab emptore actione ex vendito, non poſſit emptor obiicere ſibi vẽdita fuiſſe bona hereditaria, nullo affecta onere aut incommodo, totiúſque æris alieni onus penes venditorem qui heres manſerit, remanſiſſe. Nomen enim ipſum hereditatis venditæ oſtẽdit, quamuis hereditas illa verè non fuerit, tamen id actum fuiſſe inter contrahentes, vt emptor loco heredis conſtitueretur, nec proinde aliud commodum ad emptorem ex emptione ſpectare poſſit, quàm quod venditor erat retenturus ſi hereditatem non vendidiſſet. Non fuit autem retenturus niſi quantum deducto ære alieno ſuperfuiſſet; quoniam ad quantitatem vſque æris alieni tantò minùs ea hereditate ad eum peruenit, poteſtque dici tantò factus pauperior ex cauſa æris alieni quantò factus eſt locupletior ob repertam in hereditate quantitatem eam bonorum quam diſtrahi neceſſe erat vt creditoribus hereditariis ſatisfieri poſſet: exemplo eius quod Papinianus ſcribit in *lege quod bonis 15. §. ex donationibus D. ad leg. falcid.* Adeò autem verum eſt ſolum nomen hereditatis non poſſe facere, vt alio herede exiſtente is in quem hereditas ita transfertur, ne tamen heres fiat, obligetur æri alieno, vt etiam hodie reſtituta ex Trebelliano hereditate poſſit adhuc heres à creditoribus hereditatis & legatariis conueniri ſummo iure, non minus quàm ſi hereditatem non reſtituiſſet, hac ſola differentia, quod ſi ab iis conueniatur, habet exceptionem hereditatis reſtitutæ, ſicut & agens ex vi directarum actionum contra debitores hereditarios, quod etiam ſtricto iure facere poteſt, eadem reſtitutæ hereditatis exceptione repelli poteſt, *lege ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebellian.* nimirum quia ſenatuſconſultum Trebellianum ſicuti facere non potuit vt heres per hereditatis reſtitutionem heres eſſe deſineret, ita neque vt actiones directæ quæ & heredi & in heredem ex duodecim tabularum lege competunt, in fideicommiſſarium transferrentur, ſed vtiles duntaxat, *l. 1. l. ſi heres 73. & paſſ. eodem titul.* non magis quàm vt in veri heredis perſona non remaneant actiones omnes quibus defunctus, & conuenire potuit, & conueniri. Quid enim aliud eſt heredem eſſe quàm iurium & actionum omnium quæ & defuncto, & contra defunctum competierunt, ínque eius hereditate conſtiterunt, eſſe manerẽque ſucceſſorem? Atqui, vt ad legatum partis hereditatis de quo agimus redeamus, nemo dixerit maiorem illius legati vim eſſe debere ad transferendas in legatarium hereditarias actiones, quàm fideicommiſſi vniuerſalis hereditatis reſtituendæ, vel ex ipſa interpretum traditione, quæ vult legata vniuerſalia fideicommiſſis vniuerſalibus fuiſſe exæquata. Ergo fatendum eſt, ſoluto quoque huiuſmodi legato, heredem perinde creditoribus hereditariis ipſo iure obſtrictum manere, acſi nulla pars hereditatis fuiſſet legata, nec aliter eius indemnitati conſuli poſſe quàm ſi accommodetur ei exceptio quæ poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem ei accommodaretur. Quænam autem exceptio? An illa ipſa de qua modò diximus, reſtitutæ hereditatis? Nequaquam. Non enim ſolutio legati partis hereditatis, reſtitutio hereditatis eſt. Siquidem cùm hereditatem reſtitui dicimus, hoc ſignificamus, Heredem fideicommiſſario reddere quicquid habuit ipſe à defuncto, vt in heredis locum fideicommiſſarius ſubſtituatur: quia nec de alio intelligitur rogatus heres qui rogatus eſt hereditatem reſtituere, quàm vt ſuo loco fideicommiſſarium conſtituat, *l. 2. D. eodem titulo*, nec fieri poteſt, vt fideicommiſſi cõmodum vllum acquiratur fideicommiſſario, niſi per manum heredis, & interueniente ipſius facto in ipſa hereditatis reſtitutione. At legatum hereditatis non per manus heredis acquiritur legatario, ſed vt cetera legata omnia ipſo iure, ac ſola legis poteſtate, heredis nunquam factum, quemadmodum ſuprà diximus ex *d. l. legatum 80. De legat. 2.* quãuis non ſim neſcius Bartolum ſeparare hac in re legata vniuerſalia à ſingularibus, quaſi ſingularium ius proprium illud ſit, non etiam vniuerſalium vt eorum dominium recta via tranſeat à teſtatore in legatariũ, ex *l. non amplius. §. cum bonorum*, vbi ſic ille *De lega. 1.* In quo etiam ſanè fallitur. Eadem enim quod ad omnia legata pertinet vis & poteſtas legis eſt, vt quemadmodum hereditatem quantumlibet ſit illa ius vniuerſale, ita defert heredi, vt ſtatim faciat illius res ſingulas, ita & legata parte hereditatis faciat legatarij pro ea parte res ſingulas quæcunq; in hereditate reperiũtur. Nã & hoc legatum eodem prorſus iure ac modo quo cetera, hereditatis delibatio eſt, cùm teſtator ex eo quod vniuerſum heredis futurum erat, id eſt ex tota hereditate partem hereditatis legatario collatam voluerit, neque diuerſitatis ratio reddi poteſt, cur legata parte hereditatis non poſſit lex facere legatarij pro ea parte res ſingulas, æquè ac faceret heredis totas res hereditarias, ſi legatum nullum factum eſſet, aut legatarij legatam rem ſingularẽ. Nec Bartolum mouere debuit, quòd legata parte bonorũ non corpora ipſa debẽtur, ſed eorum æſtimatio *d. §. bonorum*. Id enim propriã habet rationem, quia cùm ex eo legato deducendum ſit æs alienum, quod tamen ex ipſis bonorum corporibus deduci non poteſt non magis quàm ea iure *l. cogi 16. §. inde quæritur D. ad SC. Trebell.* non aliter poteſt fieri vt legatum præſtetur eo modo quo teſtator voluit, quàm ſi bonorum æſtimatio ineatur, vt ita conuerſis corporibus in pecuniam, quantitas ex quantitate deducatur, & quod deducto ære alieno ſupererit, id demum præſtetur. Id verò legata parte hereditatis, non ſimiliter tractari poſſit, quia ex eiuſmodi legato non eſt deducendũ æs alienum, vt reſcripſit Diuus Pius, ideóq; nihil impedit quominus ſingularũ rerum dominiũ recta via in legatariũ à teſtatore trãſferatur. Nullo igitur facto heredis in eam rẽ opus eſt, nulla reſtitutione, vt legatarius heredis loco ſubſtitutus dici poſſit, & conſequenter ſi qua exceptio heredi dãda eſſet aduerſus hereditarios creditores ob legatã alteri partem hereditatis, non poſſit illa dici exceptio reſtitutæ hereditatis. An ergo exceptio præſtiti legati? Atqui prorſus incognita, & ante hunc diem inaudita eſt talis exceptio, neque verò competere poteſt, quia nec præſtatio vlla legati neceſſaria eſt, vt nec reſtitutio hereditatis ad dominium, in legatarij perſonam transferendum, ſufficiente videlicet legis poteſtate. Ergo nulla exceptio eſt cuius remedio poſſit conſuli huic heredi à quo pars hereditatis relicta eſt, quominus & creditoribus & legatariis om-

nibus

nibus non ſolùm ſtricto iure, ſed etiam cum effectu in ſolidum teneatur, nec ſi ius illud quod à ſenatuſcõſulto Trebelliano in fideicommiſſariis hereditatibus conſtitutum fuit ad legatum hoc transferre velis, quod pertinet ad vtilium actionum tranſlationem, cùm non idcircò exceptionem hereditatis reſtitutæ inductam fauore fideicommiſſarij ad legatarium hunc, vt diximus, porrigere poſſis. Quanquam nec illud defendi poteſt ſenatuſconſultum Trebellianum quod de fideicommiſſariis tantùm hereditatib. locutum eſt, ad hereditatis legatum porrigi debere, non ob id ſolùm quòd de legatis nihil dixerit, quódq. in legatis locũ non habeat ratio illa quæ Senatum præcipuè mouit, quia nemini fidem ſuam periculoſam eſſe oporteat, vt ait *l.1.ſſ.tit.* (legata.n.non ex heredis fide pendent ſed ex legis iuriſq. ciuilis poteſtate cui fuerunt incognita fideicommiſſa) ſed quia neq. fieri potuit, vt de legatis ſenatuſcõſultum loqueretur ſiue vniuerſalia eſſent, ſiue ſingularia, propter eam rationem quam iam attigi; quod cùm fideicommiſſa omnia ex heredum fide pẽdeant, nec ante reſtitutionem ab herede factam fideicommiſſario acquiri poſſint, non fuit difficile facere vt in heredis locum per fideicommiſſi reſtitutionem fideicommiſſarius ſubſtitueretur, atq. ita in eum iura omnia & actiua & paſſiua transferrentur quæ penes heredem fuerant remanſura. Neq. lex vlla fuit impedimento quominus actiones vtiles & fideicommiſſario & contra fideicõmiſſarium cõpeterent, herede manente herede, ideóq. penes ſe directas retinente. In legatis verò etiam partis hereditatis, non illa tantùm ratio directarum actionum tranſlationem impedit, quòd heres non eo minùs ex toto aſſe heres fiat, factúſq. maneat, vt diximus, ſed illa etiam ne vtiles transferri poſſint facit, quod legatum non aliter valeat quàm ſi per legem duodecim tabularum cõfirmetur, quæ porrò quoties legata confirmat eodem prorſus modo confirmat quo & ipſam heredis inſtitutionẽ, fit.n.totius teſtamenti cõfirmatio iiſdem verbis illis legis generalibus *paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto*. Sic euenit, vt ſicuti hereditas delata per legem acquiritur heredi nullo alterius hominis quàm heredis ipſius adeuntis facto interueniente, ita & eiuſdem legis poteſtate legata, & deferantur legatariis & immediatè acquirantur, non per manus heredis, cuius facto alio nõ eſt opus, quàm vt adeat hereditatem. In eo námq. ſolo plus iuris habet heres quàm legatarius, quòd hereditatis delatio non habet condicionem illam tacitam, ſi legatarius agnoſcet legatum, legati autem delatio neceſſariam habet condicionem, ſi heres adierit hereditatem. Cæterùm adeunte herede iam citò fit legatarius dominus rei legatæ, quàm heres, dominus ſingularum rerum hereditariarum non legatarum, nec transfertur dominium legati in legatarium ab herede, quomodo transfertur in fideicommiſſarium, ſed à teſtatore. In fideicommiſſarium præſertim vniuerſalem contrà, non à teſtatore ſed ab herede, adeò vt nec per reſtitutionem verè dominus fiat fideicommiſſarius, ſed tantùm incipiant res hereditariæ fieri in eius bonis, *leg. tertia Digeſt. ſi vſuſfruct. petat. leg. facta. ſexageſimatertia Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebell.* Tranſlatio enim dominij quę fit à teſtatore in legatarium fit per legem: quæ verò ab herede in fideicommiſſarium, non niſi per ſenatuſconſultum, & alio iam domino, per legem conſtituto. Ergo fieri nullo modo poteſt vt ſenatuſconſultum Trebellianũ ad legatarios etiam hereditatis porrigatur, nec vt hac parte ſint exæquata legata vniuerſalia vniuerſalibus fideicommiſſis. Et conſequenter ſi heres à quo teſtator partem hereditatis legauit hereditatem ſuſpectam dicat, non poteſt defendi cogendum eum eſſe vt adeat, non illa tantùm ratione quod in legatariũ tranſire non poſſint actiones hereditariæ quas in heredem lex duodecim tabularum tranſlatura ſit quandocunque ſecuta aditione, verùm etiam, quia ſi heres adire cogeretur, eueniret neceſſariò vt ex ipſo aditionis inſtanti confirmato per legem legato pars tantùm hereditatis quæ legata eſſet legatario acquireretur, reliqua pars penes heredem remaneret, qui proinde & inuitus & pro alieno commodo hereditariis oneribus ſaltem pro parte obſtringeretur. Quod enim obtinet in fideicommiſſis vniuerſalibus, vt etiam poſtulante eo, cui non niſi pars hereditatis ex fideicommiſſo reſtituenda eſt cogatur heres adire, totamque hereditatem reſtituere, ita vt actiones omnes & in ſolidum tranſeant in eum qui coëgit, non ſimiliter in hereditatis legatario induci poteſt, quia fideicommiſſarius partis nihil iuris habet ne pro illa quidem parte citra reſtitutionem ab herede faciendam: heres verò ſicut pro fideicommiſſaria portione reſtituenda totam hereditatem adire coactus fuit, quam nec pro parte adire potuit, ita & totã reſtituit, cùm & aditio & reſtitutio fiat eodem prætoris imperio, nec adire vnquam heres, quin etiam reſtituere iubeatur. Neque ſanè fieri poteſt vt hereditas quæ in perſona heredis & tota & vna eſt, in perſona fideicommiſſarij diuidatur, vt pars duntaxat in reſtitutionem veniat, pars maneat penes heredem, præſertim cùm nihil imputari poſſit heredi qui adiit coactus, fideicõmiſſario verò ſi totã hereditatẽ nolit ſibi reſtitui poſt aditionẽ imputari poſſit cur anteà voluerit, cúmq; heredẽ adire coegerit quẽ ſciebat, nec niſi totam hereditatem adire poſſe, nec proinde niſi totam reſtituere cogendum eſſe, cum nulla ex parte fieri heres voluiſſet. Deniq; adcreſcendi iure totam hereditatem habeat partis fideicommiſſarius, neceſſe eſt, non quaſi inter eum & heredẽ iuri adcreſcendi locus eſſe poſſit cùm diuerſo iure ſuccedant, ſed quia reſtitutionis tempore totam hereditatem ſic iunctam & vnitam repperit, vt ampliùs eam diuidere non poſſit. At legatarius partis hereditatis ſi heredem cogere poſſet ad adeundum, hoc ipſo quod heres adiret, conſequeretur dominium legati, hoc eſt dimidiæ partis ſingularum rerum hereditariarum ipſo iure & ex legis poteſtate, nec vllo heredis facto in eam rem indigeret, atque ita fieret neceſſario vt heres inuitus non ſolùm pro parte maneret heres cum effectu, implicituſque oneribus hereditariis; ſed ex toto aſſe, quia nihil cauſæ eſſet cur exonerari heredem oporteret ob legatarium, qui tam citò, vt dixi, factus eſſet dominus legati, quàm heres hereditatis. Lex porrò cum numquam ſit liberalior teſtatore, non defert ex legato totam hereditatem ei cui teſtator partem duntaxat hereditatis legauit, eſſet enim id abſurdum *d.l.facta 63.§.ſi ſub condicione ad SC.Trebel.* nec proinde facit legatarium dominum niſi partis, neque rurſum patitur, vt iure adcreſcendi, quę quodammodo ſecunda legis delatio eſt, legatarius totam hereditatem conſequatur, non ob id ſolum quòd inter heredem & legatarium tanquam diuerſo iure ſuccedentes id locũ habere non poſſit, ſed etiam quia neque ſit quod poſſit adcreſcere, nec cui adcreſcere, cum heres habeat totam hereditatem non obſtante legato partis hereditatis, quod, vt dixi, non niſi ſingulas res hereditarias, pro ea parte complectitur, non etiam ius illud vniuerſum ex quo hereditas æſtimatur quódque ad heredem ex lege duodecim tabularum neceſſe eſt in ſolidũ deuolui, vel ob hoc ipſum vt legatum valeat quod alioqui non valeret. Aliúdq. remediũ nullum

ſupereſſet exonerandi heredis ſi non ipſo iure ſaltem in effectu, niſi vt in heredis locum legatarius ſubſtitueretur, quod neq. per legem fit quæ legatarium, vt diximus, vocat cum herede nõ poſt heredem, neq. per heredem ipſum qui neq. hereditatem reſtituere, neq. aliud quicquam facere iuſſus eſt. Vnde illud etiam eſt, quòd quamuis tota hereditas per fideicommiſſũ relinqui commodè poſſit, quia rogatus heres intelligitur vt ſuo loco fideicommiſſarium conſtituat, tota tamen hereditas legari non poteſt, ſed tantùm pars hereditatis, non quia, vt nonnulli putant, fieret vt legatarius heres potiùs quàm legatarius dicendus eſſet (neq. enim eo minùs heres repræſentaret perſonã defuncti in ſolidum tanquam qui ſucceſſor eſſet iuris vniuerſi quod defunctus habuiſſet, ideóque & creditoribus omnibus ſatiſfacere teneretur) ſed quia lex falcidia obſtat, quæ non patitur exhauriri legatis hereditatem, at ne quidem onerari ſupra dodrantem vt heres non ſolùm nomine, ac iure ipſo heres ſit, ſed etiam cum effectu & commodo aliquo, cuius ſpe allectus poſſit ille inuitari ad adeundum ad conſeruanda quoque legata ipſa quæ alioqui interciderent non adita hereditate. Liberam enim illam legandi facultatem quam lex duodecim tabular. primùm conceſſerat, leges autem Furia & Voconia reſtrinxerant, & repreſſerant, non aliter lex Falcidia reſtituit quàm hac lege & condicione, vt totius hereditatis quadrans penes heredem remaneret, *l.1.ff.ad leg.falcid.* vt pluribus ſcripſimus lib.6.c.3. Quod ita conſtitui neceſſe non fuiſſet, ſi in hereditatis totius legatarium actiones cum effectu tranſire poſſent, ſicut nec ſenatuſconſulto Trebelliano vlla quartę retentio permiſſa eſt, ne tum quidem, cùm tota hereditas ex fideicommiſſo reſtituitur, quia viſum eſt ſufficere poſſe heredi ne ab adeunda hereditate deterreretur, ſi nullum ex hereditatis aditione damnum timere poſſet, quãuis nec lucrum aliquod ex ea conſequeretur, etſi comperto tandem quòd multi nulla commodi ſpe propoſita ſupremas defuncti preces deſtituerent, nec exonerationem ſolã pro lucro haberent, inductũ fuit per ſenatuſconſultum Pegaſianum, vt & quartam heres retinere poſſet ſi vltrò adire vellet, & adire prętereà inuitus quoq. cogeretur. At heredi fuit neceſſe proſpici ab initio aduerſus legatarios quoſlibet, non tantùm vt lucro aliquo inuitaretur ad adeundum, ſed etiam vt haberet quod poſſet compenſare cum periculo & incommodo æris alieni, cuius ipſe totũ onus, etiam legata tota hereditate ſuſcipere ac retinere teneretur. Quare nec vllo iuris loco proditum videas, cogi poſſe heredem vt adeat propter legatarios, licèt pleriſq. locis mentio fiat legatæ hereditatis, imò contra generaliter ſcriptum eſt neminem cogi ſe adſtringere onerib. hereditariis propter legatum, vt Pap. loquitur in *l. nõ eſt cogẽdus 53. ad SC. Treb.* non adhibita illa diſtinctione, An hereditas legata ſit an fundus, quia nullo caſu fieri poteſt vt in legatarium tranſeant paſſiuę actiones. Loquor de paſſiuis, quia quod ad actiuas pertinet dubitandum non eſt quin legato cõtineantur ſiue quis partem hereditatis ſuæ, ſiue bona ſua legauerit, *l. ſi legatum 30. §.1. eo. l. meorũ De verb. ſign.* Sed paſſiuarum alia ratio eſt, ex qua etiam intelligetur apertiùs fieri non poſſe vt tranſeant in legatarium hereditatis, quia non teſtatoris ſunt ſed creditorum, ideóque & æs alienum appellatur, & ex bonorum quantitate deducitur, quia nemo dici poteſt id habere quod debeat, multò minùs actionem quam alius contra ſe poſſit exercere. Atqui ſiue quis hereditatem leget, ſiue qua alia ratione bonorum ſuorum vniuerſitatem alienet, non aliud transferre in alium poteſt, quàm quod ipſe habet, præſertim autem legando, quia legatum eſt quod lege modo imperatiuè relinquitur, inquit Vlp. in Titulis tit.24. imperare autem teſtator diſponens de ære alieno non magis poteſt, quàm ipſis creditoribus legem dare, & contra quem aut quatenus agere debeant præſcribere. Idque fit ex verbis illis generalibus legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaßit, ita ius eſto. l. verbis legis 120. De verb. ſignif.* Non enim dici poteſt æs noſtrum eſſe, quod eſt alienum. Cur ergo, inquies, tranſit in heredem onus æris alieni? Reſpondeo non tranſire ex diſpoſitione teſtatoris, at ne quidem ex ipſius voluntate, ſed vel tacente adeóque inuito eo ex ſola legis poteſtate, quæ ſicut & hereditatem facit & heredem, vt ſit perſona quæ defunctum repræſentet, ita & vult heredem in omnibus eodem iure cenſeri, quo defunctus ipſe cenſebatur, vt perinde & actiones quæ defuncto competebant exercere poſſit, & à defuncti creditoribus conueniri. Proinde lex ipſa eſt quæ heredem æri alieno obligat, non teſtator: heredem verò ſolum lex obligat, non legatarium, quia & ſolus heres non etiam legatarius ille eſt, qui defũcti perſonam in ſolidum repræſentat. Adeò vt nec expreſſa voluntate poſſit teſtator iubere vt legatarius quantumlibet hereditatis teneatur ad æris alieni exſolutionem creditoribuſque hereditariis reſpondere debeat non heres, quoniam ita faciens diſponeret, vt dixi, de re aliena non de ſua. Quod facere poteſt, hoc vnum eſt vt iubeat legatarium partis hereditatis indemnitatem æris alieni præſtare heredi, pro ea hereditatis parte quę eſt legata: ita enim rei ſuæ legem dicit. Sed non ideò fiet, vt alius quàm heres à creditoribus hereditariis poſſit conueniri, ſolumque heredi remedium ſupereſt, vt contra legatarium qui legatum agnouit, agere poſſit ex teſtamento ad indemnitatem conſequendã: igitur vt ad inſtitutam tractationem redeamus, quod Diuus Pius reſcripſit ex legato partis hereditatis nõ eſſe deducendum æs alienum, eam rationem non habet quam afferunt interpretes, quòd hic legatarius ad onus illud æris alieni teneatur quodque in eum paſſiuę quoque actiones tranſeant: Sed è contrario illam potiùs quod legatum hoc, vt & cætera omnia immune ſit & eſſe debeat ab oneribus hereditariis, quippe quę ad alium ſpectare non poſſint quàm ad heredem. Dubitandi tamen ratio tota pendebat ex nomine *hereditatis*, quo nomine iura & actiones comprehendi certũ eſt, videbaturq. faciẽda interpretatio, nõ eã ex iuris ratione (quæ, vt dixi, eã demũ hereditatẽ quæ heredẽ facit, non eam quę legatur æri alieno obligat) quã ex opinione teſtatoris, quem credibile eſt cùm hereditatis partem legauit, de ea ipſa hereditate ſenſiſſe, quæ penes heredem manſura erat ſi legata non fuiſſet, ac proinde & commoda habens & incommoda. Sed non potuit ea teſtatoris opinio etiam de qua manifeſtiſſimè conſtaret, certiſſimam iuris rationem peruertere, ac facere vt legatarius heredis iure cenſeatur. Quanquã nec obſcura videtur pro legatario voluntas teſtatoris qui ſi in huiuſmodi legatarium iura & actiones paſſiuas tranſire voluiſſet, æquè facilè pro ea parte heredẽ illum ſcribere potuiſſet. Cur enim legatarium hunc pro parte hereditatis, alium verò ea toto aſſe heredem feciſſe crederetur, niſi vt vnus legatarij, alius heredis iure cenſeretur? Longéque alia fideicommiſſarij vniuerſalis ratio eſt, cui hereditatem ex fideicommiſſo reſtitui teſtator iuſſit. Tunc enim etſi perinde verum eſt hereditatem deſiiſſe hereditatem eſſe, quæ facta ſit patrimonium heredis, apparet tamen teſtatorem in fideicommiſſo relinquendo cogitaſſe de ea ipſa hereditate in effectu reſtituenda, quæ aliquando

do verè hereditas fuiſſet, adeóq. ſi fieri poſſet, de ipſo fideicommiſſario herede faciẽdo. Nam vt Vlp. ſcribit in *l. an fideicõmiſſaria. D. ad SC. Trebell.* quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt, id videtur rogatus reddere, non quod nunc eſt hereditatis, quæ ſcilicet ampliùs nulla eſt, ſed quod fuit, moriẽte nimirum teſtatore, quo demùm tempore vera eſt hereditas, quia reſtitutio fit per manus heredis, in cuius locum fideicommiſſarius ſubſtituitur tanquam ſecundus quidam heres. Itaq. reſcriptum illud D. Pij, quod interpretes volũt in odium & incõmodum legatarij factum eſſe, reſpicit proculdubio eius fauorem vt creditorib. hereditariis non teneatur, vt neq. legatariis cęteris teneretur, cùm toto iure vetere ita comparatum fuerit, vt à legatario legari nunquam poſſet. Ex quo etiã conſtat apertiùs, legatarium hunc partis hereditatis, neq. heredis iure cenſeri, neq. creditorib. hereditariis obſtringi, quia perinde fieri neceſſe eſſet, vt legatarii quoq. tanquam heres obligaretur. Dices fortaſſe pro interpretibus, ſecundùm hanc noſtram interpretationem fore, vt nulla ſit differentia inter legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorum. Quæ tamen apertè conſtitui videtur in *d. l. 8. §. vlt. & l. 9. de leg. 2.* Ego verò admitto libentiſſime, quod & veriſſimum eſt, nullam inter huiuſmodi legata eſſe differentiam. Sed nego, quod interpretes putant, vllam in dictis legibus proponi. Nam ſicut tota hereditas legari non poteſt, obſtante lege Falcidia, vt diximus, ita neq. tota bona, ſed tantùm pars hereditatis, vt & pars bonorum. Et contrà quemadmodũ legata parte bonorum, fatentur omnes æris alieni onus non tranſire in legatarium; ita neq. tranſit cùm legata eſt pars hereditatis, vt probauimus. Quid ergo? Differentia conſtituenda eſt non inter hereditatem & bona, ſed inter legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorum, quæ teſtatoris erunt mortis tempore, de quo loquitur *d. l. 9.* quia prius legatum refertur ad tempus illud quo teſtator iam erit mortuus, propter factam hereditatis mentionem, quando nec hereditas vlla eſt niſi poſt mortem teſtatoris, cùm viuentis hominis nulla ſit, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Poſteriùs verò refertur ad tempus vitæ, i. ad inſtans mortis quod vitæ non morti computatur, *l. qui duos 18. §. 1. D. de manum. teſtam. leg. vltim. D. de condit. inſtit.* ſiquidem non qui tã mortuus eſt, ſed qui viuit. Ex hac verò differẽtia illa naſcitur, quòd ex legato partis hereditatis ęs alienum non deducitur, quod iam per legem tranſlatum reperiatur in heredem, adeóq. inſeparabiliter vnitum hereditati, vt etiamſi deducto ęre alieno hereditatẽ reſtituere heres iuberetur, non eo minùs tamen inuito quoq. teſtatore onus æris alieni cum hereditate ipſa in fideicommiſſarium tranſiret, *l. cogi 16. §. inde quæritur. D. ad SC. Treb.* quoniam, vt diximus, ea demùm hereditas in effectu reſtituitur quæ fecit heredem, & quæ per legem delata eſt heredi, & per aditionem acquiſita, quæque onus ſemel adnexum habuit ęris alieni, quod de legata hereditate nõ ſimiliter dici poteſt. At ex legato partis bonorũ quæ teſtatoris erunt mortis tẽpore, deducendũ neceſſariò eſt pro ſimili portione æs alienũ, quia non alia bona teſtator habuit quandiu vixit, quã quę ipſi deducto ęre alieno ſuperfuerunt. Et quãuis hoc quoq. caſu verum ſit heredem teneri ad æs alienum, ac ſi nihil prorſus ex bonis legatũ eſſet, deducit tamen illud ex legato, ne alioqui eueniat, vt plus præſtet legatario, quàm ei legatum ſit à teſtatore, ſi fortè dimidiam illi det bonorum omnium partem ab æris alieni onere immunem, quæ quarta duntaxat eſſet, aut tertia, ſi æs alienũ deduceretur. Sed fac ſimilia eſſe legata, id eſt, non quidem legatum partis hereditatis ad tempus vitę teſtatoris relatum fuiſſe, quod fieri nunquam poteſt, ſed legatum partis bonorum relatum eſſe ad id tempus quo iam aliqua eſſet hereditas, id eſt, quò teſtator defunctus fuiſſet, purà concepto legato in hunc modum, *Lego Titio dimidiam partem bonorum, quæ in hereditate mea reperiuntur.* Hoc verò caſu negabo deducendum eſſe ex legato æs alienum, propter eas ipſas rationes, per quas diximus, nec ex legato partis hereditatis talem deductionem fieri poſſe: Nihilque prorſus obiici poteſt, aut ex ſupradictis legibus, aut ex alio vllo iuris loco, quod huic noſtræ interpretationi repugnet. Supereſt vt eam quoq. Bartoli traditionem impugnemus, quæ ſeparat legatum partis bonorum à legato bonorũ vniuerſorum, quaſi ſit hoc non etiam illud legatum vniuerſale per quod tranſeant in legatarium actiones. Iam enim diximus legatum omnium bonorum non magis valere poſſe, quàm legatum totius hereditatis, propter legis Falcidiæ prohibitionem, & quamuis valere poſſet, non eo magis tamen in legatarium tranſituras actiones, quę per legem duodecim tabularũ non poſſunt tranſire niſi in heredem. Quid ergo Bartolũ fefellit? Quod non credidit ſeparanda eſſe hac parte legata à fideicommiſſis. Nam cùm de fideicommiſſo agitur, intereſt ſanè an teſtator bonorum ſuorum partem duntaxat reſtitui iuſſerit, an omnia ſua bona. Priore caſu verum eſt quod ille ait fideicommiſſum non eſſe vniuerſale, ſed ſingulare, non quia ex eo deducendũ ſit æs alienum, quemadmodum ipſe putat ex *d. l. cùm autem*, (non enim deduceretur ſi legata eſſet pars bonorum quæ in hereditate reperirentur, vt proximè diximus, nec eo minùs tamen fideicommiſſum eſſet ſingulare) ſed quia ex huiuſmodi fideicommiſſo non tranſeunt actiones, cùm de hereditate ipſa aut pro parte aut in totum reſtituenda non fuerit heres rogatus, nihilque prohibeat partem bonorum relinqui per fideicommiſſum ſingulare, ſicut & legati iure dari potuiſſet. Poſteriore verò caſu, id eſt, cùm quis bona ſua omnia per fideicommiſſum reſtitui voluit, dicimus fideicommiſſum eſſe vniuerſale tranſirẽque ex eo actiones, adeò vt heres ſi ſuſpectam dicat cogi poſſit adire & reſtituere, *d. l. nam quod 14. §. vlt. & l. ſeq. ad SC. Treb.* Non ex proprietate dictionis *bonorum*, quæ licèt iura quoque actiua complectatur, paſſiua tamen nunquam comprehendit niſi in edicto *de bonor. poſſeſſ.* in quo *bonorum* nomine vti coactus fuit prætor quia de hereditate loqui non potuit, ſed benigna interpretatione, quæ facit vt non de bonis duntaxat, ſed & de tota ſua ſucceſſione teſtator ſenſiſſe intelligatur, ne intercidat fideicommiſſũ quod alioquin prorſus intercideret herede adire nolẽte, vt Vlp. tractat in *d. l. cogi in princ.* vbi eadem de cauſa addit idem eſſe etiamſi non bona ſua, ſed, quod erat multò dubitabilius, totum patrimonium ſuum, imò & peculiũ reſtitui teſtator voluerit: cùm tamen nemo poſſit ſub patrimonij vel peculij ſui nomine comprehendere æs alienum, quod quia alienum eſt, neq; patrimonium, neque peculium teſtatoris dici poteſt. Propter quam cauſam non malè dicebat Mæcianus voluntatis eſſe quæſtionem, id eſt, an de tota ſucceſſione quæ commoda & incommoda contineret ſenſiſſet teſtator, an de bonis ſuis tantùm, licèt omnibus reſtituendis. Quia ſiue ex bonis deducas æs alienum, ſiue non deducas, nunquam euenit, vt onus æris alieni ſit onus bonorum, niſi cùm agitur de bonorum poſſeſſore qui eſt heredis loco, *l. 1. 2. & 3. ff. de bon. poſſeſſ.* Neque aliud Vlp. quàm Mæciani iudicium eſt, niſi quod ait in dubio credendum eſſe teſtatorem locutum de bonis, ſenſiſſe de tota ſucceſſione, hoc eſt, de tota hereditate quę nõ min-

Digitized by Google

æs alienum, quam bona teſtatoris in ſe continet, vt fideicōmiſſum ſuſtinestur. Ita innuens non obſcurè, ſi cōſtaret teſtatorem *bonorū* nomen vſurpaſſe propriè, non autē impropriè pro hereditate, aliud eſſe dicendum, nec vniuerſale fideicōmiſſum cenſendū, cuius conſeruandi gratia herea cogendua ſit adire, quia proculdubio omnib. hereditaris oneribus etiā poſt reſtitutionem bonorum omnium implicitus remaneret. Sicut & herede vltro adeunte, ac bona omnia reſtituente, non putarem tranſire actiones in fideicōmiſſariū; quia nulla ſubeſſet neceſſitas capiēdæ huius interpretationis pro fideicōmiſſo confirmādo, quod per liberam heredis aditionem ſatis cōfirmatū eſſet. Eadē verò præſumptio capi nullomodo poteſt, vt de tota ſua ſucceſſione teſtator ſenſiſſe intelligatur, cùm partem duntaxat bunorum per fideicōmiſſum relinquit: At ne quidem de parte ſucceſſionis, acſi pars hereditatis per fideicommiſſum relicta eſſet, quia multò facilius eſt, vt vniuerſitas bonorū pro hereditate accipiatur, quàm vt pars bonorū accipiatur pro parte hereditatis. Sed & illud longè facilius eſt, vt fideicommiſſum bonorum accipiatur pro fideicommiſſo hereditatis, quàm vt legatum bonorum pro legato hereditatis: quoniam bona illa per fideicommiſſum relicta neceſſe eſt ab herede & per manus heredis ad fideicommiſſarium peruenire, atq. ita fuiſſe aliquando hereditatis: quæ res facit vt in heredis locum facilè ſubſtitui poſſit fideicommiſſarius: bona verò legata cùm ab initio ſeparata ſint ab hereditate, nec vnquam heredis fuerint, multò difficiliùs ſumi poſſunt pro hereditate, quæ nimirum ſoli heredi fuerit delata & acquiſita.

Quænam actio detur fideicommiſſario pro conſequendo debito per heredis aditionem confuſo, Ad §. ſi ex Trebelliano, l. ita tamen 27. D. ad SC. Trebel.

Cap. XIX.

QVoties debitor creditori heres eſt, vel è contrario creditor debitori, conſtat fieri confuſionem actionis, & confuſione perimi actionem, *l. debitori 7. C. de pact. l. ſi adulta, l. vt debitum C. de hered. act. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. D. de ſolut.* idque ratione non tantùm ciuili, ſed etiam naturali, quia non magis natura ipſa, quàm lex pati poteſt, vt quis ſibi ipſi ſit obligatus, cùm heres perſonā defuncti ſic repræſentet, vt eadem prorſus perſona eſſe exiſtimetur, *l. Vranius 71. D. de fideiuſſ.* ſicut nec vt quia apud eundem pro eodem ſit obligatus, *l. heres à debitore 21. §. quod ſi ſtipulator. eo. tit.* Nec quod heres totam hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere iuſſus ſit, impedit confuſionem, ſi quidem adiri hereditatem neceſſe eſt priuſquàm reſtitui poſſit, aditio autem illa eſt, vt diximus, quæ confuſionem inducit, *d. §. aditio.* De illo dūtaxat dubitari poteſt an actio quæ per aditionem confuſa fuit, reſtituta poſtmodum hereditate reſuſcitetur. Nam ex vna parte obſtat iuris regula, quæ negat actionem ſemel extinctam reſuſcitari vnquam poſſe, *l. qui res 98. §. aream. D. de ſolut.* Ex altera verò mouet æquitas, quæ non patitur, vt debiti iacturam faciat heres, qui fuit defuncti creditor, licèt debitori ſuo heres extiterit, ſi eam hereditatem alteri totam reſtituerit, nullúmque ſibi ex ea lucrum retinuerit, neque rurſus vt debitum lucretur, ſi defunctus creditor fuit, cùm quiſquis hereditatem reſtituere iuſſus eſt, id videatur rogatus omne reddere quod fuit hereditatis, vt proximo capite dicebamus ex *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad SC. Trebellian.* nemo autem negauerit in hereditate fuiſſe, quod defuncto heres debuit ante factam confuſionem. Non enim aditio hereditatis ſicuti confuſionem ſemper inducit, ita & ſolutionis locò ſemper cedit, ſed aliquando duntaxat, vt eleganter Pap. tractat in *d. §. aditio*, & in *§. aliquando.* tunc videlicet cùm hereditas remanet penes heredem, vt in *l. quæ dotis 33. D. ſolut. matrim.* At cùm hereditatem aditam reſtituere heres iuſſus eſt, fieri certè nequit, vt ex eo quod alij reſtituere cogitur intelligendus ſit ſibi ſoluiſſe. Etſi autem extat apertiſſima eiuſdem Papiniani ſententia in *l. deducta 58. ad SC. Trebellian.* actionem confuſam redintegrari per Trebellianum non poſſe, vulgò tamen magis probatum eſt ab interpretibus, reſtituta hereditate reſuſcitari actionem, non quidem directā, de qua ſola Papinianum intelligi volunt, ſed vtilem in directæ locum ex æquitate & neceſſitate ſubſtituendam, in qua ſcilicet, quod defuncto creditori nunquā competierit, locum habere non poſſit ratio illa confuſionis quæ extinguit directam. Sic enim ratiocinantur Paulus Caſtrenſ. Alex. & alij plerique ex nobilioribus interpretibus ad *l. ita tamen 27. § ſi ex Trebelliano eod.* moti præcipuè ex eo quod in *d. §.* ſcriptum eſt, neceſſarium eſſe hoc caſu fideicommiſſario actiones dari; vbi Accurſius noſter in verb. *actiones*, notat *vtiles.* Quanquam idem ille tandem inclinat magis in ſententiam Hugolini, qui contendebat actiones omnes tam vtiles quàm directas per aditionem confuſas eſſe, nec proinde reſuſcitari vllomodo poſſe, ideóque ſolam ſupereſſe actionem ex teſtamento quæ fideicōmiſſario dari poſſit, & per quam pecunia quæ fuit defuncto debita, ab herede petatur ex cauſa fideicommiſſi. Tanquam minus plenè reſtituta hereditate fideicommiſſaria, quandiu aliquid vel minimum remanet penes heredem quod venire debeat in reſtitutionē. Neque verò quiſquā eſt ex interpretibus, qui neget huiuſmodi actionem ex teſtamento dari fideicommiſſario debere. Nam & id expreſſim Papinianus ſcribit in *d. l. deducta in princ.* & Paulus in *l. debitor 59. eo.* Sed tamen non eo minùs dant alij vtilem actionem. Et ipſe Bart. in *d. §. ſi ex Trebelliano*, ſuam de hac re ſententiam obiter aperiens, non dubitat quin fideicōmiſſario competat vtraque actio tam vtilis, quàm ex teſtamento. Ego verò ſatis mirari non poſſum, quid ſibi velint iſti, cùm tractant de vtili actione hoc caſu reſuſcitanda. Nam ſi fatentur quod & verum eſt, idcirco actionem vtilem extingui non potuiſſe per aditionem, quia nunquam competierit defuncto, qui ſcilicet habebat directam ex contractu (nunquam enim fieri poteſt vt in vna eadémque perſona & pro eadem obligatione concurrat vtilis actio cum directa, non ob id ſolùm quòd vtilis ex neceſſitate tantùm inducitur, eius autem inducendæ neceſſitas, nulla eſt cum competit directa, *l. ſi heres 73. in princ. eod. tit.* ſed etiā quia plenior obligatio qualis eſt directa, ſemper tollit minorem, *l. debitori, ff. de fideiuſſ.*) quæro ab interpretibus, qua tandem ratione fieri poſſit, vt reſuſcitetur actio vtilis, quæ nuſquam fuerit extincta? imò & quæ nunquam fuerit? An non enim habet ea res naturalem intellectum, vt quicquid perit & extinguitur id anteà fuiſſe neceſſe ſit, & rurſum, vt quicquid reſuſcitatur, id antea extinctum fuiſſe oporteat? Sed & qui ex interpretibus dant vtilem iſtam actionem, coguntur ſe implicare, cùm datiuam illam eſſe dicunt non natiuam, quomodo loquitur Alex. ad *d. §. ſi ex Treb.* Senſus enim eſt, non naſci illam ex contractu præcedente, ex quo directa competebat, quæ fuit extincta per confuſionem; ſed tunc incipere competere cùm datur, vtpote quæ antecedentem obligationem nullā habeat ex qua naſci poſſit; ſecundùm ea, quæ de vtilib.

actionibus dariuis & natiuis diſputat Bart. ad *l.1. D. de oblig. & act.* & ad *l. Mænius 76. §. duorum de leg. 2.* Ea námq. confuſio, quæ per aditionem contingit, obligationem ipſã primùm & principaliter extinguit, cum non aliam rationem habeat, quàm quòd vt dixi, nemo poſſit ſibi ipſi eſſe obligatus: Actionem verò extinguit quidem, ſed per conſequentias, & ea ſola ratione quod ſine obligatione actio competere nulla poſſit. Propter quam cauſam dici ſolet obligationem actionis matrem eſſe, vulg. *l. licèt 43. §. ea obligatio. D. de procur.* Et quamuis admitterem ex æquitate inducendam, ne cum interpretibus malè dicam reſuſcitandam eſſe vtilem actionem poſt confuſionem, non tamen eſſet conſequens ex eadem æquitate inducendam vtilem obligationem, tum quia non poteſt lex inducere obligationem perſonalem ſine facto & voluntate eius de quo obligando agitur. Tum etiam quia obligationis inducendæ nulla neceſſitas eſt, niſi ad producendam actionem. Atqui actionem præſertim vtilem dare, facilè lex & magiſtratus poteſt, nulla quoq. præcedente obligatione, quoniam actiones ſunt iuris ciuili, obligationes verò ex iure gentium, *l. ex hoc iure, D. de iuſtit. & iur.* quod & interpretes tractant ad *l. vlt. C. ſi contra ius vel vtilit. public.* Fieri ergo non poteſt, vt actio iſta vtilis quam fideicõmiſſario dari volunt, ſit natiua, ptotiúſq. neceſſe eſt datiuam eſſe, ac proinde talem quæ reſuſcitata dici nullomodo poſſit, & quæ prioris actionis directę per aditionem confuſæ vim & naturam nequeat retinere, aut etiam induere. Quam in rem non minùs elegans quàm apertum eſt Papiniani reſponſum illud quod extat in *d. l. deducta in princ.* vbi tractans de herede hereditatem deducta quarta reſtituere rogato qui debitori hereditario heres extiterat, ait, quoniam confuſa actio per Trebellianũ redintegrari non poteſt, pecunię dodrantem ex cauſa fideicõmiſſi neceſſariò petendũ eſſe, ſed in eum diem quo actio confuſa eſt, vſuras præter ti temporis, quæ in obligatione, vel officio iudicis fuerunt, cõputãdas eſſe, poſterioris verò ita demum ſi mora fideicommiſſo facta ſit: cùm tamen ſi vel priſtina actione directa ageretur, vel vtili quæ directæ naturam & poteſtatem retineret, haud dubiè dicendum eſſet vſuras totius temporis tã quod confuſionem præceſſiſſet, quàm quod ſubſecutũ fuiſſet, indiſtinctè deberi, neq. illud requireretur vt in fideicõmiſſo præſtando noua mora facta eſſet, valente ſcilicet prima mora ſufficere, vt vſurę quæ ſemel deberi cœpiſſent, in perpetuum deberentur, i. ad plenam vſq. ſortis ſolutionem, vt Paulus eleganter reſpondit in *l. Titia Seio 87 § vſuras de legat. 2.* Sed & ex eo Papiniani reſponſo apparet, non aliam quàm fideicommiſſi actionem in propoſita ſpecie fideicommiſſario dandam eſſe, cùm ita ſcribit, *dodrans pecuniæ ex cauſa fideicõmiſſi petatur.* Præmiſſa etiã ratione illa, *quoniam actio confuſa per Trebellianum redintegrari non poteſt*, quod vtiq. ſic accipiendum eſt, vt redintegrari nullomodo poſſit, ſi verum eſt quod vno ore interpretes noſtri tradunt ad *l. Gallus 29. in princ. de liber. & poſth.* negationem immediatè poſitam ante verbũ *poteſt*, omnem omnino excludere potentiam. Perinde igitur eſt acſi paulò apertiùs Papin. ſcripſiſſet confuſam illam actionem neq. directo, neq. vtiliter redintegrari poſſe, i. non magis poſt hereditatis reſtitutionem, quàm antea fieri poſſe vt actio vlla ſiue vtilis, ſiue directa, competat fideicommiſſario pro debito per confuſionem extincto, ob idque non aliud ei remedium ſupereſſe, quàm vt fideicommiſſum quaſi nondum reſtitutum perſequatur. Quomodò & Iulianus quamuis in diſſimili non tamen prorſus aliena ſpecie ſcribit in *l. cùm reus 14. de fideiuſſ.* cùm reus promittendi fideiuſſori ſuo heres extiterit fideiuſſorium perimi obligationem. *Quid ergo eſt* inquit, *Tanquam à reo debitum petatur.* Senſus eſt à reo qui fideiuſſori ſuo heres extitit, petendum eſſe debitum neceſſario tanquam à reo, non tanquam ab herede fideiuſſoris, tametſi fortaſſis euenturum ſit vt reus tanquam reus exceptionem aliquam perſonalem habiturus ſit, puta pacti perſonalis de non petendo, quã non haberet tanquam heres fideiuſſoris. Ideoque neceſſariam fore illo caſu creditori replicationem doli mali vel in factum, ad exceptionem illam eludendam. Sic enim locum illum iampridem interpretati ſumus, & addita negatione feliciter emendauimus lib. 1. cap. 3. Et verò ſi qua vtilis actio poſſet fideicommiſſario competere, per quam eſſet ille totius temporis vſuras nil obſtante debiti confuſione indiſtinctè conſecuturus (vt ſolent actiones vtiles eiuſdem poteſtatis eſſe, cuius ſunt directę eundémque habere effectum *l. actio 47. ff. de negot. geſt.*) an non ridiculus eſſet Papinianus, qui actionem ex fideicommiſſo longè minùs vtilem futuram proponeret? An non etiam ſtultus fideicommiſſarius qui electionem habens, vt vel vtili actione ex contractu, vel fideicommiſſi nomine ex teſtamento experiretur, eam actionem eligeret, quæ ſibi damnoſior foret, vtiliorem verò & expeditiorem prætermitteret? Ideoque fortaſſe tantò faciliores fuerunt interpretes ad eiuſmodi actionem vtilem concedẽdam fideicommiſſario, quaſi nihil intereſſet heredis vtra actione conueniretur: quantò difficiliùs permittendum fuit, vt inuita iuriſprudentia poſſet ille actione non modò non competente, ſed etiam duriore conueniri. Quanquam quod heredis nihil interſit an hac, an illa actione vrgeatur, nunquam faciet vt eo magis admittam actionem in eum dandam eſſe, quæ nec ſummo iure competat, nec ex æquitate induci poſſit, adeoque cuius inducendæ neque neceſſitas vlla ſubſit, neque vtilitas aliqua futura ſit. Æſtimantur enim vtiles omnes actiones, vt vel ſolum ipſarum nomen demonſtrat ex vtilitate, quam ei adferunt qui alioquin ſummo iure periclitaretur, ideoque non niſi ex mera neceſſitate inducuntur, & iis demum caſibus quibus directa actio competere nulla poteſt, *l. quamuis 8. §. ſi conuenerit ff. ad SC. Velleian. d. l. ſi heres 70. ff. ad SC. Treb.* Quid igitur fallere potuit interpretes, vt ſine lege nulláque vrgente neceſſitate dãdã fideicommiſſario dixerint vtilem actionem contra rationem iuris? Id vnum puto, quod in *d. §. ſi ex Treb.* ſcriptum putabant *neceſſarium eſſe actiões aduerſus heredem fideicommiſſario dari*, quomodo in eorum codicib. ſcriptum fuiſſe teſtis eſt gloſſa illa Accurſij quæ incipit *vtiles*. Scripſiſſet enim ille ac ſcribere debuiſſet *vtilem* in numero ſingulari, ſi in eodẽ numero textus *actionem* non *actiones* habuiſſet. Cũ verò actiones plures ea dictione pluralis numeri proponi viderent, non putarunt aliam actionem poſſe competere quàm vtilem, præterquàm eam quam fatentur omnes indubitatè fideicommiſſario dandã eſſe ex teſtamẽto. Sed cùm ex Pandectis Florentinis appareat vicioſam fuiſſe veterem illam lectionem, legendumque *actionem* non *actiones*, nato errore ex eo quod, vt alias non ſemel obſeruauimus, veteres iidémque rudiores typographi literam *m* in hac 3, quæ à litera S non multum diſtat, excudebant. Etſi non erat interpretibus difficile errorem detegere, ſi non piguiſſet reliqua eiuſdem § verba obſeruare. Ac illud imprimis, quod immediatè præcedit, *neceſſarium eſt*. Non enim neceſſarium dici poteſt, vt actiones plures fideicommiſſario contra heredẽ dentur, ſiue omnes eiuſdẽ effe-

ctus, & poteſtatis eſſe velis, ſiue vnam pleniorem altera. Ex quo namque vna competit, aut datur, quid neceſſe eſt aliam dari? præſertim quæ nec plenior nec commodior ſit futura? Atqui non eſt ex interpretibus qui neget, nec qui negare poſſit actionem ex teſtamento dandam eſſe fideicommiſſario. Sicut è cõtrario ſi heres creditor defuncti fuit, & fideicommiſſum non deducto debito reſtituerit, conſtat habere illum fideicommiſſi tanquam indebiti repetitionem, quemadmodum ſi fideicommiſſum reſtituiſſet, non deducta quarta quam deducere ac retinere debuiſſet, *l. heres 21. ad SC. Treb. l. 2. §. ſi legatarius, l. in ratione margaritarum 26. D. ad leg. Falcid. l. cùm pater 77. §. mater filiis de leg. 2. l. qui exceptionẽ 40. §. 1. ff. de condict. indeb.* Non potuit ergo Iulianus ſcribere vel ſentire neceſſariam eſſe fideicommiſſario vtilem actionem. Debuit ſanè ſcribere quod ſcripſit neceſſarium eſſe, actionem fideicommiſſario in heredem dari, quia ſtricto iure nulla competit, neque ex contractu, ſiue directa, ſiue vtilis, propter confuſionem, neque ex teſtamento propter iam factam fideicommiſſi reſtitutionem. Actio enim ex teſtamento quę pro fideicommiſſo competit fideicommiſſario contra heredem non ad ſingularum rerum reſtitutionem conſequendam pertinet, ſed ad reſtitutionem hereditatis, & iuris illius vniuerſalis, cuius ratione fideicommiſſarius dicitur ſucceſſor vniuerſalis, & loco heredis: Cui reſtitutioni dubitãdum non eſt, quin ſatisfecerit heres qui hereditatem reſtituit, adeóque quod magis eſt, licèt verbo tantùm reſtituerit, cùm ex ea reſtitutione verbali iura omnia in fideicommiſſarium tranſlata ſint, totáque hereditas, quæ ſcilicet in iure conſiſtit non in corpore, *l. reſtituta 37.* iunct. *l. facta 63. in princ. ff. ad SC. Treb.* Proinde non poteſt dici eandem actionem ex teſtamento competere fideicommiſſario poſt reſtitutionem, quæ competeret ſi reſtitutio nulla facta eſſet. Verùm quia nec illud dici poteſt heredem ſatisfeciſſe volũtati teſtatoris quandiu aliquid retinet, quãtulũcũq. illud ſit ex eo quod reſtituere debuit, æquiſſimũ eſt, & cõſequẽter neceſſariũ actionẽ fideicõmiſſario dari. Nimirũ per prætorẽ, cuius ꝓpria fuit de fideicõmiſſis iuriſdictio, & qui ob eam cauſam fideicommiſſarius vocabatur. Si actio ex teſtamento ſummo iure competeret poſt reſtitutam hereditatem, non ita ſcripſiſſet Iulianus, *neceſſarium eſt actionem aduerſus eum fideicommiſſario dari.* Aliud enim eſt *actionem competere,* aliud *dari.* Quæ competit ipſo iure, non datur. Quæ datur, non competit. Cùm actionem competere dicimus, ſolam iuris poteſtatem, cùm verò dari, iudicis potiùs aut magiſtratus factum demonſtramus. Illud etiam errandi occaſionem interpretibus præripere debuit, quòd viderunt Iulianum in *d. §. ſi ex Trebelliano,* non alium duntaxat caſum tractare quo heres rogatus de reſtituenda hereditate, debitor fuerit defuncti, ſed illum etiam quo heres qui hereditatem reſtituit, vel fructus prædiorum qui erant reſtituendi, vel ipſa prædia retinuerit: Quo tamen vtroque caſu nihil eſt quod de vtili actione tractari poſſit ad conſequendum id quod fuerit defuncti, quódque fideicommiſſario nullo alio quàm fideicommiſſi iure debitum vnquam fuit. Nam ſi quis directam aut vtilem vindicationem fideicommiſſario dare velit eo colore quòd facta in fideicommiſſarium reſtitutione ſtatim omnes res in bonis eius fiant, cui reſtituta eſt hereditas etiam ſi nondum earum nactus fuerit poſſeſſionem vt Caius ſcribit in *d. leg. facta in princip.* proculdubio valde errauerit. Inauditum enim eſt, vt vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis, vnquam in eum detur qui reuera dominus eſt, *leg. pen. & vlt. ff. de publician. in rem act.* cùm è contrario non niſi domino competat, *l. in rem 23. ff. de rei vindic.* duo autem eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe non poſſint vulg. *leg. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum. ff. commod.* Porrò heres qui de hereditate reſtituenda rogatus eſt, ſicut etiam poſt reſtitutionem heres manet, ita & dominus, *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* cùm heredis appellatio nihil niſi dominum ſignificet, *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Vnde eſt quod Caius in *d. l. facta,* non ſic loquitur vt dicat fideicommiſſarium poſt factam hereditatis reſtitutionẽ fieri dominum rerum hereditariarum (id enim non magis ſcribere potuit, quàm heredem illum fieri, quod eadem ratione falſum eſſet) ſed ait res hereditarias in bonis eius fieri, quod longè diuerſum quid eſt, vt à nobis aliquando tractatum fuit in explicanda veteris illius duplicis dominij bonitarij ſcilicet & quiritarij diſtinctione, de qua Vlpian. titul. 19. *de acquiſit. rer.* in Titulis. Ergo quemadmodum eo caſu quo heres iuſſus hereditatem reſtituere, aut prædium aliquod hereditarium aut prædiorum hereditariorum fructus etiam reſtituendos retinuit, neceſſarium eſt contra eum fideicommiſſario actionem dari, & quidem ex teſtamento, quoniam alia nulla competit, neque vtilis, neque directa, ita fatendum eſt alio quoque caſu de quo diſputamus, & quem tanquam ſimilem Iulianus coniungit, id eſt, quo hic heres debitor fuerit eius qui teſtamentum fecit, non aliam quàm ex teſtamento actionem fideicommiſſario dari poſſe. Non enim de diuerſis actionibus pro caſuum diuerſitate ſenſiſſe videri poteſt Iulianus, qui propoſitis coniunctiſq; omnibus caſibus non niſi *actionem* in ſingulari numero, fideicommiſſario dandã eſſe ſcripſit. Ex quo etiam apparet quàm parũ ſubtiles ne dicam ridiculi ſint iidem interpretes quibus non ſatis eſt, repugnante iuris ratione vtilem actionem fideicommiſſario dare, ſi non & vindicationem quoque contra dominum ei accommodent, & cõdictionem triticariam contra eum qui non ſit ex contractu ſed tantùm ex teſtamento obligatus, & condictionem ſine cauſa aduerſus eum qui iuſti heredis veriq. domini iure rem habeat, & à teſtatore ipſo non à fideicommiſſario: quæ omnia quàm ſint à principiis & regulis iuris aliena, nemo non videt. Sed & interpretationem noſtram illud mirificè confirmat, & interpretũ errorem detegit, quod ex Marcelli ad Iulianum nota ſequitur, *Hoc idem neceſſariò faciendum eſt, cùm parte hereditatis reſtituta familiæ erciſcundæ iudicium inter eum, qui reſtituit hereditatẽ, & qui receperit, accipietur.* Id enim ſibi vult Marcellus, non tantùm ſuperiore caſu neceſſariam eſſe fideicommiſſario in heredem actionem ex teſtamento dari: id eſt, cùm heres totam hereditatem reſtituere rogatus eſt, ſiue prædiũ aliquod hereditarium retineat, ſiue prædiorum hereditariorum fructus iam fortè collectos mortis tempore & in hereditate repertos, aut poſt morã perceptos, ſiue debitor fuerit defuncti, ſed illo etiam caſu quo de parte duntaxat hereditatis reſtituenda rogatus fuerit, quod cùm euenit, conſtat vtile eſſe iudicium familiæ erciſcundæ inter heredem & fideicommiſſarium, ſicut eſſet inter coheredes, quia fideicommiſſarius heredis loco eſt. Cur verò neceſſarium eſt hoc poſteriore caſu actionem fideicommiſſario dari? An non poteſt ſufficere quòd habiturus ſit vtilẽ exceptionẽ? An verò denegabũt interpretes vtilẽ exceptionẽ ei cui dãt vtilẽ actionẽ? cõtra reg. *l. inuitus 15. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. is autem. ff. de ſuperfic.* Quinimo quidni ſufficiet æquitas ipſius iudicij quod eſt bonæ fidei, vt quicquid obtinere fideicõmiſſarius poſſet, ſiue propoſita actione ſiue oppoſita doli exceptione, idipſum æquitate iudicij conſequatur

ſequatur. *l. in hoc 14. §. 1. D. commu. diui.* Tritum n. eſt doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe, *l. ſed etſi ideo 21. in fi. D. ſol. mat. l. huiuſmodi 84. § quo ſeruũ de leg. 1.* Inde igitur cognoſci poteſt, confuſione quæ fit per aditionem hereditatis vſque adeò extingui obligationem vt etiã reſtituta hereditate, fideicommiſſario conſuli nullo modo poſſit ne quidẽ per exceptionem aut per æquitatem iudicij, tantum abeſt vt actio aliqua vtilis reſuſcitari poſſit quã ei dari oporteat. Ideóq; neceſſariò recurrẽdum eſt ad extraordinarium prætoris fideicõmiſſarij auxilium, vt det actionem ex teſtamento per quam fideicommiſſum perinde petatur poſt reſtitutionem, ac ſi nulla ex parte fuiſſet reſtitutum, quandiu pleniſſimè non eſt reſtitutũ. Scio cõtingere aliquando vt extincta quoque actio reſuſcitetur, vt in ſpecie *l. 2. in fin. D. ſi ex noxal. cauſ. agat. l. ſi cũ 41 §. vlt. D. de furt. l. deferre 18. §. vlt. D. de iur. fiſc. l. eũ qui 21. §. vlt. D. de inoſ. teſt.* Nẽpe cùm cauſa extinguendæ obligationis reſoluitur, & in eum ſtatũ reducitur, vt nunquam interueniſſe videatur, puta cùm hereditas adita habetur pro non adita, vel acquiſitum dominium pro non acquiſito, quemadmodum ſupradictis l. c. ſ omnibus contingit: at caſus noſter omnino diſſimilis eſt, quoniã cauſa extinguendæ obligationis propter confuſionem quæ contingit per aditionem hereditatis fideicõmiſſariæ, durat ſemper etiam poſt reſtitutam hereditatẽ, ſiquidẽ, vt diximus, nõ eo minùs heres remanet heres, quod reſtituerit hereditatẽ. Et errãt valde qui putant cõfuſionis rationem hanc vnam eſſe quod heres non poſſit agere contra ſeipſum, vt inferant confuſionis effectum ſicut & rationem ceſſare reſtituta hereditate quod eo tempore alia ſit perſona heredis, alia fideicommiſſarij qui contra heredem cõmodè poſſit experiri. Nam vt ſuprà monuimus, confuſio non fit actionis ſed obligationis, licèt confuſa & extincta obligatione actio quoq; per cõſequentias extinguatur. Obligatio autem confunditur, non quia nemo poſſit agere cõtra ſeipſũ, ſed quia nemo ſibi ipſi obligatus eſſe poſſit. Ergo cũ ſiue debitor creditori ſiue creditor debitori heres extiterit, cõfundatur obligatio ea duntaxat ratione quod alioqui futurum eſſet, vt heres ſibi ipſi eſſet obligatus, planè conſequens eſt, vt etiam poſt reſtitutam hereditatem ſicut heres ſemper heres manet. ita & confuſionis cauſa ſemper duret, quæ proinde impediat, ne actio vlla ſiue vtilis ſiue directa vnquam reſuſcitetur. Quomodo etiam euenit cùm heredi aufertur per fiſcum hereditas tanquam indigno. Tunc enim ſi qua obligatio & actio per aditionem confuſa fuerat ea non idcirco reſuſcitatur, *l. heredem 17. in fin. D. de his quæ vt indig.* Non ob id ſolùm quod indignus ſit cui ſuccurratur heres qui ex indignitate ſua hereditatem amiſit (etſi enim illa quoque ratio Papinianum mouiſſe videtur, ſi alia tamen nulla eſſet, non malè quis idipſum Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Papinianus exuli 20. D. de minor. quod cõmune habet delictum cũ obligationis reſtituendæ iure*) ſed etiam, quia non eo minùs heres manet is cui fiſcus abſtulit hereditatem *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quò etiam pertinent *l. 4. C. de tranſact. l. 2. C. ſi aduerſ. tranſact.* in quibus videas actionem extinctam non reſuſcitari, ſed nouam concedi, quia non præcedentis extinctionis cauſa deficiebat, ſed nouæ actionis cõcedendæ cauſa potiùs emergebat. Errant etiam, multóque ſi fieri poteſt, ſtolidius, qui diſtinguunt an hereditatem heres adierit purè ac ſimpliciter, an cũ beneficio legis & inuentarij. Nec enim beneficium illud impedit confuſionẽ, vt vulgo à pleriſque imperitè creditur, neque id magis facere Iuſtinianus potuit, quàm naturam ipſam peruertere, ac inducere vt ſibi ipſi obligatus quis eſſe poſſit, ſed in eo tãtùm prodeſt heredi, ne ex eiuſmodi cõfuſione damnum vllum ſentire debeat ſupra vires & facultates hereditarias, quia nec inuẽtarium facere poteſt, quominus heres verè heres ſit, ac ſi legis beneficiũ nõ implorasſet, vt pluribus ſcripſimus Decad. De error. pragmat. Sicut è contrario inuentarij ſolẽnitas omiſſa non impedit quominùs poſſit heres deducere ac retinere contra fideicommiſſarium aut contra legatarios in ponenda legis falcidię ratione id omne quod ſibi à defuncto debebatur, perinde atque aliud æs alienum quodlibet, *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt iampridem Caſtrenſis non infeliciter contra nonnullos ætatis ſuæ Doctores diſputauit. De actione ſola hypothecaria dubitari probabilius poteſt, an ſicut actiones cæterę perſonales, confundatur per aditionẽ hereditatis, maximè inuentario nullo facto. Etſi enim generaliter & apertè Iuſtinianus conſtituit in *l. vlt. C. de iur. delib.* vt ſi inuentarium factum non ſit actiones omnes quæ competebãt heredi cõfundantur, magis tamẽ cõmuniter probatum eſt, hypothecariã nõ magis confundi quàm directam rei & dominij vindicationem, vt tractant noſtri ad *d. l. debitori 7. C. de pact.* quãquam hoc ipſum nonnulli ſic accipi volunt ſi hypotheca expreſſa fuerit, non etiam ſi tacita. Sic enim ex recẽtioribus Italis Ioann. Cephal. conſ. 95. nu. 154. & 157. & ſeq. poſt Angel. Aret. ad *l. licèt 14. per ill. text. C. ad leg. Falcid.* Ego verò fateor equidem dominij vindicatione per hereditatis aditionem non confundi, quia vindicatio non obligationis iure datur, ſed in rem ipſam & ſolo dominij iure, nemo autem dixerit heredem vel ob id dominũ eſſe deſinere debere, quòd non domino heres extiterit, vel ob id minùs dominũ fieri quod ipſe antea dominus non fuerit, ſed in hypothecaria aliud iuris eſſe contendo, eamque faciliùs perimi poſſe per confuſionem, quia licet in rem quoque ſit, tamen acceſſoria eſt principalis obligationis ex eáq; pendet, in quo differt à vindicatione dominij. Soleo tamen diſtinguere, an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerſo creditor debitori. Poſteriore caſu, non nego ſi creditor idémq; heres hereditatem reſtituere rogatus ſit, etiamſi poſt reſtitutionem quoq;, vt diximus, duret cauſa extinguẽdæ per confuſionem obligationis, hypothecariam tamen ſupereſſe, quia propriam legẽ & cõditionem habet illa, vt tandiu duret quandiu verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe, *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Iam autem monuimus aditionẽ hereditatis tùm etiã cùm debiti cõfuſionem inducit, tamẽ ſolutionis loco non ſemper eſſe *d. l. Stichũ aut Pãphilum 95. §. aliquãdo de ſolut.* Scilicet cùm hereditas adita ad alium per fideicommiſſum deuoluitur. Nam ſi eo caſu non prohibetur heres debitum deducere tametſi non hypothecarius creditor fuerit, ſed tantùm chirographarius, *d. l. in imponenda & d. l. irritum*, quia nimirum talis hereditas reſtituenda eſt qualis fuit mortis tempore & ante aditionem, non qualis quantáve poſt aditionẽ, *l. in quantitate 73. D. ad leg. Falcid. l. in fideicommiſſariis 18. D. ad SC. Trebell.* quantò magis dicendum eſt hypothecariam reſtituta quoque hereditate ſupereſſe? Non enim vtique deduceretur debitum per viam retentionis ſi pro ſoluto haberetur. Et quamuis non poſſit heres, idémque creditor hypothecariam exercere antè reſtitutam hereditatem, quia tamen omnimodo futurum eſt vt agere aliquando poſſit vel etiã retinere, ipſius intereſt, vt ea actio nõ tã in totum

extincta quàm interim ſopita eſſe intelligatur. In eamque rem textus eſt Pauli perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Trebell.* At priore caſu, cùm debitor creditori heres extitit, licèt idem ille hereditatem reſtituere rogatus ſit, nego fieri poſſe vlla ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis reſtitutionẽ in fideicommiſſarium transferatur, quia non poteſt à teſtatore tranſire in fideicommiſſariũ, niſi per mediam heredis perſonam, qui porrò nunquã in eo fuit vt actionem hypothecariã cõtra ſe potuerit exercere, ne ſpe quidem: inauditum namq. eſt vt hypothecaria vllo caſu competat, vel poſſit competere debitori. Nec quod per hereditatis reſtitutionem ſoleãt in fideicommiſſarium tranſire ex Trebell. actiones omnes quæ & heredi & in heredem cõpetebant ad rem facit. Id enim ad eas actiones ſpectat quæ cõtra heredem competebant creditoribus hereditariis, & tanquam contra heredem, non quæ teſtatori viuenti contra eũ quem poſteà heredem fecit. Omnes enim quæ fideicõmiſſario poſt reſtitutionem competere poſſunt, neceſſe eſt heredi ante reſtitutionem competiiſſe, adeoq. iure hereditario, ita vt ſi quas ſibi heres comparauerit medio tempore, eæ non tranſeant in fideicõmiſſariũ ſine ſpeciali ceſſione, *l. ſi heres pecuniã. 73 ff. eod.* Hypothecaria igitur, quę cõpetiit defuncto in bona ſui debitoris eiuſdẽmq. poſteà heredis inſtituti, cùm ipſi debitori heredique nunquam competierit neque competere potuerit, in fideicommiſſarium trãſire nullomodo poteſt. Ac quamquam ſupradicta Caſtrenſis aliorũmq; interpretum opinio quam nos refutauimus, vera eſſet, quæ fideicommiſſario dat vtilem actionem contra heredem eundemque defuncti debitorem, qui per confuſionem obligatus eſſe deſiit, fatendum tamen eſſet hypothecariam, quæ defuncto competebat (ponimus enim fuiſſe creditorem hypothecarium) nõ poſſe in fideicõmiſſariũ tranſire, & conſequenter vtilẽ illã actionẽ non poſſe prioris temporis ordinem & priuilegium retinere, etiam ſi talis eſſet, tãquã fauorabilis quæ hypothecã habere deberet. Nã & quod dici ſolet actionem ſubrogatam ſapere & induere naturam & qualitates omnes eius actionis in cuius locum ſubrogata eſt, *l. 1. §. ſi quis ſub cõditione ff. vt legat. nom. cau. l. 1. §. hæc actio ff. ſi is qui teſt. l. lib. eſſe iuſſ.* tunc locũ habere nõ poteſt cùm ſubrogatio fit in locũ actionis penitus & ipſo iure extinctæ, vt ex Baldo reſpõdit Marcus Ant. Natta conſ. 638. n. 44. Qua de re textus alius apertior quęrẽdus nõ eſt quàm ille Papi. in *d. l. deducta in prin.* vbi quãuis tractet ipſe nõ de actione vtili quam dant interpretes ſed de actione ex teſtamento, tractat tamen de actione noua in locum extinctę veteris ſubrogatã, nec eo magis admitti, vt ex noua actione vſuræ totius præteriti tẽporis debeantur quę ſi confuſio nulla facta eſſet ex priſtina actione indiſtinctè, vt explicauimus deberentur. Quo exẽplo nec dubitandũ eſt quin idem fuerit ille reſponſurus ſi de iure hypothecæ fuiſſet interrogatus, non enim Pap. tẽporibus actio fideicommiſſi quam ipſe ſolam dat fideicommiſſario, habebat priuilegium vllum tacitæ hypothecæ, quod noua Iuſtin. conſtitutione primùm inductum eſt in *l. 1. C. commun. de legat.* Porrò actio ex teſtamẽto hypothecã nullã habet, niſi ex die mortis teſtatoris, quia nec prius ipſa cõpetiit. Et hoc etiam conſequens eſt ei quod diximus actionẽ illam vtilem quam interpretes comminiſcuntur datiuam eſſe non natiuam. Quomodo enim fieri poſſet vt haberet hypothecam ſe ipſa antiquiorem? Euenit certe aliquando vt vincula pignoris durent etiam ſubmota perſonali obligatione, quomodo loquitur *l. 2. C. de luit. pignor.* de cuius ſententia nos alibi ſcripſimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullomodo, nullóque caſu poteſt. Quamquam ne quis dubitationibus iſtis locus relinquatur, longe expeditius eſt noſtram probare ſententiam, quæ non patitur actionem illam vtilem reſuſcitari, quòd nec vnquã competierit, nec vnquam fuerit extincta, neque rurſum induci & tanquam nouam dari, ſufficiente videlicet actione ex teſtamento, quam dari debere non ſolùm Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentéſque cæteri, ſed & interpretes omnes conſentiunt.

Ad l. ſi fideiuſſor 29. §. pen. & §. hoc idem tractari D. mandat. & l. cum de indebito 25. De. probat.

Capvt xx.

PEragendum eſt hoc capite quod initio huius libri inſtitueramus, vt eos omnes Pãdectarum locos in quibus *viſionis* dictionem vſurpatam legimus, Triboniani eſſe oſtendamus, aut ſaltem à Triboniano corruptos fuiſſe. Nam præter duo illa Vlpiani reſponſa, de quibus iam diximus, quorum alterum eſt in *l. ſed etſi lege 25. §. quod autem de petit. hered.* alterũ in *l. quamuis 8. §. ſi mulier ad SC. Velleian.* ſuperſunt alia duo, vnum eiuſdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l. ſi fideiuſſor 29. §. pen. D. mandat.* hoc in *l. cùm de indebito 25. D. de probat.* De quibus nũc breuiter videamus. In tota *d. l. ſi fideiuſſor*, tractat Vlpianus de actione mandati an dãda ſit nécne fideiuſſori, qui ſiue ſciens, ſiue ignorans ſoluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et poſtquàm varios caſus proſecutus eſt, multáſque adhibuit diſtinctiones, præſertim duas illas generaliores, an ſciẽs fideiuſſor ſoluerit, an ignorans, ruſúmque ſi ignorãs an ignorantia iuris an facti, vt ſi vel ſciẽs ſoluerit vel ignorantia iuris non ſit audiendus, niſi fortè debitor conqueratur de omiſſa exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potiùs quàm ex bona fide, ſi verò ignorãs, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mandati contra eum pro quo fideiuſſit, ſequitur in §. penult. eiuſd. legis, *In omnibus autẽ viſionibus quæ propoſitæ ſunt vbi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterũ accepit, repetitio contra eum competit, niſi ex condemnatione fuerit ei pecunia ſoluta. Tunc enim propter autoritatem rei iudicatæ ceſſat quidem repetitio, ipſe autem ſtellionatus crimine propter ſuam calliditatem plectetur.* Totũ verò hunc §. ego Triboniani eſſe dico, nõ Vlpiani, motus non ſolùm ex ipſo verborũ contextu parum elegãti, præcipuè illo loco *ſtellionatus crimine plectetur*, pro eo quod ſcribi debuit *ex cauſa commiſſi criminis ſtellionatus*, (nemo enim plectitur crimine, ſed pœna propter crimẽ) verùm etiã ex eo, quod non niſi de actione mãdati tota ea lege Vlpianus agit, & de repetitione quàm fideiuſſor cõtra reũ habere debeat per illam actionem mandati, non etiam de cõdictione ſoluti, aut, quod idem eſt, de repetitione aduerſus creditorẽ ipſum danda vel deneganda. Neq; verò dubitandi ratio illa occurrere poterat, quin condictione teneretur creditor, qui pecuniam indebitam accepiſſet, ſiue ideò eſſet indebita, quòd nihil creditor numeraſſet, ſiue quòd numeratæ ſolutionẽ & reſtitutionem iam habuiſſet. Quod ipſum iã ſatis Vlpianus expreſſerat, in §. *hoc idem tractari in fin.* iis verbis, *cedere autem rei ſui indebiti actione fideiuſſori debet ne dupli creditor cõſequatur.* Oſtẽdunt enim verba illa, nõ ſolùm condictione teneri creditorem qui indebitum acceperit (quod adeò certum erat, vt nõ niſi fruſtra &

ridiculè

tidiculè id addere Vlpianus potuerit, ſi aliud nihil addendum habuiſſet) ſed etiam cui competat illa condictio, nimirum debitori non fideiuſſori, quoniam in ea ſpecie fideiuſſor primus ſoluerat quod creditori verè debebatur, ob idque non poterat dicere ſolutum à ſe indebitum quod facere poſſet locum condictioni. Ipſe autem debitor, qui factam à fideiuſſore ſolutionem ignorans, quòd de ea certioratus non eſſet, iterum ſoluerat, ſanè indebitum ſoluerat, cùm fideiuſſoris ſolutione fuiſſet liberatus. Ob idque & habet ſummo iure condictionem contra creditorem non fideiuſſor, & fideiuſſori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præſtet, nõ quia ſit liberatus, (nã cùm pecunia & facto fideiuſſoris liberatus ſit, ea ratio facere potiùs deberet vt teneretur) ſed quia poteſt imputari fideiuſſori cur de ſolutione à ſe facta non certiorauerit debitorem, cùm ob omiſſam nuntiationem euenerit, vt perinde ſoluere debitor coactus fuerit, acſi fideiuſſor non ſoluiſſet. Quæ res facit vt ex ſolutione per fideiuſſorem facta nihil commodi videatur conſecutus, tametſi reuera per eam fuerit, vt iam dixi, liberatus, niſi quod propter eiuſmodi liberationem accidit, vt habeat debitor condictionem, quã alioqui nõ eſſet habiturus. Sed iuris regula eſt, neminem ideò obligari quia receperit ſit ab alio quod ipſe præſtiterit, *l. nemo ideo* 171. *de regul. iur.* propterea quòd cuiuſque intereſt non ſoluere potiùs quàm ſolutũ repetere *l.* 3. *ff. de compenſat. l. ſi ſtipulatus* 15. *in princ. de fideiuſſ.* Dicimus autẽ non eſſe obligatũ hoc caſu debitorẽ, vt indemnitatẽ fideiuſſori præſtet, id eſt, vt pecuniã ipſã quam fideiuſſor ſoluit, ei reſtituat. Non autẽ abſolutè negamus eſſe obligatum actione mandati: quia cùm ex facto & pecunia fideiuſſoris acquiſiuerit ſibi actionem & condictionem, locupletaretur cum damno & iactura ipſius, ſi ne quidem ad eiuſmodi actionẽ fideiuſſori cedẽdã teneretur. Planè ad aliud quàm vt actione cedat, nõ tenetur. Ex alia iuris regula quæ habet, In omnibus quos idcircò teneri dicim⁹, quia habent actionẽ, delegationem pro iuſta præſtatione eſſe, *l. quod debetur* 51. *in fin. ff. de pecul. l. quòd ſi in diẽ* 16. *§. vlt. l. tẽ venuſſe* 20. *§. ait Senatus* 17. *ff. de petit. hered.* Cedit itaq; & prẹſtat actionẽ, nõ ratione illa nuda æquitatis, de qua idem Vlp. in *l. in creditore* 38. *de euict.* *Cui enim nõ æquũ videbitur*, inquit, *vel hac ſaltẽ cõſequi ẽptorẽ quod ſine diſpẽdio creditoris futurũ eſt?* ſed quoniam actione mandati ad hoc ipſum obligatus eſt, vt eam actionem præſtet. Ne alioqui, vt diximus, ex fideiuſſoris damno & iactura locupletetur. Hæc enim vera & germana ratio eſt, propter quam fideiuſſori cedenda eſt condictio, non illa quam textus habet, *ne duplum creditor conſequatur*. Nam etſi nulla fieret ceſſio fideiuſſori, non idcircò tamen eueniret, vt duplum creditor conſequeretur, quippe qui debitori condictione indebiti teneretur. cuius æquitas illa eſſe ſolet, quæ & condictionem indebiti & cæteras omnes induxit, quòd hoc natura æquũ ſit neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura* 14. *D. de condict. indeb. l. ſi & me & Titium* 32. *D. de reb. credit.* Itaq; accõmodatior eſt ratio illa, *ne duplum creditor conſequatur*, ad explicandum cur creditor condictione teneri debeat quàm ad probandum teneri debitorem vt fideiuſſori præſtet condictionem. Imo neque probat dandam eſſe fideiuſſori condictionem, quia ſiue fideiuſſori detur, ſiue debitori, perinde vtroque caſu euenit ne duplum creditor conſequatur, qui quod indebitum accepit, reſtituere compellitur. Quanquam probat potius, quod & verum eſt debitori cõdictionem competere, non fideiuſſori. Duplum enim conſequitur creditor, non cùm accipit ſolutionem primã à fideiuſſore, ſed cùm accipit ſecundam à debitore. Vnde moneor vt illam quoq; rationẽ, *ne duplũ creditor cõſequatur*, Triboniani eſſe putẽ, aut imperiti alicuius interpretis, nõ Vlpiani, quem credibile eſt meliorem aliam fuiſſe allaturũ, ſi quã certiſſimi iuris rationẽ adferre voluiſſet. Vt taceam huiuſmodi condictionem, ſiue per debitorem ipſum, ſiue per fideiuſſorem exerceatur, non poſſe facere ne duplum conſequatur creditor, quem poſuimus iam fuiſſe duplicem ſolutionem conſecutum, ſed ne duplum quod conſecutus eſt, retineat, quod eueniret ſi condictio aduerſus eũ nõ daretur. Ex eo autem, quod iã illo loco corruptum Vlpiani contextum fuiſſe fatendum eſt, tantò facilius conijci poteſt, verum eſſe quod volumus, in *§. penultim. eiuſd. leg.* corruptum etiam fuiſſe. Nam & ſententia loci manca eſt, In eo primùm quòd nõ aperit Tribonianus cui danda ſit repetitio contra creditorem, vtrum debitori an fideiuſſori, cùm tamen ex iis quæ proximè diximus, conſtet, tùm quoque cùm danda eſt, non indiſtinctè & promiſcuè vtrique dãdam eſſe, ſed alterutri tãtùm. Ei ſcilicet qui ſecundus ſoluit, niſi per eum alteri actio cedatur. Si enim poneres ſolutionem primam à debitore factam eſſe, ſecundã verò à fideiuſſore primam ignorante, ſicuti verum eſſet teneri fideiuſſori debitorẽ actione mandati ad indemnitatem ei præſtandam. Ita nec dubitari oporteret, quin fideiuſſor competentem ſibi condictionem debitori præſtare teneretur. Hac ſola differẽtia quòd eã ceſſio facienda eſſet, non vi & iure alicuius actionis, ſed ex æquitate illa *d. l. in creditore*, quòd non debeat fideiuſſor recuſare quominùs id ſaltem prẹſtet quod ſine ipſius diſpendio & incõmodo ſit futurum. Quanquam defendi non malè poteſt minùs neceſſariam eo caſu futuram debitori ceſſionem, citra quam vtiq; danda ei ſit cõdictio aduerſus creditorem, quaſi qui ſoluiſſe ipſe videatur, quod eius nomine ſoluit fideiuſſor, prẹſertim ſi fideiuſſori ſuo iam præſtiterit indemnitatẽ. Alioqui nec per ſolutionẽ à fideiuſſore factam debitor liberaretur, ſi nõ ipſius debitoris nomine fideiuſſor ſoluiſſe intelligeretur, vt euenit in mãdatore, qui propter mãdatum ſuũ ſoluens, & proprio nomine id ipſũ quod alius debet, nõ tamẽ liberat debitorem, *l. Papinianus* 28. *D. mandat.* Mancus etiam fuit Tribonianus in eo quod illam duntaxat adhibet diſtinctionem, an ſolutum ſit creditori ex autoritate rei iudicatæ, an non, vt hoc ſolo poſteriore caſu repetitio contra eum danda ſit. Priore verò, ceſſante repetitione ad extraordinariam ſtellionatus accuſationem recurrendum ſit, vt improbi creditoris calliditas plectatur. Cùm tamẽ illa quoque diſtinctio maximè adhiberi debuerit, An ſcienter an ignoranter ſecunda ſolutio facta ſit. Rurſùmq; ſi ignoranter, an ignorantia iuris an facti. Nam ſi ſcienter fideiuſſor ſoluerit pecuniam, vel à creditore nunquam numeratam, vel à debitore ipſo iam ſolutam, nemo dixerit dandam ei cõdictionẽ. Eſt enim generale & perpetuũ, vt quiſquis ſciẽs ſe nõ debere ſoluit, nunquam repetat, *l.* 1. *D. de cõdict. indeb. l. indebitũ* 9. *C. eod.* Idq; propter iuris regulam quæ vult, cuius per errorẽ ſoluti repetitio eſt, eius cõſultò dati donationẽ factam intelligi debere, *l. cuius per errorẽ* 53. *de reg. iur.* Idémque eſt ſi ignorans fideiuſſor ſoluerit ignorantia iuris non facti, *l. cùm quis* 10. *C. de iur. & fact. ignor.* quia parum intereſt an quis ſciat, an ignoret id, quod per peritiores ſcire & diſcere potuerit ac debuerit. *l. regula* 9. *D. eod.* Nõ ergo indiſtinctè & generaliter verũ eſt teneri cõdictione creditorem, tametſi nõ ex iudicis autoritate ſolu-

tio facta proponatur. Interueniente verò re iudicata, etſi verum eſt eum qui condemnatus ſoluit, repetere non poſſe, propter rem iudicatam, quæ pro veritate habetur, non eo minùs tamen fieri poteſt, vt condictio aduerſus creditorem danda ſit, non quidē condemnato, ſed alij qui non fuerit condemnatus, & cuius tamen interſit. Finge fideiuſſorem condemnatum fuiſſe ad ſolutionem, ſed eo tempore quo iam debitor ſoluerat, ac proinde cuius tā fideiuſſor quàm debitor ipſe iam erat liberatus. Faciet quidem autoritas rei iudicatæ ne poſſit fideiuſſor tanquam indebitum repetere quod ſoluerit in executionem rei iudicatę. Sed non obſtabit quominùs debitori qui cōdemnatus non fuit, danda ſit condictio, ſi non indebiti, quia quod ſoluit fuit debitum tempore ſolutionis, ſaltem ſine cauſa, quia incipit pecunia qusm debitor primùm dederat, eſſe ſine cauſa penes creditorē, ex quo tātundem ille à fideiuſſore exegit, & cōſecutus eſt quaſi nihil dum ſolutum fuiſſet. Nūquam enim poteſt aut iuris & æquitatis ratio pati, vt idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulgar. *l. bona fides 56. de regul. iur.* Sed neque facilè video quomodo fieri poſſit, vt quod iā debitor ſoluerit, fideiuſſor quoq; ſoluere cōdemnetur, ne per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex eſſe poſſit?) niſi fortè proponas iudici obreptum fuiſſe, circumuentámque eius religionem dolo creditoris diſſimulantis aut negantis factam ſibi à debitore ſolutionem. Quod & Triboniani verba præ ſe ferunt, cùm creditorem hoc caſu ſtellionatus crimine vult obſtringi propter ſuam calliditatem. Stellionatui enim nō imperitia aut iniquitas iudicis locum facere poteſt, ſed tantùm dolus & calliditas actoris. Atqui quoties obreptum eſt iudici dolo malo alterutrius ex litigatoribus, conſtat non obſtare rem iudicatam quominùs ex integro cauſa agi poſſit, ſaltem implorata in integrum reſtitutione, *l. Diuus 33. ff. de re iudicā.* Imò nec neceſſaria eſt in integrum reſtitutio, quia ſi aduerſus fideiuſſorem ſic agentē, acſi non eſſet condēnatus, obiiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione vti fideiuſſor poterit, *lege cū à te 25. ff. de dol.* vbi propter hanc cauſam negat Paulus in ſpecie non diſſimili, quam ibi tractat dandā eſſe condemnato actionem de dolo, cùm aduerſus rem indicatam poſſit ei eſſe proſpectum per doli replicationem. Vſque adeò enim ceſſat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vt ſufficiat vel beneficio in integrum reſtitutionis, aliam actionem dari poſſe, *l. 1. § idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium reſtitutionis in integrum ſit extraordinarium, ideóque nec competat quoties ordinarium & commune locum habere poteſt, *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque eſt, & pręterea infamis, ob idque nō aliter quàm omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare ſiue dicamus, contra ſententiam per quam fideiuſſor condemnatus ſit dolo malo creditoris dādam fideiuſſori reſtitutionem in integrum, ſiue doli replicationem, fatendum eſt creditorem non poſſe ciuiliter conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione ſtellionatus, quia conſtat quod in ciuilibus cauſis actio de dolo eſt, hoc in criminibus eſſe ſtellionatus perſecutionem, nec proinde aliis caſibus poſſe obiici ſtellionatum, quàm quibus actio de dolo habere locum poſſet, *l. 3. § 1. ff. de crimin. ſtellion.* Quod ſi ita eſt, defendi nequit quod in *d. § penult.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine ſtellionatus propter ſuam calliditatem, ſi fecerit vt fideiuſſor per ſolutionem à debitore factam liberatus ad iteratam ſolutionē condemnaretur. Aut ſi ſolus creditoris dolus inducit actionem extraordinariam ſtellionatus, quidni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorſit ſolutionem à fideiuſſore, licèt non interuenerit autoritas rei iudicatę? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum diſputaſſe ſufficiat. Ad Paulum in *d. l. cùm de indebito 25. de probat.* pauciora erunt adnotanda. Nihil enim eſt tota illa lege, ſiue verba, ſiue ſenſum conſideres, tótque diſtinctiones & ſubdiſtinctiones quibus referta eſt, quod non ſapiat Tribonianum, à principio ad finem vſque. Præſertim verò in verſi. *in omnibus autem viſionibus*, vbi hoc ipſum nomen vſurpatum eſt, quod nos totum Tribonianeum eſſe contendimus. Neque in eo probando nobis valde laborandum eſt, quod ante nos iampridem à clariſſimis Iureconſultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio fuit obſeruatum,

ANTO-

AMPLISS. ET SAPIENTISS. VIRO FRANCISCO PROVANÆ COLLENIORUM COMITI, SABAUDIAE CANCELLARIO,

ANTONIVS FABER S. P. D.

MEMINI, ſapientiſſime Cancellarie, cùm te ad ſupremum iſtius dignitatis faſtigium, & virtutis tuæ gloria, & ſingulare ſagaciſſimi Principis de induſtria tua & fide iudicium euexiſſet, idque tu ipſe pro vetere ſummáque tui erga me animi propenſione amantiſſimis literis primus ſignificaſſes, iam inde ab eo tempore cœpiſſe me cogitare, ecqua tandem voluntatis & obſeruantiæ meæ teſtificatiône debitum tantæ dignitati gratulationis officium, tantæ verò beneuolentiæ gratitudinis monumentum exhibere poſſem, ſtatímque in mentem illud veniſſe, quod poſtea decretum à me conſtitutúmque fuit, vt qui prior de manu mea exiret, CONIECTVRARVM *liber, is tibi tuóque nomini nuncuparetur. Id verò iam tum præſtitiſſem, non ſolùm vt opportuniùs, ſed etiam, quæ liberalis eiuſdémque tamen egeni debitoris ambitio eſſe debet, vt bis dediſſe viderer, quod dediſſem tã citò. Maximè verò poſteaquã cognoui ex poſterioribus tuis ad priores meas gratulatorias literis iucundum id tibi & optatũ fore, ſi nõ in id ipſum tempus incidiſſet, vt haberem in manibus & abſoluendam* Hemiſchiliadem DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, *& mea in* Pandectas RATIONALIA, *vix tùm benè inchoata, quæ abſoluenda etiam neceſſariò fuerunt quãtum ſaltem præſentis inſtituti ratio ferebat, priuſquàm ad proſequẽdas* Conectu*ras redirem, quarum curã per tot iã annos, quamuis numquam depoſita fuerat tamen intermiſſa. Nunc verò quando ita* Deus Opt. Max. *conſilium laborémque meum fortunauit, vt opus vtrumque ſatis diligenter, nec omnino, vt arbitror, infeliciter peractum ſit, datam fidem libero, & quod promiſeram, exſoluo. Tardiùs planè quàm par eſset, ſi id agerẽ vt munuſculũ hoc vice gratulationis fungeretur, quæ quò ſerior, eo minùs grata eſse ſolet, tùm etiam cùm iuſtam adfert tarditatis ſuæ excuſationẽ: ſed tamen tãto conuenientiùs, quanto plura maioráq; ſunt beneficia, quibus tu exinde nouis vetera cumulãs, obſtrictum me voluiſti, ſi modò per te liceat, (quidni verò licebit, quod per leges licet, quarũ cuſtodia & tuitio tibi vni demandata eſt?) vt mihi vnica numeratio in varias cauſas prodeſse poſſit. Nam ne in cæteris recenſẽdis ſim lõgior, quale, obſecro quantúmque illud fuit quod anno ſuperiore cogitantem optimum* Principem *de reſtituenda vetere* Taurinenſis *Academiæ dignitate, mihíque in eam rem primarij* Lectoris *partes vltrò deferentem, quaſi ego is eſsem, cuius ſiue opera, ſiue nomine tam celebris Scholæ famam augeri poſse conſideret, tu conſilij particeps & conſcius, vt id facere maturaret, confirmaſti, incitaſti, nec vrgere, quandiu id ſperari potuit, deſtitiſti: Procurato etiam honorificentiſſimo honorario, quantum nec* Ioanni Antonio Manutio *præceptori noſtro, nec* Iacobo Cuiacio, *cum quibus ſi conferar, nullum planè eſse me ſentio, nec alij denique ante me vlli ad id muneris accedenti decretum fuiſse conſtaret. Atque vtinam ætas, valetudo, vxor, liberi, & vt omnia complectar, rerum mearum ſtatus is fuiſset, vt oblatam prouinciam licuiſset ſuſcipere, quam vltro etiam gratiſque olim ambire libuiſset, Feciſsem ſanè quod optabas, &, vt dicam expreſsius id, quod res eſt, optaſsem ego quod feciſses. Quid enim poterat mihi glorioſiùs contingere, quàm ſi ea me Academia teneret An-*

ſupereſſet exonerandi heredis ſi non ipſo iure ſaltem in effectu, niſi vt in heredis locum legatarius ſubſtitueretur, quod neq. per legem fit quæ legatarium, vt diximus, vocat cum herede nō poſt heredem, neq. per heredem ipſum qui neq. hereditatem reſtituere, neq. aliud quicquam facere iuſſus eſt. Vnde illud etiam eſt, quòd quamuis tota hereditas per fideicommiſſū relinqui commodè poſſit, quia rogatus heres intelligitur vt ſuo loco fideicommiſſarium conſtituat, tota tamen hereditas legari non poteſt, ſed tantùm pars hereditatis, non quia, vt nonnulli putant, fieret vt legatarius heres potiùs quàm legatarius dicendus eſſet (neq. enim eo minùs heres repræſentaret perſonā defuncti in ſolidum tanquam qui ſucceſſor eſſet iuris vniuerſi quod defunctus habuiſſet, ideóque & creditoribus omnibus ſatisfacere teneretur) ſed quia lex falcidia obſtat, quæ non patitur exhauriri legatis hereditatem, at ne quidem onerari ſupra dodrantem vt heres non ſolùm nomine, ac iure ipſo heres ſit, ſed etiam cum effectu & commodo aliquo, cuius ſpe allectus poſſit ille inuitari ad adeundum ad conſeruanda quoque legata ipſa quæ alioqui interciderent non adita hereditate. Liberam enim illam legandi facultatem quam lex duodecim tabular. primùm conceſſerat, leges autem Furia & Voconia reſtrinxerant, & repreſſerant, non aliter lex Falcidia reſtituit quàm hac lege & condicione, vt totius hereditatis quadrans penes heredem remaneret, *l.1.ff.ad leg.falcid.* vt pluribus ſcripſimus lib. 6. c. 3. Quod ita conſtitui neceſſe non fuiſſet, ſi in hereditatis totius legatarium actiones cum effectu tranſire poſſent, ſicut nec ſenatuſconſulto Trebelliano vlla quartę retentio permiſſa eſt, ne tum quidem, cùm tota hereditas ex fideicommiſſo reſtituitur, quia viſum eſt ſufficere poſſe heredi ne ab adeunda hereditate deterreretur, ſi nullum ex hereditatis aditione damnum timere poſſet, quāuis nec lucrum aliquod ex ea conſequeretur, etſi comperto tandem quòd multi nulla commodi ſpe propoſita ſupremas defuncti preces deſtituerent, nec exonerationem ſolā pro lucro haberent, inductū fuit per ſenatuſconſultum Pegaſianum, vt & quartam heres retinere poſſet ſi vltrò adire vellet, & adire pręterea inuitus quoq. cogeretur. At heredi fuit neceſſe proſpici ab initio aduerſus legatarios quoſlibet, non tantùm vt lucro aliquo inuitaretur ad adeundum, ſed etiam vt haberet quod poſſet compenſare cum periculo & incommodo æris alieni, cuius ipſe totū onus, etiam legata tota hereditate ſuſcipere ac retinere teneretur. Quare nec vllo iuris loco proditum videas, cogi poſſe heredem vt adeat propter legatarios, licèt pleriſq. locis mentio fiat legatæ hereditatis, imò contra generaliter ſcriptum eſt neminem cogi ſe adſtringere onerib. hereditariis propter legatum, vt Pap. loquitur in *l. nō eſt cogēdus 53. ad SC. Treb.* non adhibita illa diſtinctione, An hereditas legata ſit an fundus, quia nullo caſu fieri poteſt vt in legatarium tranſeant paſſiuę actiones. Loquor de paſſiuis, quia quod ad actiuas pertinet dubitandum non eſt quin legato cōtineantur ſiue quis partem hereditatis ſuæ, ſiue bona ſua legauerit, *l. ſi legatus 30. §. 1. eo. l. meorū De verb. ſign.* Sed paſſiuarum alia ratio eſt, ex qua etiam intelligetur apertiùs fieri non poſſe vt tranſeant in legatarium hereditatis, quia non teſtatoris ſunt ſed creditorum, ideóque & æs alienum appellatur, & ex bonorum quantitate deducitur, quia nemo dici poteſt id habere quod debeat, multò minùs actionem quam alius contra ſe poſſit exercere. Atqui ſiue quis hereditatem leget, ſiue qua alia ratione bonorum ſuorum vniuerſitatem alienet, non aliud transferre in alium poteſt, quàm quod ipſe habet, præſertim autem legando, quia legatum eſt quod lege modo imperatiuè relinquitur, inquit Vlp. in Titulis tit. 24. imperare autem teſtator diſponens de ære alieno non magis poteſt, quàm ipſis creditoribus legem dare, & contra quem aut quatenus agere debeant præſcribere. Idque ſit ex verbis illis generalibus legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaßit, ita ius eſto. l. verbis legis 120. De verb. ſignific.* Non enim dici poteſt æs noſtrum eſſe, quod eſt alienum. Cur ergo, inquies, tranſit in heredem onus æris alieni? Reſpondeo non tranſire ex diſpoſitione teſtatoris, at ne quidem ex ipſius voluntate, ſed vel tacente adeóque inuito eo ex ſola legis poteſtate, quæ ſicut & hereditatem facit & heredem, vt ſit perſona quæ defunctum repræſentet, ita & vult heredem in omnibus eodem iure cenſeri, quo defunctus ipſe cenſebatur, vt perinde & actiones quæ defuncto competebant exercere poſſit, & à defuncti creditoribus conueniri. Proinde lex ipſa eſt quæ heredem æri alieno obligat, non teſtator: heredem verò ſolum lex obligat, non legatarium, quia & ſolus heres non etiam legatarius ille eſt, qui defūcti perſonam in ſolidum repræſentat. Adeò vt nec expreſſa voluntate poſſit teſtator iubere vt legatarius quantumlibet hereditatis teneatur ad æris alieni exſolutionem creditoribuſque hereditariis reſpondere debeat non heres, quoniam ita faciens diſponeret, vt dixi, de re aliena non de ſua. Quod facere poteſt, hoc vnum eſt vt iubeat legatarium partis hereditatis indemnitatem æris alieni præſtare heredi, pro ea hereditatis parte quę eſt legata ita enim rei ſuæ legem dicit. Sed non ideò fiet, vt alius quàm heres à creditoribus hereditariis poſſit conueniri, ſolumque heredi remedium ſupereſt, vt contra legatarium qui legatum agnouit, agere poſſit ex teſtamento ad indemnitatem conſequendā: igitur vt ad inſtitutam tractationem redeamus, quod Diuus Pius reſcripſit ex legato partis hereditatis nō eſſe deducendum æs alienum, eam rationem non habet quam adferunt interpretes, quòd hic legatarius ad onus illud æris alieni teneatur quodque in eum paſſiuę quoque actiones tranſeant. Sed è contrario illam potiùs quòd legatum hoc, vt & cætera omnia immune ſit & eſſe debeat ab oneribus hereditariis, quippe quę ad alium ſpectare non poſſint quàm ad heredem. Dubitandi tamen ratio tota pendebat ex nomine *hereditatis*, quo nomine iura & actiones comprehendi certū eſt, videbaturq. faciēda interpretatio, nō tā ex iuris ratione (quæ, vt dixi, eā demū hereditatē quæ heredē facit, non eam quę legatur æri alieno obligat) quā ex opinione teſtatoris, quem credibile eſt cùm hereditatis partem legauit, de ea ipſa hereditate ſenſiſſe, quæ penes heredem manſura erat ſi legata non fuiſſet, ac proinde & commoda habens & incommoda. Sed non potuit ea teſtatoris opinio etiam de qua manifeſtiſſimè conſtaret, certiſſimam iuris rationem peruertere, ac facere vt legatarius heredis iure cenſeatur. Quanquā nec obſcura videtur pro legatario voluntas teſtatoris qui ſi in huiuſmodi legatarium iura & actiones paſſiuas tranſire voluiſſet, æquè facilè pro ea parte heredē illum ſcribere potuiſſet. Cur enim legatarium hunc pro parte hereditatis, alium verò ex toto aſſe heredem feciſſe credatur, niſi vt vnus legatarij, alius heredis iure cenſeretur? Longéque alia fideicommiſſarij vniuerſalis ratio eſt, cui hereditatem ex fideicommiſſo reſtitui teſtator iuſſit. Tunc enim etſi perinde verum eſt hereditatem deſiiſſe hereditatem eſſe, quæ facta ſit patrimonium heredis, apparet tamen teſtatorem in fideicommiſſo relinquendo cogitaſſe de ea ipſa hereditate in effectu reſtituenda, quæ aliquando

ſo verè hereditas fuiſſet,adeóq.ſi fieri poſſet,de ipſo fideicommiſſario herede faciẽdo. Nam vt Vlp.ſcribit in *l.ſi fideicõmiſſaria.D.ad SC.Trebell.* quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt,id videtur rogatus reddere, non quod nunc eſt hereditatis, quæ ſcilicet ampliùs nulla eſt,ſed quod fuit,moriẽte nimirum teſtatore,quo demùm tempore vera eſt hereditas,quia reſtitutio fit per manus heredis,in cuius locum fideicommiſſarius ſubſtituitur tanquam ſecundus quidam heres. Itaq.reſcriptum illud D.Pij, quod interpretes volũt in odium & incõmodum legatarij factum eſſe, reſpicit proculdubio eius fauorem vt creditorib. hereditariis non teneatur,vt neq.legatariis cęteris teneretur,cùm toto iure vetere ita comparatum fuerit,vt à legatario legari nunquam poſſet. Ex quo etiã conſtat apertiùs,legatarium hunc partis hereditatis,neq. heredis iure cenſeri, nèq.creditorib.hereditariis obſtringi, quia perinde fieri neceſſe eſſet, vt legatariis quoq.tanquam heres obligaretur. Dices fortaſſe pro interpretibus, ſecundùm hanc noſtram interpretationem fore,vt nulla ſit differentia inter legatum partis hereditatis,& legatum partis bonorum. Quæ tamen apertè conſtitui videtur in *d.l.8. §.vlt. & l.9.de leg.2.* Ego verò admitto libentiſsime, quod & veriſſimum eſt, nullam inter huiuſmodi legata eſſe differentiam. Sed nego,quod interpretes putant,vllam in dictis legibus proponi. Nam ſicut tota hereditas legari non poteſt,obſtante lege Falcidia,vt diximus,ita neq.tota bona,ſed tantùm pars hereditatis,vt & pars bonorum. Et contrà quemadmodũ legata parte bonorum, fatentur omnes æris alieni onus non tranſire in legatarium;ita neq.tranſit cùm legata eſt pars hereditatis,vt probauimus. Quid ergo? Differentia conſtituenda eſt non inter hereditatem & bona, ſed inter legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorum,quæ teſtatoris erunt mortis tempore, de quo loquitur *d.l.9.* quia prius legatum refertur ad tempus illud quo teſtatur iam erit mortuus, propter factam hereditatis mentionem, quando nec hereditas vlla eſt niſi poſt mortem teſtatoris,cùm viuentis hominis nulla ſit,*l.1.D.de hered.vel act.vendit.* Poſteriùs verò refertur ad tempus vitæ,i.ad inſtans mortis quod vitæ non morti computatur,*l.qui duos 18.§.1.D.de manum.teſtam. leg.vltim.D.de condic.inſtit.* ſiquidem non qui iã mortuus eſt,ſed qui viuit. Ex hac verò differẽtia illa naſcitur, quòd ex legato partis hereditatis ęs alienum non deducitur,quod iam per legem tranſlatum reperiatur in heredem, adeóq.inſeparabiliter vnitum hereditati, vt etiamſi deducto ęre alieno hereditatẽ reſtituere heres iuberetur, non eo minùs tamen inuito quoq.teſtatore onus æris alieni cum hereditate ipſa in fideicommiſſarium tranſiret,*l.cogi 16. §.inde quæritur.D.ad SC.Treb.* quoniam,vt diximus, ea demùm hereditas in effectu reſtituitur quæ fecit heredem,& quæ per legem delata eſt heredi, & per aditionem acquiſita, quæque onus ſemel adnexum habũit ęris alieni,quod de legata hereditate nõ ſimiliter dici poteſt. At ex legato partis bonorũ quæ teſtatoris erunt mortis tẽpore, deducendũ neceſſariò eſt pro ſimili portione æs alienũ,quia non alia bona teſtator habuit quandiu vixit,quã quę ipſi deducto ęre alieno ſuperfuerunt. Et quãuis hoc quoq.caſu verum ſit heredem teneri ad æs alienum,acſi nihil prorſus ex bonis legatũ eſſet, deducit tamen illud ex legato, ne alioqui eueniat,vt plus præſtet legatario,quàm ei legatum ſit à teſtatore, ſi fortè dimidiam illi det bonorum omnium partem ab æris alieni onere immunem, quæ quarta duntaxat eſſet,aut tertia, ſi æs alienũ deduceretur. Sed fac ſimilia eſſe legata,id eſt,non quidem legatum partis hereditatis ad tempus vitę relatum fuiſſe,quod fieri nunquam poteſt, ſed legatum partis bonorum relatum eſſe ad id tempus quo iam aliqua eſſet hereditas,id eſt,quò teſtator defunctus fuiſſet,putà concepto legato in hunc modum, *Lego Titio dimidiam partem bonorum,quæ in hereditate mea reperientur.* Hoc verò caſu negabo deducendum eſſe ex legato æs alienum,propter eas ipſas rationes,per quas diximus,nec ex legato partis hereditatis talem deductionem fieri poſſe: Nihilque prorſus obijci poteſt, aut ex ſupradictis legibus,aut ex alio vllo iuris loco, quod huic noſtræ interpretationi repugnet. Supereſt vt eam quoq; Bartoli traditionem impugnemus,quæ ſeparat legatum partis bonorum à legato bonorũ vniuerſorum,quaſi ſit hoc non etiam illud legatum vniuerſale per quod tranſeant in legatarium actiones. Iam enim diximus legatum omnium bonorum non magis valere poſſe,quàm legatum totius hereditatis, propter legis Falcidiæ prohibitionem, & quamuis valere poſſet,non eo magis tamen in legatarium tranſituras actiones,quę per legem duodecim tabularũ non poſſunt tranſire niſi in heredem. Quid ergo Bartolũ fefellit? Quod non credidit ſeparanda eſſe hac parte legata à fideicommiſſis. Nam cùm de fideicommiſſo agitur, intereſt ſanè an teſtator bonorum ſuorum partem duntaxat reſtitui iuſſerit, an omnia ſua bona. Priore caſu verum eſt quod ille ait fideicommiſſum non eſſe vniuerſale,ſed ſingulare,non quia ex eo deducendũ ſit æs alienum,quemadmodum ipſe putat ex *d.l.cùm autem*,(non enim deduceretur ſi legata eſſet pars bonorum quæ in hereditate reperirentur, vt proximè diximus,nec eo minùs tamen fideicommiſſum eſſet ſingulare) ſed quia ex huiuſmodi fideicommiſſo non tranſeunt actiones,cùm de hereditate ipſa aut pro parte aut in totum reſtituenda non fuerit heres rogatus,nihilque prohibeat partem bonorum relinqui per fideicommiſſum ſingulare, ſicut & legati iure dari potuiſſet. Poſteriore verò caſu,id eſt,cùm quis bona ſua omnia per fideicommiſſum reſtitui voluit,dicimus fideicommiſſum eſſe vniuerſale tranſeũtque ex eo actiones, adeò vt heres ſi ſuſpectam dicat cogi poſſit adire & reſtituere, *d.l.nam quod 14.§.vlt. & l.ſeq.ad SC.Treb.* Non ex proprietate dictionis *bonorum*, quæ licèt iura quoque actiua complectatur, paſſiua tamen nunquam comprehendit niſi in edicto *de bonor.poſſeſſ.* in quo *bonorum* nomine vti coactus fuit prætor quia de hereditate loqui non potuit, ſed benigna interpretatione, quæ facit vt nõn de bonis duntaxat,ſed & de tota ſua ſucceſſione teſtator ſenſiſſe intelligatur,ne intercidat fideicommiſſũ quod alioquin prorſus intercideret herede adire nolẽte,vt Vlp. tractat in *d.l.cogi in princ.* vbi eadem de cauſa addit idem eſſe etiamſi non bona ſua,ſed,quod erat multò dubitabilius,totum patrimonium ſuum,imò & peculiũ reſtitui teſtator voluerit:cùm tamen nemo poſſit ſub patrimonij vel peculij ſui nomine comprehendere æs alienum,quod quia alienum eſt,neq; patrimonium,neque peculium teſtatoris dici poteſt. Propter quam cauſam non malè dicebat Mæcianus voluntatis eſſe quæſtionem,id eſt,an de tota ſucceſſione quæ commoda & incommoda contineret ſenſiſſet teſtator,an de bonis ſuis tantùm,licèt omnibus reſtituendis. Quia ſiue ex bonis deducas æs alienum,ſiue non deducas, nunquam euenit,vt onus æris alieni ſit onus bonorum,niſi cùm agitur de bonorum poſſeſſore qui eſt heredis loco,*l.1.2.& 3.ff.de bon.poſſeſſ.* Neque aliud Vlp.quàm Mæciani iudicium eſt,niſi quod ait in dubio credendum eſſe teſtatorem locutum de bonis,ſenſiſſe de tota ſucceſſione,hoc eſt,de tota hereditate quę nõ min'

Digitized by Google

æs alienum, quam bona teſtatoris in ſe continet, vt fideicõmiſſum ſuſtineatur. Ita innuens non obſcurè, ſi conſtaret teſtatorem *bonorũ* nomen vſurpaſſe propriè, non autẽ impropriè pro hereditate, aliud eſſe dicendum, nec vniuerſale fideicõmiſſum cenſendũ, cuius conſeruandi gratia heres cogendus ſit adire, quia proculdubio omnib. hereditariis oneribus etiã poſt reſtitutionem bonorum omnium implicitus remaneret. Sicut & herede vltro adeunte, ac bona omnia reſtituente, non putarem tranſire actiones in fideicõmiſſariũ, quia nulla ſubeſſet neceſſitas capiẽdæ huius interpretationis pro fideicõmiſſo confirmãdo, quod per liberam heredis aditionem ſatis cõfirmatũ eſſet. Eadẽ verò præſumptio capi nullomodo poteſt, vt de tota ſua ſucceſſione teſtator ſenſiſſe intelligatur, cùm partem duntaxat bonorum per fideicõmiſſum relinquit: At ne quidem de parte ſucceſſionis, acſi pars hereditatis per fideicommiſſum relicta eſſet, quia multò facilius eſt, vt vniuerſitas bonorũ pro hereditate accipiatur, quàm vt pars bonorũ accipiatur pro parte hereditatis. Sed & illud longè facilius eſt, vt fideicommiſſum bonorum accipiatur pro fideicommiſſo hereditatis, quàm vt legatum bonorum pro legato hereditatis; quoniam bona illa per fideicommiſſum relicta neceſſe eſt ab herede & per manus heredis ad fideicommiſſarium peruenire, atq. ita fuiſſe aliquando hereditatis: quæ res facit vt in heredis locum facilè ſubſtitui poſſit fideicommiſſarius: bona verò legata cùm ab initio ſeparata ſint ab hereditate, nec vnquam heredis fuerint, multò difficiliùs ſumi poſſunt pro hereditate, quæ nimirum ſoli heredi fuerit delata & acquiſita.

Quænam actio detur fideicommiſſario pro conſequendo debito per heredis aditionem confuſo, Ad §. ſi ex Trebelliano, l. ita tamen 27. D. ad SC. Trebel.

Cap. XIX.

QVoties debitor creditori heres eſt, vel è contrario creditor debitori, conſtat fieri confuſionem actionis, & confuſione perimi actionem, *l. debitori 7. C. de pact. l. ſi adulta, l. vt debitum C. de hered. act. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. D. de ſolut.* idque ratione non tantùm ciuili, ſed etiam naturali, quia non magis natura ipſa, quàm lex pati poteſt, vt quis ſibi ipſi ſit obligatus, cùm heres perſonã defuncti ſic repræſentet, vt eadem prorſus perſona eſſe exiſtimetur, *l. Vranius 71. D. de fideiuſſ.* ſicut nec vt quis apud eundem pro eodem ſit obligatus, *l. heres à debitore 21. §. quod ſi ſtipulator. eo. tit.* Nec quod heres totam hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere iuſſus ſit, impedit confuſionem, ſi quidem adiri hereditatem neceſſe eſt priuſquàm reſtitui poſſit, aditio autem illa eſt, vt diximus, quæ confuſionem inducit, *d. §. aditio.* De illo dũtaxat dubitari poteſt an actio quæ per aditionem confuſa fuit, reſtituta poſtmodum hereditate reſuſcitetur. Nam ex vna parte obſtat iuris regula, quæ negat actionem ſemel extinctam reſuſcitari vnquam poſſe, *l. qui res 98. §. aream. D. de ſolut.* Ex altera verò mouet æquitas, quæ non patitur, vt debiti iacturam faciat heres, qui fuit defuncti creditor, licèt debitori ſuo heres extiterit, ſi eam hereditatem alteri totam reſtituerit, nullúmque ſibi ex ea lucrum retinuerit, neque rurſus vt debitum lucretur, ſi defunctus creditor fuit, cùm quiſquis hereditatem reſtituere iuſſus eſt, id videatur rogatus omne reddere quod fuit hereditatis, vt proximo capite dicebamus ex *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad SC. Trebellian.* nemo autem negauerit in hereditate fuiſſe, quod defuncto heres debuit ante factam confuſionem. Non enim aditio hereditatis ſicuti confuſionem ſemper inducit, ita & ſolutionis loco ſemper cedit, ſed aliquando duntaxat, vt eleganter Pap. tractat in *d. §. aditio,* & in *§. aliquando.* tunc videlicet cùm hereditas remanet penes heredem, vt in *l. quæ dotis 33. D. ſolut. matrim.* At cùm hereditatem aditam reſtituere heres iuſſus eſt, fieri certè nequit, vt ex eo quod alij reſtituere cogitur intelligendus ſit ſibi ſoluiſſe. Etſi autem extat aperttiſſima eiuſdem Papiniani ſententia in *l. deducta 58. ad S C. Trebellian.* actionem confuſam redintegrari per Trebellianum non poſſe, vulgò tamen magis probatum eſt ab interpretibus, reſtituta hereditate reſuſcitari actionem, non quidem directã, de qua ſola Papinianum intelligi volunt, ſed vtilem in directæ locum ex æquitate & neceſſitate ſubſtituendam, in qua ſcilicet, quòd defuncto creditori nunquã competierit, locum habere non poſſit ratio illa confuſionis quæ extinguit directam. Sic enim ratiocinantur Paulus Caſtrenſ. Alex. & alij plerique ex nobilioribus interpretibus ad *l. ita tamen 27. §. ſi ex Trebelliano eod.* moti præcipuè ex eo quod in *d. §.* ſcriptum eſt, neceſſarium eſſe hoc caſu fideicommiſſario actiones dari: vbi Accurſius noſter in verb. *actiones,* notat *vtiles.* Quanquam idem ille tandem inclinat magis in ſententiam Hugolini, qui contendebat actiones omnes tam vtiles quàm directas per aditionem confuſas eſſe, nec proinde reſuſcitari vllomodo poſſe, ideóque ſolam ſupereſſe actionem ex teſtamento quæ fideicõmiſſario dari poſſit, & per quam pecunia quæ fuit defuncto debita, ab herede petatur ex cauſa fideicommiſſi. Tanquam minus plenè reſtituta hereditate fideicommiſſaria, quandiu aliquid vel minimum remanet penes heredem quod venire debeat in reſtitutionẽ. Neque verò quiſquã eſt ex interpretibus, qui neget huiuſmodi actionem ex teſtamento dari fideicommiſſario debere. Nam & id expreſſim Papinianus ſcribit in *d. l. deducta in princ.* & Paulus in *l. debitor 59. eo.* Sed tamen non eo minùs dant alij vtilem actionem. Et ipſe Bart. in *d. §. ſi ex Trebelliano,* ſuam de hac re ſententiam obiter aperiens, non dubitat quin fideicõmiſſario competat vtraque actio tam vtilis, quàm ex teſtamento. Ego verò ſatis mirari non poſſum, quid ſibi velint iſti, cùm tractant de vtili actione hoc caſu reſuſcitanda. Nam ſi fatentur quod & verum eſt, idcirco actionem vtilem extingui non potuiſſe per aditionem, quia numquam competierit defuncto, qui ſcilicet habebat directam ex contractu (numquam enim fieri poteſt vt in vna eadémque perſona & pro eadem obligatione concurrat vtilis actio cum directa, non ob id ſolùm quòd vtilis ex neceſſitate tantùm inducitur, nulla autem inducendæ neceſſitas, nulla eſt cum competit directa, *l. ſi heres 73. in princ. eod. tit.* ſed etiã quia plenior obligatio qualis eſt directa, ſemper tollit minorem, *l. debitori, ff. de fideiuſſ.*) quæro ab interpretibus, qua tandem ratione fieri poſſit, vt reſuſcitetur actio vtilis, quæ nuſquam fuerit extincta? imò & quæ numquam fuerit? An non enim habet ea res naturalem intellectum, vt quicquid perit & extinguitur id anteà fuiſſe neceſſe ſit, & rurſum, vt quicquid reſuſcitatur, id antea extinctum fuiſſe oporteat? Sed & qui ex interpretibus dant vtilem iſtam actionem, coguntur ſe implicare, cùm datiuam illam eſſe dicunt non natiuam, quomodo loquitur Alex. ad *d. §. ſi ex Treb.* Senſus enim eſt, non naſci illam ex contractu præcedente, ex quo directa competebat, quæ fuit extincta per confuſionem; ſed tunc incipere competere cùm datur, vtpote quæ antecedentem obligationem nullã habeat ex qua naſci poſſit; ſecundùm ea, quæ de vtilib.

actio-

ctionibus datiuis & natiuis diſputat Bart. ad *l.1. D. de oblig. & act.* & ad *l. Mænius 76. §. duorum de leg. 2.* Ea namq. confuſio, quæ per aditionem contingit, obligationem ipſã primùm & principaliter extinguit, cùm non aliam rationem habeat, quàm quòd vt dixi, nemo poſſit ſibi ipſi eſſe obligatus: Actionem verò extinguit quidem, ſed per conſequentias, & ea ſola ratione quod ſine obligatione actio competere nulla poſſit. Propter quam cauſam dici ſolet obligationem actionis matrem eſſe, vulg. *l. licèt 43. §. ea obligatio. D. de procur.* Et quamuis admitterem ea æquitate inducendam, ne cum interpretibus malè dicam reſuſcitandam eſſe vtilem actionem poſt confuſionem, non tamen eſſet conſequens ea eadem æquitate inducendam vtilem obligationem, tum quia non poteſt lex inducere obligationem perſonalem ſine facto & voluntate eius de quo obligando agitur. Tum etiam quia obligationis inducendæ nulla neceſſitas eſt, niſi ad producendam actionem. Atqui actionem præſertim vtilem dare, facilè lex & magiſtratus poteſt, nulla quoq. præcedente obligatione, quoniam actiones ſunt in iure ciuili, obligationes verò ex iure gentium, *l. ex hoc iure, D. de iuſtit. & iur.* quod & interpretes tractant ad *l. vlt. C. ſi contr. iur. vel vtilit. public.* Fieri ergo non poteſt, vt actio illa vtilis quam fideicõmiſſario dari volunt, ſit natiua, prorſúſq. neceſſe eſt datiuam eſſe, ac proinde talem quę reſuſcitata dici nullomõdo poſſit, & quæ prioris actionis directę per aditionem confuſæ vim & naturam nequeat retinere, aut etiam induere. Quam in rem non minùs elegans quàm apertum eſt Papiniani reſponſum illud quod extat in *d. l. deducta in princ.* vbi tractans de herede hereditatem deducta quarta reſtituere rogato qui debitori hereditario heres extiterat, ait, quoniam confuſã actio per Trebellianũ redintegrari non poteſt, pecuniæ dodrantem ex cauſa fideicõmiſſi neceſſariò petendũ eſſe, ſed in eum diem quo actio confuſa eſt, vſuras præteriti temporis, quæ in obligatione, vel officio iudicis fuerunt, cõputãdas eſſe, poſterioris verò ita demùm ſi mora fideicommiſſo facta ſit: cùm tamen ſi vel priſtina actione directa ageretur, vel vtili quæ directæ naturãm & poteſtatem retineret, haud dubiè dicendum eſſet vſuras totius temporis tã quod confuſionem præceſſiſſet, quàm quod ſubſecutũ fuiſſet, indiſtinctè deberi, neq. illud requireretur vt in fideicõmiſſo præſtando noua mora facta eſſet, valente ſcilicet prima mora ſufficere, vt vſurę quæ ſemel deberi cœpiſſent, in perpetuum deberentur, i. ad plenam vſq. ſortis ſolutionem, vt Paulus eleganter reſpondit in *l. Titia Seio 87 § vſuras de legat. 2.* Sed & ex eo Papiniani reſponſo apparet, non aliam quàm fideicommiſſi actionem in propoſita ſpecie fideicommiſſario dandam eſſe, cùm ita ſcribit, *dodrans pecuniæ ex cauſa fideicõmiſſi petatur.* Pręmiſſa etiã ratione illa, *quoniam actio confuſa per Trebellianum redintegrari non poteſt,* quod vtiq. ſic accipiendum eſt, vt redintegrari nullomodo poſſit, ſi verum eſt quod vno ore interpretes noſtri tradunt ad *l. Gallus 29. in princ. de liber. & poſth.* negationem immediatè poſitam antę verbũ *poteſt,* omnem omninò excludere potentiam. Perinde igitur eſt ac ſi paulò apertiùs Papin. ſcripſiſſet confuſam illam actionem neq. directò, neq. vtiliter redintegrari poſſe, i. non magis poſt hereditatis reſtitutionem, quàm antea fieri poſſe vt actio vlla ſiue vtilis, ſiue directa, competat fideicommiſſario pro debito per confuſionem extincto, ob idque non aliud ei remedium ſupereſſe, quàm vt fideicommiſſum quaſi nondum reſtitutum perſequatur. Quomodò & Iulianus quamuis in diſſimili non tamen prorſus aliena ſpecie ſcribit in *l. cùm reus 14. de fideiuſſ.* cùm reus promittendi fideiuſſori ſuo heres extiterit fideiuſſoriam perimi obligationem. *Quid ergo eſt?* inquit, *Tanquam à reo debitum petatur.* Senſus eſt à reo qui fideiuſſori ſuo heres extitit, petendum eſſe debitum neceſſariò tanquam à reo, non tanquam ab herede fideiuſſoris, tametſi fortaſſis euentorum ſit vt reus tanquam reus exceptionem aliquam perſonalem habiturus ſit, putà pacti perſonalis de non petendo, quã non haberet tanquam heres fideiuſſoris. Ideoque neceſſariam fore illo caſu creditori replicationem doli mali vel in factum, ad exceptionem illam elidendam. Sic enim locum illum iampridem interpretati ſumus, & addita negatione feliciter emendauimus lib. 1. cap. 5. Et verò ſi qua vtilis actio poſſet fideicommiſſario competere, per quam eſſet ille totius temporis vſuras nihilobſtante debiti confuſione indiſtinctè conſecuturus (vt ſolent actiones vtiles eiuſdem poteſtatis eſſe, cuius ſunt directę eundẽq. habere effectum *l. actio 47. ff. de negot. geſt.*) an non ridiculus eſſet Papinianus, qui actionem ex fideicommiſſo longè minùs vtilem futuram proponeret? An non etiam ſtultus fideicommiſſarius qui electionem habens, vt vel vtili actione ex contractu, vel fideicommiſſi nomine ex teſtamento experiretur, eam actionem eligeret, quæ ſibi damnoſior foret, vtiliorem verò & expeditiorem prætermitteret? Ideoque fortaſſe tantò faciliores fuerunt interpretes ad eiuſmodi actionem vtilem concedẽdam fideicommiſſario, quaſi nihil intereſſet heredis vtra actione conueniretur: quarò difficiliùs permittendum fuit, vt inuita iuriſprudentia poſſet ille actione non modò non competente, ſed etiam duriore conueniri. Quanquam quod heredis nihil interſit an hac, an illa actione vrgeatur, numquam faciet vt eo magis admittam actionem in eum dandam eſſe, quæ nec ſummo iure competat, nec ex æquitate induci poſſit, adeoque cuius inducendæ neque neceſſitas vlla ſubſit, neque vtilitas aliqua futura ſit. Æſtimantur enim vtiles omnes actiones, vt vel ſolum ipſarum nomen demonſtrat ex vtilitate, quam ei adferunt qui alioquin ſummo iure periclitaretur, ideoque non niſi ea neceſſitate inducuntur, & iis demùm caſibus quibus directa actio competere nulla poteſt, *l. quamuis 8. §. ſi conuenerit ff. ad SC. Velleian. d. l. ſi heres 70. ff. ad SC. Treb.* Quid igitur fallere potuit interpretes, vt ſine lege nullãque vrgente neceſſitate dãdã fideicommiſſario dixerint vtilem actionem contra rationem iuris? Id vnum puto, quod in *d. §. ſi ex Treb.* ſcriptum putabant *neceſſarium eſſe actiones aduerſus heredem fideicommiſſario dari,* quomodo in eorum codicib. ſcriptum fuiſſe teſtis eſt gloſſa illa Accurſij quæ incipit *vtiles.* Scripſiſſet enim ille ac ſcribere debuiſſet *vtilem* in numero ſingulari, ſi in eodẽ numero textus *actionem* non *actiones* habuiſſet. Cũ verò actiones plures ea dictione pluralis numeri proponi viderent, non putarunt aliam actionem poſſe competere quàm vtilem, præterquàm eam quam fatentur omnes indubitatè fideicommiſſario dandã eſſe ex teſtamẽto. Sed cùm ex Pandectis Florentinis appareat vitioſam fuiſſe veterem illam lectionem, legendumque *actionem* non *actiones,* nato errore ex eo quod, vt alias non ſemel obſeruauimus, veteres iidémque rudiores typographi literam *m* in hac ʒ, quæ à litera S non multùm diſtat, excudebant. Etſi non erat interpretibus difficile errorem detegere, ſi non piguiſſet reliqua eiuſdem §. verba obſeruare. Ac illud imprimis, quod immediatè præcedit, *neceſſarium eſt.* Non enim vllomodo neceſſarium dici poteſt, vt actiones plures fideicommiſſario contra heredẽ dentur, ſiue omnes eiuſdẽ effe-

Digitized by Google

ctus, & poteſtatis eſſe velis, ſiue vnam pleniorem altera. Ex quo namque vna competit, aut datur, quid neceſſe eſt aliam dari? præſertim quæ nec plenior nec commodior ſit futura? Atqui non eſt ex interpretibus qui neget, nec qui negare poſſit actionem ex teſtamento dandam eſſe fideicommiſſario. Sicut è contrario ſi heres creditor defuncti fuit, & fideicommiſſum non deducto debito reſtituerit, conſtat habere illum fideicommiſſi tanquam indebiti repetitionem, quemadmodum ſi fideicommiſſum reſtituiſſet, non deducta quarta quam deducere ac retinere debuiſſet, *l. heres 21. ad SC. Treb. l. 1. §. ſi legatarius, l. lineam margaritarum 26. D. ad leg. Falcid. l. cùm pater 77. §. mater filiis de leg. 2. l. qui exceptionẽ 40. §. 1. ff. de condict. indeb.* Non potuit ergo Iulianus ſcribere vel ſentire neceſſariam eſſe fideicommiſſario vtilem actionem. Debuit ſanè ſcribere quod ſcripſit neceſſarium eſſe, actionem fideicommiſſario in heredem dari, quia ſtricto iure nulla competit, neque ex contractu, ſiue directa, ſiue vtilis, propter confuſionem, neque ex teſtamento propter iam factam fideicommiſſi reſtitutionem. Actio enim ex teſtamento quę pro fideicommiſſo competit fideicommiſſario contra heredem non ad ſingularum rerum reſtitutionem conſequendam pertinet, ſed ad reſtitutionem hereditatis, & iuris illius vniuerſalis, cuius ratione fideicommiſſarius dicitur ſucceſſor vniuerſalis, & loco heredis: Cui reſtitutioni dubitãdum non eſt, quin ſatisfecerit heres qui hereditatem reſtituit, adeóque quod magis eſt, licèt verbo tantùm reſtituerit, cùm ex ea reſtitutione verbali iura omnia in fideicommiſſarium tranſlata ſint, totáque hereditas, quæ ſcilicet in iure conſiſtit non in corpore, *l. reſtituta 37. iunct. l. facta 63. in princ. ff. ad SC. Treb.* Proinde non poteſt dici eandem actionem ex teſtamento competere fideicommiſſario poſt reſtitutionem, quæ competeret ſi reſtitutio nulla facta eſſet. Verùm quia nec illud dici poteſt heredem ſatisfeciſſe volũtati teſtatoris quandiu aliquid retinet, quãtulũcũq. illud ſit ex eo quod reſtituere debuit, æquiſſimũ eſt, & cõſequẽter neceſſariũ actionẽ fideicõmiſſario dari. Nimirũ per prætorẽ, cuius ꝓpria fuit de fideicõmiſſis iuriſdictio, & qui ob eam cauſam fideicommiſſarius vocabatur. Si actio ex teſtamento ſummo iure competeret poſt reſtitutam hereditatem, non ita ſcripſiſſet Iulianus, *neceſſarium eſt actionem aduerſus eum fideicommiſſario dari.* Aliud enim eſt *actionem competere*, aliud *dari*. Quæ competit ipſo iure, non datur. Quæ datur, non competit. Cùm actionem competere dicimus, ſolam iuris poteſtatem, cùm verò dari, iudicis potiùs aut magiſtratus factum demonſtramus. Illud etiam errandi occaſionem interpretibus præripere debuit, quòd viderunt Iulianum in *d. §. ſi ex Trebelliano*, non alium duntaxat caſum tractare quo heres rogatus de reſtituenda hereditate, debitor fuerit defuncti, ſed illum etiam quo heres qui hereditatem reſtituit, vel fructus prædiorum qui erant reſtituendi, vel ipſa prædia retinuerit: Quo tamen vtroque caſu nihil eſt quod de vtili actione tractari poſſit ad conſequendum id quod fuerit defuncti, quódque fideicommiſſario nullo alio quàm fideicommiſſi iure debitum vnquam fuit. Nam ſi quis directam aut vtilem vindicationem fideicommiſſario dare velit eo colore quòd facta in fideicommiſſarium reſtitutione ſtatim omnes res in bonis eius fiant, cui reſtituta eſt hereditas etiam ſi nondum earum nactus fuerit poſſeſſionem vt Caius ſcribit in *d. leg. facta in princip.* proculdubio valde errauerit. Inauditum enim eſt, vt vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis, vnquam in eum detur qui reuera dominus eſt, *leg. pen. & vlt. ff. de publician. in rem act.* cùm è contrario non niſi domino competat, *l. in rem 23. ff. de rei vindic.* duo autem eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe non poſſint vulg. *leg. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum. ff. commod.* Porrò heres qui de hereditate reſtituenda rogatus eſt, ſicut etiam poſt reſtitutionem heres manet, ita & dominus, *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* cùm heredis appellatio nihil niſi dominum ſignificet, *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Vnde eſt quod Caius in *d. l. facta*, non ſic loquitur vt dicat fideicommiſſarium poſt factam hereditatis reſtitutionẽ fieri dominum rerum hereditariarum (id enim non magis ſcribere potuit, quàm heredem illum fieri, quod euidentiſſime falſum eſſet) ſed ait res hereditarias in bonis eius fieri, quod longè diuerſum quid eſt, vt à nobis aliquando tractatum fuit in explicanda veteris illius duplicis dominij bonitarij ſcilicet & quiritarij diſtinctione, de qua Vlpian. titul. 19. *de acquiſit. rer.* in Titulis. Ergo quemadmodum eo caſu quo heres iuſſus hereditatem reſtituere, aut prædium aliquod hereditarium aut prædiorum reſtitutorum fructus etiam reſtituendos retinuit, neceſſarium eſt contra eum fideicommiſſario actionem dari, & quidem ex teſtamento, quoniam alia nulla competit, neque vtilis, neque directa, ita fatendum eſt alio quoque caſu de quo diſputamus, & quem tanquam ſimilem Iulianus coniungit, id eſt, quo hic heres debitor fuerit eius qui teſtamentum fecit, non aliam quàm ex teſtamento actionem fideicommiſſario dari poſſe. Non enim de diuerſis actionibus pro caſuum diuerſitate ſenſiſſe videri poteſt Iulianus, qui propoſitis coniunctiſq; omnibus caſibus non niſi *actionem* in ſingulari numero, fideicommiſſario dandã eſſe ſcripſit. Ex quo etiam apparet quàm parũ ſubtiles ne dicam ridiculi ſint iidem interpretes quibus non ſatis eſt, repugnante iuris ratione vtilem actionem fideicommiſſario dare, ſi non & vindicationem quoque contra dominum ei accommodent, & cõdictionem triticariam contra eum qui non ſit ex contractu ſed tantùm ex teſtamento obligatus, & condictionem ſine cauſa aduerſus eum qui iuſti heredis veriq. domini iure rem habeat, & à teſtatore ipſo non à fideicommiſſario: quæ omnia quàm ſint à principiis & regulis iuris aliena, nemo non videt. Sed & interpretationem noſtram illud mirificè confirmat, & interpretũ errorem detegit, quod ex Marcelli ad Iulianum nota ſequitur, *Hoc idem neceſſariò faciendum eſt, cùm parte hereditatis reſtituta familiæ erciſcundæ iudicium inter eum, qui reſtituit hereditatẽ, & qui receperit, accipietur.* Id enim ſibi vult Marcellus, non tantùm ſuperiore caſu neceſſariam eſſe fideicommiſſario in heredem actionem ex teſtamento dari: id eſt, cùm heres totam hereditatem reſtituere rogatus eſt, ſiue prædiũ aliquod hereditarium retineat, ſiue prædiorum hereditariorum fructus iam fortè collectos mortis tempore & in hereditate repertos, aut poſt morã perceptos, ſiue debitor fuerit defuncti, ſed illo etiam caſu quo de parte duntaxat hereditatis reſtituenda rogatus fuerit, quod cùm euenit, conſtat vtile eſſe iudicium familiæ erciſcundæ inter heredem & fideicõmiſſarium, ſicut eſſet inter coheredes, quia fideicommiſſarius heredis loco eſt. Cur verò neceſſarium eſt hoc poſteriore caſu actionem fideicommiſſario dari? An non poteſt ſufficere quòd habiturus ſit vtilẽ exceptionẽ? An verò denegabũt interpretes vtilẽ exceptionẽ ei cui dãt vtilẽ actionẽ? cõtra reg. *l. inuitus 15. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. is autem. ff. de ſuperfic.* Quinimo quidni ſufficiet æquitas ipſius iudicij quod eſt bonæ fidei, vt quicquid obtinere fideicõmiſſarius poſſet, ſiue propoſita actione ſiue oppoſita doli exceptione, id plenè æquitate iudicij conſequatur

ſequatur

ſequatur. *l. in hoc 14. §. 1. D. commu. diui.* Tritum n. eſt doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe, *l. ſed etſi ideo 21. in fi. D. ſol. mat. l. huiuſmodi 84. § qui ſeruũ de leg. 1.* Inde igitur cognoſci poteſt, confuſione quæ fit per aditionem hereditatis vſque adeò extingui obligationem vt etiã reſtituta hereditate, fideicommiſſario conſuli nullo modo poſſitne quidẽ per exceptionem aut per æquitatem iudicij, tantum abeſt vt actio aliqua vtilis reſuſcitari poſſit quã ei dari oporteat. Ideóq; neceſſariò recurrẽdum eſt ad extraordinarium prætoris fideicõmiſſarij auxilium, vt det actionem ex teſtamento per quam fideicommiſſum perinde petatur poſt reſtitutionem, aci nulla ex parte fuiſſet reſtitutum, quandiu pleniſſimè non eſt reſtitutũ. Scio cõtingere aliquando vt extincta quoque actio reſuſcitetur, vt in ſpecie *l. 2. in fin. D. ſi ex nox. al. cauſ. agat. l. ſi cũ 41 §. vlt. D. de furt. l. deferre 18. §. vlt. D. de iur. fiſc. l. cũ qui 21. §. vlt. D. de inof. teſt.* Nẽpe cum cauſa extinguendæ obligationis reſoluitur, & in eum ſtatũ reducitur, vt nunquam interueniſſe videatur, puta cùm hereditas adita habetur pro non adita, vel acquiſitum dominium pro non acquiſito, quemadmodum ſupradictis l. c. ſ omnibus contingit: at caſus noſter omnino diſſimilis eſt, quoniã cauſa extinguendæ obligationis propter confuſionem quæ contingit per aditionem hereditatis fideicõmiſſariæ, durat ſemper etiam poſt reſtitutam hereditatẽ, ſiquidẽ, vt diximus, nõ eo minùs heres remanet heres, quod reſtituerit hereditatẽ. Et errãt valde qui putant cõfuſionis rationem hanc vnam eſſe quod heres non poſſit agere contra ſeipſum, vt inferant confuſionis effectum ſicut & rationem ceſſare reſtituta hereditate quod eo tempore alia ſit perſona heredis, alia fideicommiſſarij qui contra heredem cõmodè poſſit experiri. Nam vt ſuprà monuimus, confuſio non fit actionis ſed obligationis, licèt confuſa & extincta obligatione actio quoq; per cõſequentias extinguatur. Obligatio autem confunditur, non quia nemo poſſit agere cõtra ſeipſũ, ſed quia nemo ſibi ipſi obligatus eſſe poſſit. Ergo cũ ſiue debitor creditori ſiue creditor debitori heres extiterit, cõfundatur obligatio ea dumtaxat ratione quod alioqui futurum eſſet, vt heres ſibi ipſi eſſet obligatus, planè conſequens eſt, vt etiam poſt reſtitutam hereditatem ſicut heres ſemper heres manet, ita & confuſionis cauſa ſemper duret, quæ proinde impediat, ne actio vlla ſiue vtilis ſiue directa vnquam reſuſcitetur. Quomodo etiam euenit cùm heredi aufertur per fiſcum hereditas tanquam indigno. Tunc enim ſi qua obligatio & actio per aditionem confuſa fuerat ea non idcirco reſuſcitatur, *l. heredem 17. in fin. D. de his quæ vt indig.* Non ob id ſolùm quod indignus ſit cui ſuccurratur heres qui ex indignitate ſua hereditatem amiſit (etſi enim illa quoque ratio Papinianum mouiſſe videtur, ſi alia tamen nulla eſſet, non malè quis idipſum Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Papinianus exuli 20. D. de minor. quid cãnunc habet delictum cũ obligationis reſtituenda iure?*) ſed etiam, quia non eo minùs heres manet is cui fiſcus abſtulit hereditatem *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quò etiam pertinent *l. 4. C. de tranſact. l. 2. C. ſi aduerſ. tranſact.* in quibus videas actionem extinctam non reſuſcitari, ſed nouam concedi, quia non præcedentis extinctionis cauſa deficiebat, ſed nouæ actionis cõcedendæ cauſa potiùs emergebat. Errant etiam, multóque ſi fieri poteſt, ſtolidiùs, qui diſtinguunt an hereditatem heres adierit purè ac ſimpliciter, an cũ beneficio legis & inuentarij Nec enim beneficium illud impedit confuſionẽ, vt vulgo à pleriſque imperitè creditur, neque id magis facere Iuſtinianus potuit, quàm naturam ipſam peruertere, ac inducere vt ſibi ipſi obligatus quis eſſe poſſit, ſed in eo tãtùm prodeſt heredi, ne ex eiuſmodi cõfuſione damnum vllum ſentire debeat ſupra vires & facultates hereditarias, quia nec inuẽtarium facere poteſt, quominus heres verè heres ſit, aci legis beneficiũ nõ imploraſſet, vt pluribus ſcripſimus Decad. De error. pragmat. Sicut è contrario inuentarij ſolẽnitas omiſſa non impedit quominùs poſſit heres deducere ac retinere contra fideicommiſſarium aut contra legatarios in ponenda legis falcidiæ ratione id omne quod ſibi à defuncto debebatur, perinde atque aliud æs alienum quodlibet, *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt iampridem Caſtrenſis non infeliciter contra nonnullos ætatis ſuæ Doctores diſputauit. De actione ſola hypothecaria dubitari probabilius poteſt, an ſicut actiones cæteræ perſonales, confundatur per aditionẽ hereditatis, maximè inuentario nullo facto. Etſi enim generaliter & apertè Iuſtinianus conſtituit in *l. vlt. C. de iur. delib.* vt ſi inuentarium factum non ſit actiones omnes quæ competebãt heredi cõfundantur, magis tamẽ cõmuniter probatum eſt, hypothecariã nõ magis confundi quàm directam rei & dominij vindicationem, vt tractant noſtri ad *d. l. debitori 7. C. de pact.* quãquam hoc ipſum nonnulli ſic accipi volunt ſi hypotheca expreſſa fuerit, non etiam ſi tacita. Sic enim ex recẽtioribus Italis Ioann. Cephal. conſ. 93. nu. 154. & 157. & ſeq. poſt Angel. Aret. ad *l. licèt 14. per ill. text. C. ad leg. Falcid.* Ego vero fateor equidem, dominij vindicationẽ per hereditatis aditionem non confundi, quia vindicatio non obligationis iure datur, ſed in rem ipſam & ſolo dominij iure, nemo autem dixerit heredem vel ob id dominũ eſſe deſinere debere, quòd non domino heres extiterit, vel ob id minùs dominũ fieri quod ipſe antea dominus non fuerit, ſed in hypothecaria aliud iuris eſſe contendo, eámque faciliùs perimi poſſe per confuſionem, quia licet in rem quoque ſit, tamen acceſſoria eſt principalis obligationis ex eáq; pendet, in quo differt à vindicatione dominij. Soleo tamen diſtinguere, an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerſo creditor debitori. Poſteriore caſu, non nego ſi creditor idémq; heres hereditatem reſtituere rogatus ſit, etiamſi poſt reſtitutionem quoq;, vt diximus, duret cauſa extinguẽdæ per confuſionem obligationis, hypothecariam tamen ſupereſſe, quia propriam legẽ & cõditionem habet illa, vt tandiu duret quandiu verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe, *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor. l. pen. §. 1. De excep. rei iudic.* Iam autem monuimus aditionẽ hereditatis tùm etiã cùm debiti cõfuſionem inducit, tamẽ ſolutionis loco non ſemper eſſe *d. l. Stichũ aut Pãphilum 95. §. aliquãdo de ſolut.* Scilicet cùm hereditas adita ad alium per fideicommiſſum deuoluitur. Nam ſi eo caſu non prohibetur heres debitum deducere tametſi non hypothecarius creditor fuerit, ſed tantùm chirographarius, *d. l. in imponenda & d. l. irritum,* quia nimirum talis hereditas reſtituenda eſt qualis fuit mortis tempore & ante aditionem, non qualis quantáve poſt aditionẽ, *l. in quantitate 73. D. ad leg. Falcid. l. in fideicommiſſaria 18. D. ad SC. Trebell,* quantò magis dicendum eſt hypothecariam reſtituta quoque hereditate ſupereſſe? Non enim vtique deduceretur debitum per viam retentionis ſi pro ſoluto haberetur. Et quamuis non poſſit heres, idemque creditor hypothecariam exercere antè reſtitutam hereditatem, quia tamen omnimodo futurum eſt vt agere aliquando poſſit vel etiã retinere, ipſius intereſt, vt ea actio nõ tã in totum

extincta quàm interim ſopita eſſe intelligatur. In eamque rem textus eſt Pauli perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Trebell.* At priore caſu, cùm debitor creditori heres extitit, licèt idem ille hereditatem reſtituere rogatus ſit, nego fieri poſſe vlla ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis reſtitutionē in fideicommiſſarium transferatur, quia non poteſt à teſtatore tranſire in fideicommiſſariū, niſi per mediam heredis perſonam, qui porrò nunquā in eo fuit vt actionem hypothecariā cōtra ſe potuerit exercere, ne ſpe quidem: inauditum namq. eſt vt hypothecaria vllo caſu competat, vel poſſit competere debitori. Nec quod per hereditatis reſtitutionem ſoleāt in fideicommiſſarium tranſire ex Trebell. actiones omnes quæ & heredi & in heredem cōpetebant ad rem facit. Id enim ad eas actionēs ſpectat quæ cōtra heredem competebant creditoribus hereditariis, & tanquam contra heredem, non quæ teſtatori viuenti contra eū quem poſteà heredem fecit. Omnes enim quæ fideicōmiſſario poſt reſtitutionem competere poſſunt, neceſſe eſt heredi ante reſtitutionem competiiſſe, adeoq. iure hereditario, ita vt ſi quas ſibi heres comparauerit medio tempore, eæ non tranſeant in fideicōmiſſariū ſine ſpeciali ceſſione, *l. ſi heres pecuniā. 73 ff. eod.* Hypothecaria igitur, quę cōpetiit defuncto in buna ſui debitoris eiuſdémq. poſteà heredis inſtituti, cùm ipſi debitori heredique numquam competierit neque competere potuerit, in fideicommiſſarium trāſire nullomodo poteſt. Ac quamquam ſupradicta Caſtrenſis aliorúmq; interpretum opinio quam nos refutauimus, vera eſſet, quæ fideicommiſſatio dat vtilem actionem contra heredem eundém que defuncti debitorem, qui per confuſionem obligatus eſſe deſiit, fatendum tamen eſſet hypothecariam, quæ defuncto competebat (ponimus enim fuiſſe creditorem hypothecarium) nō poſſe in fideicōmiſſariū tranſire, & conſequenter vtilē illā actionē non poſſe prioris temporis ordinem & priuilegium retinere, etiamſi talis eſſet, támq; fauorabilis quæ hypothecā habere deberet. Nā & quod dici ſolet actionem ſubrogatam ſapere & induere naturam & qualitates omnes eius actionis in cuius locum ſubrogata eſt, *l. 1. § ſi quis ſub cōditione ff. vt legat. nom. cau. l. 1. § hac actio ff. ſi is qui teſtā. lib. eſſe iuſſ.* tunc locū habere nō poteſt cùm ſubrogatio ſit in locū actionis penitus & ipſo iure extinctæ, vt ex Baldo reſpōdit Marcus Ant. Natta conſ. 638. n. 44. Qua de re textus alius apertior quęrēdus nō eſt, quàm ille Papi. in *d. l. deducta in prin.* vbi quāuis tractet ipſe nō de actione vtili quam dant interpretes ſed de actione ex teſtamento, tractat tamen de actione noua in locum extinctę veteris ſubrogata, nec eo magis admitti, vt ex noua actione vſuræ totius præteriti tēporis debeantur quę ſi confuſio nulla facta eſſet ex priſtina actione indiſtinctè, vt explicauimus deberentur. Quo exēplo nec dubitandū eſt quin idem fuerit ille reſponſurus ſi de iure hypothecæ fuiſſet interrogatus, non enim Pap. tēporibus actio fideicommiſſi quam ipſe ſolam dat fideicommiſſario, habebat priuilegium vllum tacitæ hypothecæ, quod noua Iuſtin. conſtitutione primùm inductum eſt in *l. 1. C. cōmun. de legat.* Porrò actio ex teſtamēto hypothecā nulla habet, niſi ex die mortis teſtatoris, quia nec priùs ipſa cōpetit. Et hoc etiam conſequens eſt ei quod diximus actionē illam vtilem quam interpretes comminiſcuntur datiuam eſſe non natiuam: Quomodo enim fieri poſſet vt haberet hypothecam ſe ipſa antiquiorem? Euenit certè aliquando vt vincula pignoris durent etiam ſubmota perſonali obligatione, quomodo loquitur *l. 2. C. de luit. pignor.* de cuius ſententia nos alibi ſcripſimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullomodo, nullóque caſu poteſt. Quamquam ne quis dubitationibus iſtis locus relinquatur, longè expeditius eſt ſolitam probare ſententiam, quæ non patiuntur actionem illam vtilem reſuſcitari, quòd nec vnquā competierit, nec vnquam fuerit extincta, neque rurſum induci & tanquam nouam dari, ſufficiente videlicet actione ex teſtamento, quam dari debere non ſolùm Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentéſque cæteri, ſed & interpretes omnes conſentiunt.

Ad l. ſi fideiuſſor 29. §. pen. & §. hoc idem tractari D. mandat. & l. cum de indebito 25. De probat.

CAPVT XX.

PErtagendum eſt hoc capite quod initio huius libri inſtitueramus, vt eos omnes Pādectarum locos in quibus *viſionis* dictionem vſurpatam legimus, Triboniani eſſe oſtendamus, aut ſaltem à Triboniano corruptos fuiſſe. Nam præter duo illa Vlpiani reſponſa, de quibus iam diximus, quorum alterum eſt in *l. ſed etſi lege 25. § quod autem de petit. hered.* alterū in *l. quamuis 8. §. ſi mulier ad SC. Velleian.* ſuperſunt alia duo, vnum eiuſdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l. ſi fideiuſſor 29. § pen. D. mandat.* hoc in *l. cùm de indebito 25. D. de probat.* De quibus nūc breuiter videamus. In tota *d. l. ſi fideiuſſor*, tractat Vlpianus de actione mandati an dāda ſit nécne fideiuſſori, qui ſiue ſciens, ſiue ignorans ſoluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et poſtquàm varios caſus proſecutus eſt, multáſque adhibuit diſtinctiones, pręſertim duas illas generaliores, an ſciēs fideiuſſor ſoluerit, an ignorans, rurſúmque ſi ignorās an ignorantia iuris an facti, vt ſi vel ſciēs ſoluerit vel ignorantia iuris non ſit audiendus, niſi fortè debitor conqueratur de omiſſa exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potiùs quàm ex bona fide, ſi verò ignorās, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mandati contra eum pro quo fideiuſſit, ſequitur in §. penult. eiuſd. legis, *In omnibus autē viſionibus quæ propoſita ſunt vbi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterū accepit, repetitio contra eum competit, niſi ex condemnatione fuerit ei pecunia ſoluta. Tunc enim propter autoritatem rei iudicatæ ceſſat quidem repetitio, ipſe autem ſtellionatus crimine propter ſuam calliditatem plectetur.* Totū verò hunc §. ego Triboniani eſſe dico, nō Vlpiani, motus non ſolùm ex ipſo verborū contextu parum elegāti, præcipuè illo loco *ſtellionatus crimine plectetur*, pro eo quod ſcribi debuit *ex cauſa commiſſi criminis ſtellionatus*, (nemo enim plectitur crimine, ſed pœna propter crimē) verùm etiā ex eo, quod non niſi de actione mādati tota ea lege Vlpianus agit, & de repetitione quàm fideiuſſor cōtra reū habere debeat per illam actionem mandati, non etiam de cōdictione ſoluti, aut, quod idem eſt, de repetitione aduerſus creditorē ipſum danda vel deneganda. Neq; verò dubitandi ratio illa occurrere poterat, quin condictione teneretur creditor, qui pecuniam indebitam accepiſſet, ſiue ideò eſſet indebita, quòd nihil creditor numeraſſet, ſiue quòd numeratæ ſolutionē & reſtitutionem iam habuiſſet. Quod ipſum iā ſatis Vlpianus expreſſerat, in §. *hoc idem tractari in fin.* iis verbis, *cedere autem reus indebiti actione fideiuſſori debet ne duplū creditor cōſequatur.* Oſtēdunt enim verba illa, nō ſolùm condictione teneri creditorem qui indebitum acceperit (quod adeò certum erat, vt nō niſi fruſtra &

ridiculè

ridiculè id addere Vlpianus potuerit, ſi aliud nihil addendum habuiſſet) ſed etiam cui competat illa condictio, nimirum debitori non fideiuſſori, quoniam in ea ſpecie fideiuſſor primus ſoluerat quod creditori verè debebatur, ob idque non poterat dicere ſolutum à ſe indebitum quod facere poſſet locum condictioni. Ipſe autem debitor, qui factam à fideiuſſore ſolutionem ignorans, quòd de ea certioratus non eſſet, iterum ſoluerat, ſanè indebitum ſoluerat, cùm fideiuſſoris ſolutione fuiſſet liberatus. Ob idque & habet ſummo iure condictionem contra creditorem non fideiuſſor, & fideiuſſori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præſtet, nõ quia ſit liberatus, (nã cùm pecunia & facto fideiuſſoris liberatus ſit, ea ratio facere potiùs deberet vt teneretur) ſed quia poteſt imputari fideiuſſori cur de ſolutione à ſe facta non certiorauerit debitorem, cùm ob omiſſam nuntiationem euenerit, vt perinde ſoluere debitor coactus fuerit, acſi fideiuſſor non ſoluiſſet. Quæ res facit vt ex ſolutione per fideiuſſorem facta nihil commodi videatur conſecutus, tametſi reuera per eam fuerit, vt iam dixi, liberatus, niſi quod propter eiuſmodi liberationem accidit, vt habeat debitor condictionem, quã alioqui nõ eſſet habiturus. Sed iuris regula eſt, neminem ideò obligari quia recepturus ſit ab alio quod ipſe præſtiterit, *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* propterea quòd cuiuſque intereſt non ſoluere potius quàm ſolutũ repetere *l. 3. ff. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in princ. de fideiuſſ.* Dicimus autẽ non eſſe obligatũ hoc caſu debitorẽ, vt indemnitatẽ fideiuſſori præſtet, id eſt, vt pecuniã ipſã quam fideiuſſor ſoluit, ei reſtituat. Non autẽ abſolutè negamus eſſe obligatum actione mandati: quia cùm ex facto & pecunia fideiuſſoris acquiſiuerit ſibi actionem & condictionem, locupletaretur eum damno & iactura ipſius, ſi ne quidem ad eiuſmodi actione fideiuſſori cedẽdã teneretur. Planè ad aliud quàm vt actione cedat, nõ tenetur. Ex alia iuris regula quæ habet, In omnibus quos idcircò teneri dicim⁹, quia habent actionẽ, delegationem pro iuſta præſtatione eſſe, *l. quod debetur 51. in fin. ff. de pecul. l. quòd ſi in diẽ 16 §. vlt. l. itẽ veniũt 20. §. ait Senatus 17. ff. de petit. hered.* Cedit itaq. & præſtat actionẽ, nõ ratione illa nuda æquitatis, de qua idem Vlp. in *l. in creditore 38. de euict. Cui enim nõ æquũ videbitur,* inquit, *vel hoc ſaltẽ cõſequi ẽptorẽ quod ſine diſpẽdio creditoris futurũ eſt?* ſed quoniam actione mandati ad hoc ipſum obligatus eſt, vt eam actionem præſtet. Ne alioqui, vt diximus, ex fideiuſſoris damno & iactura locupletetur. Hæc enim vera & germana ratio eſt, propter quam fideiuſſori cedenda eſt condictio, non illa quam textus habet, *ne duplum creditor conſequatur.* Nam etſi nulla fieret ceſſio fideiuſſori, non idcircò tamen eueniret, vt duplum creditor conſequeretur, quippe qui debitori condictione indebiti teneretur, cuius æquitas illa eſſe ſolet, quæ & condictionem indebiti & cæteras omnes induxit, quòd hoc natura æquũ ſit neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura 14. D. de condict. indeb. l. ſi & me & Titium 32. D. de reb. credit.* Itaq; accõmodatior eſt ratio illa, *ne duplum creditor conſequatur*, ad explicandum cur creditor condictione teneri debeat quàm ad probandum teneri debitorem vt fideiuſſori præſtet condictionem. Imo neque probat dandam eſſe fideiuſſori condictionem, quia ſiue fideiuſſori detur, ſiue debitori, perinde vtroque caſu euenit ne duplum creditor conſequatur, qui quod indebitum accepit, reſtituere compellitur. Quanquam probat potius, quod & verum eſt debitori cõdictionem competere, non fideiuſſori. Duplum enim conſequitur creditor, non cùm accipit ſolutionem primã à fideiuſſore, ſed cùm accipit ſecundam à debitore. Vnde moueor vt illam quoq; rationẽ, *ne duplũ creditor cõſequatur,* Triboniani eſſe putẽ, aut imperiti alicuius interpretis, nõ Vlpiani, quem credibile eſt meliorem aliam fuiſſe allaturũ, ſi quã certiſſimi iuris rationẽ adferre voluiſſet. Vt taceam huiuſmodi condictionem, ſiue per debitorem ipſum, ſiue per fideiuſſorem exerceatur, non poſſe facere ne duplum conſequatur creditor, quem ponimus iam fuiſſe duplicem ſolutionem conſecutum, ſed ne duplum quod conſecutus eſt, retineat, quod eueniret ſi condictio aduerſus eũ nõ daretur. Ex eo autem, quod iã illo loco corruptum Vlpiani contextum fuiſſe fatendum eſt, tantò facilius conijci poteſt, verum eſſe quod volumus, in *§. penultim. euſd. leg.* corruptum etiam fuiſſe. Nam & ſententia loci manca eſt, In eo primùm quòd nõ aperit Tribonianus cui danda ſit repetitio contra creditorem, vtrum debitori an fideiuſſori, cùm tamen ex iis quæ proximè diximus, conſtet, tùm quoque cùm danda eſt, non indiſtinctè & promiſcuè vtrique dãdam eſſe, ſed alterutri tãtùm. Ei ſcilicet qui ſecundus ſoluit, niſi per eum alteri actio cedatur. Si enim poneres ſolutionem primam à debitore factam eſſe, ſecundã verò à fideiuſſore primam ignorante, ſicuti verum eſſet teneri fideiuſſori debitorẽ actione mandati ad indemnitatem ei præſtandam. Ita nec dubitari oporteret, quin fideiuſſor competentem ſibi condictionem debitori præſtare teneretur. Hac ſola differẽtia quòd ea ceſſio facienda eſſet, non vi & iure alicuius actionis, ſed ex æquitate illa *d. l. in creditore*, quòd non debeat fideiuſſor recuſare quominùs id ſaltem præſtet quod ſine ipſius diſpendio & incõmodo ſit futurum. Quanquam defendi non malè poteſt minùs neceſſariam eo caſu futuram debitori ceſſionem, citra quam vtiq; danda ei ſit cõdictio aduerſus creditorem, quaſi qui ſoluiſſe ipſe videatur, quod eius nomine ſoluit fideiuſſor, præſertim ſi fideiuſſori ſuo iam præſtiterit indemnitatẽ. Alioqui nec per ſolutionẽ à fideiuſſore factam debitor liberaretur, ſi nõ ipſius debitoris nomine fideiuſſor ſoluiſſe intelligeretur, vt euenit in mãdatore, qui propter mãdatum ſuũ ſoluens, & proprio nomine id ipſũ quod alius debet, nõ tamẽ liberat debitorem, *l. Papinianus 28. D. mandat.* Mancus etiam fuit Tribonianus in eo quod illam duntaxat adhibet diſtinctionem, an ſolutum ſit creditori ex autoritate rei iudicatæ, an non, vt hoc ſolo poſteriore caſu repetitio contra eum danda ſit. Priore verò, ceſſante repetitione ad extraordinariam ſtellionatus accuſationem recurrendum ſit, vt improbi creditoris calliditas plectatur. Cùm tamẽ illa quoque diſtinctio maximè adhiberi debuerit, An ſcienter an ignoranter ſecunda ſolutio facta ſit. Rurſumq; ſi ignoranter, an ignorantia iuris an facti. Nam ſi ſcienter fideiuſſor ſoluerit pecuniam, vel à creditore nunquam numeratam, vel à debitore ipſo iam ſolutam, nemo dixerit dandam ei cõdictionẽ. Eſt enim generale & perpetuũ, vt quiſquis ſciẽs ſe nõ debere ſoluit, numquam repetat, *l. 1. D. de cõdict. indeb. l. indebitũ 9. C. eod.* Idq; propter iuris regulam quæ vult, cuius per errorẽ ſoluti repetitio eſt, eius cõſultò dati donationẽ factam intelligi debere, *l. cuius per errorẽ 53. de reg. iur.* Idémque eſt ſi ignorans fideiuſſor ſoluerit ignorantia iuris non facti, *l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ignor.* quia parum intereſt an quis ſciat, an ignoret id, quod per peritiores ſcire & diſcere potuerit ac debuerit. *l. regula 9. D. eod.* Nõ ergo indiſtinctè & generaliter verũ eſt teneri cõdictione creditorem, tametſi nõ ex iudicis autoritate ſolu-

tio facta proponatur. Interueniente verò re iudicata, etſi verum eſt eum qui condemnatus ſoluit, repetere non poſſe, propter rem iudicatam, quæ pro veritate habetur, non eo minùs tamen fieri poteſt, vt condictio aduerſus creditorem danda ſit, non quidẽ condemnato, ſed alij qui non fuerit condemnatus, & cuius tamen interſit. Finge fideiuſſorem condemnatum fuiſſe ad ſolutionem, ſed eo tempore quo iam debitor ſoluerat, ac proinde cuius tã fideiuſſor quàm debitor ipſe iam erat liberatus. Faciet quidem autoritas rei iudicatæ ne poſſit fideiuſſor tanquam indebitum repetere quod ſoluerit in executionem rei iudicatę. Sed non obſtabit quominùs debitori qui cõdemnatus non fuit, danda ſit condictio, ſi non indebiti, quia quod ſoluit fuit debitum tempore ſolutionis, ſaltem ſine cauſa, quia incipit pecunia quam debitor primùm dederat, eſſe ſine cauſa penes creditorẽ, ex quo tãtundem ille à fideiuſſore cægit, & cõſecutus eſt quaſi nihildum ſolutum fuiſſet. Nũquam enim poteſt aut iuris & æquitatis ratio pati, vt idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulgar. *l. bona fides 56. de regul. iur.* Sed neque facilè video quomodo fieri poſſit, vt quod iã debitor ſoluerit, fideiuſſor quoq; ſoluere cõdemnetur, ne per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex eſſe poſſit?) niſi fortè proponas iudici obreptum fuiſſe, circumuentámque eius religionem dolo creditoris diſſimulantis aut negantis factam ſibi à debitore ſolutionem. Quod & Triboniani verba præ ſe ferunt, cùm creditorem hoc caſu ſtellionatus crimine vult obſtringi propter ſuam calliditatem. Stellionatui enim nõ imperitia aut iniquitas iudicis locum facere poteſt, ſed tantùm dolus & calliditas actoris. Atqui quoties obreptum eſt iudici dolo malo alterutrius ex litigatoribus, conſtat non obſtare rem iudicatam quominùs ex integro cauſa agi poſſit, ſaltem implorata in integrum reſtitutione, *l. Diuus 33. ff. de re iudica.* Imò nec neceſſaria eſt in integrum reſtitutio, quia ſi aduerſus fideiuſſorem ſic agentẽ, ac ſi non eſſet condẽnatus, obiiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione vti fideiuſſor poterit, *lege cũ à te 25. ff. de dol.* vbi propter hanc cauſam negat Paulus in ſpecie non diſſimili, quam ibi tractat dandã eſſe condemnato actionem de dolo, cùm aduerſus rem iudicatam poſſit ei eſſe proſpectum per doli replicationem. Vſque adeò enim ceſſat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vt ſufficiat vel beneficio in integrum reſtitutionis, aliam actionem dari poſſe, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium reſtitutionis in integrum ſit extraordinarium, ideóque nec competat quoties ordinarium & commune locum habere poteſt, *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque eſt, & prętereà infamis, ob idque nõ aliter quàm omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare ſiue dicamus, contra ſententiam per quam fideiuſſor condemnatus ſit dolo malo creditoris dãdam fideiuſſori reſtitutionem in integrum, ſiue doli replicationem, fatendum eſt creditorem non poſſe ciuiliter conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione ſtellionatus, quia conſtat quod in ciuilibus cauſis actio de dolo eſt, hoc in criminibus eſſe ſtellionatus perſecutionem, nec proinde aliis caſibus poſſe obiici ſtellionatum, quàm quibus actio de dolo habere locum poſſet, *l. 3. §. 1. ff. de crimin. ſtellion.* Quod ſi ita eſt, defendi nequit quod in *d. §. penult.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine ſtellionatus propter ſuam calliditatem, ſi fecerit vt fideiuſſor per ſolutionem à debitore factam liberatus ad iteratam ſolutionẽ condemnaretur. Aut ſi ſolus creditoris dolus inducit actionem extraordinariam ſtellionatus, quidni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorſit ſolutionem à fideiuſſore, licèt non interuenerit autoritas rei iudicatę? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum diſputaſſe ſufficiat. Ad Paulum in *d. l. cùm de indebito 25. de probat.* pauciora erunt adnotanda. Nihil enim eſt tota illa lege, ſiue verba, ſiue ſenſum conſideres, tótque diſtinctiones & ſubdiſtinctiones quibus referta eſt, quod non ſapiat Tribonianum, à principio ad finem vſque. Præſertim verò in verſi. *in omnibus autem viſionibus*, vbi hoc ipſum nomen vſurpatum eſt, quod nos totum Tribonianeum eſſe contendimus. Neque in eo probando nobis valde laborandum eſt, quod ante nos iampridem à clariſſimis Iureconſultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio ſuis obſeruatum.

ANTO-

Digitized by Google

AMPLISS. ET SAPIENTISS. VIRO FRANCISCO PROVANÆ COLLENIORVM COMITI, SABAVDIAE CANCELLARIO,

ANTONIVS FABER S. P. D.

MEMINI, *ſapientiſsime Cancellarie, cùm te ad ſupremum iſtius dignitatis faſtigium, & virtutis tuæ gloria, & ſingulare ſagaciſsimi Principis de induſtria tua & fide iudicium euexiſſet, idque tu ipſe pro vetere ſummáque tui erga me animi propenſione amantiſsimis literis primus ſignificaſſes, iam inde ab eo tempore cæpiſſe me cogitare, ecqua tandem voluntatis & obſeruantiæ meæ teſtificatione debitum tantæ dignitati gratulationis officium, tantæ verò beneuolentiæ gratitudinis monumentum exhibere poſſem, ſtatímque in mentem illud veniſſe, quod poſtea decretum à me conſtitutúmque fuit, vt qui prior de manu mea exiret,* CONIECTVRARVM *liber, is tibi tuóque nomini nuncuparetur. Id verò iam tum præſtitiſſem, non ſolùm vt opportuniùs, ſed etiam, quæ liberalis eiuſdémque tamen egeni debitoris ambitio eſſe debet, vt bis dediſſe viderer, quod dediſſem tã cito. Maximè verò poſteaquã cognoui ex poſterioribus tuis ad priores meas gratulatorias literis iucundum id tibi & optatũ fore, ſi nõ in id ipſum tempus incidiſſet, vt haberem in manibus & abſoluendam Hemiſchiliadem* DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, *& mea in* Pandectas RATIONALIA, *vix tùm benè inchoata, quæ abſoluenda etiam neceſſariò fuerunt quãtum ſaltem præſentis inſtituti ratio ferebat, priuſquàm ad proſequẽdas* Coniecturas *redirem, quarum cura per tot iã annos, quamuis numquam depoſita fuerat tamen intermiſſa. Nunc verò quando ita* Deus Opt. Max. *conſilium laborémque meum fortunauit, vt opus vtrumque ſatis diligenter, nec omnino, vt arbitror, infeliciter peractum ſit, datam fidem libero, & quod promiſeram, exſoluo. Tardiùs planè quàm par eſset, ſi id agerẽ vt munuſculũ hoc vice gratulationis fungeretur, quæ quò ſerior, eo miniùs grata eſse ſolet, tùm etiam cùm iuſtam adfert tarditatis ſuæ excuſationẽ: ſed tamen tãto conuenientiùs, quanto plura maioráq; ſunt beneficia, quibus tu exinde nouis vetera cumulãs, obſtrictum me voluiſti, ſi modò per te liceat, (quidni verò licebit, quod per leges licet, quarũ cuſtodia & tuitio tibi vni demandata eſt:) vt mihi vnica numeratio in varias cauſas prodeſse poſsit. Nam ne in cæteris recenſẽdis ſim lõgior, quale, obſecro quantúmque illud fuit quod anno ſuperiore cogitantem optimum* Principem *de reſtituenda vetere* Taurinenſis *Academiæ dignitate, mihíque in eam rem primarij* Lectoris *partes vltrò deferentem, quaſi ego is eſsem, cuius ſiue opera, ſiue nomine tam celebris Scholæ famam augeri poſse conſideret, tu conſilij particeps & conſcius, vt id facere maturares, confirmaſti, incitaſti, nec vrgere, quandiu id ſperari potuit, deſtitiſti: Procurato etiam honorificentiſsimo honorario, quantum nec* Ioanni Antonio Manutio *præceptori noſtro, nec* Iacobo Cuiacio, *cum quibus ſi conferar, nullum planè eſse me ſentio, nec alij denique ante me vlli ad id muneris accedenti decretum fuiſse conſtaret. Atque vtinam ætas, valetudo, vxor, liberi, & vt omnia complectar, rerum mearum ſtatus is fuiſset, vt oblatam prouinciam licuiſset ſuſcipere, quam vltro etiam gratiſque olim ambire libuiſset,* Feciſsem *ſanè quod optabas, &, vt dicam expreſsius id, quod res eſt, optaſsem ego quod feciſses. Quid enim poterat mihi glorioſius contingere, quàm ſi ea me Academia teneret An-*

teceſſorem quæ alumnum habuerat, vt ibi poſſem iura enarrare, vbi audiueram, ibi docere, vbi didiceram, ibi denique reddere, vnde hauſeram? Fatebor *liberè ac ingenuè, à quo die mihi viſus ſum poſſe de meo aliquid conferre, quod ad iuriſprudentiam noſtram exornandam pertineret, nihil vnquam ardentiùs concupiui, quàm vt poſſem aliquando quicquid eſſet induſtriæ meæ & diligentiæ totum id ſcholis dare, ac ſtudioſorum ingenia formare, & effingere ad eam iuriſprudentiæ ſpeciē, quam à tantis præceptoribus, te præſertim condiſcipulo, didiciſſem.* Nihil *vnquam moleſtiùs tuli quàm quod à primis annis foro addictus facilè præſenſi fore, quod nunc videa euenìſſe, vt huic meo deſiderio ſatisfacere numquam concederetur. Sic vamque ſemper habui perſuaſum, multum quidem vtilitatis reipublicæ accedere ab ijs qui quod in vmbra didicerunt, id omne ad forenſem exercitationē & palæſtram conferunt, ſed tamen multo meliùs de republica eos mereri, qui iura in ſcholis docent quàm qui in foro exercent, propterea quòd per illos fiat, vt plures euadant, qui ius poſſint reddere, non etiam per iſtos qui ius reddunt, vt plures fiant, qui poſsint docere.* Sed *quamquam ita cōtigit maiore meo ſiue bono ſiue malo (neutrum enim adfirmare auſim) vt à ſcholis ad tribunalia, & à fictis controuerſiis ad veras lites me ſors mea tràduxerit, hunc tamē ex prioris voti, ne dicam ex ambitionis priſtinæ reliquiis, fructum percepi, vt in medijs tot forenſium occupationum impedimentis, numquam me animus, ſtudiúmque deſeruerit ſcribendi de iure, tentandique an ſcribendo id præſtare poſſem, quod docendo aſſequi non dabatur.* Quid *enim aliud iam tot annos aut ago aut cogito, quàm vt laboribus & ſcriptis meis quantū ingenij tenuitas ferre poteſt, iuriſprudentia noſtra illuſtretur?* In *quo etſi gaudeo gloriórque iam eſſe me aſſecutum, vt eruditioribus pleriſque videar aliquid profeciſſe, nihil tamen eſt, quod tantopere me oblectet, & ad maiora audenda erigat, quàm quod tu vnus maximè ex iis es, qui de me ſcriptiſque meis tam præclarè iudicas, vt inter tot elegantes ſeculi noſtri ſcriptores, aliquem me eſſe arbitreris.* Tu *vnus, vir ampliſſime, cuius præſtantiſsimo iudicio, ſi non plus hac in re vt in cæteris omnibus tribuam quàm meo, malè profectò feriatus ſim, & hoc ipſo indignus planè quē ames.* Nam *nec aliud quicquam video quod me in amicitiam tuam inſinuare potuerit, niſi quòd & iuriſprudentiam & nos omnes ſic amas, quotquot ſumus, qui iuriſprudentiam amamus, colimus, exornamus.* Quid *ergo reliquum eſt, quod te rogem?* Non *iam vt me ames, quod te vltrò facere video, ſed vt tibi planè perſuadeas, ſi hæc prima ſummáque amoris erga me tui cauſa fuit, nihil non me facturum vt in poſterum magis ac magis amare me & debeas & velis.* Bene *vale vir ampliſsime, &* Principi, *& reipublicæ, mihique diu felix viue.* Dat. *Necij Cal.* Febr. 1604.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDI ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus nonus.

Explicatio l.1.C.de donat.ant.nupt.

CAPVT I.

VIDETVR eſſe lex hęc de numero earum, quas fugitiuas appellare ſolēt, quòd alienę ſint, nec ſub proprio titulo collocatæ. Nā cùm habeat duas partes, vtraq. eſt de iure dotis repetendæ, iudicio de dote. Debuit igitur poni ſub tit. *de iur. dot.* potiùs quàm ſub tit. *de donat. ante nupt.* Prior pars nullam penitus habet dubitationem: ideóq. ab interpretibus omnibus bene accepta eſt de donatione quam vir futurus in vxorem futuram contulerit, & quæ poſtea in dotem conuerſa fuerit, ſiue munus ſponſalitium illud dici poſſit contractis fortè iam ſponſalibus, ſiue ponas nondum eo tempore ſponſalia fuiſſe contracta, ſed factam tamen donationem contemplatione futurarum nuptiarum, & earum ſiue ſpe aliqua, ſiue certa contemplatione. Quod poſtremum magis conuenit verbis legis, quæ non de ſponſo loquitur, ſed de viro, nec de ſponſa cui traditæ ſint res donatæ, ſed de vxore. Sic enim lex habet, *ſi ea quæ donat vir futurus tradiderit vxori*, nimirum, *futura, quamuis non ſponſa.* Nihil enim vetat contrahi nuptias nullis præcedentibus ſponſalibus. Itaque malo hanc dicere donationem ante nuptias, quàm munus ſponſalitium, quod vel ex ipſis huius Tituli verbis ſeparatur à donatione ante nuptias, non in alio quàm quòd ſponſalitium à ſponſo confertur in ſponſam, donatio autem ante nuptias etiam à non ſponſo in non ſponſam. Nec quemadmodum munus omne ſponſalitium donatio ante nuptias eſt, ita poſſis dicere donationem omnem ante nuptias ſponſalitium munus eſſe. Huius verò prioris partis ſententia peruidens illa eſt ſi ea quæ donat vir futurus vxori tradiderit, & poſtea in dotem ab vxore acceperit, donationem non impediri, & res quę in ea cauſa ſunt tanquā dotis effectas iudicio de dote peti poſſe. Cur enim donatio impediretur facta ante nuptias, & eo tempore quo libera eſt inter eos qui coniuges futuri ſunt, ſibi inuicem donandi facultas? Quidni verò valeat etiam dotis datio, cùm ex parte vxoris dotem donatis traditio ſecuta ſit, ſicuti ex parte viri futuri donātis vxori? Legitimè cōficitur donatio, quæ traditione ſumit effectū ſi aliud nihil impediat eius validitatē: Legitimè quoq. dos cōſtituitur, cū vxor in dotē tradit rem ſuā, ſiue à marito ipſo, ſiue ab alio eius rei dominiū acquiſiuerit. Nihil.n. referre poteſt, vnde dominium profectū ſit, dummodò traditionis tēpore ad eam perſonā pertineat, quę tradit. Sed quod in poſteriore huius legis parte ſcriptū eſt, ſi vir futurus donādi animo dotem auxerit, vt videatur accepiſſe quod nō acceperit, nihil actum eſſe huiuſmodi donatione, & quod in dotem datū non eſt, repeti non poſſe. Hoc verò quam rationem habeat, & quomodo accipiendum ſit, difficiliùs eſt dicere. Sic enim vulgò interpretes noſtri intelligunt, vt hoc caſu non valeat donatio etiamſi traditio aut ſtipulatio interuenerit: non quaſi aliquid ſit, quod impediat eo tēpore inſpecto, ne valeat, ſed quia videtur collata in tēpus contracti iam matrimonij & conſequenter in tēpus prohibitum, quandoquidem certi iuris eſt donationes inter virum & vxorem moribus populi Romani improbatas eſſe, nec quicquam referre, vtrum quid fiat tempore prohibito, an in tempus prohibitum cōferatur, *l. quod ſponſæ 4. C. hoc tit.* vbi dicitur, quod ad hanc interpretationem valdè pertinet, id quod ſpōſæ donatur ea lege vt tunc dominiū eius adipiſcatur mulier, cū nuptię erūt ſecutę, ſine effectu eſſe: quemadmodū dicimus ita datā libertatē, *Stichus ſeruus meus, ſi eū heres alienauerit liber eſto*, inutiliter datā eſſe, quia in id tēp. collata eſt quo dari nō potuit à teſtatore. i. quo ſeruus alienus erit, *l. Stichus 39. ff. de manum. teſtam.* Cur autem videatur hæc donatio collata in tempus prohibitum, ratio illa adfertur, quòd augendæ dotis animo facta ſit, dos autem ſine matrimonio eſſe non poſſit *l. vlt. hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.* Paria ergo videntur eſſe, donationem fieri ante nuptias animo augendæ dotis, & conferri in id tempus quo dos eſſe poterit, id eſt, quo erit matrimonium. Ego verò hanc interpretationem non minùs ab Imperatorum ſenſu & mente, quàm à iuris ratione alienam eſſe ſemper exiſtimaui. Nam ſi iuris rationem inſpicimus, quæ ſemper & ante omnia inſpicienda eſt, etſi dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, ita vt dotis ſtipulatio, aliáve promiſſio quælibet tacitam eam conditionem habere intelligatur, ſi nuptiæ ſequantur, *l. 4. §. huius ff. de pact. l. ſtipulat. 21. ff. de iur. dot.* Nihil tamē vetat dotem dici aut promitti, aut dari etiā priùs quā matrimoniū contrahatur, adeò vt neque dos illa pēdeat in diem nuptiarum, niſi conuenerit expreſsè, vt nō priùs dotalis res eſſe incipiat, quàm nuptiæ fuerint ſecutæ: quomodò in ſpecie *l. ſi ergo 9. §. ſi res. ff. eod.* Nuptiæ enim requiruntur, non vt dos eſſe incipiat, quaſi tum demùm impleta conditione formali, ſed tanquam conditio ſine qua non, vt loquuntur philoſophi. Eiuſque rei argumentum manifeſtum eſt, quòd ſi quid ante nuptias in dotem datum ſit ea mente vt ſtatim fiat accipientis nec poſtea nuptiæ ſequantur, non vindicationi locus ſit, quaſi non tranſlato dominio ob non impletam conditionem, ſed condictioni quaſi cauſa non ſecuta, *d. l. ſi ergo. in princ.* Sic dicimus, eum cui ſic legatū eſt *quandóq. liberos habuerit*, ſi prægnāte vxore deceſſe-

rit, intelligi expleta conditione deceſſiſſe, & legatum valere, tranſmittiq. ad heredem: ſi tamen poſthumus nat' fuerit, inquit Iulianus in *l. as cus legatū 18. ff. quād. dies legat. ced.* poſthumi ergo natiuitas requiritur, vt legatum & valuiſſe, & trāſmiſſum fuiſſe intelligatur, at non tanquam condicio quæ ſuſpendat legatum (hanc.n. poſt legatarij mortem impleri nihil prodeſſet ſi non eo viuo aut impleta verè eſſet, aut ſaltē pro impleta haberetur, ſed tāquam condicio ſine qua nec legati conditio extitiſſe, nec tranſmiſſio facta fuiſſe intelligeretur. In eóq. differt conditio vera, quam nos formalē appellamus, à cōditione ſine qua non, quod illa ſuſpendit actum, hæc non ſuſpendit, tanquam quę ad materiam circa quam, magis quàm ad formam rei ſpectat, nec niſi extrinſecus aduenit. In hoc planè diſtinguenda videtur ſtipulatio dotis à traditione rei quæ in dotem data ſit, quod ſtipulatio nullam actionem parere poteſt priuſquàm nuptiæ ſequantur *d. l. ſtipulationē.* Proprium.n. eſt condicionis tacitæ perinde ac expreſſæ, vt impediat actionis natiuitatem ex ſtipulatione *ſ. interdū 73. l. cōtinuus 137. §. cū ita D. de verb. obl.* Traditio autem quæ purè fit nullam recipit tacitam conditionem cùm ſit aptus modus transferēdi ſtatim dominij quoties purè fit, & ex iuſta cauſa. Itaq. is qui tradit, ſi dominiū ſtatim per ipſā traditionem transferre nolit, expreſſim cauere debet, vt non priùs res fiat accipiētis, quàm vel hoc vel illud fuerit ſecutū, vt contingit etiā cū mortis cauſa donatio fit *l. 1. & 2. l. ſenatus 35. §. mortis cauſa. D. de mort. cauſ. donat.* Quid.n. poteſt ſupereſſe faciendū ad translationē dominij cū traditio ſit ſecuta? At nō idē eſt in ſtipulatione, per quā ſcilicet promittitur ſolutio futurā: & idcirco quādiu ſolutio facta nō eſt, multò facilius eſt vt actio quę alioquin ex pura ſtipulatione purè cōpeteret, ſuſpendatur in tempus vſq. nuptiarum, quaſi tacitam conditionem habens illam, *ſi nuptia ſequātur.* Hoc volo dicere faciliùs poſſe ſuſpēdi tacitè ſtipulationem, quàm traditionem. Sed etſi dotis ſtipulatio cōditionem illam habeat tacitam *ſi nuptia ſequātur,* an id dicendum erit, collatam videri eam in tempus nuptiarum? Minimè verò. Sunt.n. iſta longè differentia, Conferri quidem in caſum, & Cōferri in tempus. Fateor ſtipulationem dotis cōferri in caſum nuptiarum: ſed nego cōferri in tempus nuptiarum. Primo namq. inſtanti quo nuptię cōtrahi incipiunt, impletur cōditio nuptiarum, etiā priùs quàm deducta ſit vxor in domum & cubiculū mariti, dūmodo perfectus & abſolutus cōſenſus interuenerit *l. pen. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. cui fuer. 15. de condic. & demōſtr.* Atqui primum illud inſtans nō eſt tēpus. Cōſtat.n. tempus, & vt ita dicam, cōficitur ex plurib. inſtantib. ſucceſſiuis, nō ex primo vnico. Non igitur quod cōfertur in caſum nuptiarum dici poteſt in earum tempus collatum eſſe. Quòd ſi contendas cōditionem nuptiarum nō impleri primo inſtanti, ſed vltimo, adhuc tamen verum erit dotem promiſſam aut traditam ſub cōditione nuptiarum non eſſe collatam in tempus prohibitum. Tempus.n. prohibitum, tempus eſt matrimonij iam contracti, non quo contrahitur: ſicut & tēpus permiſſum intelligitur, cùm matrimoniū diſſolui incipit, quamuis nondum diſſolutum ſit *leg. quia in hoc tēpus 10. cū §. vl. leg. praeced. De dona. int. vir. & vxor.* Sic & cùm vſusfructus alicui legatur his verbis, *cùm morietur* inutiliter legari dicitur tanquam collatus in id tēpus, quo vſusfructus à perſona diſcedere incipit, *l. Titio cū morietur 51. de vſufr.* licèt verū ſit vſumfructum non diſceſſiſſe in totum antequàm vſufructuarius mortuus ſit, quia & cùm moritur, adhuc viuit, morique incipit, non eſſe mortuus. Et verò quod fit in caſum & ſub conditione quandocunque eueniente caſu vel conditione, vires accipit ex eo tempore quo factum fuit, non ex quo condicio euenit. Vnde eſt quod noſtri ſolent dicere, quanquā minùs rectè conditiones retrotrahi ad tempus quo actus conditionalis interpoſitus fuit, *l. qui balneum 9. l. potior 11. qui potior in pign. hab.* At quod fit in tēpus non poteſt videri alio tempore factum eſſe, quia tempus numquam retrotrahitur, ideóque hereditas quæ ſub conditione dari poteſt, in diem tamen certam dari non poteſt, *l. hereditas 34. ff de hered. inſtit.* Cùm igitur eæ demum donationes impediantur quæ fiunt inter eos, qui ſunt iam coniuges, prius autem ſit, vt fiant coniuges quàm vt ſint, prorſus conſequens eſt, vt dos quæ ſiue promiſſa, ſiue tradita fuerit in id tempus quo nuptiæ fient, non poſſit dici collata in tempus prohibitum, quia collata eſt in tempus quidem matrimonij, ſed contrahendi, non iam contracti. Alioqui ſequeretur non valituram donationem ante nuptias, quæ fieret propter nuptias & in caſum nuptiarum, ſiue ſecutis nuptiis, ſiue non ſecutis. Nam ſecutis nuptiis dicendum eſſet non valere tanquam collatam in tempus prohibitum, *d. l. quod ſponſa:* non ſecutis verò nuptiis, non valere tanquam in ſecuta cauſa ob quam facta eſſet donatio. Quod vtrunque tamen falſum eſt ſiue ius vetus inſpicias, ſiue nouum à Conſtantino inductum in *leg. cùm veterum 15. & ſeq. C. eod.* tum demum enim donatio ante nuptias facta impeditur, cùm eo modo facta eſt, quo in *d. l. quod ſponſa,* id eſt, ita vt dominium rei donatæ adipiſcatur vxor eo tantùm tempore quo nuptiæ erunt ſecutæ, non quo ſequentur. Nam cùm dicimus nuptias ſecutas, ſignificamus tempus iam contracti matrimonij: cùm verò nuptias quæ ſequentur, tempus matrimonij contrahendi. Tempus autem matrimonij quod contrahitur, non eſt tempus prohibitū ſi de donationibus tractetur, ſed tempus matrimonij iam contracti. Inde concludo, nulla rationę probari poſſe quod Accurſius & cæteri ad hāc legem notant, cùm maritus futurus donandi animo dotem auxit, vt videatur accepiſſe, quod non acceperit, ideo nihil actum eſſe huiuſmodi donatione, quod facta mentio dotis oſtēdat collatam fuiſſe donationem in tempus matrimonij iam contracti: Etſi enim non poteſt eſſe dos ſine matrimonio, incipit tamen eſſe ſtatim atque matrimonium contrahitur, nec requiritur vt iam ſit contractum. Quam ergo rationē habere poteſt quod lex ait nihil actū eſſe huiuſmodi donatione? duplicē vt puto, quoniam & duo à futuro marito agebantur, illud primùm vt donaret, quia donandi animo dotem augebat, deinde vt dotem augeret. At neutrum fieri potuit eo modo, id eſt, neque donatio, neque dotis adſcriptio. Non donatio, quia neque inter coniuges, neque inter exteros poteſt fieri donatio niſi per traditionem, aut ſtipulationem, ſi reſpicias ad ius vetus. Iure namque nouo ſufficeret nudū pactū, adeoque teſtificatio qualibet voluntatis, *l. ſi quis argentū 35. §. pen. C. de don.* In propoſita verò ſpecie neq. traditio, neq. ſtipulatio interuenerat, ſed tantùm animus donandi, quem nemo dixerit poſſe ſufficere ad donationem lēgitimè conficiendam. Non etiā dotis adſcriptio, quia dotem nec ſolus animus conſtituendæ dotis, nec ſcriptura dotis acceptæ, ſed numeratio ſola facit *l. 1. C. de dot. caut. non num.* Eſt enim contractus dotis ex eorum genere, qui re ac traditione, nō ſolo cōſenſu perficiuntur, niſi cū ſtipulatio interuenit, cuius tamen loco pollicitationem ſufficere poſſe voluit Theodoſius in *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiſſ.* ſed fient planiora hæc omnia ex iis quæ ſequenti capite dicemus.

Explica-

Explicatio l.2.Co.de dot.caut.non numer.eiúſque conciliatio cum l.1.C.de donat.ant.nupt.

CAP. II.

AT obſtare valdè creditur reſcriptum Imp.Alexandri in *l.2.C.de dot.caut.nõ numer.* cuius verba hęc ſunt: *Quod de ſuo maritus cõſtante matrimonio donadi animo in dotẽ adſcripſit,ſi eandẽ donationẽ legitimè confectã nõ reuocauit, qui dotis incremẽtũ dedit, & durãte matrimonio mortẽ obijt, ab heredibus mariti quatenus liberalitas interpoſita munita eſt, peti poteſt.* In ea ſiquidem ſpecie perinde ac in *l.1.C.de don.ant.nupt.* id egerat maritus, vt donãdi animo dotem augeret adſcribẽdo in eam de ſuo,vt videretur accepiſſe quod non acceperat. Et tamen non dubitat Imperator quin valeat donatio,ea eáq. agi poſſit,ſi modò confirmata ſit morte mariti,eiuſdémq.teſtatoris. Neq.ſanè habent interpretes noſtri,quod adferant,vt locus iſtos concilient,Niſi quod Accurſ.notat ad d.l. 1. ponendum eſſe in ſpecie illius legis ſolutum fuiſſe matrimonium, non morte mariti, vt in d.l.2. ſed vel morte mulieris,vel diuortio: Quaſi aliud reſpondere debuerint Imperatores & reſpõſuri fuerint, ſi mariti morte ſolutum fuiſſet matrimoniũ:tanquam eo caſu confirmata per Seueri orationem donatione,quæ ab initio non valuiſſet. Verùm quis non videt planè cõmentitiam eſſe hanc interpretationem,cùm in d.l. 1. nihil ſit ex quo poſſit cõiici de ea ſpecie cõſultos fuiſſe imperatores in qua matrimoniũ vel diuortio, vel morte mulieris,non etiã morte viri ſolutum proponeretur? Illud magis mirũ eſt,cur interpretes hanc legem illi opponant, cùm ſit apertiſſimũ diuerſas eſſe ſpecies quę in hac & in illa tractantur. In l.1.maritus futurus donandi animo dotẽ auxerat,i. augere voluerat: nec.n.poterat verè augeri dos quę nulladũ erat, In l.2.idipſum fecerat conſtante iam matrimonio:ac proinde in ſpecie legis 1.nihil impediebat donationẽ ſi modò legitimè confecta fuiſſet,interueniente ſcilicet traditione vel ſtipulatione. At in d.l.2.illud impediebat donationem quãtumuis legitimè cõfectã & ſollenniter,quòd cõſtante matrimonio facta erat. Et idcirco neceſſaria eſt autoritas orationis Seueri ad confirmandã donationem in ſpecie d.l.2.quę nec neceſſaria nec vtilis eſſe poterat in ſpecie d.l.1. Non.n. pertinet oratio illa ad alias donationes,quã quę conſtante matrimonio fiunt inter virũ & vxorem: adeò vt ſi ſponſus ſponſæ donauerit collata in matrimonij tempus donatione,neceſſaria fuerit interpretatio prudentũ vt orationis ſententia ad hanc quoq. ſpeciem produceretur, vt nimirum ſi donatoris voluntas vſq. ad mortem perſeuerauerit, valeat donatio & confirmetur morte,*l.cũ hic ſtatus 32.§.ſi ſpõſus 22.& §.ſi quis ſponſã 27.D.de don.int.vir.& vxor.* nẽpe quia donationes eas tantùm confirmauit Imperator quę factæ eſſent inter virũ & vxorem:hæc autem facta eſt inter ſponſum & ſponſam. Et quãuis in tẽpus matrimonij collata ſit, non tamen poteſt dici verè ac propriè inter coniuges facta eſſe, vt ſcriptũ eſt in *d.§.ſi ſponſus.* Ergo quæ facta eſſet inter ſponſũ & ſponſam,nec tamen collata in tẽpus matrimonij,nõ poſſet ex oratione aut ex prudẽtum ad orationẽ interpretatione cõfirmari,ſi qua ratione nõ valeret. Idémque iudicium eſt de qualibet donatione ante nuptias ; & inter non cõiuges facta;igitur ea de qua tractatur in d.l.1.vel valuit ab initio,vel nõ valuit: ſi valuit,nulla indiget cõfirmatione *l.2. C.de inoffic.don.* ſi nõ valuit,alia cauſa fuit propter quam nõ valeret,quàm quòd facta eſſet inter virũ & vxorẽ, aut collata in tẽpus matrimonij; vt ſuprà probauimus. Fruſtra ergo eſt quærere an cõfirmetur ex oratione Seueri,& cõſequẽter an matrimoniũ ſolutũ ſit mariti an mulieris morte,aut potiùs per diuortiũ. Rurſus in ſpecie d.l.1.nõ proponebatur facta donatio per ſtipulationẽ aut traditionẽ,ſed tantùm interuenerat animus donandi,& augendi dotem, qui animus non ſufficit,vt iam diximus,ad donandum ne quidem nouo iure. Illud enim ſaltem requiritur vt donator exprimat ſe donare , non vt ſolum donandi animum & propoſitum in mente retineat. At in ſpecie d.l.2.legitimè confecta erat donatio,vt diſertè habent verba legis:non ita quidem vt valeret inter coniuges inter quos erat morib. improbata,ſed ita vt inter cæteros quoslibet iure vulgato &communi fuiſſet valitura,propter interuenientem ſcilicet ſtipulationẽ: Quod & ſignificant poſtrema illa legis verba, *quatenus liberalitas interpoſita munita eſt.* Sẽſus.n.eſt,ſi fortè mulier à marito ſtipulata ſit quingẽta duntaxat , ille verò donãdi animo in dotẽ de ſuo adſcripſerit mille; mulierẽ nõ mille,ſed quingẽta tãtũ petiturã: quia nõ niſi ꝓ quingẽtis ea liberalitas munita ſit ſtipulatione: quę ſi nõ interueniſſet,nihil ſanè potuiſſet mulieri prodeſſe, quòd animũ donandi maritus habuiſſet,adeoq. nec quòd ſcripturã adhibuiſſet:ſiquidẽ dotẽ neque falſa confeſſio,neque ſcriptura facit, ſed ſola numeratio *l.1 eo.tit.* Deniq. vt intelligas nihil cõmune habere ſpeciẽ *d.l.2.* cum ſpecie *d.l.1.C.de don.ant. nupt.* obſeruare debes,quod eſt apertiſſimum in d.l. 2. non tractari de iudicio & actione de dote, ſed de actione ex ſtipulatu ad donationem conſequendam. Non enim de repetitione lex loquitur,ſed de petitione:Ergo non de dote,ſed de liberalitate ac donatione facta animo augendæ dotis. Neque enim alia poteſt eſſe ſententia illorum verborum *ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interpoſita munita eſt, peti poteſt.* Et ob id videlicet requirendum fuit vt donator & primus,& in eadem voluntate deceſſiſſet, vt poſſet confirmari donatio ex oratione. At è contrario in d.l. 1. non de petitione agitur,ſed de repetitione , nec proinde de donatione,ſed de dote,& quod eſt conſequens , non de actione ex ſtipulatu,quam adhibuerit mulier,ad cõficiendã legitimè donationẽ,ſed de iudicio de dote,vt &in priore legis parte. Ac quod ad priorem quidẽ partem attinet,clara ſunt verba legis, *& res quæ in ea cauſa ſunt,dotis effectæ,iudicio de dote peti poſſunt.* Quod verò ad poſteriorem , non minùs aperta ſunt iſta, *& quod in dotem datũ nõ eſt,repeti nõ poteſt.* An nõ enim plane abſurda eſſet ratiocinatio,ſi quis diceret id quod donatum eſt,non poſſe peti ex liberalitate quantumlibet munita per ſtipulationem ob id ſolùm quod prætereà in dotem non fuerit datum. Quid nempe habet cõmune dotis actio cũ perſecutione liberalitatis ? An fortè fieri nequit,aut cõcipi donatio ante nuptias niſi eius rei quæ poſtea in dotẽ detur? At eſt optima ratiocinatio ſi quis neget iudicio de dote poſſe quid repeti,quia in dotẽ datũ nõ ſit. Nõ.n.aliud iudicio de dote repeti ſolet,aut poteſt,quàm quod in dotem datum fuit. Et ob id quoq. lex vſa eſt in hac poſteriore parte verbo repetendi,non petendi, vt è conuerſo in d.l.2: verbo petẽdi,nõ repetẽdi,quoniã quæ data ſunt in dotẽ,ea demùm repeti poſſunt:quæ verò donata per ſtipulationem,ea nõ repeti,ſed peti. Scio quicquid repetitur,etiã peti,& ob id nõ malè ſcriptũ eſſe in d.l.1.res dotis effectas iudicio de dote peti poſſe:Præſertim cũ adiecta verba illa *iudicio de dote* omnẽ tollerent dubitationem ne de petitione ex donatione inſtituenda cogitaſſe Imperatores dici poſſent , ſed non ſimiliter poſſis è aduerſo dicere,quicquid petitur,repeti. Quis enim vnquam dixit donatarium repetere donationẽ ſibi factã,ſi eã petat,quã cõſecutus fuerit nunquã? Habeamus igitur pro certo & abſolutè verò,legẽ 2. *C.de dot.caut.nõ nu.* nõ pertinere ad actionẽ de dote,ſed ad actionẽ ex ſtipulatu ad cõſequendã donationẽ morte

Digitized by Google

confirmatam. At legem 1. *Codic. de donation. ante nupt.* eſſe de judicio de dote inſtituto ad repetendam dotem, non de actione ex ſtipulatu ad petendam donationem. Quod cùm ita ſit, apparet non aliud reſponſuros fuiſſe Imperatores in ſpecie dict. leg. 1. etiamſi millies maritus & in matrimonio prior deceſſiſſet, & in eadem voluntate ad mortem vſq. perſeueraſſet. Addamus, quod neq. lex vllomodo addit, etiamſi legitimè confecta donatio fuiſſet, i. interueniente ſtipulatione. Traditionis.n.factę interpretationem ne quia hîc cōminiſci poſſit, impediūt verba illa, *vt videatur accepiſſe quod nō acceperit*. Cur verò non aliud reſcripſiſſent, ſi omnia illa interueniſſent, i. animus donandi ex parte viri dotem per ſcripturā augentis, aut, vt meliùs dicam, augere volentis, ſtipulatio ex parte vxoris, mora mariti in matrimonio, & ipſius voluntatis ad extremum vſq. ſpiritum perſeueratio? Quid.n. obſtitiſſet eo caſu, quominùs valuiſſet donatio, aut ab initio ſi neq. tempore prohibito facta neq. in tēpus prohibitū collata fuiſſet, aut ex poſtfacto tanquam confirmata per orationem D. Seueri etiam admiſſo eo, quòd à principio fuiſſet nulla tanquam in tempus matrimonij collata? Reſpondeo, ſupradictis omnib. concurrētib. nihil quidem obſtaturum mulieri quominùs ſibi donatam quantitatē poſtea petere poſſet ex donatione ſiue quaſi ab initio valida, ſiue quaſi ex poſtfacto confirmata, neq. reſcripturos eo caſu fuiſſe Impp. quòd reſcripſerunt circa donationem *nihil actū eſſe donatione*. ſed tamē perinde reſcripturos fuiſſe quod in legis fine ſcriptū eſt, & quod vnū maximè reſcribere voluerūt, *Id quod in dotē datū non eſt, iudicio de dote repeti nō poſſe*. Cū enim de iudicio de dote quęratur nihil attinet tractare de donatione quę ad augendam dotem facta eſt an valeat: ſed illud tantùm inſpiciendum eſt, an ipſa dotis datio, & adſcriptio valeat, ita vt tota ea quantitas quam maritus dotis eſſe voluit, iudicio de dote peti poſſit. Atqui certū eſt tum quoq. cùm donatio facta dotis augendæ cauſa valet, ſiue dicamus eam à principio valere, ſiue ex poſtfacto confirmari, non ideò tamen valere dotem donationis cauſa conſtitutā, vel adſcriptam. Dos.n. donationis cauſa dari vel adſcribi non magis poteſt, quàm ſocietas cōtrahi, vel emptio, vel locatio: Idq. non iure illo ſingulari quo prohibitę ſunt donationes inter coniuges, ſed iure vulgato & cōmuni, hoc eſt, eo iure quo etiam inter exteros non coniuges huiuſmodi conuentiones non valerent, vt ſcriptum eſt eleganter in *d. l. cū hic ſtatus 32. §. ſi inter virū 24. iunct. l. quod autē 7. §. ſi vxor de don. int. vir. & vxor. l. 5. §. vlt. D. pro ſocio. l. ſi nō verū 15. C. de don. int. vir. & vxor.* Horum.n. omnium vna, eadémq. ratio illa eſt, quòd implicat contradictionē vt donationis cauſa cōtractus aliquis fiat, cùm propriam vim & naturā contractus omnes habeant ex natura negotij, quòd cuiuſq; contractus proprium ſit, dependentem, ac prorſus alienam à natura donationis, in qua nō aliquod negotium geritur, ſed tantùm liberalitas exercetur nullo tractatu præcedēte, *l. inter ſtipulantē 14. de precar.* vbi nominatim contractui opponitur donatio: quod & à nobis in ſecunda prioris noſtræ Hemiſchiliadis *de error. pragmat.* plurib. diſputatū eſt. Sola igitur donatio facere dotē non poteſt, vt nec emptionē, aut ſocietatē ſiue inter coniuges, ſiue inter alios. Proinde ſi aliquo ex iſtis cōtractib. inter coniuges facto, quęratur, cur non valeat: malè reſpondebit, qui dicet ideo non valere, quòd inter virum & vxorem prohibitę ſint omnes omnino donationes: ſed reſpōdendū eſt ideo nō valere, quia nec inter ceteros valerēt iure vulgato & cōmuni. Quo admiſſo, illud ſtatī ſequitur, nō poſſe igitur cōtractus ipſos cōfirmari morte ex orationeSeueri, vt ſit actio pro ſocio, aut ex empto, aut ex locato, aut de dote, quāuis coniuges in eadē volūtate deceſſerint, præſertim verò is qui donauit. Oratió enim illa non id egit vt confirmaret cæteros contractus factos inter coniuges, ſed vt confirmaret donationes ſolas inter viuos celebratas. At nec vt donationes quoque omnes à coniuge in coniugem collatas, ſed eas ſolas quibus nihil obſtaret quominùs iure ciuili valerent, ſi non inter virum & vxorem factæ eſſēt. Atqui neque venditio, neque ſocietas, neque locatio, neque dotis conſtitutio vel adſcriptio ea cauſa donationis facta valeret iure communi & vulgato, id eſt, nec inter cæteros, vt diximus. Ergo neque inter coniuges confirmari poterunt huiuſmodi contractus, per orationem Seueri. Atque ita disertè non minùs quàm elegāter Vlp. noſter ſcribit *in d. §. ſi inter virū*, illis verbis, *nec poſt decretum ſenatus, emolumentum ea liberalitas, vt actio pro ſocio conſtituatur, habere poterit*. Quidni enim ſimiliter nobis liceat dicere, liberalitatem mariti, qui donandi animo vxoris ſuæ ſiue iam ductę, ſiue futuræ dotē augere voluit, non poſſe illud emolumentum habere, etiam poſt decretum Senatus, vt actio de dote conſtituatur, id eſt, vt actione de dote poſſit repeti quod in dotem datum non fuit? Dices: Nihil igitur proderit mulieri quod maritus ei donatū voluerit, & in eadem voluntate deceſſerit. Imò, inquā, proderit, ſi modo ponas donationem legitimè confectam fuiſſe, vt in *d. l. 2. C. de dot. caut. non nu.* id eſt, vt iam interpretati ſumus, ſtipulatione interueniente: at non tamen ad hoc, vt actio de dote poſſit competere mulieri ad repetendum id quod in dotem reuera datū non fuit (ſemper enim illud obſtat, quod dotem numeratio non ſcriptura facit, quodq. donationis cauſa dos conſtitui vel adſcribi non poteſt) ſed ad hoc duntaxat, vt quod maritus donatum voluit, præſtetur ab ipſius heredibus ex cauſa liberalitatis & donationis, quatenus ea liberalitas ſtipulatione munita eſt. Idque etiam eſt quod ſubiungit idem Vlp. in *d. §. ſi inter virum, quæ tamen in commune tenuerunt ſine præſtituta reuocanda non ſunt*, nempe quia licèt ſenatuſconſultum non poſſit adeò confirmare ſocietatem donationis cauſa contractam, vt ſit actio Pro ſocio, cùm non ſocietatē confirmet, ſed donationem: ſic tamen confirmat donationem vt eam intercidere non patiatur, nimirum quatenus ea liberalitas munita eſt traditione vel ſtipulatione, & ad eum vſque modum, quem lex Cincia præſtituit, quæ donationes inter viuos certo modo concluſas eſſe voluit. Sic igitur & in propoſito, quicquid maritus de ſuo in dotem adſcripſit donandi animo, ſiue conſtante matrimonio, ſiue ante nuptias quidem, ſed collata in tempus matrimonij donatione, poterit mulier petere ab heredibus mariti in eadem voluntate defuncti: ſed ex ſtipulatione ſi qua interceſſerit, quo modo intercedere eam neceſſe eſt ad donationem legitimè conficiendam ceſſante traditione: At iudicio de dote non ideo repetet, quod donandi animo adſcripſit maritus vt dotem augeret, ſed illud ipſum duntaxat, quod re vera in dotem dedit. Neq. nouum eſt eandem quantitatem duplici iure diuerſaque actione repeti, hoc eſt partim iudicio de dote, partim ex ſtipulatione interpoſita animo donandi. Nam & idem eueniet, ſi diuortio facto ea quæ duntaxat centum in dote habuit, ducenta dotis nomine ſtipuletur. Quo caſu ſine dubio centum in obligationem veniunt, & iudicio ex ſtipulatu petentur, alia centum actione priſtina de dote repetuntur, *l. ſi diuortio 21. de verb. oblig.* Similiter ſi maritus qui centum in dotem acceperat, ducenta dotis nomine legauerit, centum quidem iudicio de dote repetentur; reliqua verò centum iure legati non iure dotis debebuntur, *l. 3. C. de falſ. cauſ. adiect. legat.* ideóq.

que falcidiam patientur quam relegata dos non pateretur, *l. ſed vſusfructus ſi. §. 1. D. ad leg. falc.* Inſtabis fortaſſe, Rectè igitur Accurſium, & poſt eum cęteros in interpretatione d. l. 1. ſupplere, vt maritus nõ prior deceſſerit in matrimonio, ſed vel morte mulieris vel diuortio ſolutum fuerit matrimonium, ne alioqui falſum ſit quod Imperatores reſcribunt, *nihil actum eſſe donatione*. Siquidem valeret donatio tanquam confirmata per mortem mariti qui prior in eadẽ voluntate deceſſiſſet. Verùm reſpondeo, nec iſtu quoq. ſenſu admitti poſſe commentitiam iſtam ſuppletionem, quia vt nihil actum ſit donatione, nõ fit ex defectu confirmationis, quaſi donatio cõtra mores populi Romani facta ſit inter cõiuges ob id quòd ſit collata in tempus matrimonij (nam in iſta lege nihil eſt quo probare poſſis factam fuiſſe donationem aut conſtante matrimonio, vt in *d. l. 2. C. de dot. caut. nõ numer.* aut in tempus matrimonij, vt in *d. l. quod ſpõſæ*) ſed quia non erat legitimè confecta donatio, i. neq. per ſtipulationem, neq. per traditionem, quorum alterutrum tamen erat neceſſariũ eo tempore vt donatio legitimè facta cenſeretur. Nihil. n. aliud interuenerat niſi quod maritus donãdi animo dotem auxerat, vt accepiſſe videretur, quod non acceperat, quę res non poterat ſufficere ad validandam donationem, vt conſtat ex *d. l. 2. C. de dot. caut.* vbi non contentus Imperator ita ſcripſiſſe, *quod de ſuo maritus cõſtante matrimonio in dotẽ adſcripſit*, requirit prætereà vt donatio legitimè confecta ſit, priuſquàm requirat vt non fuerit reuocata: & poſtremò vt reuocata non ſit, ad hoc vt eam poſſit mulier ab heredibus mariti petere, non quatenus liberalitas interpoſita eſt, ſed quatenus munita. Munita, inquam, non per confirmationem ex oratione Seueri, vt iidem noſtri interpretes male explicant, ſed per ſtipulationem. Nec. n. oratio confirmat donationem quatenus liberalitas fuit interpoſita, ſed quatenus munita fuit ſtipulatione vel traditione. Non deſunt tamen qui putent tam in *d. l. 2. C. de dot. caut.* quàm in *d. l. 1. C. de don. ant. nupt.* traditionem aliquam ſaltem fictam interueniſſe propter fictionem breuis manus, contra quos nobis diſputandum eſt cap. ſeq. vt quàm falſum hoc ſit oſtendamus.

De fictione breuis manus, & ficta traditione circa ſpeciẽ l. 1. Co. de don. ant. nup. & l. 2. C. de dot. caut. nõ num.

CAP. III.

NOtiſſims eſt, vt elegantiſſima Vlpiani noſtri ſententia illa quæ extat in *l. 3. §. pen. de don. int. vir. & vxor.* fieri plerumq. vt celeritate coniungendarum actionum, vna occultetur. Quod euenit in ſpecie quam eo loco tractat, ſi maritus debitorem ſuum vxori ſoluere iuſſerit. Nam & debitor liberatur, & nummi fiunt mariti, non vxoris, quemadmodum ſi pecunia à debitore mariti ad maritum, deinde à marito ad mulierem perueniret: qui rei gerendæ ordo futurus eſſet, ſi donatio iure ciuili nõ impediretur. Nec nouum, aut mirum eſt, inquit eo loco Vlp. quod per alium accipias, te accipere. Nam etſi is qui procuratorem ſe tui creditoris eſſe ſimulauerit, à debitore tuo, iubente te, pecuniam acceperit, & furti actionem te habere conſtat, & ipſam pecuniam tuam eſſe. Similiter ſi donaturũ mihi iuſſero dare vxori meę, nullius momenti eſt donatio, vt ea Iuliano ſubicit Vlp. in *§. vlt. d. l. 3.* Perinde. n. habendum, atq. ſi ego acceptam tem, & meam factam vxori meæ dediſſem. Et hęc eſt breuis illa manus, quam ſic appellat I. C. in *l. hæc i* 43. §. 1. *de iur. dot.* cui tametſi opponatur, ſi verborum figuram ſpectes, manus longa, de qua loquitur Iauolenus in *l. ſi pecuniã 79. de ſolut.* illud tamen vtriq. cõmune eſt, quod fictam deſignat traditionem. Sicut. n. breuis manus eſt, cùm id quod ſemel tantùm traditur, pro bis tradito habetur, ita & manu longa, quoties id quod re vera nunquam traditum fuit pro ſemel tradito habetur, vt in ſpecie *d. l. pecuniam*, id eſt cùm pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem in conſpectu meo ponere te iuſſi: quo caſu licèt mihi tradita non ſit, tamen euenit, vt mea eſſe incipiat, & tu ſtatim libereris: Tum enim, quòd à nullo corporaliter eius rei poſſeſſio detineatur, acquiſita mihi res, & quodammodo longa manu tradita eſſe exiſtimanda eſt, vt eo loco Iauolenus ſcribit. Et ſanè cum non poſſit dominium transferri ſine traditione, vbi neque mancipatio, neque vſucapio, neque ceſſio in iure, neque adiudicatio, neque lex interuenit, qui erant olim ſex modi trãsferendi iure Quiritium dominij, vt docet Vlpian. in *fragment. Tit. 19. De acquiſit. rer.* prorſus neceſſarium eſt fictam traditionem inducere quoties dominij trãſlatio aliqua reperitur, nec tamen vera vlla traditio in eam rem interuenit. Inde nimirum eſt, quòd interpretes noſtri captant occaſionem comminiſcendæ plerumque fictæ traditionis, tum quoque cum nulla interueniſſe proponitur, iis videlicet caſibus quibus traditionem aliquam neceſſariã eſſe arbitrantur. Eiuſque rei exempla duo ſuppeditant duæ illæ leges, de quarum ſententia hucuſque diximus, *lex 1. C. de don. ante nupt. & lex 2. C. de dot. caut. non num.* Putant enim noſtri donationem inter coniuges factam, aut ante nuptias quidem, ſed in tempus matrimonij collatam, nõ aliter confirmari ex oratione Seueri & Antonini, quã ſi facta fuerit per traditionem, quantumcumque donator in eadem voluntate deceſſiſſe proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani ſententia ab Vlpiano non ſolum relata, ſed etiam, vt videtur, probata in *l. Papinianus 23. de don. int. vir. & vxor.* Conſequens igitur eſſe exiſtimant, vt in iis ſpeciebus, de quibus Imperatores reſcripſerunt ſupradictis locis, traditio ficta interuenerit, vt poſſit verum eſſe quod reſcriptum eſt in d. l. 2. valere donationem quaſi confirmatam, ſi maritus, idémque donator in matrimonio prior, & in eadem voluntate deceſſerit. Traditionem enim veram interueniſſe non audent dicere, cum ea verba dictę *l. 2. quòd de ſuo maritus conſtante matrimonio in dotem adſcripſerat*, non traditionem vllam veram & realem præferant, ſed nudam confeſſionem acceptæ dotis interueniente ſcriptura factam. At fictæ traditionis inducendæ materiam ex hoc ipſo captant, quaſi confeſſio illa acceptæ quantitatis quam de ſuo maritus adſcripſit in dotem, perinde habenda ſit, ac ſi maritus eam quantitatem vxori tradidiſſet donandi animo, támque poſtea in dotem ab vxore accepiſſet. Et ob id nimirum negant pugnare leges illas cum *d. l. Papinianus* in eo quod Imperatores volunt donationes per ſtipulationem aut acceptilationem factas inter coniuges, aut in matrimonij tempus collatas confirmari morte, proptereà quòd Papiniani ſententia, quæ traditionem exigebat, ſic interpretanda ſit, vt traditio tacita & ficta poſſit ſufficere, vbi vera non interuenit. Eadémque ratione volunt etiam dotem poſſe conſtitui nuda confeſſione, licèt regulariter exigat traditionem, quia videatur marito tradita dos, quam maritus confeſſus eſt ſe accepiſſe, adeò vt poſt annũ, neq. exceptio, neq. vlla querela poſſit obiici non numeratæ dotis, non magis quã ſi verà traditio interueniſſet, *l. vlt. C. de dot. caut. nõ nu.* niſi quod diſtinctionem quãdã introducit Iuſtin. *Nouell. 100. de tẽp. nõ ſolut. pec. ſup. dot.* Vnde ſumpta eſt *Auth. quod locum. C. eod. tit. de dot. caut.* & hãc putãt eſſe ſententiã d. l. 1. in illis verbis *videatur accepiſſe, quod nõ acceperit*, ſimiléque eſſe aiunt, quod quamuis contractus mutui ſit ex eorum genere qui re perficiuntur, ſi tamen cùm ex cauſa mandati vel alia pecuniam mihi deberes, conuenerit vt crediti nomine eam re-

tineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta, vt diſertè Vlp. ſcribit in *l. ſingularia 15. De reb. credit.* Quidni ergo, inquiunt, dos, & donatio valebit tanquam interueniente traditione ſi maritus confeſſus ſit in dotem accepiſſe id, quod re vera non acceperit? Sed hęc omnia quãquam ſpecioſe prima facie dici videntur, ſi tamen penitus introſpicias, planè improbabilia ſunt, & à iure aliena. Numquam.n. fictio breuis manus locum habere poteſt ad inducendam fictam traditionem, quin pręcedat obligatio, cuius poteſtate adigi potuerit ad veram traditionem faciẽdam is qui fictam feciſſe præſumatur: vt videre eſt in omnib. exemplis quę ſuprà attulimus, nõ ex interpretibus, ſed ex Vlp. ipſo in *d. l. 3. §. pen. & vl. De don. int. vir. & vxor. & d. l. ſingularia.* Nã cũ nec vera & realis traditio quicquam proſit ad trãsferendum dominiũ, niſi iuſta etiam cauſa pręcedat *l. nũquã nuda 30. de acquir. rer. domin.* quid prodeſſet inducere tacitam, vt hunc ipſum habe.et effectum? An fortè vt plus poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero? At cùm maritus donandi animo de ſuo adſcribit in dotem vt videatur accepiſſe, quod non acceperit, nulla ſubeſt cauſa, nulláq. obligatio ex qua potuerit cogi maritus vt eam quantitatem vxori traderet: non cauſa donationis, quia donatio nulla præceſſerat: niſi ſi quis ex ſolo donandi animo induci eam poſſe putat, quod nemo vnquam dixit, & dici non poſſe iam ſuprà oſtendimus. Cauſa verò dotis multominùs, quia nec dotẽ vllam maritus vxori debebat, nec mariti eſt dotem dare vxori, ſed vxoris dare marito, quam porrò dare vxor non poteſt niſi de ſuo, cùm per dotis traditionẽ id agatur, vt dominium in maritũ transferatur, *l. doce 6. C. de rei vindic. §. 1. Inſt. quib. alien. licet vel nõ.* Prius igitur eſt vt maritus rem aliquam vxori ex iuſta cauſa tradiderit, aut ſaltem tradidiſſe fingatur, quàm vt eãdem rem eidẽ marito in dotem illa dediſſe fingi poſſit: ſicuti & natura & ordine intellectus prius eſt vt fuerit illa domina quàm vt maritum ſuum dominum facere potuerit. Deinde per fictionem breuis manus, is demùm tradidiſſe rẽ fingitur, qui eam vel iam habet penes ſe vt tradere potuerit, vel alteri tradi iuſſit, vt eã accepiſſe videatur. Cęterũ quoties fictio breuis man.° inducitur in eo negotio quod plures exigat traditiones, aliquam traditionem veram intercedere neceſſe eſt, vt celeritate coniungendarũ actionum ficta occultetur, vt in *d. l. 3. §. pen. & vl. de don. int. vir. & vxor.* aut ſaltẽ aliquid eſſe ꝓpter quod haberi poſſit res pro iã tradita ex noua cauſa, quia iã aliquando tradita fuit re vera, licèt ex alia cauſa: Vtputa, ſi rẽ quam tibi tradidi vt eſſet penes te titulo depoſiti, aut cõmodati, poſtea vendiderim tibi: non.n. neceſſe eſt vt iterum tibi tradam ad dominiũ ex cauſa donationis transferendũ, ſed ſufficit vt ex cõſenſu noſtro mutetur cauſa traditionis pręcedẽtis ad hoc vt nouũ effectũ habere poſſit perinde ac ſi hodie fieret, *l. ſiue autẽ 9. §. 1. de publician. in rem action. l. rẽ hereditariã 62. in princ. de euict. l. ſi ſeruus 21. §. 1. de acq. rer. domin.* At in propoſito noſtro nulla vera traditio interuenit, vt neq. alia iuſta cauſa tradendi, neq. ex parte mariti, qui maiorem de ſuo quantitatẽ adſeribit in dotẽ, neq. ex parte mulieris, cui donare vult maritus. Nihil ergo eſt quod breuis manus fictionẽ poſſit admittere. Aliud eſſet ſi poneres præceſſiſſe ſtipulationem certæ quantitatis vel alterius rei interpoſitã ex cauſa donationis. Tũ.n. ſi maritus eam ipſam rem vel quantitatem à ſe vxori debitam fateretur habere ſe ab vxore ex cauſa dotis, poſſet defendi habẽdã eſſe pro tradita, dotémq. rectè cõſtitutã quaſi per traditionẽ, quia eſſet quod maritus vxori tradere cogi potuiſſet, ac quod viciſſim vxor marito tradere. Idque ſecundùm Vlpiani ſententiam, qui fictionem breuis manus etiam in vna perſona admittendam putauit *d. l. ſingularia. in fin.* contrà quam ſenſerit Africanus, qui hoc expreſſim negat in *l. qui negotia 34. ff. mãdat.* Quamquam nec putarem ſufficere nudam hanc mariti confeſſionem etiam præcedente ſtipulatione, ſi non acceptilatio etiam interueniret ex parte vxoris. Ea nãque eſt, quæ multò aptiùs & commodiùs inducit hanc breuis manus fictionem, cùm mulier pro accepto habet quod ſibi debebatur, & conſequenter maritus dotem pro accepta, quam ei vxor de ſuo dare potuiſſet, ſi quantitatem ſibi ex ſtipulatione debitam, quod ſuo iure facere poterat, exegiſſet. Alioqui maritus, qui ſemel tantùm obligari voluiſſet, duplici vinculo teneretur, duplicique actione, & ex ſtipulatu & de dote, quod eſſet iniquum. Et hic frequentiſſimus olim erat modus dotis conſtituendæ, ſc. per acceptilationem, *l. promittendo 41. §. 1. d. l. heis 43. in princ. l. ſi pater 44. §. 1. de iur. dot. l. ſi mulier 50. D. de cond. cauſ. dat.* Nulla verò acceptilatione interueniẽte dico non poſſe fieri per mariti ſcripturã, & receptæ dotis profeſſionẽ vllã, vt videatur accepiſſe, quod non acceperit. Idq; apertiſſimè probatur ex *d. l. 1. C. de don. ant. nup.* vbi Impp. diſertè reſcribunt, Si maritus donandi animo dotem auxerit, vt videatur accepiſſe quod non acceperit, nihil actum eſſe eiuſmodi donatione, i. neq. donationem legitimè factã videri nulla videlicet interpoſita traditione vel ſtipulatione, neque dotem ritè conſtitutã, ob idq. iudicio de dote repeti non poſſe id, quod re vera datum non fuit, quomodo vtique repeteretur, ſi pro dato traditoque haberetur. Idem probatur etiam non malè ex eo, quod ſcriptum eſt in *l. 1. C de dot. caut.* non ſcripturam, ſed numerationem facere dotem: denique ex ipſa dotis cautæ & non numeratæ exceptione, cui nullus vnquam locus eſſe poſſet, aut deberet, ſi mariti quęlibet confeſſio ſufficeret ad fictam traditionem inducendam. Eſt enim omnimodo reddenda mulieri ea dos, quam ipſa fingitur marito tradidiſſe, non minùs quàm ſi verè tradidiſſet, vt cernimus euenire in dote per acceptilationem conſtituta. Quare nec Accurſius ipſe ad *d. l. 1. C. de dot. caut.* vllam poteſt fictam traditionem comminiſci, quin eodem ſomnio comminiſcatur etiam interueniſſe acceptilationem, cuius tamen nec verbum, nec veſtigium vllum in tota legè reperitur. Neque verò fieri poterat, vt in ea ſpecie acceptilatio vtiliter interponeretur, cùm nulla præcederet vtilis & efficax obligatio quæ per acceptilationem perimi poſſet. Priùs nãque eſt, vt obligatio aliqua vtilis præcedat quã vt ſequi poſſit vtilis acceptilatio. Alioqui quomodo poſſet quis habere ꝓ accepto id, quod exigere, etiamſi maximè voluiſſet, numquã tamen potuiſſet? Atqui nihil erat ex quo poſſet conueniri maritus vt eam quantitatem præſtaret, quam donandi animo in dotem adſcripſerat, etiamſi donationem legitimè confeciſſet, id eſt, per ſtipulationem, quia non potuiſſet ea ſtipulatio valere, tanquam donandi animo interpoſita conſtãtẽ matrimonio, certumque eſt quod ex eã non potuiſſet vxor agere contra maritum, habuiſſetque neceſſariò expectandũ vt mariti morte confirmata eſſet donatio priuſquã emolumẽtum aliquod percipere ex ea poſſet, cùm neque maritus fuiſſet obligatus, neque ad tollendam obligationẽ, ſi qua ipſo iure contra mores populi Romani potuiſſet induci, alio remedio eguiſſet, quàm vt mutaret voluntatẽm. Sed nec illud video quid neceſſe ſit fictã illã traditionẽ comminiſci in ſpecie d. l. 2. niſi vel aliũ inducas vel tueare errorẽ eorũdẽ interpretũ, exiſtimãtiũ nõ aliaa donationes inter virũ & vxorẽ factas poſſe cõfirmari ex

ora-

oratione Seueri, quàm quæ factæ ſint per traditionem. Qui error, etſi Papinianum ipſum, & autorem, & aſſertorem habet, ſi Vlpiano credimus in *d. l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & vxor.* ſicuti tamẽ ab ipſo Vlpiano cæteriſque veteribus Iureconſultis, adeóque ab Imperatoribus ipſis exploſus fuit iam olim, ita & nunc à ſcholis & tribunalibus exploden-dus eſt, cùm dubitari non poſſit quin omnes omnino donationes, quæ antea inter coniuges infirmabantur, ex oratione cõfirmentur, vt clariſſimis verbis concludit idem Vlpianus in *l. cum hic ſtatus 32. §. ſiue autem 23. iunct. l. 3. §. ſciendum & l. ſi ſtipulata 33. in princip. eod. tit. de donat. int. vir. & vxor & d. l. 2. C. de dot. caus. non numer.* Quod reſcriptum ſi vidiſſet Papinianus, quomodo vidit Papiniana, huius fortaſſe Papiniani noſtri iam tũ defuncti aut ſoror aut filia, vel mutaſſet ipſe ſententiam, vel contrà reſcribendi auctor fuiſſet Imperatori optimo, quẽ Lampridius refert nihil ferè vnquam niſi ex adhibito quinquaginta Iureconſultorum cõſilio reſcripſiſſe. Sed vix potuiſſet ſola ſua autoritate tot tantóſque alios vincere. Sicut enim vincebat ſingulos, ita & à duobus vincebatur. Eiúſque ſententiam non niſi tanquam quæ iam tum exploſa eſſet, ab Vlp. referri in *d. l. Papinianus,* apparet euidentiſſimè vel ex ſolo ipſo verbo *putabat*, quo in ea lege Vlp bis vſus eſt. Sic. n. exploſas aliorũ ſententias referre ſolet cõmunis loquendi vſus, non eas quæ aut adprobatæ ſint, aut adprobandæ. Nec dubitari proinde poteſt quin dictio *rectè* poſita in eadẽ lege, & quæ ſola difficultatem iſtas mouet, irreptitia ſit ex gloſſis interpretũ, quã & in eo exẽplari, quo Accorſ. nõ ille vſus eſt defuiſſe ex ipſius gloſſa collig. nõ obſcurè poteſt, cùm ad verbũ *putabat* notat ille *& malè, ſecundũ quoſdã.* Debuerat enim ſcribere *imò malè,* ſi Papinianũ rectè putaſſe Vlpianus dixiſſet. Sed nos de his plura lib. 2. Cõiect. c. 7. Addemus tamen quod pertinet ad *d. l. ſi ſtipulata 33. de donat. int. vir. & vxor.* quæ hác eandẽ noſtrã ſentẽtiam elegantiſſimè probat, malè reſpõderi à nonnullis, ſpeciali ratione valere donationem annui factam per ſtipulationem, & confirmatam morte. Ideo, inquiũt, quòd cũ vnica ſit ſtipulatio, in eóq; differat à legato (tot. n. legata eſſe intelligũtur quot ſunt anni, *l. 4. l. cum in annos 12. D. de annuis leg. l. ſi Stichũ 16. §. 1. de verb. oblig.*) poteſt traditio, quę ſit primo anno, etiam ſequentibus annis applicari ad hoc vt totius temporis donatio effectum per traditionem ſumpſiſſe videatur. Rogo enim, quid eſt apud Vlpianum in *d. l. ſi ſtipulata,* ex quo poſſit cõiici traditionem aliquam vel pro anno primo interueniſſe? Quid verò ſi nulla interueniſſet? An eo minùs donatio confirmaretur morte mariti, qui in eadem voluntate deceſſiſſet? Immò confirmaretur, nõ quidem ſpeciali aliqua ratione petenda ex fauore annui, vt aliqui putant, ſed quemadmodum Vlpia. ait, *quia in annua quoq; donatio vertitur,* i. quoniam hac parte eadem ratio eſt annui, & cæterarum rerum inter cõiuges donatarum. Nec certè traditio, quæ pro vno tantùm anno ſecuta eſſet, prodeſſe vllomodo poſſet ad ſequentium annorum donationẽ confirmandam ſi traditio requireretur, quia traditio cùm ſit facti, nullum effectum habere poteſt, niſi quaten° factum interceſſit, & ſequentium annorũ donationẽ neceſſe eſſet peti, cùm non poſſet retineri; peti ergo ex ſtipulatione, non ex traditione. Traditio enim dominium quidem acquirit, & conſequenter vindicationem, ſi quo caſu poſtea rei poſſeſſio amittatur, ſed non actionem perſonalem, quia quod traditum eſt, retineri duntaxat, non etiam exigi poteſt.

Triboniani manus in l. Diui fratres 27. §. 1. D. de liber. cauſ.

CAPVT IIII.

SI aa perſona deſit cognitioni, quę ſtatus controuerſiam alicui faciebat, in eade cauſa eſt ille qui de ſtatu ſuo litigat, in qua fuit priuſquam de libertate controuerſiam pateretur, ait Vlpianus in *l. Diui fratres, 27. §. 1. D. de liber. cauſ.* Quamuis enim hoc lucretur, quòd is qui ei ſtatus controuerſiam faciebat, amittit cauſam ſuam, nõ ex eo tamen ſit ingenuus is qui antea non fuit. Nec enim, vt eodem loco Vlpianus ſcribit, penuria aduerſarij ſolet ingenuitatem tribuere, ſed natura *l. ſi te 7 C. de ingen. manum.* Nec eſt contrarium quod idem Vlpianus ſcribit in *l. ingenuum 25. D. de ſtat. homin.* ingenuum accipere non debere illum etiam, de quo lata eſt ſententia, id eſt, qui per ſententiam pronunciatus fuit ingenuus, quãuis re vera fuerit libertinus. Ratio enim eſt, quia vt in eadem lege ſubiicitur, res iudicata pro veritate habetur, *l. res iudicata 207. de reg. iu.* nec patitur autoritas rerũ iudicatarũ vt diſputari ampliùs poſſit vtrũ libertinus fuerit, aut ſeruus is quem ſemel prætor ingenuum eſſe pronunciauit, *l. ſeruo 65. §. cum prætor ad S C. Trebell.* Idque adeò verum eſt, vt ſententia pro ſtatu & ingenuitate lata contra vnum, faciat ius quod ad omnes etiam inauditos, dummodo lata ſit cum iuſto & legitimo contradictore, alioqui non obeſt vero patrono, *l. 1. D. ſi ingen. manum. eſſe dicat. l. 1. C. de ingen. manu. l. cum non iuſto 3. D. de collu. deteg.* quia perſonã afficit, quę planè vna, & indiuidua eſt, nec fieri poteſt vt quis liber vel ingenuus ſit, quod ad vnum, quin ſit etiam, quod ad omnes, cùm ſit illa qualitas perſonæ, & ipſa quoque conſequenter indiuidua. Sicut & qui per vnius iudicis ſententiam factus eſt infamis, non ſolùm in illius territorio, ſed vbique terrarum infamis eſt, *l. ex ea cauſa 9. D. de poſtul.* Quid enim aliud eſt ius hominis quòd liber ſit vel ſeruus, vel ingenuus, vel libertinus, quàm homo ipſe qualiter ſe habens, vt de iuribus prædiorum ſcriptum eſt in *l. quid aliud. 86. de verb. ſignific.* Hoc ita tamen ſi ſententia ritè ac citra colluſionem lata ſit. Sẽper enim exceptio hæc adhibẽda eſt, adeò vt nec videatur hoc caſu neceſſariũ auxiliũ appellationis, *l ſi perluſoriæ 14. in princip. iunct. l. 5. §. 1. de appellat.* quia prætextu colluſionis ſententiam retractare permittitur quamuis non niſi ſemel, *l. vlt. D. de colluſ. deteg. iunct. l. 3. D. de popul. action.* ſcilicet intra quinquennium *l. 2. eo.* Tempus enim illud conſtitutione Diui Marci præfinitum eſt ad retractationem non quidem perficiendam, ſed inchoandam, aliter quàm ſeruari ſolet circa eum qui ſe ex libertinitate in ingenuitatem petit *d. l. 2. §. quinquennium.* Apparet itaque multùm intereſſe quibus verbis ſententia concipiatur, vt ſubiungitur in *d. l. Diui fratres §. 1.* id eſt, an pronuncietur eſſe quem ingenuum aut liberum, an verò actoris ſeruum, vel libertũ non videri. Sunt. n. iſta lõgè differentia. An quia mediũ aliquod ſit inter ingenuitatem & nõ libertinitatem, vt ita loquar, & nõ ſeruitutẽ? Minimè. Nã quiſquis homo eſt, eum ſi ſeruus non ſit, liberum eſſe neceſſe eſt, & ſimiliter ingenuũ, ſi nõ ſit libertinus, ſed quia poteſt fieri vt quis non ſit ſeruus Titij, nec tamen liber ſit, quia alterius ſeruus eſſe poteſt, itémque vt quis non ſit libertus Titij, & tamen non ſit ingenuus, quia libertus alterius eſt. Denique cùm iudex pronunciat Stichum non videri ſeruum, aut libertum Titij, non pronunciat de iure Stichi, ſed tantùm de non iure Titij, quod planè diuerſũ longéque minus eſt. Pronũciaret de iure Stichi, ſi eũ aut libertinũ, aut ingenuũ

pronũtiatet, quoniam qui dicit ius Stichi, dicit quid adſir. natiuũ, id eſt Stichum eſſe talem, libertinum.ſ. aut ingenuum, õõ.a. ſimplex abnutiuũ, vt Paulus loquitur in *l.inter ſtipulãtē* 83.§.1.*de verb.obl.* quale eſt non eſſe ſeruum Titij, aut libertum. Et quantum inter hos caſus interſit, vel ex eo maximè apparet quòd ſententia per quam pronuntiatus eſſet Stichus liber, vel ingenuus, faceret ius quod ad omnes, non alia de cauſa quàm quia eſſet de iure perſonæ Stichi. Ea.v. per quam pronuntiatum eſſet duntaxat, Stichum Titij ſeruum, aut libertum non eſſe, aut vt concipi olim ſolebant ſententiæ omnes, *non videri*, ius non faceret niſi quod ad Titium, quia non de iure Stichi, ſed de non iure Titij tantùm lata eſſet. Quomodo etiam dicimus multum referre an pronuntiatum ſit, hereditatem de qua inter nos contendebatur, meam eſſe an.v. tuam non eſſe, *l.ſi inter me* 15.*ff.de except.rei iudic.* Nec diſtinguendum eſt an præſens fuerit, an abſens per contumaciam is, qui Sticho ſtatus cõtrouerſiã faciebat. Vtroq.n. caſu cùm nullo iure egerit, aut in bona cauſa peragenda negligens fuerit, non aliud maius damnum pati poteſt, quàm vt cauſam ſuam ſiue bonam, ſiue malam amittat, quod fit pronuntiatione ſic concepta, *Stichũ Titij ſeruũ aut libertũ non videri.* Nam vt pronuntietur etiam liber Stichus aut ingenuus, extra cauſam eſt amiſſionis litis Titij, & fatuus eſſet iudex qui de actione à Titio inſtituta iudicans, aliud in condemnationem vel abſolutionē deduceret, quàm quod actionis formula, & poteſtate cõtineretur, *l.vl.C.de fideic.liber.* Quid ergo? Diſtinguendum eſt an agat Titius qui Stichum aut ſeruum, aut libertum ſuum eſſe contendat. An.v. Stichus, qui ſe in ingenuitatē vindicet, aut in libertatem, *l.liberis* 7.§.*vlt.de liber.cauſ.* Priore caſu obtinent ea quæ diximus, poſteriore.v. pronuntiandum neceſſariò eſt Stichum vel ingenuum videri, aut non videri. Nēpe quia de eo ipſo ſemper pronuntiandum eſt ſiue pro actore, ſiue pro reo, quod deductum eſt in actionem, id eſt, vel de iure, vel de non iure actoris, non etiam rei. Quæ tota ratio eſt eius, quod dici ſolet, Actore non probante abſolui reum debere, quamuis nihil ipſe præſtiterit, *l.4.C.de edend.l.vltim.C.de rei vind.* Et hæc Vlp. ſententia eſt in *d.l.Diui.* §.1. ſed tamen non poſſum facere quin totus ille locus mihi valdè ſuſpectus ſit ab illis verbis *rectè atq; ordine*, & Triboniano adſcribēdus potiùs quàm Vlpiano, ſiue verba legis intueor, ſiue ſententiam. Eſt.n. prorſus nouum vt electionem det iudex aduerſario, an malit cognitionem circumduci, an audita cauſa ſententiam proferri. Semper.n. eliget is, qui iudicio adeſt vt contra abſentē ſententia proferatur quá nõ poteſt nõ fauorabiliorem ſperare, cùm, vt vulgò iactatur, oĩa iura clament aduerſus contumaces. Atqui iudiciũ nõ tãtùm cõtra inuitũ redditur, ſed etiã inter inuitos. Simili.n. ratione Paulus vtitur in *d.l.inter ſtipulantem* 83 §.1.*de verb. obl.* ſed neq; quid in propoſita ſpecie poſſit intereſſe Stichi qui in ſeruitutem aut libertinitatem petebatur, vt cognitio circumducatur, cùm etiãſi Titius adeſſet, nec de iure ſuo quicquã docere poſſet, non aliud tamen dãnũ ſentire deberet, quàm vt cauſam amitteret, id eſt, vt pronuntiaretur Stichũ ipſius ſeruum aut libertũ non videri, nec eo magis aſſequeretur Stichus, vt vel liber, vel ingenuus pronuntiaretur. Quare fateor liberè nec illud me intelligere quid ſibi velint ea verba, *neq. hæc res captionē vllã habet, cũ nõ ingenuus pronuntietur, ſed ſeruus non videri.* Si.n. cum interpretibus noſtris ſic explices, vt huiuſmodi ſententia captionem nullã habeat ratione abſentium, facies ridiculum Vlpianum. Nam nec abſenti vero domino aut patrono ſententia noceret, quæ cum iniuſto contradictore præſente lata eſſet, *d.l.1.ff.ſi ingen.manum.eſſe dic.d.l.1.C.de ingen. manum.* Et tamen præ ſe ferunt verba illa captionem aliquã fore, ſi abſente iſto cõtradictore, ſiue iuſto, ſiue iniuſto Stichus ingenuus pronuntiaretur. Si verò ſic intelligas, vt nulla captio ſit abſentis contradictoris, perinde nihil egeris. Nã quod ad cõtradictorē illũ, qui Sticho ſtatus controuerſiã faciebat, æquè amittit ille cauſam ſuam, ſiue pronũtietur Stichus ingenuus, ſiue ſeruus, aut libertus non videri. Sententia.n cõtra abſentem reddita facit ius, quod ad ipſum, licèt non ſimpliciter, id eſt, quod ad omnes, *l.qui repudiãtis* 17.§.*vl.ff.de inoff.teſtam.* quia quoties quis abſens vincitur, præſumēdus eſt victus ob id potiùs, quod abfuerit, quàm quòd malam cauſam habuerit, *l.Papin.*8.§.*meminiſſe eod.l.ſi ideo* 51 *de euict.* licèt differentia illa ſit, ꝙ vno caſu Stichus qui vincit, ingenuus ſit propter autoritatem rei iudicatæ, alio non item: quia neque iudicatum eſt, neque, vt dixi, iudicari debuit ingenuum eſſe aut liberum eum qui in ſeruitutē vel libertinitatem petebatur, niſi per viã exceptionis hoc ipſum quoque in iudicium deductum ſit. Nam cùm reus in exceptione ſit actor, *lege prima ff de except.l. in exceptionibus* 19. *de probat.* non minus ſuper exceptione, ſi iuſta ſit, pronuntiandum eſt pro reo, quam ſuper actione ſi iuſta fuiſſet, pronuntiari debuiſſet pro actore. Rurſus quod ſequitur, *Quòd ſi ex ſeruitute in ingenuitatem ſe allegat*, (impropria ſanè ac peregrina locutio: dicimus enim vindicare, & petere ſe in libertatem aut ingenuitatem, non allegare) *meliùs fecerint ſi cognitionē circumduxerint*, ego quale ſit, certè non intelligo. Cur nõ enim vltro arripere debeat bonus iudex occaſionē pronuntiandi pro libertate aut ingenuitate per abſentiam eius qui controuerſiam ſtatus faciebat? *l.3 ff.de alien.iud.mut. cauſ.fact.l.inter pares* 38.*de re iud.* Ponimus .o. nulla vrgente iuſta cauſa abeſſe eum qui iudicio adeſſe, ſi vellet, poſſet, & deberet. An non à fauore libertatis prorſus alienum illud eſt, vt non poſſit pro libertate aut ingenuitate cõtra abſentem pronunciare iudex, qui, vt eadem lex ſubiicit, pro præſente cõtradictore aduerſus abſentem Stichũ ſine cunctatione iudicare poſſet? cur deterior eſſe debeat conditio libertatis? an quia faciliùs poſſit ſuccurri libertati contra ſententiã pro domino vel patrono redditam, quàm domino vel patrono condemnato contra libertatē & rem iudicatam ſimul? Atqui nihil iniquius dici põt, quã vt tanto faciliùs lædatur libertas, quantò iuſtiùs per beneficiũ reſtitutionis poſteà indemnis ſeruari poteſt, *arg.l.vlt.C.in quib cauſ.reſt.in integ.neceſſ.non eſt.* Illa autem ratio quę ſequitur, *ne ſine aduerſario pronũtietur ingenuum videri*, prorſus ridicula eſt: nõ enim abſens videtur aduerſarius qui per contumaciã abeſt, cùm eius contumacia pro præſentia ſit, *Auth. qua in prouincia.C.vbi de crimin. agi oport.* Alioqui nec cõtra libertatem pronuntiãdum eſſet, abſente eo qui ſeruus dicitur aut libertinus: nec rurſus pro libertate, etiãſi magna cauſa id ſuaderet, ac euidentes probationes ſuggererent, quia nõ poteſt iudiciũ cõſtare quin & actor aliquis ſit, & reus: & quidē vterq; præſens, aut ſaltē habendus præſentis loco. Deniq; ſi fieri poteſt vt etiã abſens vincat is, qui petitur in ſeruitutem, aut libertinitatē, vt ſcriptũ eſt in *d.l.Diui in ſi*, quãto magis eum vincere æquum eſt, ſi præſens ipſe ſit, aduerſarius verò nõ niſi per cõtumaciã abſit? Planè ſi is qui pro ſua libertate litigat deſit, contradictor verò præſens ſit, nemo dubitat quin ſententia proferri poſſit. Sic.n. lex ait, *melius erit inaugeri cauſam eius ſentētiãq; proferri*, quo vel ſolo ex verbo *inaugeri*

augeri

Digitized by Google

augeri, pro eo quod eſt *non protrahi, non extendi*, ſi quis Triboniani manum & elegantiam non agnoſcat, is certè nec Vlpianum bene nouerit. Item ex eo quod ſequitur, *ſi enim liquebit, contra libertatẽ dabit*, ſcripſiſſet namq; Vlpianus *dabunt*, cùm de iudicibus in plurali numero actum eſſet. Fuit autẽ is error frequens & familiaris Triboniano Græco homini, quia plerumq; Græci verbum numeri ſingularis iungunt cum nominatiuo plurali. At neq; video cur de iudicibus hæc lex loquatur, cùm de libertate & ingenuitate iudices nõ darẽtur, ſed magiſtratus ipſi cognoſcerent, *l. 2. C. de pedan. iudic.* id eſt, Cõſules in vrbe, Præſides in prouinciis, *l. 4. ff. ſi ingen. eſſ. dicet. l. 5. C. vbi cauſ. ſtat. agi deb.* quod & Vlpianus ſignificat in *d. l. Diui*, referens reſcriptũ Diuorũ fratrum ad Proculũ & Munatiũ qui cõſules erãt, quod & verba illa ſignificãt, *veſtra grauitatis eſt*. Deniq; fuiſſe eam cognitionẽ iuriſdictionis cõſtat *l. neque 36. §. vlt. de fideic. libert.* At iudices dati non iuriſdictionẽ, ſed iudicium exercebant. Quòd ſi ipſos quoq; magiſtratus velis iudices dicere, ſaltẽ maiores iudices dicendi ſunt, vt in *l. nõ diſtinguemus 32. §. de liberali. De recept. qui arbitr. recep.* Omnium verò maximè Triboniani inſcitiam detegere illud mihi videtur, quod in legis fine ſcriptum eſt, *euenire autẽ poteſt vt etiã abſens vincat. nã poteſt ſententia etiã ſecundum libertatẽ ferri.* Quis enim tã ſtupidus eſt, cui poſſit ſententia pro libertate ferri eo caſu, quo poſſet etiã contra libertatẽ? Voluit procul dubio Tribonianus ſcribere *ſecũdum abſentem*. Nam illud vtiq; verum eſt, Poſſe ſententiam pro abſente quoq; ferri, ſi is bonam cauſam habeat, *l. 1. C. quomod. & quand. iud. l. properandum 13. §. & ſiquidem cum ſeq. C. de iudic.* Scio Iacobum Cuiacium li. 6. obſer. ca. 27. locũ hũc emendare, & pro *inaugeri* legere *inaudiri*, pro eo quod eſt *audiri*, quomodo vult alio loco *inſcientẽ* pro ſciente interpretari in *l. ſi ſeruus 34. de vſuca.* vtrumque parum probabiliter, vt alibi ſcripſimus. Sed tamen ea quoque & emendatione & interpretatione admiſſa, nihilomagis ſatiſfactum erit cæteris quæ nos mouent vt Triboniani locum hunc eſſe arbitremur, & quæ ab eo non fuiſſe obſeruata miror, aut quaſi non obſeruauerit, fuiſſe diſſimulata.

De nuntiatione noui operis pro ſeruitute ad l. qui viam 14. ff. de oper. noui nuntiat. & l. vnic. de remiſſ.

Capvt v.

SI habeam ſeruitutem viæ vel itineris per tuũ fundum, & tu in eo aliquid facias per quod vſus ſeruitutis impediatur, habeo quidem ius vindicãdæ ſeruitutis, per quam actionem conſequar, vt ſi quod detrimentum ſeruituti meæ feceris, cogaris deſtruere, omniáq; in priſtinum ſtatum reponere, ſed tamen opus nouum tibi nunciare non poſſum, *l. qui viam 14. D. de oper. noui nunciat.* vbi Iulianus ait, eum qui viã habet, ſi opus nouum nuntiet aduerſus eum qui in via ædificat nihil agere, ſed ſeruitutem vindicare nõ prohiberi. Vtrumque nimirum eadem ratione, quia cùm ſeruitutes ſint iura, & in iure conſiſtãt, noui autem operis nuntiatio, quæ facti eſt, non poſſit vt nec aliud factum quodlibet ad id vſq; quod iuris eſt, pertingere, ſatis eſſe debet ei qui ſeruitutẽ habet, quòd eam vindicando, Ius ſuum tueri poteſt, eiúſq; poſſeſſionem, aut quaſi poſſeſſionem retinere, quam è cõtrario per noui operis nuntiationem amitteret. Eſt enim hoc propriũ noui operis nuntiationis, vt poſſeſſorem eum faciat cui nouum opus nuntietur, *l. de pupillo 5. §. meminiſſe eo.* Nec ſanè permittenda facilè eſt noui operis nũtiatio, ſi alia ratione æquè commodè, ne dicam commodiùs conſeruare quis ius ſuum poſſit. Remedium namque odioſum eſt, nec niſi neceſſitate ipſa tolerabile, non ob id ſolùm quòd fiat propria nuntiantis autoritate (etſi aliqua eſt operis noui nuntiatio quæ fit per prætorem, *d. §. meminiſſe*) ſed etiã quia eam autoritatem habet vt ſiue iure, ſiue iniuria facta ſit, inhibeat noui operis perfectionem, quoad vſq; is cui nuntiatũ eſt, vel ſatiſdederit de eo demoliendo, ſi nõ iure ædificaſſe probabitur, vel impetrauerit remiſſionẽ nũtiationis, quã tamẽ non priùs remittit prætor in effectu quã viderit nullo eam iure factam eſſe, *l. 1. in princ. & §. 1. l. prætor ait 20. in princ. & §. 1. eod. l. vnic. de remiſſ.* In quo tamen dubitationẽ magnam illud facit, quod in *d. l. vnic. §. ius habet*, generaliter Vlpianus ſcribit, Ius habere nuntiandi noui operis non modò eum qui dominium habeat, ſed & illum, qui ſeruitutem. Cui conuenit quod idem ille ſcribit in *d. l. de pupillo. §. & bellè Sextus Pedius* triplicem eſſe cauſam noui operis nũtiationis, naturalem, publicã, impoſititiam: naturalem, cùm in noſtras ædes, quæ nullam ſeruitutem debẽt, aliquid immittitur, aut ædificatur in noſtro: publicam, quoties per noui operis nũtiationem tuemur leges, aut ſenatuſconſulta, aut edicta, conſtitutionéſq; Principũ, id eſt, impedimus ne opus nouũ fiat in eo loco in quo per leges, vel ſenatuſcõſulta, vel cõſtitutiones Principũ fieri aliquid prohibeatur, *d. l. 1. §. nũtiamus. cum præced. eo. ti.* deniq; impoſititiã, cùm qui ius ſuum diminuit & alterius auxit, id eſt, cùm poſteaquàm ſeruitutem ipſe ſuis ædibus impoſuit, nihilominùs cõtra ſeruitutem fecit. Hoc. n. ſi ita eſt, cur nõ liceat nouum opus ei nuntiare qui in via ædificat? An non fit contra ſeruitutem hoc ipſo, quòd vſus ſeruitutis eo facto impeditur? Auget dubitationem, quòd pleriſque locis exempla extant factæ noui operis nuntiationis propter ſeruitutem, vt in *l. priuſquàm 15. eod.* vbi agitur de ſeruitute altiùs non tollendi, & altiùs tollendi: itémque in *leg. inter ſeruitutes 15. ad fin. De ſeruit. vrba. præd.* vbi de ſeruitutibus, Ne luminibus, aut oculis officiatur, & in *l. etſi forte 6. §. vlt. ff. ſi ſeruit. vindic. vel ad alium pertin. negot.* Itaq; interpretum noſtrorum plerique, vt locos iſtos cõcilient, diſtinguunt ſeruitutes vrbanas à ruſticis, putántq; pro ſeruitute vrbana tuenda nuntiari poſſe nouum opus, pro ruſtica non poſſe: quam in ſententiam mouentur nõ tam ex probabili aliqua diuerſitatis ratione, quæ inter vrbanas & ruſticas ſeruitutes hac parte reperiatur, quã quia vidẽt leges, quæ permittũt nũtiari nouũ opus pro ſeruitute, nõ niſi de ſeruitutib. vrbanis exẽpla ponere, Iulianũ. v. in *d. l. qui viã*, vbi negat valere nuntiationẽ, de via tantùm loqui, quæ ſeruitus ruſtica eſt. Ita ſolẽt illi perpetuò rationem iuris ad verba legum detorquere, non vt fieri oportuit, leges ipſas, earũmq; interpretationem ad rationem iuris accõmodare. Quorũ exẽplo eſſet multo expeditius dicere, Pro omni ſeruitute præterquàm viæ poſſe nouum opus nuntiari, cùm de via tantùm nõ etiã de aliis ſeruitutibus locutus ſit Iulianus: ſi qua tamen diuerſitatis ratio excogitari poſſet inter viã & cæteras ſeruitutes ruſticas, quæ certè nulla prorſus eſt, non magis quã inter ruſticas & vrbanas. Cuiacius verò li. 1. obſer. ca. 17. putat in hac quæſtione nihil aliud inſpiciẽdum eſſe, quàm vtrum opus nouum, de quo per nuntiationem inhibendo agitur, tale ſit vt fieri nõ poſſit quin fiat contra ſeruitutem, vt eo demùm caſu permittatur noui operis nũtiatio pro ſeruitute ſiue vrbana, ſiue ruſtica: ſi verò nihil fiat contra formam & naturam ſeruitutis conſtitutæ, non ſit permittenda nuntiatio, licèt vſus ſeruitutis impediatur, ſed decur-

tendum neceſſariò ad ſeruitutis vindicationem. Quā in ſententiam ex eo mouetur, quòd domino fundi ſeruitutem debentis liceat in eo fundo facere quicquid velit, iure ſcilicet dominij, adeò vt nec à ſocio ſuo poſſit prohiberi cum quo habeat fūdum communē, *l. in prouinciali 3. eod. l. in re cōmuni 26. de ſeruit. vrb. præd.* quod tamē tunc dici nō poteſt cùm altius ædes ſuas tollere vult ille, qui ipſe impoſuit ædibus ſeruitutem altiùs non tollendi. Cur non ergo liceat vicino, cui ſeruitus debetur, intendere, Ius ei non eſſe altius ſublatas ædes habere, in eámque rem nouum opus illi nuntiare? Verùm hæc quoque ſententia ſi nō falſa, certè manca eſt, niſi adiuuetur & ſuppleatur. Ei namq; cōſequens videretur vt is cui viæ ſeruitus eſſet debita, nunquam poſſet nouum opus nūtiare aduerſus eum, qui in viā ędificaret, quiſquis ille eſſet, ſiue dominus fundi ſeruientis, ſiue alius, quia ſemper verum eſſet nō fieri directò contra conſtitutionem ſeruitutis vię ab eo qui in via ędificaret, quādoquidē aliud eſt conſtitui ſeruitutem viæ, aliud verò in ea ædificari, licèt per ædificationē vſus viæ impediatur. Et tamen certum eſt, ſi in Sempronij fundo, qui mihi ſeruitutē viæ debet, tu ædifices, poſſe me tibi nouum opus nuntiare, quia poſſum intendere ius tibi non eſſe in eo fundo ædificandi, me inuito, cùm & ego ſim dominus ſeruitutis cuius vſum vis impedire, & tu non ſis dominus fundi ſeruientis, vt in eo poſſis pro tuo iure & arbitrio ædificare. Diſtinguendum igitur eſt, an nouum opus nuntietur domino fundi ſeruientis, an alij vicino cuilibet in eo fundo ædificāti, ſiue ſciente & volente, ſiue ignorante domino fūdi altius ædificat. Priore caſu ſubdiſtinguēdum eſt, an nouum opus fiat directò contra formam conſtitutæ ſeruitutis, an per indirectum duntaxat. Nā ſi directò, vt puta ſi is cuius ædes ſeruitutem debent altiùs non tollendi, velit illas altiùs tollere, quantumuis prędij dominus ille ſit, prohiberi tamen poteſt per noui operis nuntiationem ne id faciat, tanquam qui nō habeat ius ita faciendi etiam in ſuo fundo contra volūtatem eius, qui ſit dominus ſeruitutis non aliam ob cauſam conſtitutę, quàm ne altiùs ędes tolli poſſint. Qui caſus eſt *d. l. inter ſeruitutes 15. ff. vrb. præd. & d. l. ſi priuſqua de oper. noui nūt.* Si. v. nihil fiat directo cōtra ſeruitutem vt contingit cùm is ædificat cuius prędium ſeruitutem vię debet, non etiam ſeruitutem nō ędificandi, non poteſt ei nuntiari nouum opus, quaſi nullo iure ædificet, cum habeat ius ædificandi in fundo ſuo hoc ipſo quòd dominus eſt, qui ſenſus eſt *d. l. qui viā.* Poſteriore. v. caſu prioris diſtinctionis cùm alius quàm dominus fundi ſeruientis ædificat in detrimentum ſeruitutis etiamſi nihil faciat directò cōtra ſeruitutem, nuntiari tamen ei nouum opus pōt, quia verum eſt nullum ius eum habere ita ædificādi: Probatúrq; manifeſtè hæc diſtinctio ex *d. l. vnic. §. pen. de remiſſ.* vbi Vlp. ſcribit ſecundū ſententiā Iul. qui putabat fructuariū habere ius vindicādarū ſeruitutū quę fructuario fūdo deberētur, permittēdū eſſe vſufructuario vt poſſit nouū opus nunciare vicino, at nō etiam ipſi domino prædij ſeruientis: quia inquit, nō ſicut aduerſus vicinum, ita & aduerſus dominum agere poteſt, ius ei non eſſe inuito ſe altiùs ædificandi. Sed ſi hoc facto vſusfructus deterior fiet quomodo fiet proculdubio, ſi ſeruitutis fundo Cornel. fructuario debitæ vſus impediatur, debebit vſufructuarius vſumfructū petere, id eſt vindicare, cuius. ſ. vindicatio competit domino vſusfructus contra quoſcunq; vſumfructum impedientes. Quod ipſum iiſdē verbis ex Iul. proditum extat in *l. 2. de oper. noui nūt.* Porrò quod Iul. dixit de fructuario, idem etiā haud dubiè ſenſit de cæteris quib. aliqua ſeruitus deberetur à vicino, vt idem Vlp. ſubiicit in *d. §. pen.* in quo tamen magnum ſubeſſe mendum bene obſeruauit Cuiac. li. 1. Obſ. c. 16. in conuerſione eorum verborū *vtilis & inutilis.* Nam vt ille argumentatur ex *princ. d. l. vnic.* Remiſſio nuntiationis noui operis, per prętorem facta, tum demùm eſt vtilis cum non tenet nuntiatio. Sunt. n. iſta contraria, nuntiationem tenere, & remitti. Ea demum. v. nuntiatio non tenet, quæ facta eſt ab eo qui nullum ius habuit nuntiādi cōtra eum qui ius habuit ędificādi. E contrario. a. remiſſio nuntiationis tūc eſt inutilis cùm nūtiatio tenet: quę porro tunc duntaxat tenet, nuntiatio. Sunt enim iſta contraria, Nuntiationem tenere, & remitti. Ea demū. v. nuntiatio nō tenet, quę facta eſt ab eo qui nullum ius habuit nuntiandi contra eum qui ius habuit ędificandi. E contrario autem remiſſio nuntiationis tunc eſt inutilis cùm nuntiatio tenet: quæ porrò tūc duntaxat tenet, cùm facta eſt ab eo qui ius habuit nuntiandi contra eum qui nullum habuit ius ædificandi. Conſequens igitur eſt, vt ſi fructuarius nūtiauerit nouum opus pro ſeruitute, quod facere ſecundùm Iulianum poteſt contra alium quemlibet, præterquàm dominum prædij ſeruientis, remiſſio ſit inutilis, quia nuntiatio tenet: fit. v. vtilis remiſſio ſi fructuarius nuntiauerit nouū opus domino, quia nuntiatio non tenet. In eóq; male reprehenſus fuit Iaco. Cuiacius à Io. Roberto, quē illud certè fefellit, quòd putauit remiſſionem nuntiationis eſſe vtilem omni caſu, quo nuntiatio tenuit ab initio, id eſt, eo tempore quo facta fuit in præſens opus, & priuſquā ad prętorem iretur: cùm tamen debuerit animaduertere, quoties nūtiationis remiſſio facta eſſe dicitur, nō de illo quæri, an nuntiatio tenuerit ab initio, quantū ad illum effectū vt impediret ædificationem, ſed de illo tātùm, an nunc teneat apud prætorē. Inter quæ quātum interſit, ex eo apparet, quòd ſemper, aut ſaltem ferè ſemper verū eſt nuntiationē ab initio tenuiſſe ad impediendum opus nouum, cùm ſiue iure ſiue iniuria facta ſit, nihilominùs vim ſuam habeat quouſq; vel per ſatiſdationem extincta ſit, vel per remiſſionē. An non eſt bona cōſecutio, vt quæ nuntiatio ab initio tenuit ante petitam à prætore remiſſionē, teneat etiā apud prætorem, & impetrata iā ab eo remiſſione? Nā cùm anteà de illo ſolo quæreretur an nuntiatio facta eſſet ab illo qui ius nuntiandi habuiſſet, ſiue iure, ſiue iniuria nuntiaſſet, nunc cùm petitio remiſſa eſt incipit quæri debere, An qui nuntiauit ius habuerit prohibendi ne inuito ſe nouū opus fieret: ideóq; obſeruandū eſt ſic loqui Vlp. *in d. l. vnic. §. 1. de remiſſ.* vt dicat verba prætoris oſtendere remiſſionē ibi demum factam videri, non vbi nuntiatio nō tenuit, ſed vbi nūtiatio non tenet: & retrò, voluiſſe prętorem ibi demum nuntiationem tenere, non tenuiſſe, cùm ius eſt nuntianti prohibere ne ſe inuito fiat. Cæterùm, ſi ponas nuntiationē factam eſſe ab eo qui nō fuerit admittendus ad nouum opus nuntiādum, puta à pupillo alienum cōmodum curante, nec tutoris autoritatē adhibente, aut à ſeruo, vt in *d. l. de pupillo §. in princ. & §. 1. de oper. noui nūtiat.* nihil neceſſe erit adiri prætorē ad impetrandā nuntiationis remiſſionē, nec rurſus offerri ſatiſdationem, cùm nullum vnquam effectum habuerit nuntiatio; eſſétque illo caſu remiſſio non modò inutilis dicenda, ſed etiam ſupernacua & ridicula. Poteſtq; eiuſdem rei aliud exemplum poni in fructuario ipſo nouum opus nuntiante proprio nomine, ſi non tam Iuliani ſententiam ſequi velimus quàm aliorum iuris autorū, qui putarunt non eſſe permittendū vſufructuario

vt pro-

vt proprio nomine nunciet nouum opus, ne quidem alij quàm domino: nec rurſus vt ſeruitutes fundo fructuario debitas vindicare poſſit: ſed tantùm vt vel nouum opus nunciet procuratorio nomine, vel vindicet vſumfructum, atque ita conſequatur, quanti eius interfuit, nouum opus factum non eſſe: quæ ſententia tandem contra Iulianũ obtinuit, vt & Cuiacius obſeruauit ex *d.l.1.§.vlt.D. de oper. noui nunciat. & l.1. in princ. D. ſi vſusfr. pet.* nõ n. cæteri Iureconſulti de illo diſputarunt an teneret noui operis nuntiatio ab vſufructuario facta apud prætorem, quã diceret nec ab initio quidẽ tenuiſſe.

De oppigneratione ſeruitutum.

CAPVT VI.

SEruitutes ſicut vſucapi non poſſunt ſine prædiis quibus debentur, ita neque oppignerari; Duplici ratione: Prima eſt, quòd cùm ſint iura, & res incorporales, non poſſunt tradi neque poſſideri, *l.1.§.vlt. D. de rer. diuiſ.* Pignus autem, quod à pugno ob eam cauſam dictum volunt, contrahitur re, & per traditionem, transfértque poſſeſſionem in creditorem, *l. ſi rem 9 §. propriè. & l. eum & ſortis 35. §. 1. de pignor. act. l.1.§. creditor. de oblig. & action.* Altera eſt, quod cùm ſint iura prædiorum, nihil aliud ſunt quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l. quid aliud 86. de verb. ſignific.* Proinde fieri non poteſt vt ſine prædiis obligentur, non magis quàm vt ſine prædiis acquirantur, *l.1.§. 1. D. comm. præd.* Itaque non eſt quod quis õbiiciat ſeruitutes poſſe vendi, omnia aũt quæ emptionem venditionémque recipiunt, oppignerationem quoque recipere poſſe *l. ſed & quod 9.§.1. D. de pignor.* Nam neque ſeruitutes prædiis debitæ vendi poſſunt ſine prædiis, non quia non ſint in bonis noſtris, vt malè vulgo creditum eſt, (cùm earum nomine & actiones cõpetant, & exceptiones, *tot. tit. ſi ſeru. vindic. iunct. l. rem in bonis 55. de acquir. rer. dom.*) ſed quia ſeparari à prędiis nullomodo poſſunt. Atq; ita concludit I.C. in *l. ſi is qui 11.§. vlt. eod. de pigneribus.* oppignerari ſeruitutes non poſſe: vbi tamen mirari quis poſſit quod ex eo infert, nec igitur poſſe hypothecæ dari, cùm ea differentia ſit inter pignus & hypothecam, quòd hæc non rei traditionem exigit vt pignus, ſed nudo pacto conſtituitur, *l.4. eo.* Eſt enim hic vnus caſus ex iis in quibus prætor contra regulã vtriuſque iuris tam prætorij quàm ciuilis, dat ex nudo pacto actionem, quæ hypothecaria appellatur, aut quaſi Seruiana, vt proinde ratio quam diximus impedire pignus ſeruitutum, hypothecam earũdem impedire nõ videatur: ſiquidem nihil vetat de iuribus perinde ac de rebus quæ poſſidentur fieri conuentionem, dummodo in bonis noſtris, & in commercio noſtro ſint. Sed reſpondendum eſt nõ poſſe in hac re differre hypothecam à pignore, quia licèt hypotheca conſtituatur nudo pacto, & ſine tranſlatione poſſeſſionis, tamen actio hypothecaria, quæ ex eo pacto naſcitur, in id tantùm datur vt auferet poſſeſſionem, *l. ſi tum venditor 66. verſ. non eſt idẽ. ff. de euict.* Ideóq. nõ magis fieri poteſt ex ipſa ratione iuris, vt earum rerum quæ poſſideri nõ poſſunt hypotheca valeat, quàm vt pignus. Idque eſt quod ait Marcian. in *l.5.§. penul. de pig.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm ſonum differre, ſc. quod ad formulam hypothecariam, cuius eadem vtroq. caſu vis eſt, & poteſtas. Eſt .n. ea lex ſumpta ex Marciani lib. ſing. ad formulam hypothecariam, quod & iam alij ante nos obſeruarunt: ſed illud magis mirum eſt quod in *d.l. ſi is qui.§. vlt.* loquitur I.C. nominatim de ſeruitutib. vrbanorum prædiorum. Inde namque videtur inferri poſſe, aliud eum exiſtimaſſe in ſeruitutib. ruſticorum prædiorum, vt ſ. dari poſſint, & pignori & hypothecæ. Et ita eſſe fatentur vulgo interpretes, differre nimirum hac in re ſeruitutes ruſticas ab vrbanis, vt hæ oppignerari non poſſint, illæ poſſint. Cuius differentię rationem illam adfert Bartolus, quòd vrbanæ ſunt perpetuæ, ruſticæ verò non; Item quaſi perpetuitas illa, vt cum eo loquar, vrbanarum ſeruitutũ non patiatur vt pignori dentur creditori qui eas fortè pro arbitrio ſuo extincturus eſſet, atq; ita vrbẽ ad cuius decorẽ eæ ſeruitutes pertinẽt, deformaturus. Quod ne eueniat ſũmoperè cauere legiſlator debet *l. vlt. ne quod in loc. public.* Sed quàm falſa ſit ratio hæc diuerſitatis apparet manifeſtè ea eo quod alibi diſputauimus, & veriſſimũ eſt, ſeruitutes omnes cauſã debere habere perpetuã, nec minùs ruſticas quàm vrbanas ex *l. foramen 28. De ſeruit. vrban. præd.* Neq; verò deſunt plerę q; ſeruitutes vrb. quæ tolli poſſint, ita tamen vt ciuitas ruinis nõ deformetur. Nec deniq; verum eſt, quod Bart. ſequaces volunt, ſeruitutes ruſticas oppignerari poſſe ab eo cuius prædio debeantur, ſiue iuris rationem, ſiue æquitatem intueamur, vt paulò pòſt oſtendem⁹. Itaq. Franciſcus Duarenus *lib.2. diſp. c.3.* poſt exploſã, benéq. confuta tam diſtinctionem hanc interpretum, nouam ipſe opinionẽ induxit vt hac parte non ſint ſeparandæ ſeruitutes vrbanæ à ruſticis, ſed tantùm ſeruitutes iam conſtitutæ à conſtituendis, & ſeparanda præterea ratio iuris ab æquitate. Putat enim tam vrbanas quàm ruſticas ſeruitutes, ſi iã conſtitutæ ſint, non poſſe oppignerari, neque ex ratione iuris, neque ex æquitate: ſi verò nunc primùm iure pignoris cõſtituantur, non poſſe quidem ex ratione iuris valere conuentionem, quia ſeruitutes non magis ad tempus, quàm ex tempore conſtitui ſummo iure poſſint, *l.4. ff. de ſeruit.* verùm tamen ex æquitate, ac propter vtilitatem contrahentium defendi, ſiue vrbana ſit ſeruitus, ſiue ruſtica, cùm vrbana quoque precario dari hoc modo poſſit, *l.3. ff. de precar.* At contra hanc quoq. ſententiam multis argumentis inſurgit Iacob. Cuiac. lib. 15 Obſer. cap. 6. probátque quod certè negari non poteſt, ex vtriuſque legis coniunctione differentiam ponendam eſſe inter ſeruitutes ruſticas, & vrbanas. Cur enim Martian⁹ in *d.l. ſi is qui.§. vlt.* loqueretur de ſeruitutibus vrbanorum prædiorum nominatim, ſi idẽ ſentit de ſeruitutibus ruſticorum? Et contrà, cur Paulus in *l. ſed an via 12.* de ſeruitutibus ruſticis, ſi non aliud conſtituiſſet in vrbanis? Nec ſanè credendũ eſt Duarenum in eam veniſſe ſententiam, vt ſeruitutes vrbanas à ruſticis non diſtingueret, niſi quia diſſimilitudinis rationem nullam potuit inuenire. Cuiacius verò eam adfert, quòd de pignoris natura ſit, vt queat diſtrahi, adeo vt ſit inutile pignus quod alij vendi non poteſt, & ob eam cauſam non valeat cõuentio, ne pignus vendi poſſit, *l.4 ff. de pignor. act. l. mulier 11. C. de diſtract. pignor.* Atqui ſeruitutes vrbanæ, inquit, non poſſunt diſtrahi, quia fieri nequit vt reperiant emptorem, cùm nullam poſſint adferre vtilitatem alij prędio, quàm cui primùm debentur, vt cernere eſt in ſeruitute tigni immittendi, ſtillicidij auertendi, & alijs ſimilibus. At ſeruitutes ruſticæ facilè poſſunt vendi & inuenire emptorẽ, Puta ſi habeam vicinum cui æquè commodum & vtile futurum ſit ac mihi tranſire per fundũ tuum, vt eat in ſuum. Verùm neq; hæc viri doctiſſimi ſentẽtia probabilis mihi videtur. Primùm quia ſic ille loquitur, quaſi ſeruitutũ oppigneratio valeat ipſo iure. Ad eam enim obiectionẽ quã videt fieri ex eo poſſe, quod ſeruitutes ad tẽpus cõſtitui nõ poſſint, *d.l.4 De ſeruit.* Reſpõdet fieri ex natura pignoris vt nihilominùs oppi-

Digitized by Google

gnerari queant, quoties aliud nihil impedit pignerationem: quia, inquit, omne pignus conſtituitur, ita vt poſſit in perpetuum diſtrahi ſi creditori non fuerit ſatisfactum: Et tamē ea ipſa lex Pauli qua ille nititur, vt probet ſeruitutes ruſticas pignerari poſſe, *d.l. ſed an via*, declarat apertiſſimè non niſi propter vtilitatem contrahentium receptam eſſe, aut recipiendam eam ſententiam, quæ habet, ſeruitutes ruſticas oppignerari poſſe. Et, verita eſſe concluditur neceſſario ex eo quod diximus, & Cuia. fatetur, nullas ſeruitutes ad tempus conſtitui poſſe d.l.4. Nã & inde eſt, quod ait *l. locare 19. ff. locat.* Neminem poſſe locare ſeruitutem: quod ſicut generaliter ſcriptum eſt, ita & generaliter intelligendum, vt neq; ſeruitus vrbana, neq. ruſtica locari poſſit, neq. ab eo qui ſit dominus fundi ſeruientis, neq. ab eo cui ſeruitus debeatur: quod & Cuiac. fatetur, non alia id ratione quam quòd locatio ſit ad tempus, præterquàm ſi de fundis vectigalibus aut emphiteuticariis agatur, ſeruitus vero ad tẽpus conſtitui nequeat. Nec oppignerationem ſeruitutis ea ratio tueri poteſt, quam adfert Cuiac. quòd ſit ex natura cuiuſlibet pignoris vt in perpetuum diſtrahi poſſit. Aliud, n. eſt de oppigneratione ſeruitutis, aliud de pignoris venditione tractare. Pignoris quidem venditio, vt & aliarum rerum in perpetuum fit, non ad tempus, ſed nõ cominùs verum eſt omne pignus eſſe ad tempus, cùm ex cuiuſq; pignoris natura illud ſit, vt lui poſſit, priuſquàm de ipſius diſtractione quæratur. Itaq. pignoris venditio quidem nõ eſt ad tempus, ſed pignus ipſum ad tempus eſt, vt locatio: propter quam cauſam placuit neq; ex pignore, neq; ex locatione dominium trãsferri, quippe cuius transferendi cauſa ſemper debet eſſe perpetua, numquã tẽporalis, *l. 1. ff. de iur. dot. ſuñd. l. nõ ſolet 39. ff. locat.* Igitur debuerat potiùs inferre Cuiac. ex eo quo videbat, omne pignus eſſe temporale: Nullam ergo ſeruitutem oppignerari poſſe. Deinde labitur apertè vir doctiſ. in eo, quòd nõ ſeparat hac in re ſeruitutes cõſtitutas à conſtituendis, in eóq; multò meliùs ſenſit Duar. qui putauit ſeparandas. Neq. n. fieri poteſt vt ſeruitus iam conſtituta oppigneretur à domino prędij dominantis, cum prædium ipſum nõ oppigneretur. Siquidem ea ſeruitus vſq; adeò ius eſt prædij dominantis, vt ne aliud quicquam eſſe videatur, quàm prædium ipſum qualiter ſe habens, vt initio diximus ex *d.l. quod aliud 86. de verb. ſignif.* Quomodo igitur fieri poteſt vt oppigneretur ſeruitus prędij iam conſtituta, prędio ipſo non oppignerato? Nec minùs erroneum illud eſt, quod adfert Cuiac. Seruitutes vẽdi poſſe tam à domino fũdi cui ſeruitus imponitur, quã ab eo cui ſeruitus debetur ex *l. cum manu ſata 8. §. 1. ff. de contr. empt. l. 3. §. ſi iter, l. tenetur 6. §. ſi tibi. & ſeq. ff. de act. emp.* Neq. n. iis locis agitur de ſeruitute vendita, quæ iam antea deberetur, ſed de ſeruitute per venditionem conſtituta: quam proculdubio nihil prohibet vendi, etiam fundo non vendito. Quinimò vt poſſit vendi, neceſſe eſt fundum retineri à venditore ſeruitutis, quoniam alioqnin fũdo vendito cum ſeruitute, quomodo poſſet idẽ fũdus emptori, eidémq; nouo ſuo domino ſeruire? *l. in re cõmuni 25. De ſeru. vrb. præd.* At in *d.l. tenetur. §. ſed ſi fundũ*, vbi tractatur de vendita ſeruitute quæ iam erat conſtituta, ponit etiam Iuriſconſultus venditum fuiſſe fundum, cui ſeruitus debebatur, vt intelligamus nõ poſſe tales ſeruitutes iam conſtitutas vendi ſine prædiis, quibus debentur. Nec ſanè aliter cõſtitui ius poſſet citra ſummam iniuriã eius cuius prædiũ ſeruiret, etiã admiſſo eo, quod numquam admittendum eſt, vt ius prædij vnius poſſit ab eo ſeparari, & fieri ius alterius. Ita namq; fieret multo deterior cõditio ſeruitutis, nimirum in eo quòd fundus qui ab initio nõ niſi vni prędio ſeruitutem debuiſſet, inciperet poſtea eam pluribus debere, ſaltem quandiu pignus duraret. Facta. v. ſeruitutis venditione, etſi nõ deberetur ſeruitus niſi vni prædio, deberetur tamen alij prædio, quàm cui fuiſſet conſtituta, idq; ignorante eo, qui eſſet dominus fundi ſeruientis, cuius tamen quã maximè intereſſet, neq; augeri, neq; immutari ſeruitutem. Generalis. n. regula eſt in tractatu iſto de ſeruitutibus, Nihil fieri poſſe propter quod deterior ſeruitutis conditio efficiatur, licèt melior fieri poſſit, *l. ſeruitutes 20. §. ſtillicidium. de ſeruit. vrb. præd. l. cum ædificium 24. eo.* Nec ad rem pertinet, quòd ſeruitutes ruſticæ iã conſtitutæ eo tẽpore quo pignori dantur, nõ minùs facilè poſſunt reperire emptorem, quàm reperturæ eſſent, ſi nunc primùm iure pignoris conſtituerentur. Qua vna ratione mouetur Cuiac. vt putet indiſtinctè admittendam cuiuslibet ſeruitutis ruſticæ oppignerationem: quaſi verò in hanc rem, tantùm ſit neceſſarium, vt ſeruitus oppignerata poſſit vendi, ac nõ potiùs & ante omnia illud inſpiciẽdũ ſit, an aliquid extet, de cuius venditione tractari poſſit. Quis. n. dixerit ob hoc ſolũ poſſe quid oppignerari, quòd poſſit etiam vendi? An non ratione iſta concluderemus, res etiã alienas oppignerari poſſe, cùm vendi poſſint, *l. rẽ alienã 28. de contr. emp.* Et tamen alienam rem oppignerari non poſſe certũ eſt, *l. rẽ alienã 41. de pign. act. l. 1. & tot. tit. C. ſi res alien. pign. dat. ſit.* nempe quia nõ poſſet tale pignus valere citra iniuriã domini qui rem ſuã ab alio obligatã non poſſet euincere, niſi ſoluta priùs pecunia quæ deberetur, quod tamen eſſet euidenter iniquum, & contra regulam iuris naturalis & ciuilis, quæ habet, Alteri per alterum iniquam cõditionem inferri nõ debere. Eãdem ergo ratione dicendum eſt, non poſſe oppignerari ſeruitutem ſiue vrbanam, ſiue ruſticam, quæ iam fuerit conſtituta, quantũuis inueniret emptorem, quia non poſſet fieri ſine iniuria domini ad quem prædiũ ſeruiens pertineret. Eſſet. n. bona ratio Cuiacij, ſi ſeruitutis cõſtitutæ oppignerationem nihil aliud impediret, quàm quod ea vendi non poſſet. At cùm de pignore priùs tractãdum ſit, quàm de pignoris vẽditione, priùs debuerat Cuia. probare ſeruitutem ruſticam iam conſtitutam poſſe dari pignori quàm iure pignoris vendi poſſe. Eſt. n. recta conſecutio à conſtitutione pignoris ad venditionem, vt quicquid vtiliter datũ eſt pignori, debeat etiam poſſe diſtrahi: ſed nõ eſt bona conſecutio, vt quicquid poſſet diſtrahi, ſi vtiliter pignori datũ eſſet, hoc ipſo videri debeat vtiliter datũ eſſe, tùm quoq; cùm ex eo futurum eſt, vt alteri iniuria inferatur.

De differentia ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum, Item conſtitutarum & conſtituendarum, ſi de ipſarum oppigneratione quæratur.

Cap. VII.

Dicendum igitur eſt, meo iudicio, cum Duareno contra Cuiacium, ſeparandas eſſe ſeruitutes conſtituendas à conſtitutis, ſed tamen cum Cuiacio contra Duarenum, ſeparandas etiã vrbanas à ruſticis: non quidem ſi rationem iuris ſpectemus, quæ ſemper illa obſtat, quòd ſeruitus, vt ſuperiore capite diſputauimus, conſtitui ad tempus non poſſit, omne verò pignus ſit ad tempus, ſed ex æquitate, ac propter vtilitatem contrahentium, vt ſcriptum eſt in *d.l. ſed an via, 12. ff. de pignor.* quæ vtilitas ruſticarum duntaxat ſeruitutum oppignerationem induxit, non

etiam

etiam vrbanarum propter illam diuerſitatis rationem quam attulit Cuiacius, quod vrbanæ ſeruitutes non poſſint vendi ſine prædio cui debentur, nec ſi dominus ipſe prædij ſeruientis conſentiat, quia non alij quàm domino fundi dominantis vtiles eſſe poſſunt: inutile autē pignus ſit quod diſtrahi nequeat. Seruitutes autē ruſticæ poſſunt vendi, quoniam alij etiam vicino vtiles eſſe poſſunt. Ideo autē ſeparamus ſeruitutes cōſtitutas à cōſtituēdis, quòd cùm pignori datur ſeruitus iā cōſtituta, fit iniuria domino prędij ſeruientis: cùm vero ſeruitus nūc primùm cōſtituitur pignoris iure, & hac lege nominatim adiecta, quā requirit Paulus in *d.l. ſed an viæ*, vt nō ſoluta ad diē pecunia liceat creditori oppigneratā ſibi ſeruitutem alij vicino diſtrahere, nulla fit iniuria domino fundi ſeruientis, qui hàc ipſam legem ſibi dixit. In quo quemadmodum errauit Cuiac. ita & è cōtrario Duarenus, nō in eo ſolum quod ſeruitutes vrbanas à ruſticis non diſtinxit, quomodo diſtinxerunt Iureconſulti in *d.l.11.§.vlt.& l.12. de pign.* ſed in illo etiam quòd eandem precarij & pignoris rationem eſſe exiſtimauit. Nihil.n.eſt quod eum tam fefellerit, vt dixerit ſeruitutes etiā vrbanas conſtitui poſſe iure pignoris, quàm quod vidit poſſe illas etiā dari precario *d.l.3. D. de precar.* Quaſi nō ſit difficilius vt dentur pignori, quàm vt dentur precario: Nec animaduertit differentiam illam quæ alioqui peruulgata eſt inter pignus & precarium, quòd valet precarium omnium rerum, quæ aliquam commoditatem accipienti præbere poſſunt, quamuis diſtrahi nequeant: at nō ſimiliter dari poſſunt pignori ea omnia quæ commodum aliquod adferre queant, ſi non etiam illud concurrat vt diſtrahi poſſint. Contrario autem errore Cuiacius exiſtimauit ſeruitutes etiam conſtitutas poſſe dari precario, quod certè non minus falſum eſt, quàm ſi quis diceret, Poſſe etiam vrbanas dari pignori. Nam cùm ſeruitus aliqua, ſiue vrbana, ſiue ruſtica prædio meo debetur, nō eſt meū precib. tuis concedere, vt ea ſeruitute vti poſſis in vicini prædium, quia ſeruitutem debet, ſed ad eum pertinet cuius eſt prædium ſeruiens, vt eam commoditatem præſtet, ſi velit. Nec.n. quicquam obſtat, quominus idem prædium eandem ſeruitutem pluribus præſtet, *l. qui perceptū 15. D. com. præd. l.2.§.1. de ſeruit. ruſt. præd.* & ob id nimirum I.C. in *d.l.3. de precar.* diſerte loquitur de ſeruitute per precarium conſtituta, non de cōſtituta ſeruitute precariò data. Nec minùs apertè Paulus in *d.l. ſed an viæ*, cùm ex Pōponio ſcribit videndum eſſe vt talis pactio fiat, vt quandiu pecunia ſoluta nō ſit, iis ſeruitutib. creditor vtatur, quæ .ſ. ex ipſo tempore iure pignoris cōſtituuntur. Idq; ita demum ſi vicinum fundū habeat creditor, itemq; ſi in cōuentione illud etiam adiectum ſit, vt ſi pecunia intra diem cōſtitutum ſoluta nō ſit, liceat vicino eas ſeruitutes ita cōſtitutas pignoris iure alij vendere, qui ſit etiam vicinus, vt intelligamus, niſi hæc omnia cōcurrant, nō poſſe defendi oppignerationem ſeruitutum ruſticarum, ne quidem ex cōtrahentium vtilitate: nempe quia non liceret creditori ſeruitutem ita cōſtitutam vendere, niſi in ea ſeruitute cōſtituenda nominatim id cautum eſſet. Quod nō ſatis bene à Cuiac. obſeruatū eſt, cùm ſcripſit pignus ſeruitutis hac in re nō differre à cæteris pignoribus, ſed eandē naturam & cōditionem habere, vt in perpetuum diſtrahi poſſit. Perpetuus.n. viri doctiſſimi error in eo eſt, quod putat ſeruitutem, quę eſt eius prædij, poſſe vendi ſine prædio, quod tamen fieri numquam poteſt niſi in ſeruitute conſtituenda id nominatim cautum ſit, *l. cū eſſet 33.§.1. de ſeru. ruſt. præd.* Solet.n. prętor tueri cōuentiones quę fiunt de ſeruitutib. eo tempore quo cōſtituuntur, l. cet à ratione iuris ſint alienæ, puta ſi vel ex tempore, vel ad tempus cōſtitutę ſint, vel ſub cōditione, vel ad cōditionem, quia credibile eſt, eum qui hac lege ſeruitutes cōſtituit, nō aliter eas cōſtituturum fuiſſe *d. l. 4. D. de ſer. l. cū qui ita 56.§. qui ita.in fi. De ver. obl.* At fortaſſe obiiciet quiſpiam, Si nihil aliud impediet oppignerationem ſeruitutum vrbanarum, niſi quòd vendi nō poſſunt (ne ſcil. oppigneratio illa vtilitatis cauſa defendi poſſit, ſicut defenditur oppigneratio ſeruitutum ruſticarū) nō debuiſſe hac parte ſeparari ſeruitutes ruſticas ab vrbanis, cum è cōtrario ſeruitutum vrbanarum proprium illud ſit vt interpoſitū prædium vicini nō impediat quominus conſtituantur, ex *l. ſi ædes meæ 38 cū ſeq. De ſer. vrb. præd. l. in tradēdis 7.§. interpoſitus. D. comm præd. l. loci corpus 4.§. vlt. & l. ſeq. ſi ſer. vind.* quod in ſeruitutib. ruſticis diuerſum eſt, quas cōſtat impediri ſi medium prædiū ſit quod ſeruitutem non debeat, *l. qui ſella 7. in fin. de ſeru. ruſt. præd.* Cur nō.n. poſſet vendi ſeruitus vrbana, quæ ſic eſſet conſtituta, & emptorem reperire, ſaltem vicinum illum, cuius ædes eſſent interpoſitæ, & cuius maximè intereſſet ſuis ædib. acquirere illam ſeruitutem? Verùm reſpondendum eſt pro Cuiacio, cum quo & nos hac parte ſentimus, non poſſe vrbanam ſeruitutem dari pignori, nec ſi ea cōuentio expreſſim facta ſit, vt liceat illam vicino vendere (hoc n. addendū neceſſariò eſt, vt retineatur ea differētia quam ponimus inter vrbanas & ruſticas ſeruitutes) quia nec credibile eſt, vicinum vnquam empturum illam, quippe qui eandem vtilitatem ſeruitutis habiturus ſit etiam citra emptionem. Si.n. ædes Titij vicini mei debeant tuis ſeruitutem altiùs nō tollendi, & meæ interpoſitæ ſint, non pōt fieri vt tu ea ſeruitute vtaris, quin ego etiā vtar, ſiue meæ quoq. ædes tuis debeant eandē ſeruitutē, ſiue nullā. Cur ergo emere à te eā ſeruitutē quam nec poſſis retinere, quin ego eâdē vtar, nec alij vendere, cui ſ. ea emptio vtilis eſſe non poſſit? Replicabis, Imo poſſe fieri vt mihi vtilis ſit emptio ob hoc ſaltem, ne alioqui eā ipſam vendas, i. accepto pretio remittas domino fundi ſeruientis, qui poſteà ædes ſuas altiùs ſublaturus ſit, atque ita meis incommodaturus. Sed non poteſt hęc ſatio facere bonā oppignerationem ſeruitutis, quia cùm dicimus inutile eſſe pignus, quod vendi nō poteſt, exigimus vt poſſit reperire emptorem alium quàm ipſum debitorem, cùm eo demùm caſu ſoleat perueniri ad venditionem pignoris, cū debitor nō vult ſoluere, & pignus luere: Quod ipſum vix aliter vnquā contingit, quàm ſi pecuniam non habeat in numerato, quam tamen ſtatim explicari ſibique numerari creditor velit. Nec rurſus credibile eſt, debitorem quemquam fore tam ſtultum, qui pignus à ſe datum velit emere, aut potiùs luere à creditore qui nullum alium reperire poſſit emptorem, præter id quod remiſſio ſeruitutis ea potiùs dicenda eſſet, quā venditio; cùm rem ſuam emere nemo poſſit, *l. ſuæ rei 16. D. de contr. emp.* multo minùs debitā à prædio ſuo ſeruiente. Quod ſi ponas, vltra ædes tuas, quibus debetur ea ſeruitus altiùs non tollendi, contiguas eſſe ędes Sempronij, cui tu eam poſſes vendere, perinde ac mihi; dicam ſimiliter non magis ſeparādum eſſe vt velit ille emere ſeruitutem, cuius commodū percipiat etiā citra emptionē, præſertim quia etiam vbi eā emiſſet, tamē eſſet in poteſtate mea & tua altiùs tollendo ædes noſtras, ſiue vtraſque, ſiue alterutras, facere vt nihil iam tua intereſſet, an vicinus ille meus ſuas altiùs tolleret, necne. Niſi

etiam adderes impoſitam & meis, & tuis ædibus, ſeruitutē altius non tollendi. In quo tamen non video quænam poſſit eſſe tua vtilitas in vendenda ea ſeruitute, cuius non aliter emptorem reperire poſſis, quā ſi propriis quoq. tuis ædibus ſeruitutem imponeres. Illud tamen explicatione dignum eſt, quam rationē habeat quod toties diximus, interpoſitum prædium liberum non obſtare quominùs vrbana ſeruitus cōſtituatur, cùm tamen obſtet in ſeruitutibus ruſticis conſtituendis. Puto autem diuerſitatis huius rationē petendam ex eo eſſe quod alibi docuimus, vrbanarū ſeruitutum ius & vſum pendere ex ſtatu ipſo prædij ſeruientis, & dominantis: ruſticarum verò ex facto hominis, cuius eſt prædium cui ſeruitus debetur, *l. hæc autem 6. de ſeru. vrb. præd.* Inde namq; fit vt non poſſis mihi conſtituere ſeruitutem itineris per tuum fundum ad meum, ſi interpoſitum ſit prędium Titij quod meo nō ſeruiat, quia nullus mihi vſus eſſe poſſet eius ſeruitutis, niſi eundo per tuum fundum ad meū, ad quem tamen ire non poſſum iure meo, quin ius habeam eundi per fundum quoque Titianum: quod ius non habeo, nec habere poſſum niſi conſtituta etiam per Titium ſeruitute. At cùm agitur de ſeruitute vrbana, puta altiùs non tollendi quàm ędes tuæ debeant meis, licèt interpoſitæ ſint ædes Titij, non eo minùs tamen vtor ſeruitute, & quidem iure meo, ac inuito etiam Titio, quandiu ille non tollit altiùs ædes ſuas, dummodò tuæ in conſpectu mearū ſint, quia vſus talis ſeruitutis non exigit vt quid faciam, aut facere poſſim in ędibus Titij, ſed tātum ne quid ille faciat quod vſum ſeruitutis impediat. Itaq; ſi ædes ſuas velit altiùs tollere, atq. ita facere ne ampliùs ædes tuę in cōſpectu mearum ſint, poterit quidem pro ſuo iure id facere, & aſſequi ſi per longum tempꝰ ędes ſuas altiùs ſublatas habuerit, vt hoc ipſo amiſerim ſeruitutem à tuis ędibus debitam meis, ſc. non vtendo: ſed ea res non impedit, quominus etiam inuito eo inter nos ea ſeruitus conſtituatur, tamdiu nimirū futura vtilis, quādiu ille ſuas ædas altiùs non ſuſtulerit, aut etiamſi ſuſtulerit, dummodò ante cōpletum id tempus quo ſeruitutes non vtendo amittuntur, ſublatas habere deſierit, *d. l. loci corpus. §. vlt. l. 5. & 6. in pr. ſi ſeru. vind.* At rurſus ille ſcrupulꝰ adhuc tollendus ſupereſt, cur non ergo ſeruitutum ruſticarum ſaltem & conſtituendarum locatio permiſſa ſit, ſicut & oppigneratiō, non quidem ex iuris ratione, quæ non magis oppignerationem patitur, quàm locationem, vt ſupra diximus, ſed ex contrahentium vtilitate. Neq. enim dubitandum arbitror, quin quod ſcriptum eſt *in l. locare 44. ff. locat.* ſeruitutem locari non poſſe, generaliter accipi debeat non ſolū de ſeruitutib. omnibus, ſed etiam ita vt earum locatio non magis ex vtilitate contrahentiū, quā ex iuris ratione defendatur. Verum facilis reſponſio eſt, locationem nullā fieri niſi eius rei quę iam ſit, & cuius proprietas adeóq. poſſeſſio remanere debeat penes locatorem. Nec quemadmodum neceſſitas plerumq. exigit, vt ſeruitus ruſtica vel pignori vel precariò conſtituaꝫ, ita pōt vnquā neceſſarium videri vt ſeruitus locetur cùm vtilitatem aliquam adferre non poſſit locatio, quam non facilius & commodius poſſit quis ſibi cōparare emendo ſeruitutem ad tempꝰ, poſtquàm placuit tales ſeruitutis conſtitutiones ad tempus factas defendi à prætore. At vt poſſint ſeruitutes ēt vrbanę precario conſtitui, vtilitas contrahentium facit, ne alioqui nulla ſupereſſit ratio adquirendæ ſibi gratuitò in tempus aliquod ſeruitutis. Nec. n. poſſet conſtitui ſeruitꝰ aliqua titulo commodati, magis quam titulo locati. Eadem ratione, quia nec cōmodari poteſt id quod nondum eſt, Item quod commodatum vel locatum fuit, reſtituendum tandem eſt finito tempore locationis vel commodati. Nihil autem eſſet quod poſſet reſtituere is cui ſeruitus vel locata fuiſſet, vel commodata. Quod in precario diuerſum eſt, de cuiꝰ natura non eſt, vt reddi debeat, ſed tantùm vt finiri, & quidem ad nutum concedentis, vnde eſt quod in iuribus quoq. poteſt conſiſtere, *l. 2. §. vltim ff. de precar.* in quibus tamen nec locatio poſſet conſiſtere, nec commodatum. Quod autem ad pignus attinet, ea ratio vtilitatis ſuadet, vt permittēda ſit oppigneratio ſeruitutum ruſticarum, quę per ipſam pignoris conuentionem tum primùm conſtituantur, quòd facilè poſſit euenire, vt quis creditorem quærens nullum inueniat ſine pignore, nec tamen aliud pignus commodè dare poſſit, quàm ſeruitutis, cuius conſtitutionem titulo pignoris facere non recuſet, ſpe futuræ aliquando luitionis, quam tamen per venditionem puram & in perpetuum conſtituere nollet: ſicut & facilè poſſit contingere, vt reperiatur qui velit talem ſeruitutem pignori accipere, vt liceat ſibi vendere illam vicino, ſi ad certam diem pecunia nō ſoluatur, qui tamen eam pro ſe empturus non eſſet, fortaſſis ea non indigens, & ſciens futurum vt quæſitam prædio ſuo ſeruitutē alij poſtea quantumuis vicino vendere ſine prædio nō poſſet. Deniq; in iis omnib. quę contra rationē iuris ex ſola contrahentium vtilitate admittit legiſlator, perpetuò ſoles obſeruare, vt nihil admittat, niſi quatenus neceſſitas & libertasꝰ commercij exigit, ne priuentur ciues eo commodo, quod ex rebus ſuis percipere alia iuſta & licita ratione non poſſunt, vt à iuris regulis, quàm minimùm fieri poteſt, recedatur.

De oppigneratione vſusfructus, vſus, & habitationis.
Et ad l. 1. ff. de vſufr. legat.

CAPVT VIII.

PVgnare cum iis, quæ diximus, maximè videtur, quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi is qui 11. §. vſusfructus. ff. de pign.* vſumfructum poſſe dari pignori & hypothecæ, cùm vſusfructus ſit ſeruitus, & conſequenter in iure conſiſtat, vt cęterę omnes ſeruitutes, nec proinde magis quàm cæteræ oppignerari poſſe videatur. Sed diſſimilis ratio eſt vſusfructus, & cæterarum ſeruitutum, quæ prædiorum appellantur, non in hoc tantùm quòd perſonalis ſeruitus eſt, illę verò reales & prædiales, ſed in eo etiā quòd vſusfructus, licèt in iure conſiſtat, non in corpore, nec in parte dominij, tamen omne rei cōmodum & emolumentum continet, *l. Mauius 66. §. fundo. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2.* ideóq. omnem vtilitatem, quæcumq. ex re fructuaria colligi poteſt, fructuario adferre debet. Atqui fructus ſei eſt vel pignori dare licere, *l. vlt. ff. de vſur.* Quidni ergo ei licere debeat dare pignori non tantùm vſumfructum, cuius ipſe pleno iure dominus eſt, ſed etiā rem ipſam, cuius ille non niſi fructuarius eſt? Hactenus nimirum vt valeat pignus, quandiu durabit vſusfructus *d. l. vl.* Alioqui certum eſt proprietatē à fructuario in perpetuum obligari non poſſe, *l. intereſt 6. C. de vſufr.* Sed & obſeruandum illud eſt, alio ſenſu nos admittere oppignerationē vſusfructꝰ, quàm admiſerimus ſeruitutū ruſticarū. Has. n. ita demū oppignerari patimur ſi pignoris iure cōſtituantur, non ſi iam antè fuerint cōſtitutę. Vſusfructꝰ verò ēt qui iam fuerit cōſtitutus oppignerari poteſt, quia in eo nulla fit iniuria domino proprietatis, non magis quā ſi venditus aut locatus eſſet, quippe qui ſemper ęſtimetur ex perſona fructuarij, vt eo moriente, vel capite minuto finiatur: quod in ſeruitutib. ruſticorū prædiorum diuerſum eſt, quę ſi à domino prædij domi-

dominantis in alium transferri poſſent ſine prędio, aliæ eſſent ſeruitutes, nouáq. iura prædiorum quibus acquirerentur, ideóque manerent iis in perpetuum acquiſitę. Nec eo minùs tamen admitto, Poſſe vſumfructum ſicut & ſeruitutes ruſticas conſtitui iure pignoris, adeóq. quod magis eſt ex ipſa etiam iuris ratione, quia vſusfructus in eo differt à ſeruitutib. realibus, quòd & ex tempore, & ad tempus cõſtitui poteſt, *l.4.ff.de vſufr.l & puto 16.§ vſusfr.ff.famil.ercis.* quia non quæ ratio impedit ne ſeruitutes prædiorũ ad tempus conſtitui poſſint, nempe quoniã ſunt iura prędiorum, eadem locum habet in vſufructu, quippe qui ius quidem eſt, ſed perſonæ, non prædij. Alia vſuarij ratio eſt, quia ſicuti locare vſum nõ poteſt, nec vendere, ita neque pignori dare, cùm id ad fructus magis quã ad vſus cauſam pertineat, *d.l.vlt.De vſur.* vſuarius verò vſum dũtaxat habere debeat, non etiam fructum. At in legatario habitationis poſtquàm placuit Iuſtiniano vt poſſit habitationem locare, in *l.cùm antiquitas 13. C. de vſufr.* facile etiam illud admitti poteſt, vt pignori habitatio dari poſſit, & hac parte vt & in aliis pleriſque vſuifructui magis quàm vſui ſoli comparetur. Sed hoc eſt valdè ſingulare in ſeruitutum ruſticarum oppigneratione, quod vtilitatis cauſa receptum eſſe diximus, vt neceſſe ſit pignus illud ita cõſtitui, vt eo vti creditor poſſit, adeò vt nec aliter valiturum ſit, quàm ſi conuenerit vt iis ſeruitutibus ruſticis iure pignoris cõſtitutis vti creditor poſſit, *l.ſed an via 12.ff.de pign.* Cùm tamen in cæteris pignoribus regulare ſit, vt pignore creditor vti non poſſit quin furtum faciat, *l.ſi pignore 54. De furt.* ſicut & qui vtitur depoſito, aut etiam commodato in alios vſus, aut in aliud tempus, *§.furtum.Inſt. de oblig.quæ ex delict.naſc.* Ratio autem diuerſitatis eſt, quia non poſſet valere pignus quod non poſſet vendi, nec vendi, quod non poſſet tradi: cùm venditor quilibet teneatur ad tradendum, *l.1.ex empto 11.§.1.ff.de act.empt.* neq; rurſum tradi quod non poſſideretur à creditore, ſiquidem traditio nihil aliud eſt q̃ datio & tranſlatio poſſeſſionis, *l.3.in pr.eo.* Ob eámq; cauſam ſi non pignus contractum ſit, quod non contrahitur niſi per traditionem, ſed tãtùm hypotheca, quæ contrahitur nudo pacto, non prius poteſt creditor hypothecam vẽdere, quàm egerit hypothecaria ſiue contra debitorem ipſum, ſiue contra quemlibet alium poſſeſſorem, ad auocandam ſcilicet poſſeſſionem, *l.ſi cùm venditor 66.ff.de euict.l.debitor 5.l.vl.& paß.C.de remiſſ.pig.l.qui prædium 3.C.de diſtract.pign.* At nec rurſus poſſet creditor ſeruitutem ſibi iure pignoris conſtitutam poſſidere, quin prius ei eſſet tradita aut quaſi tradita per debitorem: qui porrò non aliter eam quaſi tradere poteſt, quàm ſi patiatur creditorem ea ſeruitute vti, *l.1.in fin. De ſeru.ruſt.præd.* aut, quod effectu idem eſt, quàm cauerit per ſe non futurũ, quominùs creditor ea ſeruitute vtatur, *l.vlt. ff.de ſeru.l.3.§ ſi iter.de act.empt.* Conſequens igitur eſt, vt non aliter valeat pignus ſeruitutis, quàm ſi eo pignore creditor vtatur, vel ob id etiam ne alioqui videatur data pignori res, quæ non ſit. Nec enim ſeruitus quæ nunc primum conſtituitur, & qua nemo adhuc vſus fuerit, vlla eſſe intelligitur priuſquã in ſeruitute quis vtatur, aut vti poſſit. Apparet verò ex iis quę hoc capite diximus, quàm ſtulta ſit ratio illa quã adferre noſtri ſolent, quoties quęrũt. Cur non valeat ipſo iure oppigneratio ſeruitutum: Rationem enim aliam non adferunt, quàm quia ſeruitutes neque in bonis noſtris ſint, neq. extra bona, *l.1.ff.de vſufr.leg.* pignus a. non aliarum rerum valere poſſit, quàm quę ſint in bonis noſtris. *l.quæ prædium.& t.t. C.ſi alien. res pig.dat.ſit.* Ita namq; poſt Azonem ratiocinatur Accurſ. ad *d.l.ſi is qui 11.§.vlt.ff.de pign.* Quæ ratiocinatio ſi recta eſſet, quæro cur vſum fructũ potius quã alias ſeruitutes oppignerari leges permittant. Nam nec niſi de vſufructu loquitur *d.l.1.de vſuf.leg.* ex qua deſumunt illi propoſitionem iſtam, Seruitutes neq; in bonis noſtris, neque extrà bona eſſe. Quidni verò ſunt in bonis noſtris, cum earum nomine & actiones competant, & exceptiones & interdicta *tot.tit.ff. ſi ſeru.vind.vel ad alium pertin.* neget? Et *tit.De itin. actúque priuat.* Siquidem ſolemus dicere, & veriſſimum eſt, eam demum rem in bonis noſtris eſſe, cuius nomine & actionẽ habemus ad eam conſequendam, & exceptionem ad retinendam, *l.rem in bonis 52.de acq.rer.dom.* Neq. verò exiſtimandum eſt aliter Paulum ſenſiſſe *in d.l.1.de vſuf.leg.* vbi quod ſcribit, *quia id neque ex bonis, neque extra bona ſit*, non ad vſumfructum, aut ad ſeruitutem ſimpliciter referendum eſt, ſed ad vſumfructum itineris, de quo ibi agitur, & ad ſeruitutem ſeruitutis quæ per rerum naturam nulla eſſe poteſt, quia & ſecundum philoſophos accidens accidentis non eſt: Non entis autem nullæ ſunt qualitates, vt proinde id quod neq. natura neq. iure ſubſiſtit, nec in bonis noſtris, nec extra bona noſtra eſſe poſſit. Planè quod ſequitur in d. l.1. ab illis verbis, *ſed incerti actio*, vſque ad finem legis Tribониani omnino eſt, non Pauli cum abhorreat euidenter à iuris ratione, vt alio loco oſtendemus.

De vſucapione & longa quaſi poſſeſſione ſeruitutum.

CAPVT IX.

SEruitutes prędiorum, ſiue vrbanorum, ſiue ruſticorum vſucapi non poſſe notiſſimum eſt, *l.ſeruitutes 14.ff.de ſeru.* ratione illa omnibus communi, quod ſeruitutum omnium natura ea ſit, vt poſſideri non poſſint, cùm ſint incorporales, *l. ſi ædes meæ 32. §. 1. vrb.præd.* Certum enim eſt ſine poſſeſſione nullam eſſe vſucapionem, *l.ſine poſſeſſione 25.ff.de vſuc.* In ſeruitutibus tamen ruſticis alia ſpecialior ratio eſt quę impedit vſucapionem, nimirum quòd tales illę ſunt vt non habeant certam & continuam poſſeſſionem. Nemo ſiquidem tã perpetuo & tam continenter ire agere poteſt, vt nullo momento eius poſſeſſio interpellari videatur, *d.l.ſeruitutes.* Atqui ad vſucapionẽ non tantùm neceſſaria eſt poſſeſſio, ſed illud etiam, vt poſſeſſio ſit continua. Ergo quod ſequitur *in d.l. ſeruitutes*, idem & in ſeruitutibus prædiorũ vrbanorum obſeruari, quod ſcriptum fuit in ſeruitutibus prædiorum ruſticorum, non ſic accipiendũ ſit, quaſi nulla ſit hac parte inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas differentia, quod ad continuam earum poſſeſſionem, ſed tantùm vt non magis vrbanæ, quàm ruſticę vſucapiantur. Cęterùm vrbanarum ſeruitutum quaſi poſſeſſio continua eſt, non vt ruſticarum, interrupta, quia ruſticæ æſtimantur ex hominis facto, quod continuum eſſe numquam poteſt: vrbanæ verò ex prædij ſeruientis ſtatu, qui ſuaptè natura ſemper idem manet, quamdiu vel ab homine, vel ipſa temporis vetuſtate non immutatur. Itaque qui habet, exempli cauſa, ſeruitutem tigni immittendi, licèt nõ niſi ſemel tignum immiſerit in ædes vicini, ſemper tamen ſeruitute vtitur, tum quoque cùm dormit, nec ſolùm quandiu tignum immiſſum manet, ſed etiam exemptum ſit, dummodò non ſit obturatum foramen in quod fuerat immiſſum, *l.hac autem 6.de ſeruit.vrbanor.prædior.* vbi Caius aliam ex hoc differentiam infert inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas: nempe quòd ruſticæ ſolo non vſu pereunt & amittuntur: vrbanæ verò non aliter quã ſi dominus

prædij ſeruientis aliquid in ſuo prædio ſecerit contra ſeruitutem, quæ debebatur, per quod videri poſſit acquiſiuiſſe prædio ſuo libertatem: puta in ſeruitute tigni immittẽdi, ſi foramen ex quo tignum exemptum eſt, obturauerit: aut in ſeruitute altiùs tollendi, ſi ædes ſuas quæ ſeruiebant altiùs ſublatas per ſtatutum tempus habuerit. Quoniam alioqui nihil eſſet ex quo poſſet dici dominum prædij dominantis non eſſe vſum ſeruitute, cùm non priùs incipiat non vti, quàm à vicino aliquid factũ ſit per quod vti prohibeatur. Ex qua differentia rurſus illa naſcitur, quod non poteſt amitti ſeruitus vrbana quæ debebatur prędio dominanti, quin hoc ipſo domin⁹ prędij ſeruientis vſucapiendo libertatem ſuarum ædiũ, acquirat his ſeruitutem contrariã ei quæ amiſſa fuit, hoc eſt, negatiuã, ſi amiſſa fuit affirmatiua, & contra. Exemplum eſto in eo cuius ædes debebant ſeruitutem altiùs non tollendi. Nam ſi ędes ſuas altiùs ſublatas habuerit, per ſtatutum tempus, quod olim erat biennij, hodie decennij, aut vicennij, non tantùm dicetur vſucepiſſe libertatem ſuarũ ædium, *d. l. ſi ædes 32. §. libertas. de ſeru. vrb. præd.* ſed etiam hoc ipſo acquiſiuiſſe ſeruitutem altiùs tollendi, non per quam cogat vicinum altiùs tollere (nulla .n. talis ſeruitus prodita eſt, *l. quoties. §. 1. de ſeru.*) ſed vt habeat ius ædes ſuas altiùs tollendi inuito etiam vicino, cùm anteà prohibente ſeruitute id facere non poſſet. Atque ita cùm deberent ipſius ędes ſeruitutem negatiuam, acquiſiuit iiſdem ſeruitutem affirmatiuam. Et hoc eſt, vt puto, quod ait *l. 4. §. vl. de vſuc.* libertatem ſeruitutum vſucapi poſſe, nec prohiberi vſucapionem per legem Scriboniam, aut, vt alij malunt, Voconiã, quæ vetabat ne ſeruitutes vſucaperentur. Id enim pertinebat ad eas ſeruitutes quas aliquis ſibi per vſucapionem acquireret, ac tum primum conſtituere vellet. Quæ vſucapio inhibenda fuit fauore libertatis naturalis omnium rerum, quam conſeruari publicè intereſt, perinde ac ipſam hominum libertatem, niſi quatenus iure conſtituta ſeruitus reperiretur. At hęc eadem ratio facere debuit, vt libertas ſeruitutum vſucapi tanto faciliùs poſſet, cũ per talem vſucapionẽ nihil noui fiat, cum ad priſtinam libertatẽ, ſtatúmq. naturalem res reuocatur. Nec pugnat, quòd proximè diximus, vſucapi non poſſe libertatem ſeruitutis vrbanæ, quin hoc ipſo ſeruitus priori contraria vſucapiatur, lege a. Scribonia ſublatam eſſe vſucapionẽ ſeruitutũ. Illa .n. ſeruitus contraria, quæ per vſucapionẽ libertatis acquiritur, non eſt talis ſeruitus, quę videri debeat odioſa, & cuius vſucapionem oportuerit eam ob cauſam lege Scribonia inhiberi, cum ea nihil aliud inducat, quã vt dominus prædij anteà ſeruiẽtis poſſit liberè vti fundo ſuo, ac ſi nũquam ſeruitutem debuiſſet, niſi quòd hoc ipſũ ius vtendi liberè fundo ſuo, ſeruitus hodiè eſt, quod non eſſet ſeruitus ſi contraria nulla præceſſiſſet. Igitur quod ſcriptum eſt in *d. l. 4. §. vlt.* ſublatã lege Scribonia vſucapionem per quã ſeruitus conſtitueretur, intelligi debet de ea ſeruitute quæ ſit odioſa, & contra naturalem prædij libertatem, non de illa quę ſit è contrario fauorabilis, & reſtitutam prædij libertatem neceſſariò concomitetur. At difficilius illud videtur, quomodo poſſit vſucapi libertas, cum ea nõ minus quam ſeruitus, ſit quid incorporale, & quod poſſideri non poteſt. Verum ad hanc dubitationem reſpondet Iulianus *in d. §. libertas*, naturã ſeruitutum etiam vrbanarum eam eſſe, vt quamuis poſſideri non poſſint, tamen intelligatur earum poſſeſſionem habere is qui ædes poſſider, indéq. fieri vt ſi is, qui ędes poſſidebat quę debebant ſeruitutem altius non tollendi, eam libertatem ſeruitutis vſucapere cœperit, & iam altius ædificatũ habere, deinde ante ſtatutum tẽpus deſierit eas poſſidere, interpellata ſit vſucapio, itaque ei neceſſe qui poſtea eaſdẽ ædes poſſidere cœperit, vt integro ſtatuto tempore eas poſſideat, ad libertatem vſucapiendã. Ex quo apparet, quoties de libertatis vſucapione tractam⁹, non niſi de libertate ſeruitutis vrbanę nos intelligere. Nam ſeruitutis ruſticę libertas vſucapi nunquam põt, cum acquiratur, vt diximus, ſolo non vſu domini prędij dominantis. Quamquam autem ſeruitutes vſucapi non poſſunt, neq. per longi temporis poſſeſſionẽ acquiri, tamen pro iure conſtitutis habentur, ſi fortè earum vetuſtas tanta ſit vt memoriam hominum excedat, *l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſt.* vbi ſcriptum eſt, ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum exceſſerit, haberi loco eius qui iure ſit conſtitutus. Quò etiã pertinet, quod ſcriptum eſt *in l. 1. §. vlt. ff. de aquã & aq. pluu. arcend.* quotieſcunq. ſeruitus non inuenitur impoſita, eum qui diu illa vſus ſit, neq; vi, neq; clam, neq; precariò videri habuiſſe longa conſuetudine, vel ex iure impoſitam ſeruitutem, vt intelligamus nihil referre an ex iure, an ex cõſuetudine ſeruitus impoſita ſit, quoniam longa conſuetudo ius eſt, & ideo non minus habilis quàm conuentio aut legatum ad imponendas & conſtituendas ſeruitutes, quæ ſunt iura. Vnde & Paulus noſter *in l. 2. in pr. eod. tit.* inſert tria eſſe in ſumma per quæ locus vnus ſeruiat alteri, Conuentionem partium, Naturam loci, puta ſi fundus vnus ſit ſuperior, alius inferior (ſemper enim qui inferior eſt, naturaliter ſeruit ſuperiori *d. l. 1. §. ſed etſi vicinus. & d. §. vlt.*) & deniq. vetuſtatem, quæ, inquit, ſemper pro lege habetur, minuendarum ſcilicet litium cauſa. Etſi non parua dubitatio eſt, an iis locis dicatur ille diu vſus ſeruitute, qui vſus eſt per longum duntaxat tempus, id eſt per decennium inter præſentes, & vicennium inter abſentes, An verò debeat vterq. locus intelligi de eo caſu quo vetuſtas vſus ſeruitutis hominum memoriam exceſſerit *ex d. l. 3. §. ductus aquæ.* Eadémque dubitatio cadit in reſponſum Scæuolæ, de quo *in l. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcen.* vbi ait, ſolere illos, qui iuri dicundo præſunt, tueri ductus aquæ, quibus authoritatem vetuſtas daret, tametſi ius non probaretur. Facit verò dubitationem, quod Vlpianus ſcribit, in *l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſeruit. vindic.* Si quis diuturno vſu & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit, non eſſe ei neceſſe docere de iure quo aqua conſtituta ſit, veluti ex legato vel alio modo, ſed habere illum vtilem actionem, ſi oſtendat per annos fortè tot vſum ſe non vi, non clam, non precariò. Illa namq; verba *per annos fortè tot*, non obſcurè præ ſe ferunt ſignificari tempus certum, & quod ſit longè breuius, quàm quod immemoriale vocant, cui et conuenit quod ſcriptum eſt in *l. 1. C. de ſeruit. & aqua.* longi temporis conſuetudinem ſeruitutis vicem obtinere, ſi modo is qui pulſatur, nec vi, nec clam, nec precario poſſederit: & in *l. 2. C. eod.* apertè ſcriptum eſt. Si quis per fundum vicini eo ſciente aquam duxerit, acquiſiuiſſe eum ſeruitutem tempore, exemplorum immobilium. Quę verba excludunt omnino tempus illud cuius memoria non extet, quippe quod nec longum vnquam appellatur, cùm ſit pluſquàm longiſſimum, neque ad vſucapionem, aut præſcriptionem rerum immobiliũ tale vnquam requiratur: præter id quod fieri nequit, vt immemoriale ſit temp⁹ illud quo quis aquam duxerit, non magis quàm vt per immemoriale tempus quis vixerit. Accedit quod Paulus in *l. foramen 28. de ſeruitutib. vrbanorum prædior.* ait non poſſe acquiri

tempore

tempore ſeruitutem, ſi foramen ſit in imo pariete cõclauis, vel triclinij, quod eſſet proluendi pauimẽti cauſa, quòd id neque flumen, neque alia ſeruitus eſſe poſſit: Ita innuẽs, fore vt tẽpore [illegible] acquiri, ſi tale quid eſſet quod poſſet eſſe ſeruitu[illegible] placuiſſe Ioan. Curraſio ſeparandam hac pa[illegible]atione iuris ab æquitate, & publica vtilitate, vt ex [illegible]tione iuris non poſſit ſeruitus acquiri tempore præſertim poſt legem Scriboniam quæ ſuſtulit earum vſucapionem *d. l. 4. §. vlt. de vſucap.* iuncta *d. l. ſeruitutes* 14. *de ſeruit.* ſed tamen propter vtilitatem publicam receptum tãdem fuiſſe, vt vſucapi poſſent quamuis earũ natura repugnaret, quòd incorporales eſſent, nec poſſideri poſſent. Sed contra ſententiam hanc multa vrgent. Illud primùm quòd nulla lex eſt quæ dicat poſſe vſucapi ſeruitutes, ſed tãtùm poſſe tempore acquiri, quod longè diuerſum eſt. Nam & ea tempore olim acquirebantur, quamuis vſucapi non poſſent. Longius ſiquidem tempus exigebat longi temporis præſcriptio, quàm vſucapio, & facilius interrumpebatur, nimirum ſuperueniente mala fide, quia minùs fauorabilis erat, quod non tam expreſſa lege, vt vſucapio, quàm moribus eſſet introducta. Deinde quia leges quę probant tẽpore acquiri poſſe ſeruitutem, non magis publica vtilitate, quàm ratione iuris nituntur, vt proinde diſtinctio illa planè cõmentitia eſſe videatur. Adde, quòd neq; dubitationem noſtrã tollit, quæ potiſſimum in illo eſt, An ad acquirendas tempore ſeruitutes neceſſarium ſit tempus immemoriale, an ſufficiat decennale inter præſentes, vicennale inter abſentes. Nam & cũ quid diu factum eſſe Iureconſulti dicũt, vt plurimùm intelligunt de decennio, vt in *l. ſi eum fideicommiſſa* 16. *§. Ariſto. D. qui & à quib. manum.* Itaq; magis communiter probata eſt ab interpretibus noſtris diſtinctio illa, quæ fuit veterum, an agatur de cõtinua, an de diſcontinua ſeruitute. Ita enim ſolent illi ſeruitutes diſtinguere, vt aliæ ſint continuę, aliæ diſcontinuæ. Continuas appellant eas quæ habent cauſam continuam, eiuſmodi volunt eſſe ſeruitutes vrbanorum prædiorum; diſcõtinuas verò, quę habent cauſam diſcontinuam & interruptam, vt ſeruitutes ruſticorum, ex *d. l. ſeruitutes* 14. *de ſeruit.* & *d. l. foramen* 28. *vrban. præd.* Volunt autem continuas poſſe acquiri longo tempore ex *dict. l. foramen* & *l. 1. C. de ſeruit.* Diſcontinuas verò non niſi eo tempore quod hominum memoriã excedat, ex *d. l. 3. §. ductus aquæ. de aqua quotid. & æſt.* & *d. l. vltim. de aqua & aquæ pluu. arcend.* atque ita eſſe accipiendam *l. ſi quis diuturno* 10. *D. ſi ſeruit. vindic.* Ego verò hanc diſtinctionem ſemper commentitiam eſſe exiſtimaui. Inaudita enim ſunt prudentibus noſtris nomina iſta continuarum, & diſcontinuarum ſeruitutum, & pleræq; ſunt ſeruitutes, etiam vrbanorum prædiorum, quæ quaſi poſſeſſionem continuam non habent, vt ſeruitus ſtillicidij immittendi, vel auertendi, ſeruitus fluminis, id eſt, foramen per quod fluat aqua de cœlo cadens, vnde aqua non magis aſſiduè cadere poteſt, quàm illud fieri, vt aſſiduè quis vtatur ſeruitute aquæductus. Neque verò ita loquitur Paulus in *d. l. foramen*, vt dicat ſeruitutes omnes prædiorũ aut quaſdam debere cauſam habere continuam, ſed ait omnes omnino ſeruitutes debere cauſam habere perpetuam, quod planè aliud eſt. Cauſa enim perpetua dicitur, quæ eſt naturalis, licèt non habeat effectum continuum, & numquam interruptum, quia, vt lex ait, quod ex naturali cauſa fit, licèt non aſſiduò fiat, perpetuò tamen fieri intelligitur, nempe, quia perpetuũ fieri poſſet, ſi rerum vtilitas, & natura id exigeret. Proinde non ſunt hac parte ſeparan[illegible] ſeruitutes ruſticæ ab vrbanis, vt ex eo intelligimus, quod in eadem *l. foramen*, Paulus loquitur, e[illegible] de aquædu[illegible]tu, quam tamen nemo negauerit eſſe ruſticã ſeruitutem. Et huius propoſitionis ratio illa eſt, quia ſeruitutes nihil aliud ſunt, quàm iura prędiorum, iura verò prædiorum nihil aliud quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l. quid aliud* 86. *de verb. ſignif.* Atqui prędia ipſa ſicut naturaliter, ita perpetuo ſunt prædia: ergo & iura prędiorum perpetua eſſe neceſſe eſt, & conſequenter cauſam habere naturalem, vt poſſint eſſe perpetua. Ex quo infert Paulus in *d. l. foramen*, non poſſe aquęductum conſtitui ex ſtagno, quod ſcilicet in plano continetur, neque ex lacu, qui non ſit viuus & perpetuus, qualis ille eſt, de quo in *l. via* 23. *§. 1. ruſt. præd.* ſed qui meliùs dici poſſet lacuna viuam aquam non habens, qua talis lacus poſt conſtitutam aquæductus ſeruitutem, fortaſſe cito areſceret, atque ita perpetua ſeruitus eſſe non poſſet: ideóque nec ex ciſterna eadem ſeruitus conſtitui poteſt, quia non habet perpetuam cauſam, nec viuam aquam, *l. 1. §. hoc interdictum. de ciſtern. D. de font.* nec rurſus ex puteo poſſis ſeruitutem hauſtus imponere, niſi habeat aquam perennem. *l. 1. §. loquitur* 5. *de aqua quotid. & æſt.* Deinde facit contra interpretum ſententiam, quod ſeruitus aquæductus eſt ex earum numero, quas illi diſcontinuas vocant, cùm fieri nequeat, vt aſſiduè & cõtinenter aqua ducatur, neque rurſum id etiam prædiis, quibus talis ſeruitus debetur, expediat. Et tamen ſeruitutem aquęductus acquiri poſſe longo tempore exemplo rerum immobilium, adeóque quod magis eſt, ſine titulo apertè ſcriptum eſt in *d. l. 2. C. de ſeruit.* & *d. l. ſi quis diuturno* 10. *D. ſi ſeruit. vindic.* Alia igitur cõciliatio quærendæ eſt, & illud primùm quidem iudicio meo animaduertendum, nullo iuris loco ſcriptum eſſe, Vſucapi ſpeciem vllam ſeruitutis, præter eam quę vſucapitur neceſſario in conſequentiam vſucaptæ libertatis, ſi qua ſeruitus antea debebatur. Et vero cùm ius vſucapionis inductum ſit lege duodecim tabularum iis verbis, *Vſus autoritas fundi biennium eſto, cæterarum rerum vſus annuus eſto*, nemo vtique dixerit ſeruitutes quæ iura ſunt, & incorporales fundi appellatione cõtineri, quamuis fundo adhæreant *d. l. ſeruitutes* 14. *D. de ſeruit.* multo minùs appellatione rerum mobilium, cùm adhæreant rebus immobilibus, adeo vt ab iis ſeparari nõ poſſint, non magis quàm vnum & idem prędium cenſeri iure rei mobilis, quod ad aliqua; & iure rei immobilis, quod ad alia, *l. eum qui ædes* 23. *de vſucap.* ſed & in lege 12. tabul. vſus nihil aliud ſignificat quàm poſſeſſionem, eámque continuam, *l. 3. & l. ſine poſſeſſione* 25. *D. de vſucap.* Atqui ſeruitutes poſſideri non poſſunt: ergo neque vſucapi, vt initio capitis diximus, & ſcriptum eſt in *d. l. ſeruitutes* & *l. 4. de vſucap.* quo modo etiam ſcriptum fuiſſe opinor in *l. ſi aliena* [illegible] *§. hoc iure eod.* vbi tamen Tribonianus more ſuo repoſuit *longo tempore capi*, pro eo quod Iuriſconſultus ſcripſerat, *vſucapi.* Etſi loquitur ibi I.C. de ſeruitutibus alieno fundo debitis, nos de iis quas quis prędio ſuo debitas eſſe dicit. In eo igitur tota quæſtio verſatur, quid illud ſit quod tot aliis iuris locis ſcriptum eſt, Poſſe acquiri tempore ſeruitutes. Rurſum cur tempus illud exigatur aliquando tantum, vt hominum memoriã excedat, aliquãdo vero cõtenta ſit lex, vt fuerit breuius, quale eſt tempus quod lõgum appellatur *tot. tit. C. de long. tẽp. præſcr.* De quibus omnibus quid nos ſentiamus, poſt aliorum ſentẽtias & diſtinct. cõfutatas dicendũ nobis eſt c. ſeq.

Digitized by Google

De differentiis vſucapionis & præſcriptionis longi temporis maximè in acquirenda ſeruitute: & ad l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſeruit. vindicet.

CAPVT X.

EXiſtimo in propoſita quæſtione de ſeruitutibus tempore acquirendis, vt & in aliis pleriſque, ſeparandam eſſe vſucapionem à longi temporis præſcriptione, & quamuis ſeruitus nulla vſucapi poſſit, quemadmodũ ſuperiore capite probauimus, Omnes tamen ſeruitutes tam vrbanas quàm ruſticas longo tempore acquiri poſſe. Fuerunt enim plures olim differentiæ inter vſucapionem, & longi temporis præſcriptionem, inter quas hæ potiſſimùm: prima quòd ius vſucapionis Italico ſolo concludebatur, ius verò præſcripionis longi temporis, ad regiones quæ extra Italiam eſſent populo Romano ſubiectæ, pertinebat, *l. vnic. C. de trãsform vſucap. §. 1. Inſtit. de vſucap.* Secunda, quòd vſucapio rerum mobilium anno vno, immobilium biennio complebatur: præſcriptio verò longi temporis quantum ad res quidem mobiles annum ſimiliter exigebat, ſed quantum ad immobiles, decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes *d. §. primo de vſucap.* Tertia quòd per vſucapionem dominium acquirebatur, & quidem abſolutum, id eſt, quiritiarium, vt conſtat ex definitione ipſa vſucapionis poſita in *l. 3. D. eodem.* At per longi temporis poſſeſſionem non acquirebatur dominium, ſed præſcriptio tantùm, id eſt, exceptio. Vnde & longi temporis præſcriptio appellabatur. Quid enim aliud eſt Latinis & prudentibus noſtris præſcribere, quàm excipere? *tot. tit. de except. præſcr. & præiud. & de diuerſ. tẽpor. præſ. & C. de præſcrip. long. tempor.* Quare nec vindicationẽ habere poterat is, qui longi tẽporis præſcriptione tutus erat, ſi fortè rei poſſeſſionẽ amiſiſſet, ſed cogebatur experiri interdictis recuperandæ poſſeſſionis, vt poſſeſſor factus, ſi poſtea rẽ ab eo dominus vindicaret, tueri ſe poſſet lõgi tẽporis exceptione. Cuius iuris licèt antiquati à Iuſti. in *l. C. nũc. de vſu. transfor.* veſtigium tamen ſupereſt in *l. ſi duo 13. §. Iulian. de iurei.* vbi ſcribitur, eum qui poſt longi temporis poſſeſſionem inquietatus de fundi dominio iurauit aduerſario deferente ſuũ eſſe fundum, etiam vtilem actionem habere debere, ſcilicet in rem, qui vtique directam habere deberet etiã citra iuſiurãdum, ſi per lõgi tẽporis poſſeſſionem ſic ut per vſucapionẽ dominus factus eſſet. At nõ habet niſi vtilem, quia re vera dominus non eſt, eámque habet nõ propter lõgi tẽporis poſſeſſionem, aut præſcriptionẽ, ſed propter religionem iuriſiurãdi, quod non tantum rei iudicatæ, ſed etiam probationis vim habet *l. 1. & 2. l. eum qui 30. & paſſ. eod. tit.* Quarta differentia erat, quod vſucapio non interrumpebatur per ſuperuenientem malam fidem, adeóque nec per litis conteſtationem, *l. ſi poſt acceptum 18. & l. præced. §. fin. D. de rei vindic.* At longi temporis præſcriptio non tantùm ab initio bonam fidem exigebat, ſed per totum poſſeſſionis tempus continuatam, *l. 1. & 2. l. nec bona fide 10. C. de præſc. long. tempor.* Sed & in longi temporis præſcriptione adhibebantur diſtinctiones quædam inter cauſam lucratiuam & oneroſam, minúſque fauebatur poſſeſſori lucratiuam duntaxat habenti quàm ſi oneroſam haberet, præſertim cùm quærebatur de acceſſione temporis quo poſſeſſoris autor poſſediſſet, vt innuit Iuſtinianus *in l. ſuper longi 11. eodem tit.* vbi tollit eiuſmodi diſtinctiones, quibus certè nullus in vſucapione locus erat, quippe quæ eſſet tanto fauorabilior, quãto Italia dignior erat prouinciis, & lex duodecim dignior iure moribus tãtùm recepto. Ex quibus apparet non ſolùm differentiam olim fuiſſe inter vſucapionem & longi temporis pręſcriptionẽ, ſed etiam, quod ad inſtitutam à nobis diſputationẽ magis pertinet, præſcriptionẽ longi temporis fuiſſe quodammodo ſubſidiariam vſucapioni, vt quæ res vſucapi nõ poſſent, earum pleræq. tamen longi temporis præſcriptione acquiri poſſent. In quo numero ſicut erant res prouinciales, propter loci qualitatem quòd eſſent extra ſolũ Italicũ, ita & ſeruitutes propter qualitatem rei quòd eſſent incorporales. Quãquam. n. longi temporis præſcriptio non minùs quã vſucapio poſſeſſionem requirebat, cùm tamen nulla lege eſſet introducta, ſed tantùm moribus, minuendarum litiũ cauſa, & ne manerent omnia in incerto, nihil vetabat acquiri tempore ſeruitutes, quamuis non poſſiderentur, quòd earum ſaltem quaſi poſſeſſio aliqua ſiue ex emptorum prędiorum poſſeſſione, ſiue ex vſu ipſo intelligeretur. Quare non ſic loquimur, vt dicamus ſeruitutes longo tempore poſſideri potiùs quàm vſucapi potuiſſe, ſed dicim⁹ eas longo tempore acquiri, &, vt loquũtur, pręſcribi potuiſſe, & quidem exemplo rerum immobilium, vt ſcriptũ eſt *in l. 2. C. de ſeru. & aq.* ſed tamen longè aliis conditionib. & legibus. Res namque immobiles ita demum longo tempore acquirebantur, ſi poſſeſſor habuiſſet bonam fidem, quam tamen non aliter habere poterat, quàm ſi titulum aliquem haberet ſuę poſſeſſionis, puta ſi doceret rem ſibi venditam, vel legatam, vel traditam à nõ domino fuiſſe. Nec enim ſufficiebat, ſi putaret ſe habere titulum, ſi re vera nullum haberet, ne quidem in vſucapione, quamuis eſſet illa multo fauorabilior, vt iam diximus, *l. Celſus 27. de vſuc. l. ſi exiſtimans pen. eod. aliàs l. pen. pro ſolu. l. 2. pro empt. l. 1. pro don. l. nemo 6. pro derelict. l. 2. & 3. pro legat. l. vlt. & pen. C. pro hered.* At ſeruitutes poterant longo tempore acquiri ẽt ſine titulo, in eóq; melioris erant cõditionis qoàm res quęlibet immobiles, non quaſi ſint modici præiudicij, vt poſt Dynum & Bartolum vulgo creditum eſt (quid. n. grau⁹ & intolerabilios, quàm fundum habere affectum ſeruitute?) ſed quoniam ex alia parte deterioris conditionis erant in eo quòd res immobiles poterant & vſucapi, & longo tempore acquiri etiam domino ignorante, nedum abſente, ob eámq. cauſam adhibebatur diſtinctio, non quidem in vſucapione, quia lex 12. tab. quę vſucapionem induxerat, locuta fuerat indiſtinctè, ſed in longi temporis præſcriptione, an contra præſentẽ præſcriptionis tẽpora cucurriſſent, an cõtra abſentẽ, vt cõtra pręſentem ſufficeret decenniũ, contra abſentem verò vicennium requireretur. At ſeruitutes non poterant longo tempore acquiri niſi quis vſus iis eſſet ſciente vicino contra quem volebat acquiſitas. *d. l. 2. C. de ſeru. & aqua.* Idq; eſſe videtur, quod aliis locis ſcriptum eſt, eum qui dicit longo tempore à ſe quæſitam ſeruitutem probare debere, quòd ea vſus ſit per tot annos, nõ vi, non clam, non precario, *d. l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſeru. vind. d. l. 1. §. vlt. De aqua & aquæ pluu. arcen. l. vlt. de itin. actúque priu.* Vix. n. eſt vt quis vti potuerit ſeruitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea fuerit vſus, nõ ſolum ſciente vicino, ſed etiam patiente. Siquidem vi facere dicitur quiſquis aliquid facit prohibitus: clam verò, qui celato aduerſario à quo controuerſiã timuit, aut veriſimiliter timere debuit, *l. 1. §. quid ſi vi. in l. 3. §. penult. & vlt. cum l. ſeq. ff. quod vi aut clam.* Precariò autem qui precibus impetrauit à vicino, vt liceret ſibi ſeruitute vti, vel alia re aliena, *l. 2. §. vlt. l. 3. de prec.* A quo multùm diſtat, qui re aliena vſus eſt, vel in ea quid fecit iure familiaritatis, *l. qui iure 41. de acq. poſſ.* Quanquam nec hoc ſufficit ad acquirẽdam

longo

longo tempore ſeruitutem, vt ſi ea vſus aliquis ſit nõ vi, nõ clam, non precario: niſi etiam illud concurrat vt ſit vſus tanquam iure ſuo, & credens ſibi debitam ſeruitutem. Alioqui non poteſt videri acquiſiuiſſe ſeruitutem is qui ea vſus eſt, ideo quod vti non prohiberetur, non vſurus tamen ſi prohiberetur, ne quidem ad cauſam interdicti, quamuis ſoleat illud concedi facilius quã actio in rẽ, & vindicatio ſeruitutis, *d.l.vl.ff.de itin.actuq; priua.* vbi rationẽ Celſ. reddit, quod iure fundi poſſediſſe oporteat, vt ſit locus ei interdicto: neq; ſufficiat quòd per alienum fũdum iuerit, neq; vi, neq; clam, neq; precario, quintimò etiam ſi quis per alienum fundum iuerit, exiſtimans poſſe ſe id facere, inuito quoq; domino fundi, idémq; facturus, tametſi prohiberetur, ſed tamẽ iure publico, aut alieno potius quàm ſuo priuato, puta dum exiſtimat ſe vti via publica, aut alterius tertij ſeruitute, non videbitur acquiſiuiſſe longo tempore ſeruitutem, quãuis verum ſit eum nec vi, nec clam, nec precario, nec iure familiaritatis vſum fuiſſe, quia verum etiam eſt eum non fuiſſe vſum tanquam iure ſuo, *l.vlt.ff.quẽadm.ſeruit.amitt.* Cùm igitur ad acquirendam longo tempore ſeruitutem illa omnia concurrere neceſſe ſit, vt quis ea vſus fuerit tãquam iure ſuo, & præterea nec vi, nec clã, nec precariò, ac quod plus eſt, ſciente & patiente vicino, mirũ videri non debet, ita ius cõſtitutum eſſe vt ad huiuſmodi acquiſitionem nõ requiratur præcedens titulus, qui ad acquiſitionem rerum immobilium requireretur, *l.diuina 4.cum ſeq. C.de præſcrip.lõg.tẽp.* nempe quoniam rerum immobilium traditionem neceſſariò ponendum eſt à non domino factã fuiſſe, cùm ſi à domino facta eſſet; hoc ipſo dominium trãſlatum inueniretur, nec locus ſupereſſet quæſtioni de vſucapione, aut longi temporis præſcriptione. At ſeruitutis quaſi traditio, quæ per patientiã inducitur, facta reperitur ab ipſo fundi domino, qui eam expreſſim conſtituere potuiſſet, hoc ipſo nimirum quod ſciuit & paſſus eſt vicinũ vti ſeruitute, quãdoquidẽ ſcientia illa, & patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet, *l.vl.ff. de ſeruit. l.1.in fi.de ſeruit.ruſtic.præd.* Qua.v. fronte põt titulum ſeruitutis exigere is qui tradidit ipſe, aut ſaltem quaſi tradidit ſeruitutem? Aut quis tã ſtultus & ſupinus ſit, vt vicinum vltro patiatur iure ſeruitutis ire, aut quid aliud facere per fundũ, qui nullã debeat ſeruitutem? Ob eã igitur cauſam meritò receptũ eſt, vt longo tempore poſſit acquiri ſeruitus, etiã de cuius iure ac titulo non doceatur, dummodo in ea acquirenda concurrant omnia, quæ diximus, quæ ipſa tamen ſanè pro titulo ſunt, adeóque quod magis eſt, pro titulo quem à vero domino habuerit, præſcribens. Et ideo I.C. in *d.l.ſi quis diuturno*, nõ ita loquitur, *ſi quis diuturno vſu, & lõga quaſi poſſeſſione aquam duxerit*; ſed, quod longè diuerſum eſt, *Si quis diuturno vſu, & lõga quaſi poſſeſſione ius aquæ ducẽdæ nactus ſit.* Nam vt quis tale ius nanciſcatur, nõ ſufficit quòd aquam duxerit per longum tempus, ſed illud etiam exigitur vt duxerit iure ſuo, non vi, non clam, non precario, adeóq; ſciente & patiente vicino, *d.l.2.C.de ſeruit.& aqua.* Sed & hoc plus eſt in ſeruitute per lõgi temporis poſſeſſionem acquiſita, quòd eius nomine competit actio in rem non minùs quàm pro ſeruitute quæ iure legitimo eſſet conſtituta, nec minùs aduerſus dominum fundi ſeruientis, quàm aduerſus tertium quemlibet prohibentem vſum ſeruitutis, *d.l.ſi quis diuturno, in prin. & §.1.* cùm tamen acquiſitio, quæ fiebat olim per longi temporis præſcriptionem, non pareret actionem in rem, ſaltem contra verum dominum, ſed tantùm exceptionem, vt iam probauimus tam ex nomine ipſo præſcriptionis, quam ex *d.l.ſi duo 13.§.1.de iureiur.* Quare nec eſt quod quis miretur in præſcriptione ſeruitutum requiri ſcientiã & patientiam vicini, ſeu domini fundi ſeruientis, quę in rerum immobilium præſcriptione non requiritur. Sicut n. mitiùs agitur cum præſcribente ſeruitutem in eo quod de titulo ſuo docere non cogitur; ita oportuit cum eo duriùs agi in eo, quod niſi ſciente & patiente domino ſibi ſeruitutem acquirere non poſſet. Quoniam alioquin fieri non poſſet, vt non videretur in mala fide fuiſſe, qui per eum fundũ quem ſciuiſſet alienum, & naturaliter liberũ, ſibi aliquod ius cõparare voluiſſet, nullo præſertim titulo præcedente. Sed etſi poneres venditum tibi fundum Corn. tãquam dominantem, & cui ſeruitus itineris à fundo Sempron. deberetur, quę reuera nulla debebatur, non faciet ille titulus vt eo magis videaris tibi quæſiuiſſe ſeruitutem, etiamſi per fundum Sempron. iueris longo tempore; ſi non iueris domino eius fundi ſciente, ac patiente: quia ſtatim atq; tollis ſcientiam & patientiam domini, nihil eſt durius, aut odioſius ſeruitutis acquiſitione, nec propter quod tã citò ad rixas & arma, nedũ ad lites decurratur: dum ſtudet quiſq; naturalem rei ſuæ libertatem tueri quãtum poteſt. Iuſtin. tamẽ in *l.vl.in fi.C.de præſcrip.lõg.tẽp.* nouum ius hac in re fecit, & conſtituit, vt non magis in ſeruitutibus quàm in aliis rebus quæ & corporales & immobiles ſunt, longo tempore acquirendis diſtingui oporteat, an aduerſarij ſcientia, vel ignorãtia interuenerit, dũmodò bonum fuerit initium præſcriptionis, hoc eſt, dummodò aliquis titulus adfuerit. Alioqui quomodo bonum poſſet eſſe initium poſſeſſionis, ſi neq; titulus, neq; domini ſcientia interueniſſet? Vnde & dubitandi cauſa naſcebatur in *d.l.ſi quis diuturno §.1.* vt non videretur danda in rem actio pro ſeruitute contra tertium, quaſi quæ longo tempore quæſita non fuiſſet, niſi propter ſcientiam, & patientiam domini, quæ porrò non alij nocere debere videbatur, quàm illi ipſi qui ſciuiſſet, ac paſſus fuiſſet. Verùm vt in rebus mobilibus aut immobilibus facta traditio à domino parit acquirenti vindicationem, non tantùm contra veterem dominum, ſed etiam contra quemlibet poſſeſſorem; ita & in ſeruitutibus dicendum eſt, eam quæ fuit quæſita per longum tempus ex cauſa quaſi traditionis factę à vero domino, poſſe vindicari non minùs contra quemlibet impedientem vſum ſeruitutis, quàm contra dominum ipſum.

Ad l.3.§.ductus aquæ.ff.de aqua quotid.& æſtiu.

CAP. XI.

PRæcipua quę in hoc tractatu eſt difficultas verſatur circa id quod ſcribit Pomp. in *l.3.§. ductus aquæ. De aqua quotid.& æſt.* ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum exceſſerit iure conſtituti loco haberi. Videtur n. id pugnare ex diametro cũ eo quod ſcriptum eſt in *d.l.2.C.de ſeruit.& aqua*, ſeruitutem aquæductus acquiri longo tempore exemplo rerũ immobilium; quod tempus immemoriale eſſe non poteſt, ſiue quodnam tempus longum ſit, ſiue exemplum rerum immobilium intueamur. Nec rurſus poteſt harum legum conciliatio peti ex ea, quam ab interpretibus noſtris adhiberi diximus, diſtinctione, An ſeruitus continua ſit, an diſcontinua, cùm vterq; locus ſit de ſeruitute aquæductus, de qua etiam agitur in *l.ſi quis diuturno 10.ff.de ſeruit.vind.* vbi tamen pro acquirenda huiuſmodi ſeruitute, diuturnũ duntaxat, id eſt longũ tempus requiritur, vt in *d.l.2.* *nõ immemoriale, vt in d.§.ductus aquæ.* Et ideo interpretes noſtri cùm nihil melius excogitare poſſent

quod dicerent, duplicem aquæductus ſpeciem conſtituerant, vnam quæ ſit ſeruitus continua, vel ſaltẽ quaſi continua, id eſt, ſi non actu, tamen aptitudine: nimirum, inquit Bartolus poſt Accurſium, ſi aqua de cœlo cadat, quo caſu nullu hominis factum intercedit, habétq; ſeruitutis cauſam naturalem, & conſequẽter perpetuam, vt docuimus in ſuperioribus: Alterã vero, quæ ſit ſeruitus diſcontinua, ſi aqua ex fonte aliquo ducenda ſit, aut ex lacu viuo: In quo caſu, quia factum hominis omnino neceſſariũ eſt, fieri nequit vt ſeruitus continuum habeat vſum, nec continuam quoq; cauſam. In priore ſpecie aquęductus volũt decennium ſufficere, ac de iſta ſpecie accipiendum eſſe quod ſcriptũ eſt in *d. l. 1. C. de ſeruit. & aqua*, & in *d. l. ſi quis diuturno*: In poſteriore autem requiri tempus immemoriale, & ad eam ſpeciem pertinere quod ait Pomponius in *d. §. ductus aquæ*. Scio Accurſium addere, intelligi Pomponium poſſe ac debere de aquęductu publico, vel fiſcali: alias verò leges de aquęductu priuato. Sed hanc diſtinctionem vti plane commentitiam & ineptam alij omnes interpretes reiecerũt, ſuperiorẽ verò, duce Bartolo adprobarũt. Quã tamen nõ minus commentitiam eſſe, apparet ex eo, quòd ij omnes loci quos adduximus de aquæductu, ſimpliciter ac indiſtinctè loquuntur, nec verbum in iis vllũ eſt ex quo poſſit cõiici an hic aut illic agatur de aqua quæ de cœlo cadat, an de ea quæ facto manúq; hominis ex fonte ducẽda ſit: niſi quòd ſi verum amamus, lex ſecũda *C. de ſeruit. & aqua*, ad cũ potius aquæductum pertinet, cuius quaſi poſſeſſio factũ hominis requirat. Id. n. præ ſe ferunt verba illa, *ſi aquã duxiſti*, quæ & ad perſonã relata ſunt, & perſonæ factum deſignant: E contrario autem in *d. §. ductus aquæ*, nihil eſt quo factum aliquod hominis ſignificetur, ſed potius opus ipſum aquæductus, cuius origo memoriam hominũ exceſſerit. Ergo ſecundum Bartoli diſtinctionẽ debuerat Imp. in *d. l. 2.* requirere tẽpus immemoriale, vbi tamen non niſi longum tempus exigit. Pomp. autem in *d. §. ductus aquæ*, contẽtus eſſe longo tempore, vbi tamen immemoriale requirit. Et verò nomen ipſum *aquæductus* nihil aliud ſonat quàm ductionẽ ipſam aquæ, quæ ductio quomodo poſſit vel intellectu ipſo cõcipi ſine facto hominis qui aquã ducat? Riuus. n. ipſe per quem aqua ducitur, & qui ſemel factus nullũ aliud hominis factum exigit ad ducendam aquam, quæ de cœlo cadit, non ductus, ſed iter aquæ eſt, aut potius iter ductus, vt loquitur Labeo in *l. ul. ff. ſi ſeruit. vind.* Neq. rurſũ expedit prędio dominanti vt ſemper ducatur aqua quę de cœlo cadit, nec ſi aſſiduè plueret, ſed ſtatis temporibus, vt proinde factum hominis ſemper neceſſariũ ſit, vt aqua etiam quæ de cœlo cadit ducatur, vel non ducatur. Alioqui aut ſemper aqua duceretur etiã cũ non expediret, aut nunquam, ne tum quidem cùm expediret, ob eámq; cauſam ſolent aquæductuũ riui ita conſtrui, vt non niſi ad voluntatem domini aquã poſſint excipere, ne alioqui dãnoſa fiat ſeruitus quæ propter prædij vtilitatem fuerat conſtituta. Quare nec dubitandum eſt quin aquæductus omnis ſeruitus diſcontinua ſit, ſi qua vſpiam eſt quæ hoc nomẽ mereatur. Exiget ergo ſemper eius acquiſitio tempus immemoriale, ſi vera interpretum noſtrorum traditio eſt, cùm tamen leges omnes quotquot de aquæductu loquantur, longo tempore cõtentæ ſint, ſi excipias quod Pomponius ſcribit in *d. §. ductus aquæ*. Nos verò reſpondemus in *d. §. ductus aquæ* nõ negari ſeruitutem aquæductus acquiri decennio, quod apertè ſcriptum eſt in *d. l. 2. & d. l. ſi quis diuturno*, ſed illud tãtùm dici, Ductum aquæ cuius origo memoriam exceſſerit, iure conſtituti loco haberi: quorum verborum longè alius planéque diuerſus ſenſus eſt. Etſi. n. dicimus, Poſſe acquiri longo tempore ſeruitutes, etiam de quarum iure non doceatur, non ideo tamen admittimus perinde habendas eas eſſe, acſi eſſent iure conſtitutæ, niſi eo caſu quo earum vſus hominũ memoriã exceſſerit. Nempe quia cùm ſeruitus iure conſtituta eſt, aut, quod effectu ipſo idẽ eſt, cùm perinde habetur acſi ſeruitus eſſet iure cõſtituta, nihil exigimus eorum omnium quorum probationẽ requiri ſupra diximus ad acquirendas tempore ſeruitutes, nec inquirimus an quaſi ſeruitute vſus fuerit, & ſuo iure, nec rurſus an vi, aut clã, aut precariò, quæ tamen omnia niſi probentur cõcurrere in acquirẽda per lõgum tempus ſeruitutẽ, præſcriptio non procedit. Probatur autem hæc diſtinctio non obſcure ex *d. l. 1. §. vlt. De aqua & aquæ pluu. arcend.* vbi dicitur eum qui diu ſit vſus ſeruitute, neque vi, neque clàm, neque precariò, videri habuiſſe ſeruitutem impoſitã vel ex conſuetudine, vel ex iure, ita ſeparans ſeruitutem impoſitam ex iure ab ea quæ ſit impoſita ex cõſuetudine, vt intelligamus ſeruitutem impoſitam ex conſuetudine non idcirco ſtatim videri impoſitam ex iure, nimirum quoties conſuetudo eſt temporis nõ immemorialis. Cùm enim tempus immemoriale eſt, non tam ex conſuetudine, quàm ex iure impoſita eſſe debet *dict. §. ductus aquæ*, nec locus relinquitur quæſtioni, An ea interuenerint quæ neceſſaria ſunt ad conſuetudinem inducendam, de quibus alius erit dicendi locus. Et de hac vtique aquæductus ſpecie, cuius origo memoriam hominis exceſſerit, accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. vlt. De aqua & aquæ pluu. arcend.* ſolere illos, qui iuri dicundo præſunt tueri ductus aquę, quibus autoritatem vetuſtas daret, tametſi ius non probaretur. Quis enim credat vetuſtatis appellatione nihil niſi longum tempus ſolúmque decennium ſignificari? Sic & apud Vlpianum & Paulum in *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. eod.* vbi ſcribunt vetuſtatem ſemper pro lege haberi, minuendarum ſcilicet litium cauſa, vt Paulus ait in *d. l. 2.* quamuis ea ratio non minus proſit ad lõgi temporis, quàm ad immemorialis præſcriptionem inducendam: nec alia melior ratio quærenda eſt, propter quam inuita nõ minùs iuriſprudentia, quàm natura receptum ſit, vt lõgo tempore acquiri ſeruitutes poſſint. Fieri autem facilè poteſt, vt in ſeruitute aquæductus, vt extet opus, cuius extructio fuerit neceſſaria, ad inducendam aquam, nec memoria temporis extet, quo illud opus extructum eſt: neque tamen qui hodie vult vindicare ſeruitutem aquæductus, ea fortaſſis vnquam vſus ſit: quo caſu nemo dixerit permittendum ei eſſe vt vindicet ſeruitutem aquæductus, quaſi lõgo tempore quæſitam. Neq, tamen eo minus dicerem cũ Scæuola tuendum illum in ea ſeruitute, cui autoritatem vetuſtas daret, ſi modo non eſſet amiſſa ſeruitus non vtendo: quod vix eſt vt eueniat in aquæductu, cuius iter & opus perpetuò manſerit. Generaliter enim verum eſt videri ſeruitute vti eum, quiſquis in alieno fundo aliquid habet & retinet iure ſeruitutis, quamuis alioqui ſeruitutis commodum nullum percipiat, vt in vrbanis ſeruitutibus cernere eſt, puta in ſeruitute tigni immittendi, ſi foramẽ maneat in pariete ſeruiente, quamuis tignum nullum manſerit immiſſum. In ſeruitutibus verò ruſticis difficilius quidem illud eſt, quia vt plurimum non exigunt, vt opus vllum fiat in fundo ſeruiente, ſed tamen exemplum aptiſſimum occurrit in hac ipſa ſeruitute aquæductus, de qua tractamus: quia non poteſt eſſe quin per fiſtulas, aut per lapidem ſtratum aqua ducatur, *l.*

Digitized by Google

tur, *l. ſi prius 17. §. vlt. D. de aqua & aquæ plu. arcen. l. vlt. D. de aqua quot. & æſt.* Ex quo etiã fit vt in ſeruitute aquæductus non poſſit facilè occurrere illa facti quæſtio, quæ in aliis ſeruitutibus occurrit, An is qui ſe per longum tempus dicit ſeruitute vſum, fuerit vſus iure ſuo, necne. Nec enim quiſquam in alieno fundo riuos aut fiſtulas ponere auſit, niſi iure ſeruitutis, cùm nemo permiſſurus ſit tale quid fieri in fundo ſuo iure familiaritatis, niſi ſaltem interpoſita ſolenni teſtatione, per quam id probari quandoque poſſit, quod alioqui nemo crederet. Quamquam in cęteris quoque ſeruitutibus verius eſt, præſumi vnumquemque ſuo iure facere voluiſſe quod fecit, dummodo ſciente ac patiente domino, niſi ex aduerſo probetur eum vel feciſſe vi, aut clam, aut preciariò, vel iure familiaritatis, vel iure publico, vel denique iure alienę ſeruitutis, *d. l. ſi quis diuturno. dicta l. vlt. D. quemadm. ſeruit. amit. l. vlt. de itin. actúq. priuat.* Abſurdum ſiquidem eſſet ab eo probationem exigi qui ſe fundat in negatione; cùm negatio per rerum naturam, ſicut nihil eſt, ita probari nullomodo poſſit, *l. actor 23. C. de probat. l. adſeueratio 10. C. de non numer. pecun.* Qui autem probat ſe vſum ſeruitute, in eo quod addit, *non vi, non clam, non precariò,* nihil planè adfirmat, ſed tantùm negat.

Ad l. ſi quis emptionis 8. C. de præſcrips. 30. vel 40. annor. obſeruatus Triboniani error.

CAPVT XII.

EI quod diximus in præcedentibus, ex longi temporis poſſeſſione non potuiſſe acquiri olim dominium, nec proinde actionem in rem, ſed tantùm exceptionem ſiue de re mobili, ſiue de immobili longo tempore poſſeſſa quæreretur, valde contrarium eſſe illud videtur, quod Iuſtinianus ait in *l. ſi quis emptionis 8. Codic. de præſcriptione triginta vel quadraginta ann.* vbi non ſolùm conſtituit, vt ſi quis emptionis, vel donationis, vel alterius cuiuſque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos poſſederit, & longi temporis præſcriptionem contra dominos vel creditores hypothecarios ſibi acquiſiuerit, poſtea fortuito aliquo caſu eius rei poſſeſſionem amiſerit, actionem habeat ad eam vindicandam: ſed etiam addit, idem olim veteres leges, ſi quis eas rectè inſpexerit, ſanxiſſe. Verùm circa hanc conſtitutionem, multa iudicio meo, ſunt obſeruanda, quæ facient ne quid à nobis falsò hac in re aut imprudenter à nobis dictum videatur. Primùm, apparere ex ea ipſa cõſtitutione ius verus, vel planè diuerſum, vel ſaltem non omnino certum fuiſſe: alioqui ſuperuacua eſſet conſtitutio Iuſtiniani in eo iure confirmando, quod antea indubitatè obtinuiſſet. Quod & innuũt verba illa, *Si quis eas rectè inſpexerit,* deinde dici etiam poſſe, quod & veriſſimum arbitror, eam actionem in rem quam dat Iuſtinianus, & quam veteribus legibus non incognitam fuiſſe teſtatur, de ea eſſe accipiendam, quæ non contra dominum, aut creditorem eius hypothecarium, ſed contra tertium exerceatur. Id enim ipſa conſtitutionis verba præcisè ferunt, quæ non niſi de exceptione contra dominos vel creditores danda loquuntur, itémq; manifeſta ratio iuris, quia inauditum eſt vt actio in rem quæ non niſi domino detur, contra dominum dari debeat: multóque facilius eſt vt contra quemlibet alium poſſeſſorem accommodetur, vt cernere eſt in Publiciana quæ datur non domino cõtra poſſeſſorem quemlibet, etiam qui ſit in bona fide, ſed nõ cõtra dom. *l. 1. pen. & vl. ff. de Publ. in rẽ act.* Quod videtur etiã poſſe colligi ex alia eiuſdem Iuſtianini conſtitutione *in l. vnic. C. de transfor. vſuc.* vbi trãsformans Iuſtinianus vſucapionem in longi temporia præſcriptionem, & ſimiliter præſcriptionem in vſucapionem, vt ex eo iure quod in vtraque obtinebat nouum modum conſtituat acquirendi tempore res alienas, præcipit inter cætera, vt qui longo tẽpore rem alienam bona fide ab initio interueniẽte poſſederit, iure eam poſſideat quaſi per vſucapionẽ acquiſitam. Quibus verbis omnino conſequens eſt vt non tantùm exceptionem habere debeat, quemadmodum anteà, ſed & vindicationem, adeóque cõtra eum qui priùs fuiſſet dominus, quoniam impleta vſucapione idem contingeret. Hoc ipſum verò conſtitui nil neceſſe fuiſſet, ſi prioris conſtitutionis Iuſtiniani quæ extat in *d. l. ſi quis emptionis*, eadem ſententia fuiſſet: vt ei qui longo tempore rem alienam bona fide poſſediſſet, vindicatio etiam dari deberet contra veterem dominum, aut eius hypothecarium creditorem. Latam enim fuiſſe legem *ſi quis emptionis*, ante transformatã à Iuſtiniano vſucapionem, colligi poteſt ex eo quod in *d. l. ſi quis*, vocat ille longi temporis præſcriptionem exceptionem, cùm tamen hodie poſt eam vſucapionis trãsformationem non tam exceptio ſit, quã acquiſitio dominij, ſicut erat olim vſucapio, *l. 3. D. de vſuc.* Quòd ſi putauit Tribon. illud quoque legibus antiquis cautũ fuiſſe, vt qui haberet lõgi temporis præſcriptionem, idem etiam vindicationem haberet, nec minùs contra veterem dominũ quàm aduerſus aliũ poſſeſſorẽ quemlibet, proculdubio errauit, aut certè iniuriam nobis fecit, qui nõ modò nulla eius iuris veſtigia nobis in Pandectis reliquit, ſed etiam cõtrariæ ſententię non obſcurum argumentũ, vt ſupraprobauimus, in *l. ſi duo 13. §. 1. D. de iurei.* Poſſétq; eo caſu Tribon. fefelliſſe quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi quis diuturno 10. D. ſi ſeruit. vind.* de ſeruitute qua quis per longum tempus vſus ſit non vi, non clàm, nõ precariò, vtilem cõpetere actionẽ in rem. Vidit. n. non eſſe hanc vſucapionem, cùm ſeruitutes vſucapi non poſſint, ſed tãtùm per longi tẽporis præſcriptionem acquiri, nec cogitauit quod cogitare debuit, magnã eſſe hac parte differentiam inter res immobiles & ſeruitutes, quam nos explicauimus in ſuperioribus, nempe in eo quòd ſeruitutes longo tempore acquiruntur, hoc ipſo videntur traditæ à domino, id eſt, ab eo qui ius habuiſſet conſtituendæ expreſsim ſeruitutis, ſi eam conſtituere voluiſſet, cuius nimirum & ſcientiam & patiẽtiam interuenire neceſſe eſt ad acquirendam longo tẽpore ſeruitutem. Res verò immobiles, quantocũq; tempore poſſeſſæ, non idcirco videri poſſunt à domino traditæ, cùm & verum ſit à non domino traditas fuiſſe, & ad earum præſcriptionẽ neceſſaria non ſit ſcientia & patientia domini quæ pro traditione eſſe poſſit. Itaq; cùm actio in rem non competat niſi domino, dominium autem quod ad hanc rem pertinet, non poſſit acquiri niſi vel per vſucapionem, vel per traditionem quæ à vero domino facta ſit, fatendum eſt longi temporis præſcriptionem, quæ nec vſucapio eſt, nec comitem habere poteſt traditionem à domino factã, dominium quoq. acquirere non poſſe, nec conſequenter parere rei vindicationem, ſiue directam, ſiue vtilem, ſaltẽ contra veterem dominũ, niſi quatenus id contra iuris rationẽ Iuſtiniani conſtitutiones introduxerunt: in quibus tamen illud etiã reprehenſione dignum eſt, quòd antiquato hac parte iure vetere, antiquum tamen præſcriptionis nomen retinuerũt: quo nomine certũ eſt ſolam exceptionẽ, nõ etiam actionẽ vllam ſignificari. At longo tẽpore

acquiſitam ſeruitutem è contrario neceſſe eſt poſſe vindicari, ſaltem vtili actione, tam contra dominum fundi ſeruientis, quàm contra tertium quemlibet, cũ quaſi dominus ſeruitutis videri debeat ille cui fuit quaſi tradita per eum qui verum ſeruitutis dominiũ transferre potuiſſet. Traditio enim illa eſt quæ dominium transferre ſolet, non conuentio quæ præcedit traditionem, *vulg. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Ac quanquam non aliter ſolet traditio dominium trãsferre, quàm ſi iuſta cauſa præceſſerit, hoc tamen ad propoſitum non pertinet, quia ſi traditio, aut quaſi traditio ſeruitutis fieret ex iuſto titulo præcedente, acquireretur verum dominium ſeruitutis, atque ita daretur vindicatio directa ei cui ſeruitus conſtituta eſſet, tametſi nunquam ea vſus fuiſſet. Nos verò loquimur de vtili tantùm in rem actione dãda ex cauſa quaſi traditionis factæ à vero domino, concurrente tamen vſu ſeruitutis per longum tempus.

De ſeruitutibus quæ in ſuperficie conſiſtere dicuntur. Item de iis quæ ſuperficiario conſtituuntur ab herede pendente conditione legati.

CAP. XIII.

INter cæteras ſeruitutũ prædialiũ diuiſiones, vna illa eſt, vt aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtãt, *l. 3. ff. de ſeruit.* Nam vt prædia vel ex ſolo tantũ conſtãt, vel ex ſolo & ſuperficie, ita & ſeruitutes prædiorũ, quæ nihil aliud ſunt, quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, neceſſe eſt vt aliæ conſiſtant in ſolo, aliæ in ſuperficie. In ſolo quidem eæ quæ ſolo cõtentæ ſunt, nec ſuperficiem vllam requirũt, cuiuſmodi ſunt ſeruitutes itineris, actus, viæ, aquæductus, & ruſticæ ferè omnes. In ſuperficie verò, quæ conſtitui non poſſent, ſi ſuperficies nulla eſſet, quales ſunt ſeruitutes tigni immittendi, mænianum in alterius ædes immiſſum habendi, ſtillicidium proiiciendi, & aliæ huiuſmodi penè omnes ſeruitutes vrbanorum prædiorum, *l. ſeruitutes quæ in ſuperficie* 20. *vrban. præd.* vbi Paulus ait, has ſeruitutes quæ in ſuperficie conſiſtunt, poſſeſſione retineri, hoc eſt, videri quodammodo cum ipſis ædibus poſſideri, et quamuis ſeruitutes ſui natura poſſideri nequeant, illarum tamen poſſeſſionem habere videantur, qui ſuperficiem poſſident, vt Iul. ſcribit in *l. ſi heres* 22. *§. 1. eod. tit.* vbi ex hoc infert, vrbanarum ſeruitutum libertatem poſſe vſucapi, quod & ſcriptum eſt in *l. 4. §. vlt. de vſucap.* quia cùm vſucapio non ſit ſine poſſeſſione, neceſſe fuit aliquid eſſe in ſeruitutibus propter quod tanquam ratione adiuncti poſſideri videretur. Vnde etiam fit, vt in ſeruitutibus ruſticis aliud iuris ſit, nec earũ libertas vlla eſſe poſſit quæ vſucapiatur, ſed tantũ amittantur illæ non vtendo, *l. hæc autem* 6. *vrb. præd.* quia nimirũ nõ conſiſtunt in ſuperficie, ſed in ſolo, & in facto hominis iis vtentis, ob idq; non poſſunt vlla quaſi poſſeſſione retineri, *d. l. ſeruitutes* 20. *eod.* Ex quo intelligitur, parũ referre an dicamus alias in ſolo, alias in ſuperficie cõſiſtere, an verò alias eſſe vrbanas, alias ruſticas: niſi quòd fieri poteſt vt etiam vrbana ſeruitus in ſolo conſiſtat, puta ſi cùm haberemus areas cõtiguas, mutuam ſeruitutẽ cõſtituerimus altiùs nõ tollẽdi, & nũquã in areis illis ædificandi, alioqui poſſet quilibet noſtrũ in area ſua pro arbitrio ædificare. Excepto caſu, *l. vlt. §. eum autem. C. de ſeruit. & aqua* vbi Iuſtin. conſtituit vt in præiudicium areæ, in qua fructus trituratur, nõ poſſit vicinus altiùs ædificare, hactenus ſcilicet vt ventũ excludat, qui neceſſarius eſt ad triturationem. Sunt tamen qui putent aliã eſſe Pauli ſententiam in *d. l. 3. De ſeruit.* vt nimirũ eæ ſeruitutes dicantur in ſolo conſiſtere quæ à domino ſoli imponũtur. In ſuperficie verò, quæ à ſuperficiario, quem illi dominum vtilem ſuperficiei appellant, de quo in *l. in ſpeciali* 73. *§. ſuperficiario. & legib. ſeqq. ff. de rei vindi. & in l. 3. ff. de ſuperfic.* Sed interpretatio hæc probabilis non videtur. Nam præter id quod longè aliud eſt dicere, ſeruitutem conſiſtere in ſolo aut in ſuperficie, quomodo Paulus loquitur, aliud verò cõſtitui à domino ſoli vel ſuperficiei, certum etiam eſt nõ valere ipſo iure ſeruitutes, quæ à ſuperficiario cõſtituuntur, ſed tantùm tuitione prætoria, ita vt earũ nomine neq; directæ actiones competant, neq; directa interdicta, ſed tantum vtiles actiones, & vtilia interdicta, *d. l. 1. §. vlt. de ſuperfic.* non quaſi ſint conſtitutæ ad tempus, ſiquidem ſuperficiariæ ædes illæ dicuntur, quæ conſtitutæ ſunt in fundo qui ſit in perpetuum cõductus, *l. id eſt* 74. *de rei vindic.* Sed quia nõ poteſt imponi ſeruitus niſi ab eo, qui ſit dominus eius rei, cui ſeruitus imponitur, cùm ſeruitus ſit ius prædij, quod tamen is qui dominus nõ eſt, nullomodo afficere poteſt, adeò vt nec ſufficiat eſſe dominũ pro parte, niſi ſit in ſolidum, *l. 2. ff. de ſeruit. l. per fundũ* 11. *& l. vnus* 24 *ruſtic. præd. l. vlt. ff. commun. præd.* Atqui ſuperficiarius non eſt dominus, ne quidẽ ſuperficiei, nedum ſoli: quia & naturali & ciuili ratione dominiũ ſuperficiei ad eũ neceſſariò pertinet, ad quẽ & dominiũ ſoli, *d. l. 2. de ſuperfic. l. qui res* 98. *§. areã. de ſolut.* Non poteſt igitur cõſtitui ſeruitus à ſuperficiario, nec ſimiliter à poſſeſſore fundi vectigalis, aut ab emphyteuta. Horum.n. omnium eadem ratio eſt, vt dicemus in ſequẽtibus, cum de dominij directi & vtilis diſtinctione diſputabimus. Cęterùm quod dicimus ſeruitutes à ſuperficiario conſtitutas iure prætorio defendi, nec ad tempus videri conſtitutas, nõ ſic accipiendum eſt, quaſi omnimodo debeant eſſe perpetuæ perinde acſi à domino ſoli conſtitutæ eſſent: Fieri.n. poteſt vt ſint ad tempus, & tempore finiãtur, quãuis ita fuerint conſtitutæ, & eo animo vt eſſent perpetuæ, puta ſi ſuperficiarius, vel vectigalis poſſeſſor, vel emphyteuta ceſſauerit in ſolutione vectigalis & canonis annui domino præſtandi. Tunc.n. ſicut eius qui ſeruitutem conſtituit, totum ius finitur, adeò vt poſſit ille expelli à domino ex natura ipſa & lege contractus, *l. 1. & 2. ſi ager vectig.* ita & ſeruitutes ab eo conſtitutas finiri neceſſe eſt, quia quemadmodũ nemo plus iuris in alium transferre poteſt quàm ipſe habeat, *l. nemo plus iuris* 71. *de reg. iur.* ita & reſoluto iure datoris, id eſt, in eam cauſam deducto, vt nullũ ius ille vnquam habuiſſe videatur, ius quoq; accepto ris reſolui neceſſariò conſequens eſt, *l. lex vectigali fundo* 31. *ff. de pign.* vbi Scæuola hanc ob cauſam ſcribit, Si vectigalis fũdi poſſeſſor eum pignori dederit, tenere quidem pignoris dationem quãdiu poſſeſſoris ius durat: ſed ſi propter vectigal non ſolutum iure ſuo dominus vtatur, & eum fundum transferat, etiam pignoris ius euanuiſſe, *l. voluntate* 10. *§. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Quoties.n. contractus reſoluitur, in priſtinã cauſam res redit, hoc eſt, in eam cauſam in qua eſſet, ſi contractus nullus præceſſiſſet. Atqui ſi nulla facta eſſet perpetua locatio, nullũ ius habuiſſet poſſeſſor eius fundi oppignerãdi, aut ſeruitutis in eo conſtituẽdæ, quia neutrum fieri à nõ domino, & in fũdo alieno poteſt. Ergo nec durabit pignus, aut ſeruitus poſt reſolutum ius poſſeſſoris, qui pignus vel ſeruitutẽ conſtituerit: quomodo etiã cõtingit in alia ſpecie, quam Vlp. tractat in *l. 4. aliàs l. ex duobus §. Marcellus. ff. de in diem addict.* de cuius ſententia, & ratione alibi ſcripſimus. Non omnimodo diſſimile eſt, quamuis nec prorſus ſimile quod

Marcellus

Marcellus ſcribit in *l.is cui via* 11.*§.heres. D.quēad. ſeruit.amit.*ſi heres a quo fundum teſtator legauerat ſub conditione,eidem fundo ſeruitutes aliquas impoſuerit,valere quidem ipſo iure ſeruitutes, quādiu legati cōditio pēdet, ſed tamē ſtatim atq; legati cōditio extiterit,finiri eas & extingui ipſo iure. Quod etiā euenit ſi heres hic pēdente cōditione moriens eundem fundum alij legauerit, qui ipſe eidem fundo ſeruitutes cōſtituerit. Nam exiſtente quandocunque cōditione quæ priore teſtamento fuerat adpoſita,ſicuti proprietas ad priorem legatarium ipſo iure pertinet, ita & impoſitam ab heredis legatario ſeruitutem finiri neceſſe eſt,*l.ſi fundum* 105.*de cond. & dem.vnd.l.ſi fundum* 81.*de leg.*1.His.n.caſib.ideo valet ipſo iure ſeruitus ab herede, aut legatario heredis conſtituta, quod negari non poteſt quin conſtituta ſit à vero domino: Siquidem quandiu legati cōditio pendet,heres dominus eſt rei legatæ,& quidem pleno iure, licet ſperetur dominium ab eo diſceſſurum ſi legati conditio extiterit, *l.nō ideo* 66.*de rei vind.l.fundus* 4.*D.ſi vſuſfr.pete.l. & poſt litē* 12.*§. res qua.D.fam.erc.l.*1.*§.ſerus* 4.*D.de S.C. Silan. l.generaliter* 29.*§.*1.*qui & à quib.manum.* At exiſtēte cōditione ideo finitur ſeruitus,quia ex euentu retrofingitur dominiū fundi legatū fuiſſe legatarij iā ex die mortis, ac proinde eo tēpore quo ſeruitus cōſtituebatur,vt idcirco videatur à non dom.conſtituta. Eſt n.hoc ex eorum genere,in quib.ex euentu & ex poſt facto apparet,quid antea fuerit,*l.quædam ſunt* 15.*De reb.dub.l.qui res* 98.*§.rē aūt.D.de ſolut.d.l.ſi fundum* 81.*ſiūt.l.ſi tibi homo* 86.*§.cū ſeruus.de leg.*1.D.cet aliquis,non poſſe huiuſmodi ſeruitutes valere quæ cōſtitutę ſint ab herede pendente cōdicione legati, tāquam quæ ſint conſtitutæ ad tempus, & quouſq; legati condicio extiterit. Sed reſpondeo non ita eſſe: quia quòd poteſt exiſtere conditio legati, non facit vt ideo videatur heres interim dominus ad tempus, ſed tantùm vt poſſit aliquādo ab eo dominium abſcedere, quod interim habet abſolutū,*d.l.nō ideò.* Igitur vt abſolutè dominus eſt,taliſq; in perpetuū manſurus,ſi nihil noui eueniet,ita quæ ab eo conſtituuntur ſeruitutes,perpetuæ ſunt ſui natura; nec tā ad tēpus,aut ſub cōditione conſtitutæ videntur,quàm eſſe, vt ita dicam,extinguibiles ſub conditione:nēpe ſi legati conditio extiterit.In eóq; diſſimilis eſt hic caſus ſuperioribus,in quibus non tam finiuntur ſeruitutes, quàm reſoluuntur, & pro numquam conſtitutis habentur:tanto magis quòd vectigalis fundi poſſeſſor, aut ſuperficiarius,aut emphyteuta numquā dominus fuit,*l.etē prædia* 10.*ff.famil.erciſc.*vbi hanc ob cauſam prędia quæ noſtri patrimonij ſunt, à vectigalibus & ſuperficiariis ſeparātur. At heres qui pēdente legati condicione ſeruitutem conſtituit,verè dominus fuit eo tempore, nec tā reſolui dicitur ſeruitus ab eo cōſtituta,quàm finiri. In quo tamen obſeruatione dignū illud eſt, quod deterioris cōditionis videtur hac parte libertas,quàm ſeruitus:cùm pēdente conditione legati ſerui, manomittere illum heres non poſſit, qui tamen poſſet,vt diximus,conſtituere ſeruitutem fundo legato ſub conditione,*d.l.generaliter* 29.*§.*1.*ff. qui & à quib.manum.d.l.is cui* 11.*§.heres.ff. quemadm. ſeruit.amitt.*Sed id fit propter fauorem ipſum libertatis,qui tantus eſt vt ſemel cōpetens libertas nūquā poſſit reuocari *l.ſi ex cauſa* 9.*§.vlt.ff. de minor.l.Pap.* 8.*§.vlt.& l.ſeq.l.ſi ſub hac* 26.*ff.de inoff.teſtam.*Itaque fieret iniuria legatario,cui ſeruus legatus eſt ſub cōdicione, ſi ea condicione pendēte manumittere illū heres poſſet:adeò vt ſi optio ſerui ex vniuerſa familia legata ſit,& heres aliquē ex ea familia manumiſerit,priuſquàm optaretur,eum interim ad libertatem nō perducat *l.ſi cùm optio* 14.*ff. De option.legat.*ne ſcilicet fiat iniuria legatario ſi fortaſſis eū ipſum optare velit. Sanè quotieſcumq; heres ita manumiſerit ſeruum,eū amittit ſtatim, quia aut electus legato cedet,aut relictus,tunc liber oſtēditur, *d.l.ſi cùm optio.* At nulla fit iniuria legatario, cùm ſeruitutes ab herede conſtituuntur pendente condicione legati,cùm nihil iuris habeat in fundo quandiu conditio legati pendet, exiſtente verò condicione ſeruitutes ſtatim & ipſo iure euaneſcant.

Explicatio l.nam ſatis 6.§.1. ff.quemadm.ſeruit.amitt.

CAPVT XIIII.

QVod iam ſæpius diximus, iura prædiorū nihil aliud eſſe quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia,*l.quād.aliud* 86. *de verb. ſignif.* facit neceſſariò vt alienato fundo cui ſeruitus debeatur, hoc ipſo alienata quoq; ſeruitus intelligatur,tāquàm quæ omnimodo prædium ſequatur,*l.via* 23.*§.ſi fundus.cū l.ſeq. l.ſi partem* 22.*l.eum in fundo* 36.*ff. ruſtic.præd.l.cū fundus* 12.*ff.commun.præd.*Sed &,quod magis mirum eſt, ſi prædium,cui ſeruitus debetur,fuerit per partes vēditum diuerſis emptoribus, omnes fundi partes ſeruitus ſequetur, ita vt ſinguli emptores rectè acturi ſint ius ſibi eſſe vtendi ſeruitute, *d.l.via.§.quæcūque.* Nec ad rē pertinet ſi quis obiiciat fieri hoc caſu duriorē conditionē ſeruitutis quæ fuerit conſtituta eo fortaſſis tēpore,quo vnus tantùm erat dominus prędij dominantis. Etſi enim fatendum eſt fore multo incommodius domino prędij ſeruientis,ſi per fundū plures eant,aut agant,quā ſi vnus ſolus,debuit tamen proſpicere cùm ſeruitutem impoſuit, fore vt poſſit id aliquando euenire,&ideo ſibi debet imputare cur nō meliùs ſibi cauerit, vt in ſpecie quamuis diſſimili argumentatur Vlp.*in l.ſi quis domū* 9.*§.*1.*verſic.idem quæro.ff.locat.* Et ſanè quemadmodum poſt diuiſum regionibus fundum tot ſunt fundi, quot ſunt partes diuiſæ, quia quælibet pars fundi fundus eſt, *l. planè* 34.*§.vltim. de legat.* 1. ita & tot viæ eſſe videntur, quot ſunt fundi *l.nā ſatis* 6.*§.*1.*ff.quēad.ſeruit.amitt.* vbi Celſus tractat,Si cùm fūdum communem ego & tu haberemus, cui ſeruitus aquæ per fundum vicini debebatur,ego ea vſus fuero,tu autem conſtituto tēpore ceſſaueris,an ius tuum amiſeris? Et è contrario, Si vicinus, cui via per fundum mihi & tibi communem debebatur,per meam partem iuerit, egerit, tuā verò partem ingreſſus non ſit,an pars tua libera erit? Et reſpondet, multum intereſſe an fundus ſit inter nos cōmunis regionibus diuiſus, an ex iis partibus quæ iuris intellectu magis,quàm reali corporis diuiſione conſiſtant: Hoc enim poſteriore caſu certum eſſe,Vnam tantùm eſſe ſeruitutem,quæ per vnum ex nobis amitti non poſſit,ne pro ſua quidē parte quandiu alius eam vtendo retinuiſſet, *l. ſi communem* 10. *eodem titul.* vbi Paulus ait, Si communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteretur:tamen propter pupillum me quoq; viā retenturū:cùm pupillus nihil poſſit alienare,nec cōſequēter amittere ſeruitutē: quandoquidem alienare etiā dicitur is,qui nō vtendo ſeruitutem amittit,*l.alienationis verbo* 38.*de verb.ſignif.* Quomodo etiam dicimus,eum qui it per partem itineris, totū ius vſurpare videri,hoc eſt, vſu retinere: & rurſum,Aquā,ſi in partem aquagij influxerit, etiamſi ad vltima loca nō peruenerit, omnibus tamen partibus intelligi vſurpatā,*l.ſi ſtillicidij* 8.*in fin.& ſeq.ff.quemadm. ſeruit.amit.*Quinimò,etſi per plures fūdos ſeruitus imponatur,& ego per vnū fundum iero, per alium nō item,

& quidem tanto, quanto ſeruitus non vtendo amittitur, nec amittetur, nec retinebitur ſeruitus pro parte, ſed tota vel amittetur, vel retinebitur: tota amittetur, ſi nullo vſus ſim, tota ſeruabitur, ſi vel vno fuerim vſus, *l. vna eſt via 18. ruſtic. præd.* vbi ratio redditur, quia licèt plura ſint prædia quæ ſeruiunt, vna tamē eſt via, & vna ſeruitus tātùm, ſiue reſpicias conſtitutionem ſeruitutis, quæ vnica tātùm eſt, ſiue prędiū cui debetur ſeruitus, quod vnicum eſt. Nam ſi plura eſſent prędia quibus ſeruitus deberetur, plures quoq; ſeruitutes eſſent, præſertim ſi ad plures dominos ea prędia pertinerent, vt in ſpecie *l. aquā 16. quēad. ſeru. amit.* quamuis eo loco non de via tractet Proculus, ſed de aquæductus ſeruitute, quam eo caſu multiplicem eſſe vult, tametſi vna tantùm ſit aqua. At priore caſu cùm fundus diuiſis regionibus communis eſt, placet Celſo diſtinguēdum eſſe, an agamus de ſeruitute viæ quæ fundo communi debeatur, an vero de ea quam debeat fundus communis. Priore caſu perinde eſt, inquit, atq; ſi ab initio duobus fundis debita ſeruitus fuiſſet, id eſt, acſi ab initio duo fuiſſent fundi, & duplex via, vt proinde ſibi quiſq; dominorum amittat ſeruitutem, non vtēdo, & ſibi quiſq; vſurpet ſeruitutem, id eſt, vſu retineat, vt bene Accurſ. interpretatur. Vſurpare namq; dixerunt Iureconſulti pro eo quod eſt vſu retinere rem quam alius velit vſu ſibi acquirere. Vnde vſurpatio definitur vſucapionis interruptio, in *l. 2. ff. de vſurpat. & vſucap.* ob idq; in illo titulo præcedit mētio vſurpationis, quia vſurpatio præcedit vſucapionem vt eam impediat, nec vſucapio vlla eſt, niſi quā vſurpatio nulla anteceſſit. *Nec amplius*, inquit Celſus, *ea in re cauſa eorū fundorum miſcebuntur*, vt vnius fundi iure cenſeri poſſint qui re vera duo ſemel facti ſunt. Nec facit hæc ſententia vllam iniuriā domino fundi ſeruientis, imò conditionem ipſius è contrario meliorem, quàm ſi hæc viæ ſeruitus poſt diuiſionem quoq; fundi regionibus factam, vnius vię iure cenſeretur, quoniam alter dominorum vtendo parte ſua diuiſa tanquam fundo ſeparato, ſibi tantum proficit, non etiam toti fundo, atq; ita dominus fundi ſeruientis fruitur libertate partis ſeruitutis vt loquitur Proculus *in d. l. aquā 16. in fi. ff. eod.* Quod non eſſet ſi vna tantùm eſſet via, quia per minimæ partis vſum tota eo caſu retineretur, *d. l. vna eſt via 18. ruſtic. præd* Sed ſi agamus de fundo communi ſeruiente qui diuiſus ſit, ita vt proximè diximus, id eſt regionibus, pluſculum dubitationis ea res habet. Diſtinguendū.n. eſt an certus & finitus ſit locus viæ, ita vt variari poſtea non poſſit, ſiue quòd ab initio fuerit ita conſtituta, vt per certum dūtaxat locū iri poſſet, ſiue quòd ea ſit natura ſeruitutis, vt quāprimùm viā direxerit is cui ſeruitus viæ debetur, ea ire agere debeat, *l. ſi cui Simplicius 9. ff. de ſeruit.* an verò nullus ſit certus & finitus viæ locus: quod euenit non eo caſu, quo in cōſtituenda ſeruitute nihil de loco dictū eſt (tunc.n. certus vię locus ille eſſet per quē dominus ſeruitutis viā dirigere cœpiſſet, *d. l. ſi cui*) ſed cùm in ſeruitute cōſtituenda id nominatim actū eſt, vt liceat domino fundi dominantis mutare locū ſeruitutis: Valet enim illa conuentio, vt ſequitur apud Celſum in *verſ. cæterùm.* Priore caſu cùm certus ac finitus viæ locus fuit, rurſum ſubdiſtinguendum eſt, an diuiſus ſit fundus ſeruiens per longitudinem viæ, an per eius latitudinem: Siquidem in omni via & longitudo eſt, & latitudo. Longitudinem facit neceſſitas fundi dominantis, quia tam longam eſſe viā neceſſe eſt, quàm longa eſſe debet, vt per fundū ſeruientem iri poſſit ad dominantem. Neq; in ea re lex aut conuentio partiū facere quicquam poteſt: latitudinē facit conuentio cōtrahentium, & quantam volunt contrahentes, aut ſi nihil ab iis dictum ſit, legitima latitudo ſumēda eſt, id eſt quam lex duodecim tabularum conſtituit: nempe quæ in porrectum octo pedes habet, in anfractum verò ſexdecim, *l. via latitudo 8. l. certo generis 13. §. latitudo. de ſeruit. ruſt. præd.* vbi monet Iauol. differre viā ab itinere & actu, quia itineris actúſq; latitudo nulla eſt niſi quæ à cōtrahētibus demōſtrata fuit, aut ſi nihil ab iis dictū ſit quæ ab arbitro ſtatuta eſt. Via verò ſuā habet à lege latitudinē, ideo fortaſſis quòd maiorem rixarum & litiū materiam præbere potuerit incertitudo latitudinis vię, quā itineris, aut actus, aut quòd ſeruitus vię maioris momenti ſit & vtilitatis. Cæterùm nō facit lex duodecim tabularū quin poſſet via cōſtitui & latior & anguſtior pro arbitrio cōtrahentiū, dūmodò eam habeat latitudinem qua vehiculum tranſire poſſit: alioqui nō eſſet via, ſed iter, *l. via cōſtitui 23. in prin. eo. l. ſi tam anguſti 13. ff. de ſeruit.* Ergo vt ad Celſi ſubdiſtinctionem veniamus, ſi fūdus inter te & me cōmunis, qui fundo Sempronij ſeruitutem viæ debeat, diuiſus ſit inter nos regionibus per longitudinē vię, i. interrupta per diuiſionem viæ lūgitudine eadem oīa erūt ſeruanda, inquit Celſus, quæ ſeruarētur ſi cōſtituendæ ſeruitutis initio ſimiliter hîc duo fundi fuiſſent: nimirū vt duplex quoq; videatur ſeruitus vię, ita vt ſi Sempron. per tuam duntaxat partē iuerit, non per meam amiſerit ſeruitutem non vtendo quod ad meam partem, retinuerit aūt vtendo, & vſurpauerit, quod ad tuam. Diuiſio.n. facta per longitudinē viæ nō poteſt viā interrūpere, aut diuidere, cùm nullā illa habeat lōgitudinē limitatā. At ſi per latitudinem viæ fundus diuiſus ſit, ſiue æqualiter id factū ſit, ſiue inæqualiter, tūc manet idē ius ſeruitutis quod fuerat antea cū adhuc indiuiſus eſſet fūdus, id eſt vnica manet, ac indiuidua ſeruitus, ſicut & tunc vnicus fundus erat. Et ita fiet vt quamuis Sempron. per tuam tātùm partem iuerit, aut egerit, nō per meam, nihilominùs totā ſeruitutē vſurpauerit, etiam quod ad meā partē, *d. l. vna eſt via*, 18. Et ratio eſt quia diuiſio fundi facta per viæ latitudinem, viam corrumpit & diuidit, ita vt ex vna via faciat duas ſemitas, hoc eſt ſemiuias, tātum abeſt vt facere poſſit duas vias. Duæ autē ſemitæ ſicut vnam duntaxat viam faciunt, ita nec niſi vnius vię iure cenſeri poſſunt, & cōſequenter pro vno eodémq. indiuiduo iure haberi: vt quamuis fortè inciderit vt Sempron. ea tantùm ſemita vſus ſit quæ p alterum fundū eſſet, non idcirco tamen alter fundus liberetur, nō magis quàm ſi nulla diuiſio fundi facta fuiſſet, quia quod ad viā pertinet, nulla diuiſio facta intelligitur. Nec quemadmodū poſt diuiſionem tot ſunt fundi, quot ſunt partes, ita poſſis dicere tot eſſe vias quot ſunt fundi, cū per latitudinem viæ facta diuiſio eſt. Neq; ad rem pertinebit ſi ponas viā ab initio cōſtitutā adeò latā, vt etiā poſt diuiſionem factā per latitudinem, tantū ſuperſit ſpatij in vnoquoq; fūdo, quātū neceſſe eſſet ad integram viam ab initio cōſtituendā. Nō.n. ſpatij quātitas quæ duabus viis ſufficere poſſit, duas vias facit, ſi ab initio vna tantùm via conſtituta fuit, & idcirco nec fiunt duæ viæ per diuiſionem etiā æqualiter factam in latitudine, ſed duę ſemitæ acſi ab initio non niſi octo pedum via fuiſſet cōſtituta. Quod, quamquā ita ſit, dubitandū tamē nō eſt, quin alter fundus liberari poſſit ab hac ſeruitute vię, ſi modò ſpecialiter id cōuenerit, quia plus poteſt cōuentio quàm nō vſus tanquā quæ manifeſtiùs exprimat volūtatem domini ſeruitutis. Fieri ſiquidem facilè poteſt, & verò fit plerūq; vt qui vnica ſeruitute vſ9 eſt per vnū fūdū, per vtrūq; vti voluiſſe videat.

Quid

Quid ergo, ſi dominus fundi dominantis poſt eam fundi diuiſionem factam per latitudinem viæ, alterum ex iis fundis comparauerit, atq. ita pro illo fundo confuſa ſit ſeruitus, an nihilominùs alterius fundi ſeruitus permanebit? Hæc quæſtio eſt quam tractat Celſus *in verſ. certè*: ad eámq. reſpondet non videre ſe quid abſurdi conſecuturum ſit eam ſententiam, quæ dicat alterutrum fundũ manere ſeruũ, ſi modo fateamur, quod neceſſariò fatendum eſt, potuiſſe & ab initio conſtitui viam longè anguſtiorem, quàm lege fuerit definita, *d. l. via 23. ruſt. præd.* dummodò tamen ſupponamus tantùm adhuc loci ſupereſſe in eo fundo (cuius ſeruit⁹ paſſiua, nec remiſſa, nec confuſa eſt) quantum ſufficere poſſit viæ, id eſt, ad vehiculum ducendum. Nam ſi minùs loci ſupereſſet, quã viæ ſufficeret, dicendum eſſet vtrumq. fundum liberari, alterum quidem propter redemptionem, quæ ſeruitutem confudiſſet facto eod. domino vtriuſque fundi & ſeruientis, & dominantis, alterum v. quia per eum locum qui ſupereſſet, via conſtitui non poſſet, adeò vt nec iter, nec actus ſupereſſe dici poſſit, quãuis tantum ſuperſit loci, quantum ad iter actúmve neceſſe eſſet, quia ab initio via conſtituta fuit, non iter, aut act⁹. Quæ diſtinctio adhibenda eſt, & in illo ſuper. caſu, de quo proximè diximus, cùm dominus fundi dominantis ſpeciali conuentione id egit, vt alterutrum fundum poſt diuiſionem liberaret. Quãuis enim non niſi eum fundum liberare voluerit, vterque tamen liberatus reperietur in neceſſariam conſequentiam ſi in altero fundo, quẽ voluerit ſeruum retinere, miu⁹ loci ſuperſit, quam ſufficere poſſit ad viam conſtituendã. Poſteriore verò caſu prioris noſtrę generalis diſtinctionis, i. ſi ita ſit cõſtituta ſeruitus viæ, vt nullus fuerit ipſius certus locus, neq. ab initio, neq. ex poſtfacto definitus, quod tunc diximus contingere, cum conuenit non ſolum, vt per quamlibet partẽ fundi ire agere liceat (quod vt conueniſſe intelligatur, ſufficit viam ſimpliciter fuiſſe conſtitutam, *l. ſi cui 9. ff. de ſeruit.*) ſed ẽt vt ſubinde liceat mutare locum viæ, & deinde diuiſus eſt inter ſocios fundus ſeruiens, rurſum ſubdiſtinguendum eſt, an ita ſit diuiſus fundus, vt per quamlibet eius partem ęquè iri atq. agi poſſit atq. ſi non eſſet diuiſus, an verò ita vt pars altera tã arcta ſit & anguſta, vt per eam viæ vſus nullus eſſe poſſit. Poteſt enim hoc facilè euenire, ſiue quod minimam in fundo communi partem quis habuerit duodecimam fortè aut viceſimam, ſiue quod commodius videator aliquando compenſare longitudine quod latitudini deeſt. Primo caſu perinde obſeruandum erit, ac ſi ab initio duob. fundis duæ ſeruitutes viæ iniunctę fuiſſent, vt nimirum altera non vtendo deperire poſſit, altera retineri. Secundo autem caſu amiſſa ſeruitute non vtendo per illum fundum per quem ea vti quis poterit, nulla alia ſupereſt de qua poſſit tractari an periiſſe videatur, an ſupereſſe. Sed ſi dominus fundi cui ſeruitus debebatur ea vſus ſit per illum fundum per quem vti potuit, dubitandum non eſt quin ſaltem per eum fundum eam retinuerit. Idq́; eſt quod ait Celſus *in ver. cæterùm.* Nec obſtat, inquit, ſuperiori ſententię ſi quis obiiciat ita euenire vt alieno facto ius alterius immutetur; cum ſi diuiſio fundi facta non fuiſſet, vtendo ille via per vnam fundi partẽ totam viam per totum fundũ retinuiſſet. Debet. n. ſibi imputare, quod antequam lapſa eſſent tempora per quę non vtendo amittitur ſeruitus, nõ fuerit ille vſus ſeruitute per alteram quoque partem fundi: Et pręterea incommodum ſi quod ſit, ex huiuſmodi diuiſione, debet compenſare cum eo commodo quod ipſi accedit ex cauſa, & occaſione diuiſionis, per quã ſcilicet factum eſt, vt iam per duas pariter vias ire agere poſſit, qui anteà cum vnus tantum eſſet fundus non niſi vnam habebat viam, itémque vt bis octonos pedes in porrectum, & bis ſenos denos in anfractum habere debeat qui antea non niſi ſemel totidem habuiſſet. Quod enim nulla facta diuiſione licuit illi variare locum vię, idipſum etiam poſt diuiſionem licere ei debet, non vt eodẽ tempore duas vias habere intelligatur, cum vnica tantum fuerit ab initio conſtituta, ſed vt via illa quam vnicam habet, poſſit vti pro arbitrio per vnum fundum perinde ac per alterum diuerſis tamen temporibus, vt per hanc vię variationem tantum conſequatur, quantum ſi duplex eſſet via. Atq; ita explicata ſit tota illa Celſi tractatio ſatis alioquin obſcura, & in Accurſij quoq. gloſſis intricata, quam non fuit aſſecutus Franciſc. Hotom. qui putat lib. 1. obſ. cap. 31. locum hunc eſſe corruptum *in verſ. ſed ſi is fundus*, quo nomine meritò notatus eſt à Iac. Cuiac. lib. 14. ob. c. 11.

De differentiis vrbanor. & ruſtic. prædiorum, itémque ſeruitutum vrbanar. & ruſticar. & de variis ſeruitutibus.

CAPVT XV.

QVod dicimus, Seruitutes omnes prædiales, & vt vocant, reales, nihil aliud eſſe quã iura prędiorum, *l. 1. §. vlt. D. de rer. diuiſ.* & apud Iuſtin. *in tit. De reb. corp. & incorp.* duplicem ſenſum habet, paſſiuum & actiuum, quomodo & iurium quę in actionib. conſiſtunt alia paſſiua ſunt, alia actiua. Nam & actionum alias actiuas, alias paſſiuas noſtri vulgò appellant. Paſſiua iura prædiorum, ſunt ſeruitutes quantum ad prædia à quibus debentur: & hoc ſenſu perſonales quoque ſeruitutes iura prædiorum dici poſſent, quia licèt perſonis non prædiis debeantur, tamen à prædiis debentur, actiuè a. dicimus ſeruitutes eſſe iura prædiorum, quibus debentur, & ideò cũ iura prædiorũ ſimpliciter dicimus, ſeruitutes reales, non perſonales intelligimus, cùm ſolis realib. conueniat vterque ſenſus huius appellationis: debentur namque prædiis à prædiis. Cumq. omnia prædia vel vrbana ſint, vel ruſtica, ipſas quoq; ſeruitutes ex eo quòd prædiis, vel vrbanis, vel ruſticis debentur, neceſſe eſt vel vrbanorum prędiorum eſſe, vel ruſticorum. Quæ res facit vt difficile videatur dicere quęnã ſeruitutes vrbanæ ſint, & quænam ruſticæ, quia nec ſatis planũ eſt quænam prędia vrbana ſint, quænam ruſtica. Mihi ſemper viſum eſt probabile, quod ex recentioribus ante nos quidam dixerunt diſſenſiſſe in eo veteres Iurecconſultos, Neratiũ ſc. ab omnibus ceteris. Ille enim putabat prędia vrbana diſtinguenda eſſe à ruſticis ex loco, vt quæ eſſent in vrbe dicerentur vrbana; quæ ruri, ruſtica: vt colligere licet ex *l. 4. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vbi negat ſtabula poſſe dici vrbana, quæ non ſunt in ædificiis continentibus, id eſt, nec in vrbe, nec in ſuburbiis. Cęteri verò vrbana ęſtimanda putabant, non ex loco, ſed ex materia, aut potiùs ex genere vſus patrisfamiliâs *l. quemadmodum 11. ff. de ſupell. lega. l. vrbana familia 166. l. vrbana prædia 198. de V. S. l. cùm quæreretur 60. §. 1. l. ſeruus vrbanus 99. legat. 3.* Quæ ſententia tandem præualuit, & ab Impp. quoq; adprobata eſt *in l. ſi prædium 16. C. de præd. miner.* Et ex hac diſſenſione illa etiam nata eſt, cuius veſtigium extat *in l. 2. ff. de ſeruit. ruſtic. præd.* Ibi enim Neratius ſcribit ruſticorum prędiorum ſeruitutes eſſe, Licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini: cùm tamẽ eas ſeruitutes vrbanorum prædiorũ eſſe apertè ſcriptum ſit *in l. 2. de ſeru. vrb. præd.* nẽpe quia Neratius exiſtimabat poſſe ruſticum prędiũ eſſe, etiam quod prætorium diceretur, ſi modò extra vrbem & ruri

Digitized by Google

ædificatum eſſet. Neq; hoc tantùm putabat Neratı*, verùm etiam ruſticorum prædiorum ſeruitutes dicendas eſſe omnes illas, quę talibus prędiis deberentur, quaſi abſurdum eſſet vrbanam ſeruitutem dici quæ ruſtico prædio debeatur. Sed aliorum iuris autorum alia fuit ſententia, Nimirum ſeruitutes vrbanorum prædiorum perpetuò dicendas eſſe eas quæ enumerantur *in l.2.3.& 4.ff.de ſeru.vrb.præd.* tametſi ruſticis prædiis debitæ proponãtur, id eſt ſeruitutes altiùs tollẽdi, & non tollẽdi altiùs, tigni immittẽdi, & tigni non immittendi, officiendi luminibus, & ne luminib. officiatur, Luminum itémq. proſpectus, ne ſc. proſpectui officiatur, ſtillicidij auertendi, & non auertendi, deniq. oneris ferendi. Seruitutes verò ruſticorum prædiorum eas eſſe quæ recenſentur *in l.1.2.4.& 5 ruſt.præd.* tametſi etiam vrbano prædio interdum debeantur. Cuiuſmodi ſunt iter, actus, via, aquæductus, hauſtus aquæ, pecoris ad aquam appulſus, ius paſcendi pecoris, ius calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretę eximendę. Nemo.n. vnquam præter Neratium dixit, ruſticorum prædiorum ſeruitutes illas eſſe, quas diximus vrbanorũ, aut contrà: alioqui confunderẽtur iura oĩa de ſeruitutibus ſi ex vrbanis poſſent fieri ruſticæ, vel è cõtrario, pro locorum vel qualitatis prædij diuerſitate, cùm pleræq. ſint inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas differentię, quas alibi proſequemur. Videntur a. prudentes in ea primùm conſtituenda differentia ad id potiſſimũ reſpexiſſe, quòd ex ſeruitutibus quædam viſæ ſunt habere plus neceſſitatis aut vtilitatis ratione prædiorũ quæ eſſet in vrbe, id eſt ædificiorum, quæ dubitandum nõ eſt ab initio vrbana dicta fuiſſe Alię verò, aptiores eſſe fundis, & prædiis quæ ruri eſſent excolendis, indéq. aliis naturam & appellationem vrbanarum ſeruitutum inditam fuiſſe, aliis ruſticarum. Cum verò inter vtraſq. ſeruitutes differentiæ multæ ſunt, tum illa in primis & obſeruatione digniſſima quòd vrbanæ circa idem ſubiectum ſunt vt plurimũ duplices, vna affirmatiua, vt altius tollendi, tigni immittendi, ſtillicidij auertendi. Alia negatiua, vt altius non tollendi, Tigni non immittendi, & ſimiles. Ruſticorũ verò prædiorum ſeruitutes ſunt ſimplices, & affirmatiuæ tantum, perpaucis exceptis, quæ poſſunt conſtitui negatiuè. Itaque ſeruitus quidem aliqua eſt quæ tribuit ius eundi per fundum alienum, & iter appellat: ſed nulla eſt, quæ tribuat ius non eundi. Idémque de actu & via dici poteſt. Cuius differentię ratio pendet ex eo quod iam in præcedentibus docuimus, ſeruitutes ruſticas in hominis facto conſiſtere, eóq. tali quod continuum eſſe non poteſt. Nemo enim tam perpetuò, aut tam continenter ire poteſt, aut agere, aut vehere, vt nõ ſit ei ſæpiſſimè quieſcendum, *l. ſeruitutes 14.ff.de ſeru.* At ſeruitutes vrbanorum prædiorum tales ſunt, vt earum vſus ſit continuus: adeò vt quamuis nullus ſeruitutis vſus eſſe amplius poſſit, adhuc tamen ſeruit* duret, niſi is cuius prędium ſeruitutem debebat, aliquid ex parte ſua fecerit, per quod impediat vſum ſeruitutis, veluti ſi ædes tuæ ædibus meis ſeruiant, ne altius tollantur, aut ne luminibus mearum officiatur, & ego per ſtatutum tẽpus quod olim erat biennij, hodię verò decennij aut vicennij feneſtras meas refixas habuero, vel obſtruxero, ita demum ius meum amitto, ſi tu per hoc tempus ędes tuas ſublatas habueris: alioqui ſi nihil noui feceris, retineo ſeruitutem, *l. hac autem 6. de ſeru. vrb. præd.* vbi aliud exemplum additur de ſeruitute tigni immittendi. Inde namque fit, vt ſemel conſtituta ſeruitus altius non tollendi non poſſit amitti, aut extingui, quin hoc ipſo ædes quibus antea debebatur, incipiant debere contrariam ſeruitutem altius tollendi, id eſt patiendi vt ædes quę ſeruitutẽ debebant altius non tollendi, iam altius tolli poſſint: alioquin prior illa ſeruitus altius non tollendi ſemper durare intelligeretur. Quod in ſeruitutibus ruſticis non ſimiliter euenit, quia hoc ipſo quod domin* prædij dominantis nihil amplius facere põt in fundo alieno qui ſeruitutem debebat, ſatis apparet extinctam eſſe omnino ſeruitutẽ, ſiue non vtendo perierit, ſiue per ſtipulationem, qui ſenſus eſt *dict. l. Hac autem.* Diſtinximus .v. ſeruitutẽ altiùs nõ tollendi à ſeruitute, ne luminib. officiatur, vt refellamus ſententiam I. Cuiacij, qui lib.17. obſer. c. 37. ſcripſit eſſe vnam & eandem ſeruitutem, ita vt acquiſito iure, Ne altiùs poſſis ædes tuas tollere, illud etiam acquiſiuiſſe videar, Ne luminib. meis officere queas, ex *l. luminũ 4. D. vrb. præd.* vbi diſtinguit quidem Paulus ſeruitutẽ luminum à ſeruitute, Ne luminib. officiatur, ſed non ſimiliter ſeruitutem, Ne luminibus officiatur à ſeruitute altiùs non tollendi. Ait.n. luminum ſeruitute conſtituta id acquiſitum videri, vt vicinus lumina noſtra excipiat, i. non poſſit prohibere quominùs ædium noſtrarum feneſtras aduerſus ædes, aut areã ipſius, apertas habeamus. At cùm ſeruitus imponitur, Ne luminibus officiatur, non illud tantùm adepti videmur, ſed hoc etiam amplius, ne ius ſit vicino inuitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum. At contra Cuiacium illud facit quod multo generalior eſt ſeruitus illa, Ne luminib. officiatur, quàm illa, Ne altiùs tollatur: ſiquidem ędificia quę ſeruitutem illam patiũtur, viridaria ſupra illã altitudinem habere poſſũt, itémq. arbores, & alia huiuſmodi pręterquàm parietem altiorem, tametſi ea ratione futurũ ſit vt luminib. officiatur: quod tamen diuerſum eſſet ea ſeruitute cõſtituta, Ne luminib. officeretur. Facit .n. contra realem ſeruitutem quiſquis tale quid facit quod officiat luminibus vicini, vt probatur apertiſſimè ex cõiunctione *l. ædific. 12. cum l. ſi arborem 17. D. de ſeruit. vrb. præd.* Nec repugnat *d. l. luminum*, quæ ait duntaxat eum cuius ædes debent ſeruitutem, Ne luminib. officiatur, non poſſe altiùs tollere: Nimirum quia hoc ipſo, quòd altiùs tolleret, obſcuraret ædes dominantes. Sed non eſt bona conſecutio, vt è contrario is cuius ędes debent ſeruitutem altiùs non tollendi, non poſſit officere luminibus vicini, quia hoc tantũ prohibitus videtur, ne officiat altiùs tollendo, non etiam alio quouis modo, puta viridaria aut arbores ſupraponẽdo. Nec.n. altius tollit ędes, qui iſta facit. Et quamuis ſeruitus altius non tollendi ob eum pręcipuè finem conſtitui ſoleat ne luminib. officiatur ędium vicinarum *d. l. hac autem*, id tñ ita accipiendũ eſt ne luminibus officiatur eo modo, id eſt altius tollendo, non vt alij modi luminib. officiẽdi prohibiti intelligãtur. Cum enim ſicut homines ipſi, ita & res quoq. naturalem habeant libertatem niſi quaten* iis impoſita ſeruitus eſt ſiue per ſtipulationem ſiue per pactum in tradendo interpoſitum aut incontinenti poſt aliquem contractum ſiue per vltimam volũtatem (quib. duntaxat modis ſeruitutẽ conſtitui poſſe placuit. *§. vlt. Inſt. de ſeru. præd.*) omnino conſequens eſt vt ea ſemper interpretatio capi debeat quantum fieri poteſt ne qua durior ſeruitus conſtituta videatur, vt à naturali cuiuſque rei libertate quàm minimum recedatur, *l. altiùs 8. C. de ſeru. & aqua. l. cum eo 9. De ſeru. vrban. præd.* Et ideò diligenter animaduertendum eſt quibus verbis conſtituta ſit ſeruitus, poteſtque imputari ei qui conſtituit, in teſtamento, aut ei qui per ſtipulationẽ aut per pactũ ſibi eam

acqui-

acquiſiuit, cur non dixerit legem apertiùs, ex generali regula, *l. veteribus 9. D. de pact. l. Labeo 21. D. de contr. emp.* Vnde eſt quod ſeparamus etiam ſeruitutē luminum à ſeruitute Ne luminibus officiatur, cùm tamen prima facie & minùs ſubtiliter intuenti eadē ſeruitus eſſe videatur. Sed & ſeruitutem Ne luminibus officiatur diſtinguere oportet à ſeruitute Ne proſpectui offendatur; quia in ſeruitute proſpectus hoc plus habet dominus ſeruitutis, ne quid ei officiatur ad gratiorem & liberiorem proſpectum. In ſeruitute autem luminibus non officiendi, hoc duntaxat ne lumina ipſius obſcuriora fiant, id eſt, quantum ad hoc vt cœlum æquè videatur. Illa namq. differētia eſt inter lumen & proſpectum, quòd proſpectus etiā ex inferiorib. locis eſt, lumen vero ex inferiorib. eſſe nō pōt. Deniq. cū ſeruitutes omnes habeāt cauſam impoſititiā, *l. de pupillo 5. § & belle Sextus Pedius. de oper. no. nunc.* quiſquis dicit aliquam & talē impoſitā eſſe ſeruitutē, id ipſum probare debet *d. l. altius, & l. vis etiam 15. C. de probat.* Et hoc eſt quod ait Vlp. in *d. l. cū eo 9. vrban. præd.* nullā cōpetere actionē cū eo, qui altiùs tollēdo ædes obſcurat vicinas quib. nō ſeruiat, & in *l. inter ſeruitutes 15. eod.* cū qui in ſuo aliquid facit per quod impediat lumē vicini, poſſe ita demū prohiberi ne id faciat, ſi debeat ſeruitutem. Etſi.n. nemini permittendū eſt vt alteri iniuriā faciat, aut damnū adferat, damnū autē eſſe videtur, etiā cū ædium luminib. officitur, non pōt tamen videri, aut iniuriā, aut dāmum inferre is, qui iure ſuo vtitur, quomodo vtitur, qui pro arbitrio ædificat in libero ſolo *l. fluminū 24. §. vlt. cū ll. ſeqq. D. de dam. infect.* vbi additur nec videri dānum facere, i. pati. eum qui illo veluti lucro, quo hucuſq. vſus fuerat, nunc vti prohibetur, multúmq. intereſſe, vtrum quis damnum ſentiat, an lucro quod faciebat vti prohibeatur. Quod tamen ita eſt accipiendum, ne ad inuidiam alterius ædificetur, i. eo duntaxat animo, vt vicino noceatur, non vt ędificanti potiſſimum conſulatur. Hoc.n. nō magis licet, quàm vi prohibere ędificantem, *l. ex quo 11. §. & hæc quidem 7. C. de ædific. priuat.* Obſtare tamen valde videtur, quod ſcriptum eſt in *l. qui luminib. 11. D. de ſeru. vrbā. præd.* eum qui luminib. vicinorum officeret, aliúdve faceret cōtra commodum vicini, formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere: quod & ſcriptum eſt in *d. l. ex quo. §. 1.* vbi Zeno præcipit, vt qui proprias domos renouare cupiunt, veterem formam nō excedant, ſicut nec hi, qui nouas ædificant, ne lumen aut proſpectum vicinis auferant. Quò etiam pertinere videtur reſcriptum Imp. Antonini in *l. 1. C. de ſeruit. & aqua*, vbi dat actionem ordinariam aduerſus eū, qui ædificium contra veterem formam extruxit vt luminib. vicini officeret. Itémq. quod Paul. ſcribit in *l. eiuſ 24. De ſeruit. vrb. præd.* Cuius ædificium iure ſuperius eſt, eius eſſe in infinitum ſupra ſuum ædificium imponere, i. vt ſequens lex explicat, ex ædificio ſuo quantum velit in aliud immittere, dum inferiora ædificia nō grauiore ſeruitute oneret, quàm pati debent. In quibus omnib. locis & interpretandis & conciliandis, mirum eſt quantopere ſe torqueant interpretes. Sed ne in eorum opinionibus & referendis & refellendis ſimus longiores, probanda omnino eſt ea ſententia, quam & Cuiacius ſequitur ad *§. aquè. Inſt. de act. & tract. 9. ad Africanum ad l. ſi priuſquàm 15. D. de oper. no. nunc.* vt diſtinguendum ſit, an quis altiùs tollat ædes ſuas iure ſuo, i. iure libertatis naturalis, an. v. iure impoſititio, i. iure impoſitæ ſeruitutis. Nam qui tollit altiùs ſuo & naturali iure, pōt tollere in infinitum, nec veterem formam ædificiorum ſeruare cogitur, quomodo intelligendum eſt quod dicitur in *d. l. cū eo. d. l. inter. d. l. altius.* Qui. v. altius tollit iure impoſitæ ſeruitutis, veterem formam ſeruare cogitur, & ita ędificare, vt nō faciat duriorē vicini cōditionem quam fuerit antea. Sicq. accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. qui luminib. & d. l. cuius*, & probant verba illa, *dū inferiora ædificia nō grauiori ſeruitute oneret, quæ pati debeant.* Non.n. quærendum eſſet de ſeruitute, ſi ædificaret iure libertatis naturalis, nō ſeruitutis. Sic & in *l. ſeruitutes 20. eo tit. in §. ſi ſublatū*, vbi cùm requirit I.C. vt ſi ſublatum ſit ædificium ex quo ſtillicidium cadebat, in eadem ſpecie & qualitate reponatur, ponendum neceſſariò eſt præcedere ſeruitutem ſi nō altiùs tollendi, ſaltem ſtillicidij recipiendi. Quæ ſeruitus ne cum ædificio ipſo ſublata, extinctáque intelligatur, neceſſe eſt ædificium quod reponitur intelligi eſſe idem quod antea erat: quod tamen non aliter induci poteſt, ne quidem ex vtilitate publica, quàm ſi in priſtina ſpecie & qualitate reponatur. Cùm etiam hoc facto nihilominus fatendum ſit, ſi quis rem ſtrictiùs interpretari velit, aliud ædificium eſſe, quod ſequenti loco ponitur, adeò vt ędificio ſublato vſusfructus intereat, quamuis area ſit pars ędificij, nec reſtitutis ædibus vſusfructus reſtituatur: quæ ſententia eſt *d. §. ſi ſublatum. iunct. l. quoties 34. §. vlt. D. de vſufr.* Si denique quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. C. de ſeru. & aqua*, dandam actionem aduerſus eum qui ædificium contra veterem formam extruxit, vt luminib. vicini officeret, ſicut nō de alia actione pōt accipi, quàm quæ ſit de ſeruitute, ita nec de alio intelligi poteſt, quàm de eo qui iure ſeruitutis & contra ſeruitutem ædificauerit, non de illo, qui iure libertatis naturalis. Quod apertiùs exprimit Zeno *in d. l. ex quo. §. 1.* vbi loquitur discertè de iis qui proprias domos renouare cupientes formas veterum excedunt, aut proſpectum vicinis auferunt, *aduerſus ea*, inquit, *quæ pridē conſtituta ſunt*, i. vt ego interpretor, contra ea quæ aliquando placuerunt, cùm ſeruitus imponeretur. Neque videtur hæc diſtinctio magnam habere difficultatem. Sed difficiliùs illud eſt apud interpretes, exemplū dare de eo qui ædificet, aut altiùs tollat in ſuo, ſeruitutis iure, cum dixerimus licere cuique id facere iure ſuo, nec in eam rem opus eſſe vlla conſtitutione ſeruitutis. Sunt qui Ioannem Fabrum ſecuti, putent non aliud exemplum adferri poſſe, quàm in iis ciuitatibus; in quibus iure municipali certus modus ædificiis conſtitutus eſt, ne quis poſſit ſupra eum modum altiùs ædes ſuas tollere vt apud Belnenſes ſeruari audio. Poteſt enim iis in locis neceſſaria eſſe ſeruitus altiùs tollendi, vt quis conſentiente non ſolùm magiſtratu, ſed etiam vicino cuius præcipuè intereſt tale ius ædibus ſuis comparare poſſit. Sed interpretatio hæc parum probabilis eſt cùm ad ius municipale pertineat, non ad ius commune, quod tamen agnoſcit iſtam ſeruitutem altiùs tollendi, vt conſtat *ex d. §. aquè. & ex l. 2. de ſeruit. ruſtic. prædior.* Itaque placet aliis ſeruitutem altiùs tollendi tunc conſtitui cùm is cuius ædibus debebatur ſeruitus altiùs non tollendi eam remittit. At hoc quoque parum ſubtiliter. Aliud enim eſt remittere ſeruitutem ædibus ſuis debitam, aliud verò ſuas ædes contraria ſeruitute onerare, fierique facilè poteſt vt quis debitā ædib⁹ ſuis ſeruitutē vltro & gratis remittat, qui tamen aliqua ſeruitute ſuas ędes onerari, etiam oblata in eam rem ingenti pecunia non pateretur. Et verò vix eſt, vt qui à vicino petit remiſſionem ſeruitutis altiùs non tollendi, velit eū ad id quoq; adigere vt hoc ipſo ſeruitutem nouam ædibus propriis imponi patiatur. Eſſet enim illa flagitatio nō ſolùm importuna, & inciuilis, ſed etiam

inutilis ex parte illius qui vellet ædes ſuas altiùs tollere, cùm ad hoc vt altiùs tollere poſſit ſufficiat ei quòd nullam ædes debeant ſeruitutem altiùs nõ tollendi. Ex parte verò illius qui talem ſeruitutem concederet, quamuis poſſet dici, fore ipſi vtilem conſtitutionem ſeruitutis in id vt qui altiùs tollere vellet, non cogeretur ſeruare veterem formam ędificiorum ſecundùm ea quę diximus, parum prudenter tamen ne dicam ridicule faceret, qui huius commodi captãdi gratia vellet ædibus ſuis imponere ſeruitutem. Eſſet enim ei longè commodius & expeditius, remittẽdo ſeruitutem altiùs non tollendi, ſiue liberaliter ſiue accepta pecunia eam remiſſionì legem dicere, vt tamen ſupra certum modum altiùs tollere non liceret. Ideóq; nec illud probare poſſum, quòd video alios exiſtimare ſeruitutem altiùs tollendi eam eſſe, nõ quę ex remiſſione ſeruitutis altiùs non tollendi inducatur, ſed quæ poſt remiſſam ſeruitutem altiùs nõ tollendi propria & ſpeciali actione conſtituitur. Longéq; probabilius arbitror, vt dicam*, quod iam in pręcedentib. attigimus, vt ſeruitus altiùs tollendi ea demum dicenda ſit quæ inducitur per conſequentiam neceſſariam ex vſucapione libertatis ſeruitutis altiùs non tollendi, cum fieri nequeat vt ſeruitutis libertas vſucapiatur quin hoc ipſo contraria ſeruitus acquiratur, per quam fiat, vt qui ædes ſuas altius tollere non poterat te inuito, eas nunc poſſit tollere altius etiam inuito te: idque non ex libertate illa naturali quæ hanc facultatem ei daret, ſi nulla ſeruit' vnquam debita fuiſſet, ſed iure acquiſitu per vſucapionem libertatis. Et hæc interpretatio valdè conueniens eſt ei quód diximus, ſeruitutem hanc altius tollendi non acquiri niſi in conſequentiam libertatis acquiſitæ ſeruitutis altius nõ tollendi. Sicut enim non acquiritur ea libertas, niſi illo qui ſeruitutem altiùs non tollendi debebat, altiùs tollente, *l.4. §.vl. de vſuc. l. ſi ædes 31. §. libertas ff. vrb. præd.* ita nec poteſt videri acquiſita ſeruitus altius tollendi, niſi quatenus ille altius ſuſtulit, vt tantum videatur pręſcriptum, quantũ poſſeſſum, ac proinde ſi velit modum illum excedere, & adhuc altius tollere, non eſt ei permittendum, quaſi durantibus reliquiis quibuſdam ſeruitutis priſtinæ altius non tollendi in eo quod excedit modum illum veterem ædificij, qui ſeruatus fuit in vſucapienda libertate.

Interpretatio l. vlt. ff. com. præd. & l. vſusfructus 26. ff. de ſtipul. ſeruor.

Capvt xvi.

Sicuti ſeruitutes prædiorũ conſtitui non poſſunt ſine duob. prædiis, quorum alterum ſeruitutem debeat, alteri verò ſeruitus debeatur, *l.1. ff. com. præd.* ita neq; à non domino fundi ſeruientis, neq; ab vno ex dominis eiuſdem fundi ſi plores fortaſſe proponantur, ſed neceſſe eſt conſtitui ſeruitutem à dominis omnibus, adeóq. ſimul: quia cum ſeruitus ſit ius prædij tam ex parte fundi ſeruientis, cuius ius diminuit, quã ex parte fundi dominantis, cuius ius auget, *l. de pupillo 5. §. & bellè Sextus ff. de oper. nou. nunciat.* fieri non poteſt vt conſtituatur ab eo qui nullum ius in re habeat, neq. rurſus ab eo qui non ſit dominus niſi pro parte, ſiue pro diuiſo, ſiue pro indiuiſo, cum ſeruitus quæ indiuidua eſt, pro parte acquiri nõ poſſit, *l. per fundũ 11. ff. de ſeru. ruſt. præd. l. ſi quis duas 6. §. item ſi duo. l. vlt. ff. comm. præd. l. pro parte 11. ff. de ſeru.* Ergo ſi quidam ex dominis ſeparatim conſtituerint ſeruitutem, dicendum eſt ſubtili ratione iuris, non aliter meam fieri ſeruitutem, quàm ſi omnes conſtituerint, & conſequenter illos etiam qui iam conſtituerint, poſſe me interim prohibere, ne ea ſeruitute vtar, *d. l. per fundum*, vbi tamen ſubiungitur benignius & æquius eſſe, vt prius ẽt quàm nouiſſimus ceſſerit, nõ poſſint me vetare vti iure ceſſo ij ſaltem qui iam anteà ceſſerunt, & conſtituerunt. Hîc enim, vt & in aliis pleriſq. pręſertim quę ad ſeruitutes pertinent, negligimus perſæpe ſubtilem rationem iuris, vt contrahentium voluntati inſeruiamus, quantum æquitas pati poteſt. Æquum autem nõ videtur, vt cuiquam licere debeat contra proprium factum venire eo ſolo prętextu, quòd alius nondum id fecerit, quod fieri poſtea quandocumq. poſſit. At obſeruandũ illud eſt quòd nouiſſimo ex dominis cedente & conſtituente ſeruitutem, præcedentes omnes ceſſiones ex nouiſſimo illo actu confirmantur, & fiunt efficaces, *d. l. per fundũ & d. l. vlt. com. præd.* quo loco addit Paulus perinde eſſe hoc caſu atq. ſi eodem tẽpore omnes ceſſiſſent. Quod tamen nõ ſic accipiendum eſt, quaſi hoc ipſum mera iuris ratio patiatur. Nam & hoc quoque contra iuris rationem receptũ fuit ex æquitate, vt prima legis verba probant. Sicut enim ſeruitus quælibet ſolo vſufructu excepto, indiuidua eſt, *l.1. §. ſi vſusfructus. ff. ad leg. falcid.* ob ídq; nec per partes acquiri poteſt, vt iam dixi, ita nec poteſt fieri vt priores ceſſiones quæ ipſo iure non valuerunt, confirmentur ex poſteriore quæ nec ipſa magis valere poteſt quàm cęterę, cum facta ſit ſeparatim, vt priores. Ex eo autem, quòd dicim* priores ceſſiones non niſi ex nouiſſima confirmari, benè infert Paul. *in d. l. vlt.* Si is qui primus ceſſit, deceſſerit, vel alio modo partem ſuam fundi alienauerit, poſt deinde alius ſocius ceſſerit, qui nondum ceſſerat, nihil agi poſteriore ceſſione, non magis quàm priore, Nempe quoniam eo tempore ſocius hic qui ceſſit tanquam vltimus, non reperitur vltimus ex ſociis qui cedere debent, cum habeat nouum ſocium, qui nondum ceſſit, ſcilicet prioris cedentis heredem, vel eum qui à priore illo cedente emerit. Quod enim dicimus poſteriore ceſſione priores confirmari, nõ ita accipi debet, inquit Paulus, quaſi poſterior ceſſio retrotrahatur ad tempus prioris, (quid enim ſi duæ eſſent priores, & quidẽ diuerſis temporibus factæ?) ſed vt perinde habeatur, atq. ſi eo tempore quo poſtremus ex ſociis cedit, omnes ſimul ceſſiſſent. Itaq. retrofictio hîc nulla eſt, ſed fictio tantum, quę priores ceſſiones tantiſper in ſuſpenſo retentas in id tẽpus protrahat, quo vltima ceſſio fiet, vt omnes ſimul factæ videantur. Nam & facilior illa fictio eſt, minúſq. à veritate abhorrens vt fingantur omnes ſocij eo tempore ceſſiſſe, quo verum eſt neminem ſupereſſe, qui iam non ceſſerit, quàm vt fingantur ceſſiſſe omnes eo tempore quo verum ſit neminem adhuc excepto vno ceſſiſſe. Lex. n. ciuilis in fictionibus inducẽdis perpetuò ita obſeruat, vt quemadmodũ eas non inducit niſi ex neceſſitate, ita nec niſi quatenus neceſſe eſt, & vt ab eo quod verum eſt, quàm minimum diſcedat. Quod cum ita ſit, dicendum videtur in propoſita ſpecie rurſus pendêre hunc ceſſionis actum, quem fecerit ſocius ille qui nouiſſimus videbat, donec nouus ſocius cedat, ſiue heres ſit prioris cedentis, ſiue emptor. Idémq. iuris erit, inquit Paul. ſi vni ex dominis prædij dominãtis cedatur ſeruit*, deinde in perſona ipſius aliquid horum acciderit, vt vel defunctus ſit, vel partem fundi alienauerit. Si .n. poſt ipſi' mortem, vel alienationem ab ipſo factam eadem ſeruitus cedatur alteri ex dominis, cui nõdũ ceſſa fuerat, non idcirco valebit ceſſio quaſi priore per poſteriorem confirmata. Sed hîc quoq. nouiſſimus caſus ceſſionis pendebit quouſque facta ſit alia ceſſio heredi eius cui priorem factã fuiſſe ponimus

vel

vel tempori: Qui ſenſus eſt *d. l. vlt. in verſ. idem iuris eſt.* vbi proculdubiò irrepſiſſe ſunt, & delenda omnino verba illa, *in perſona ſocij*, quæ ideò tanquam ſuſpecta parentheſi concluduntur. Sequitur apud Paulū, Ergo & ex diuerſo ſi ei qui non ceſſit, aliquid ſupradictorum contigerit, nempe vt vel deceſſerit, vel partem ſuam alienauerit, ex integro cedere omnes debere, etiam eos qui iam ceſſerant, quia cùm ceſſionis tempore habuerint alium ſocium quàm nunc habent, fieri non poteſt, vt ceſſio quę nunc fiat ab herede illi' qui nunc ſocius erat, videatur facta ab omnib. ſociis ſimul. Neceſſe enim eſt vt vtroq. tempore prioris & poſterioris ceſſionis iidem fuerint ſocij non diuerſi, ad hoc vt ceſſio diuerſis temporibus facta eodem inſtanti facta exiſtimetur. Itaq. eſt quod idem Paulus ait, Iſtis ſociis tempus duntaxat remiſſum eſſe, quo dare facere ac ſeruitutem cedere poſſint: i. vt diuerſis quoq; temporib. poſſint cedere: at non et vt mutato ſocio prior ceſſio valere poſſit, ſiue loquamur de ſociis, qui ceſſionē fecerint, ſiue de iis quib. ceſſio facta ſit: alioqui videretur ceſſio facta vel vni, vel ab vno ex ſociis, quorum neutrum fieri poteſt. Idémq; dicendum eſt, addit Paulus, etſi alter ex ſociis cedat, alter leget ſeruitutem, vt nimirum ex legato, quod poſteriore loco ſocius fecerit, alia ceſſio priùs ab alio facta confirmetur. In quo dubitādi ratio erat, quòd nō videretur poſſe fieri, vt ab vtroq. ex ſociis eodem inſtanti conſtituta ſeruitus fingi poſſet, quę ab vno conſtituta eſſet inter viuos, ab altero autem per legatum: ſicut dici ſolet inter eos qui ex diuerſo iure, aut ex diuerſis teſtamentis ſuccedunt, non eſſe locum iuri adcreſcendi, *l. ſi ſub conditione 16 ff. quib. mod. vſusfr. amit. l. ſed cum patrono 6. ff. de bon. poſſ.* Sed ratio decidendi eſt, quia cùm nō minùs per legatum poſſit conſtitui ſeruitus quàm per contractum, *l. poteſt 16. com. pred.* nihil vetat eodem inſtanti & legati iure acquiri ſeruitutem ab vno ex ſociis, & ex contractu ab altero. Quid igitur ſi omnes ſocij legent ſeruitutem, ſiue eodem ſiue alio atque alio tempore factis teſtamentis? Ait Paulus in dict. leg. vltim. non tam illud inſpiciendum, an pariter & eodem tempore teſtamentum fecerint, quàm vtrum hereditas vtriuſq. pariter adeatur. Hoc enim caſu erit vtile vtrumq. legatum, quod è contrario eſſet inutile ſi vnius ex teſtatoribus hereditas priuſquàm alterius adita proponeretur. Inutiliter enim cederet dies legati ab eo relicti, cuius hereditas prior adita eſſet, quia non magis teſtamento, quam conuentione poteſt conſtitui ſeruitus pro parte: legatum autem neceſſe eſt valere, vel eo tempore, quo diem eius cedere oportet, vel numquam. Rurſum poſteaquàm inutiliter ceſſiſſet dies illius legati, non poſſet fieri poſtea vt caderet vtiliter dies alterius legati quod in alterius ſocij teſtamento relictum eſſet, & ex quo adita eſſet poſteriore loco hereditas. Eadem nimirum ratione, qua diximus, alterius legati ceſſionem impediri. Nec enim ſicut viuentium, ita defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt, vt Paulus ait. In qua tamen ratiocinatione poſſit quis mirari cur requirat ille vt vtriuſq; hereditas pariter adeatur potiùs quàm vt ambo teſtatores pariter moriantur, aut cur non ſaltem vtrumque ſimul, cùm hereditas quandocunque adita, ex die mortis adita eſſe retrofingatur, *l. heres quandoque 54. ff. de acquir. hered.* Vnde & illud eſt, quod quamuis nō priùs poſſint valere legata, quàm ſit adita hereditas, *l. ſi nemo 9 ff. de teſtam. tutel. l. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus. de leg. 1. l. ea quam 14. C. de fideic.* legatorum tamen dies cedere dicatur, non ab adita hereditate, ſed à die mortis, ſiue inſpicias ius vetus quod fuit à tempore legis duodecim tabularum vſque ad legem Papiam, ſiue ius nouum, quod induxit Iuſtinianus reſtituendo ius vetus abrogata lege Papia, *in l. vnic. §. in nouiſſimo C. de cad. tollend.* Accedit quòd teſtamentum confirmari dicitur à lege, non eo tempore quo aditur hereditas, ſed quo teſtator moritur. Aditio enim quamuis ſit neceſſaria ad hoc vt teſtamentum poſſit effectum ſuum habere, tamen non tam legis quàm hominis ea confirmatio eſt, ob idq. non adita hereditate dicimus teſtamentum deſtitui, ab homine ſcilicet nō à lege. Nam neq. poſſet deſtitui ab homine, ſi non eſſet antè confirmatum à lege, id eſt, ſi non eſſet inſtituto heredi delata hereditas ex teſtamento: quæ porrò ſicut à lege deferri tantùm poteſt, ita & eo tantum tempore quo confirmauit teſtamentum, & quo teſtamentariam hereditatem lex induxit, *l. delata 151. l. lege obuenire 130. ff. de V. S.* Nec videtur poſſe reſponderi quod fortaſſe quis ex ſuperiore loco Pauli vellet inferre, diem legatæ ſeruitutis non cedere niſi ab adita hereditate, in eoque vitiari regulam iuris communis legatorum. Eſt enim id ſpeciale in vſufructu & in aliis ſeruitutibus perſonalibus, vt ſi legatæ ſint, earum dies non cedat niſi ab adita hereditate, *l. vnic. §. dies autem ff. quand. dies vſusfr. leg. ced. l. 2. & 3. l. ſi habitatio 9. ff. quand. dies leg. ced. d. l. vnic. §. libertatibus. C. de caduc. toll.* qui omnes loci cùm de vſufructu tantùm loquantur, déque cæteris ſeruitutibus perſonalibus, hoc ipſo excludunt expreſsè ſeruitutes reales, vt intelligamus non idem iuris in iis conſtituendum eſſe. Dicendum igitur eſt, vt ego quidem exiſtimo, locutum fuiſſe Paulum de tempore aditę hereditatis, cùm loqueretur de legati die vtiliter cedente, non quia dies legatæ ſeruitutis non cedat à morte teſtatoris vt cæterorū legatorum, ſed quia tùm quoq. cùm cedit à die mortis, neceſſe tamen eſt adiri hereditatem antequàm poſſit dici ceſſiſſe, quandoquidem ſi poſtea non adiretur hereditas, verum eſſet dicere nunquam ceſſiſſe à die mortis. Ac proinde inſpiciendū fuit tempus illud quo inciperet omnimodo certum eſſe valere vtrumq. legatum ſeruitutis: quod non potuit certum fieri poſito ita iure, vt inſpici deberet tempus mortis, nec ſi ambo teſtatores pariter mortui probarentur, ita vt neſciri poſſet vter eorum prior aut poſterior deceſſiſſet, vt *in l. quod de pariter 16. l. qui duos 9. ff. de reb. dub. l. ſi eius 24. ff. ad SC. Treb.* Explicandum illud ſupereſt quod addit Paulus, non ſicut viuentium, ita & morientium actus ſuſpendi poſſe. Pugnare namque id videt cum eo quod idem Paul. ſcribit *in l. vſusfructus 26. ff. de ſtip. ſeru.* vbi ponit differentiam inter legatum & ſtipulationē vſusfructus in perſona ſerui hereditarij, vt quamuis ſeruus hereditarius inutiliter vſumfructū ſtipuletur, ratione illa quòd vſusfructus ſine perſona eſſe non poſſit, vſumfructū tamen eidē legari non prohibeat, *l. ſi ſeruo 18. ff. quib. mod. vſusf. amit.* Et huius differentiæ rationem illā reddit quòd legati vſusfruct' dies non cedit ſtatim, ſed adita demum hereditate, ſtipulatio autem ſuſpendi non poteſt. Immò, quod magis eſt, ibidem ſubiicit, ſi ſeruus hereditarius ſtipuletur vſumfructū ſub conditione, nec hoc caſu valere ſtipulationem, quia quāuis nihil ex ea peti poſſit ante conditionis euentum, atq. ita conditione ipſa ſuſpenſa ſit, ſtipulationē tamen ab initio valere neceſſe eſt, viréſq. accipere ex præſenti eo tempore, quo interponitur: atq. ita videtur Paul' concludere, actus morientium ſuſpendi poſſe, viuentium non poſſe. Verùm reſpondendum eſt differre caſum illum ab eo, de quo nunc tractamus. Nā cùm ſeru' hereditari' ſtipulat, neceſſe eſt vt valeat ſtipu-

latiti vel eo inſtanti quo ſtipulatur, vel numquam, cum eo tempore verba proferantur ex quibus ſolis æſtimatur ſtipulatio. Non poteſt autẽ valere niſi ex domini perſona, ſiquidem ſtipulatio eſt inuentum iuris ciuilis, cui prorſus incognit⁹ eſt ſeruus, niſi quatenus ex perſona domini accipit ſtipulandi capacitatem. Dominus porrò nullus eſt qui ſit capax acquirendi vſumfructum eo tempore quo ſeruus eſt hereditarius, quia quamuis hereditas perſonam defuncti repræſentet in iis omnibus, quæ ſunt iuris, non tamẽ ſuſtinere illam poteſt quod ad vſumfructum, quippe cũ vſusfructus conſtet ex vtendo fruendo, quod meri facti eſt, non iuris, *l. vnic. in prin. ff. quand. dies vſusfr. legat. ced. l. 1. §. Scæuola. ff. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* At in legato vſusfructus aliud eſt, quia cum eius dies non cedat ante aditam hereditatem, etiamſi homini libero fuerit legatus, fruſtra eſſet quærere, verum ante illud tempus perſona aliqua ſit cui per ſeruum hereditarium legatũ vſusfructus acquiri poſſit, ſufficitq. vt hereditas illa cuius fuerat is ſeruus hereditarius, habeat heredem & perſonam aliquam veram eo tẽpore quo aditur hereditas teſtatoris illius, qui vſumfructum legauerat ſeruo alienę hereditatis. Neq. hoc caſu remanet in ſuſpenſo poteſtas legis, ſed propter naturam legati tardius cedit dies quàm fuerat ceſſurus, ſi quid aliud legatũ fuiſſet. In ea verò ſpecie quã tractamus de ſeruitutib. legatis à pluribus dominis, dicẽdum eſſet manere poteſtatem legis in ſuſpenſo, ſi non intercideret legatum eo tempore quo aditur hereditas vnius ex teſtatoribus, cùm certum ſit eo tẽpore aditionis prioris non poſſe confirmari legatum, quin ſeruitus pro parte acquiratur, quod fieri multo minus poteſt. Ergo cùm nec illud fieri queat vt in ſuſpenſo ſit legatum, quod ſola legis poteſtate ſubſiſtit, nihil aliud ſupereſt niſi vt neutrum valeat. Stipulationem vero ſeruitutis hoc ipſo caſu defendimus, non quia poſſit ipſius validitas manere in ſuſpẽſo, cùm certi iuris ſit talem ſtipulationem partis ſeruitutis ab initio non valere ipſo iure, ſed quoniã ipſius effectum ob contrahentium vtilitatem in ſuſpenſo retinemus, quandiu ſpes eſt, futurum vt poſteriore ſtipulatione, & ceſſione prior cõfirmetur. Itaq; ſi rationem iuris inſpicias, non differunt hac parte actus morientium ab actibus viuentium. Verũ enim eſt neq. hos, neq; illos ſuſpendi poſſe, *d. l. per fundum 11. ff. de ſeruit. ruſtic. præd.* Sed ſi æquitatem & vtilitatem publicam, differunt, & differentiæ ratio eſt, quia in vltimis voluntatibus eo tempore quo ſit acquiſitio nullius hominis factum verſatur, ſed tantum autoritas legis, quam ſatis eſt cõfirmare voluntatem defuncti, quæ alioqui ſubſiſtere non poſſet, nec fuit cur alio præmio aut commodo inuitarentur homines ad teſtandum: violari n. ab hominib. poteſtatem legis in ea re, quę tota pendet ex ipſius legis liberalitate, iniurioſum ſanè eſſet ac inciuile, quantacunq. alicuius vtilitatis ratio obtendatur. At in contractibus iis præſertim qui iure gentium comparati ſunt vt emptio, venditio, permutatio, & alij ſimiles, quamuis etiam iure ciuili confirmẽtur, & ideo ad iuris quoq. ciuilis rationem accommodari debeant, facilius tamen eſt vt benigna interpretatione multa in iis admittãtur contra ſubtilem iuris rationem propter vtilitatem contrahentium, vt magis inuitentur homines ad contrahendum, qui alioquin non eſſent contracturi. Nec aliud in ſtipulationibus iuris eſt, quamuis ſint ex mero iure ciuili, quia pendent ex negotio contracto, *l. 5. §. conuentionales. ff. de verbor. obligat.* & ex iis potiſſimum contractibus, quos ius gentium introduxit.

Retractata quæſtio, An coniunctis perſonis non in poteſtate conſtitutis acquiri poſsit aliqua actio ex alterius ſtipulatione.

CAPVT XVII.

QVæcunque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahant, niſi ex perſona noſtra obligatio initium ſumat, inanem actum noſtrum efficiunt, *l. quæcumque 11. ff. de O. & A.* Eademque Vlpiani ſententia eſt *in l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri De V. O.* alteri ſtipulari neminem poſſe, pręterquam ſi ſeruus domino, vel filius patri ſtipuletur; eiuſq. rei rationẽ illam reddit & elegantem & generalẽ, quòd inuentę ſint obligationes omnes ad hoc vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. Atqui vt alij detur, nihil intereſt mea, præterquàm, inquit, ſi pœnam quis ſtipulatus ſit, puta centum pœnæ nomine, ſi hoc factũ erit, vel non erit, quia in pœnalibus ſtipulationibus non quęrimus an intereſſit ſtipulatoris, ſed tantũ quęnam ſit conditio ſtipulationis, & quænam quantitas pœnæ. Et ſanè cum obligatio omnis ſit iuris vinculũ, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ vel præſtandæ, *l. 3. de O. & A.* negari non poteſt quin per eã imminuatur quodammodo libertas ciuis Romani, quod non facilè permittendum fuit à legiſlatore niſi eo caſu, quo publicę vtilitatis & ſocietatis ratio idipſum admitti ſuaderet. Solent tamen interpretes noſtri ſubiicere exceptionem, niſi ſtipulatio proponatur ab eo interpoſita, qui voluerit coniunctæ perſonæ prouidere, quaſi adfectio perſonarum facere debeat, vt valeant huiuſmodi ſtipulationes, ad actionẽ, ſi nõ directam, ſaltem vtilem producendam, *ex l. Publia Mæuia 26. in pr. ff. depoſit. l. Caius 46. ſol. matr. l. cũ quis decedens 37. §. codicillis. de leg. 3. l. pater. 7. C. de pact. conuent.* Quę ſententia mihi ſemper viſa eſt falſa; ob idq. à me primo Cõiecturarum noſtrarũ libro confutata, ſed non tam fuſe, vt non multa addi poſſint, ex quibus manifeſtius confutetur. Si quid. n. toto in iure noſtro certum, illud planè certiſſimum eſt, Quoties alter alteri, quem in poteſtate non habet, ſtipulatur, adeò nullam eſſe ſtipulationem, vt non magis vtilem quàm directã actionẽ parere poſſit, etiamſi pater filio emancipato ſtipulet, aut mater filio, aut filiæ: aut filia patri, quàmuis ſint perſonę iſtę coniunctiſſimæ. In eamque rem textus eſt omnium apertiſſimus *in l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* quæ loquitur de ſtipulatione interpoſita per patrem in fauorem filij emancipati, vt conſtat tam ex illis verbis, *pater communis*, quàm ex conſequentibus, *tibi extraneo conſtituto*. Non. n. aliter poteſt filius conſtitui extraneus, quàm per emancipationẽ, *l. quinetiam 55. in fin. ff. de rit. nupt.* Et tamen lex ait eo caſu patrem nec ſibi ceſſante voluntate, nec filio iure prohibente actionem quærere potuiſſe: quod omnimodo ſic accipiendum eſt, vt neque directam, neque vtilem quæſiuerit, nec aliter facta interpretatione fatendum ſit Imperatores contra morem ſuum de iuris ſubtilitate, magis quàm de effectu, & æquitate reſpondiſſe, cum in effectu nihil interſit directamne quis actionem habeat, an vtilem, *l. actio. 47. ff. de negot. geſt.* Id enim ipſum eſt quod iidem Imperatores apertius reſcripſerunt *in l. cum patrem 19. C. eod. tit. de iur. dot.* ex alieno pacto nullam prorſus competere actionem. Quibus verbis clarius nihil exprimi potuit vt non minus vtilis quàm directa actio excluderetur. Secundò idem probatur ex *l. pactum dotali 4. C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* vbi agitur de pacto dotali per matrem cum dotem daret, interpoſito, de dote poſt mortem ſuam liberis ſuis reſtituenda.

Et

Et cùm ſtipulatio ab ipſis liberis adhibita proponeretur, diſtinguit Imp. Gordian. an ſtipulatio illa legitime interceſſerit, necne: vt ſi omninò legitimè, nulla actio liberis quæri potuerit, neq; ex ſtipulatione quę non valuit, neq; ex pacto dotali matris. Non quòd ex pacto nunquam naſcatur actio (id .n. tùm obtinet cũ pactum eſt nudum, quale dici non poteſt illud quod interponitur cùm dos datur, vt ſcriptum eſt in *l. 1. C. eo.*) ſed quia mater liberis ſuis, quod ad hanc rẽ pertinet, extranea eſt, cùm non habeat eos in poteſtate *l. mulierem 5. C. de adop.* Ex pacto autem extraneę perſonæ quamuis nõ nudo, nulla actio dari poteſt: ſed ſi legitima ſtipulatione interueniente liberi ſibi proſpexerint, tùm demum ex ea poſſunt agere, ſi modò non ſint in patris poteſtate conſtituti. Id .n. eſt quod lex ait *ſi adhuc vinculis patriæ poteſtatis nõ alligeris*, quomodo certè legendum eſt, nõ vt vulgò *astrigeris*. Tertio probatur eadem hæc noſtra ſententia ex *l. pater 25. D. de pact. dotal.* vbi cùm proponeretur pater quidã filiæ ſuæ nomine dotem dediſſe genero, & pactus eſſe, vt ſi filia viuo pluribúſve liberis ſuperſtitib. moreretur, maritus partem duntaxat tertiã dotis retineret, reliquũ verò eidem patri, aut poſt ipſius mortem, illi aut illi, filiis quos in poteſtate habebat maritus redderet, interpoſita etiam in hanc rem ſtipulatione, mulier verò poſt mortem patris in matrimonio relictis filiis deceſſiſſet: Quærit Africanus an filij ſtipulatoris poſſint duas dotis partes petere ex ea ſtipulatione: Et reſpondet poſſe: redditque rationem quod eius ſtipulationis hæc vis ſit & poteſtas, vt ſi in matrimonio mortua eſſet filia, dos patri redderetur, acſi nulla filiorum ſtipulatoris mentio facta eſſet, perindéq; habendum acſi talis ſtipulatio interpoſita fuiſſet, *ſi nauis ex Aſia venerit, mihi aut poſt mortem meã Titio extraneo dare ſpõdes?* Quo caſu ſi poſt ſtipulatoris mortẽ nauis veniat, non eo quidem magis Titio aliqua actio ex ſtipulatu quęretur, cùm perſona ipſius omnino ſit extranea, ſed tamen perinde ſtipulatoris heredi debebitur, acſi nulla Titij mẽtio facta fuiſſet. Itaq; non dubitat Afric. quin propoſita in ſpecie inutiliter cõcepta ſit ſtipulatio in perſonis filiorum, etiamſi ſtipulationis tẽpore in patris eiuſdémq; ſtipulatoris poteſtate fuiſſent: quia quod dici ſolet, Patrem, filio quem in poteſtate habet, ſtipulari poſſe, ſicut & filium patri in cuius eſt poteſtate, vt nimirum vtroq; caſu patri per filium & obligatio & actio acquiratur, *l. cum qui ita 56. §. qui ſibi. verſ. quòd ſi ſoli. D. de verb. obl. § ſi quis aly. verſ. et verò. Inſt. de inut. ſtipul.* id tamen tunc obtinet, cum ſtipulatio ſit purè, aut confertur in diem vel in conditionem quæ poſſit exiſtere viuo patre, vt in *l. ſi filius fam. 78. D. de verb. obl.* At cùm in id tempus cõfertur quo pater erit mortuus, ac proinde quo ſublata erit patria poteſtas, non iam filio videtur ſtipulatus pater quã extraneo quem in poteſtate nõ habeat, quoniam in ſtipulationib. cęteriſq; contractib. qui conferuntur in tẽpus inhabile, non tam inſpicimus tempus quo fiunt, vt valeant, quàm tempus in quod cõferuntur, vt eorum validitas impediatur, *l. quod ſponſæ 4. C. de don. ant. nup. l. Titia cũ morietur 51. D. de vſuf.* quod & in libertatis datione quantumuis fauorabili iuris eſt, *l. Stichus 29. D. de manu. teſt.* Dubitãdi ergo ratio apud Africa. illa erat, quòd filij quibus pater erat ſtipulatus, in ipſius patris erãt poteſtate, ſed decidendi fortior illa, quòd ſtipulatio collata fuerat in tẽpus quo liberi omnimodo futuri erant ſui iuris. Quòd ſi Afric. ſenſus ille eſſet, vt ex propoſita ſtipulatione directa quidẽ actio filijs denegaretur, vtilis tamen accõmodaretur, nõ poſſet verũ eſſe, quod ille ait, perinde habendã ſtipulationẽ hanc, acſi patris ſolius mentio facta fuiſſet: Nemo enim illo caſu diceret vtilem actionem potuiſſe quæri filiis de quibus nihil in ſtipulatione dictum inueniretur. Neq; rurſum illud verum eſſet quod idem Africanus ait, Mortuo ante ſolutum matrimoniũ patre, dandam ex ea ſtipulatione actionem heredibus, & conſequẽter ipſis quoq; filiis tanquã heredibus, nõ ex propria perſona. Nõ enim filiis omnibus ſtipulatus fuerat pater, ſed illi aut illi, vt habent verba legis, id eſt alterutri duntaxat; & tamen omnes ſimul admittuntur ad petitionem: Ergo tanquam heredes, & nulla ratione habita vtilis actionis, quæ ſemper in effectu præfertur directæ quoties concurrunt directa in perſona vnius, & vtilis in perſona alterius, *l. procuratore 55. D. de procur. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. ad S. C. Trebell. l. 1. §. ſi autem D. de ſuperfic.* Quò etiam pertinet quod Põponius ait in *l. ſi ita 9. D. de pact. dotal.* Si ita conueniat vt ſi viuo ſocero mortua ſit filia, ipſi ſocero dos reddatur: ſi mortuo ſocero, eius filio reddatur: ſi filio quoque defuncto, totum heredi ſoceri reſtituatur, benigna interpretatione poſſe defendi vtilem eſſe ſtipulationem. Quę verba oſtendũt manifeſtè, nõ valere igitur ſtipulationẽ ipſo iure, cùm ob eã cauſam recurrendũ ſit ad benignã interpretationem, vt & in *l. Scæuola 76. D. ad S. C. Treb.* Cur verò non valet ipſo iure? An ex qua parte pactus fuit pater vt ſibi dos redderetur, ſi viuo ſe filia decederet? Minimè. Nihil enim obſtat quominùs ex ea parte valeat ſtipulatio. An ergo ex poſtremo ſtipulationis capite, quo conuenit vt totũ heredi patris redderet? Ne hoc quidẽ. Nã quiſquis ſibi ſtipulari poteſt, eũdẽ & heredi ſuo ſtipulari poſſe cõſtat, adeò vt nulla quoq; facta heredis mentio ne ſtipulat⁹ ei intelligatur, quippe quòd heres perſonã defũcti repręſentet, *l. ſi pactũ 9. D. de prob.* Nihil ergo eſt quòd hanc ſtipulationem inutilẽ facere poſſit, niſi quod pater ſibi paciſcens & ſuo heredi, medianı filij perſonã interpoſuerit, eiq; voluit acquirere actionem ex pacto dotali collato in id tempus quo ... morte patris effectus eſſet ſui iuris. An verò ea Põponij ſententia eſt, vt ex huiuſmodi ſtipulatione aliqua actio debeat dari filio, ſaltem vtilis? Nõ puto, ex iis ipſis rationibus, quas proximè diſputauimus ad Africanum, cum quo alioqui ſanè Põponius pugnaret. Arbitror igitur hanc Põponij ſententiam potiùs eſſe, vt interiecta filij perſona nõ faciat inutilẽ ſtipulationẽ, quod ad perſonã heredis, ſed tantùm quod ad perſonã filij. In quo benigna ſanè interpretatione op⁹ eſt, vt ſtipulatio, cuius validitas fuit interrupta per interpoſitam filij perſonam, in heredis tamẽ perſona conſiſtat, perinde acſi nulla filij mentio facta eſſet. Quartum argumentum ſoleo ſumere ex *l. inter ſocerũ 26. §. pen. eod. tit.* vbi tractans Papinianus de filia quæ cùm pro ſe dotem promitteret, pepigerat vt ſi in matrimonio ſine liberis moreretur, matri ſuæ dos ſolueretur, ait ex pacto filiæ nullam matri quæri actionem: Ergo ne vtilem quidem. Non eſt enim nulla, quę vtilis eſt, cùm in effectu non modo tantùm poſſit quantum directa, *d. l. actio 47. de neg. geſt.* ſed etiam directæ præferatur. Nec in alio patitur noſter Papinianus pactum filiæ prodeſſe matri quàm hactenus, vt ſi heres puellę vltrò ſoluerit matri pecuniam dotis, ac poſtea maritus cõtra placita dotem petere velit, ſiue ab herede, ſiue à matre puellæ, debeat ei obſtare exceptio pacti cõuenti, quia nimirum facilius eſt vt ex pacto detur exceptio illi etiam cui non potuit quęri actio, contra eum qui poſt pacti implementum venit aduerſus pactum, quàm vt ex eo aliqua naſcatur actio ſiue directa, ſiue vtilis in fauorẽ perſonę, quę non fuerit in poteſtate

RRr

Digitized by Google

ſtipulatis. Poſtrema ratio eſt ex *l. debitor 59. §. vlt. ad SC. Trebell.* vbi Paulus ponit, mulierem quæ dotem dabat, pactam fuiſſe cum marito vt mortua ſe in matrimonio dotis pars matri redderetur, cùm tamen nullam eo nomine ſtipulationem mater interpoſuiſſet, contenta ſcilicet pacto filiæ. Poſtea moriens filia matrem ſuam & maritum ex æqua parte heredes fecerat, & à matre petierat vt hereditatem Titio reſtitueret. Iudex aditus & à prætore datus de hereditate, vt antiqui loquebantur, erciſcunda, partem dotis matri adiudicauerat ſupra portionem ſuam hereditariã quaſi ex vtili pacto, id eſt quaſi ex pacto filiæ aliqua matri actio quæſita fuiſſet. Dubitabatur an & ea portio, quam mater quaſi ex vtili pacto habuerat à iudice, præſtanda eſſet ex cauſa fideicommiſſi Titio, cui totam hereditariam portionem reſtituerat. Et reſpõdet Paulus, nõ eſſe reſtituendam, duplici ratione, Et quia non quaſi heres, ſed quaſi mater ex pacto eã acceperat: Io fideicommiſſum autem hereditat is nõ aliud venire ſolet, quàm quod fuit hereditatis, *l. in fideicõmiſſaria 18. eod. tit.* heredémq; rogari oportet nõ ſolum de hereditate reſtituenda, ſed etiam tanquam heredem, vt SC. Trebell. locus fiat, id eſt, vt in fideicommiſſarium actiones tranſire poſſint, *l. mulier 22. §. vlt. eod.* Et quia non occaſione hereditatis, ſed errore ex pacto eam portionem mater habuit, quibus poſtremis verbis aperte teſtatur Paulus erraſſe in propoſito caſu iudicem qui matri adiudicauit partẽ dotis ex filiæ pacto tanquã vtili, quod tamen erat prorſus inutile, nec magis ad vtilẽ, quàm ad directã actionem producendam. Alioqui ſi ex tali pacto vtilis actio danda eſſet, non erraſſet iudex qui dotis partem in diuidenda hereditate matri præcipuam adiudicaſſet. Quidni enim potuiſſet ei adiudicare id quod ipſa per vtilem actionẽ ex ſtipulatu vltro petere & ab inuito coherede extorquere potuiſſet? Errant igitur, quotquot iudicis errorem ſecuti putant adfectioni perſonarũ hoc indulgendũ eſſe, vt coniunctæ perſonæ per coniunctã vtilis actio acquiratur: ac nec Cuiaciũ quidẽ excipio, cui hunc errorẽ placere potuiſſe & video & miror. Sed eũ feſellerunt proculdubio ij iuris loci, de quibus in ſequentibus dicemus.

De fideicommiſſo quod quis à depoſitario aut alio debitore ſuo reliquerit, Ad l. Publia 26. ff. depoſit. & l. ſi pecunia 77. de leg. 1.

CAPVT XVIII.

Reſtat vt ad leges quas ſupra pro cõmoni opinione attulimus, reſpondeamus; Ac primum ad *l. Publia 26. in prin. ff. depoſit.* vbi tractat Paulus de depoſito per Publiam Mæuiã facto Caiæ Seiæ, adiectis his verbis, *cum ſalua ſanáq; venero reſtitues mihi. Certè ſi aliquid mihi humanũ cõtigerit, reſtitues filio meo, quem ex alio marito ſuſcepi.* Defuncta ea inteſtata, quærebatur apud Paulum cui res commodatæ, id eſt depoſitæ reſtitui deberent, filióne an marito. Reſpondet Paulus filio reſtitui debere, ſed non aperit quo iure, id eſt an tanquam filio ex conuentione matris, an tanquam heredi. Puto ego nihil minùs cogitaſſe Paulum, quàm vt ex reſ filio tanquã filio ex matris conuentione reſtituerentur, quaſi aliqua ei quæſita actione ſiue directa ſiue vtili ex ſupradictis matris verbis. Repugnant. n. rationes allatæ à nobis capite ſuperiore. At neq; puto Paulũ id ſenſiſſe, vt reſtituerentur filio tanquam heredi, quoniam verba illa, *filio quem ex alio marito ſuſcepi*, nõ obſcurè præ ſe ferunt habuiſſe illã alios liberos ex ſecundo marito, alioqui nihil attinebat addere ſupradicta verba ad demonſtrandam perſonam filij, qui vnicus fuiſſet. Quo tamẽ admiſſo, cũ proponatur defuncta mater inteſtata, fatendũ eſt nõ modò filium ex priore marito ſuſceptum, ſed alios quoq; liberos ex poſteriore matrimonio natos ei ab inteſtato ſucceſſiſſe ex S.C. Orficiano pro æquis partib. *l. matris inteſtata 4. D. ad S.C. Tertyll.* & conſequẽter ad ſecundum maritum ex perſona communium liberorum, & pro ipſorum portionibus hereditariis hereditatem maternam pertinuiſſe, tanquam ei per liberos acquiſitã, *l. ſacratiſſimi 9. eod. tit. l. qui in aliena 6. §. ſed etſi legitima. D. de acqu. her.* Et ob eam nimirũ cauſam maritus pro iure ſuo cum filio prioris thori contendebat debere ſibi reſtitui res depoſitas, vtpote ad quẽ res illæ pro maiori parte pertinerent, ſi plures liberos habere proponeretur, *arg. l. ſi plures 14. D. depoſi.* Aut ſaltem penitus accipienda eſt dubitatio Pauli, acſi quæreret an deberent reſtitui res depoſitæ ſoli filio, an etiam marito, vtriq; ſcilicet pro hereditariis portionibus: Alioqui nõ video, quęnam potuerit eſſe ratio dubitandi pro marito: nec ſi ponereres, quod vulgo putãt, res ab vxore depoſitas proprias fuiſſe mariti, quia nõ ob id actio vlla poſſet cõpetere marito, cui vxor nec pacta fuiſſet, nec paciſci potuiſſet, excepta vindicatione quę domino datur, & in qua tamẽ ſi eam maritus idemq; dominus proponeret, nõ poſſet non vincere, iure ſcilicet dominij citra vllam conuentionem. Quamuis ſi eo caſu quo res depoſitæ fuiſſent, mulier ei pacta eſſet, vtilis actio depoſiti ex eo pacto daretur marito, qui vxoris heres nõ fuiſſet, *l. pen. C. ad exhib.* propter coniunctã cum iure dominij conuentionẽ. Sed ſi ambo illa non concurrant, nõ poteſt alterutrũ facere vt actio vtilis depoſiti acquiratur vel domino, cuius fauore nullum fuit initum pactũ, vel ei qui in conuẽtione nominatus fuerit, ſi dominus nõ ſit, vt omniũ apertiſſimè probat *d. l. pen. C. ad exhi.* Cõcludendũ igitur eſt, res depoſitas in ha ſpecie reſtitui filio, nõ actione depoſiti, ſiue directa ſiue vtili, ſed iure fideicõmiſſi, quod etiã ab inteſtato poteſt relinqui à quocunque debitore præſtandum, præſertim verò à depoſitario poſt reſcriptum Diui Pij qui primus hoc ius induxit, vt refert Vlpianus in *l. ſi pecunia 77. de leg. 1. & Scæuola in l. cum quis decedens 37. §. pater de leg. 3.* Non enim potuit Paulus ignorare reſcriptum illud, cùm iiſdem Vlpiani, & Scæuolæ tẽporibus vixerit poſt Diuum Pium. Quòd ſi quis pergat quærere, cur neceſſarium fuerit reſcriptum Diui Pij ad hoc vt fideicommiſſum depoſitario iniũgi poſſet, reſpondebo neceſſarium fuiſſe, quia ex ratione iuris fieri non poterat vt tale fideicommiſſum valeret non quidem ea ratione quæ impediret legatũ, id eſt quòd non poſſet valere vltima voluntas niſi quæ facta ſit in ſolenni teſtamento (id enim pertinet ad voluntates legitimas, id eſt legibus cognitas & præſertim legi duodecim tabularum, non ad fideicommiſſa multo poſt eã legem tempore introducta, vtpote quæ nullã iuris obſeruationem deſiderarent, *§. 1. Inſt. de codicill.*) ſed quia intereſt depoſitarij ne poſſit conueniri à fideicõmiſſario, & vrgeri ad depoſiti reſtitutionem, quandoquidem non eo minùs remanet obligatus heredi eius qui depoſuit, in quem nimirum trãſlata eſt ipſo iure eadem illa depoſiti actio directa, quæ deponenti competebat, iure ſcilicet hereditatis, per quam transfunduntur iura omnia defuncti in heredem *l. 1. §. Scæuola. in fin. ſi quis teſtam. liber eſſ. iuſſ. l. vlt. & tot. tit. C. de her. action.* Ita enim fit vt mortuo eo qui depoſuerat, & qui quandiu vixit, fuit creditor, fiat heres ipſius nomine creditor, vt proinde non aliter poſſit contingere per ſolutionẽ liberatio, quàm ſi ſoluatur vel heredi ipſi, vel alteri ex ipſius voluntate, *l. inuito 12. C. de ſol. ſuũ. l. ſi ego 9. §. ſi res. ff. de iur. dot.* nec poteſt depoſita-

rio

rio prodeſſe quod depoſitum reſtituerit fideicõmiſſario ex voluntate defuncti à quo id acceperat. Id enim tunc ei prodeſſe debet, cùm depoſitum reſtituit viuo & iubẽte depouente, qui eo tempore vetus creditor fuiſſet. At cùm per ſpeciem vltimę voluntatis depoſitum reſtituere iuſſus eſt, non priùs reſtituere iuſſus dici poteſt, quàm is qui depoſuit, deceſſerit: quia omnibus vltimis voluntatibus tam ſolennibus, quàm cæteris hoc commune eſt, vt morte debeant confirmari nec priùs valeãt. Quam ob cauſam ſolemus dicere ambulatoriam eſſe hominis voluntatem vſque ad ſupremum vitę exitum, *l. 4. D. de adim. leg.* Defuncto autem eo, qui fideicommiſſum reliquit, ſicut deſiit ille eſſe creditor, qui cœpit eſſe nullus, ita & deſiit volũtas eius poſſe facere vt depoſitarius reſtituẽdo depoſitum fideicommiſſario ſine heredis voluntate liberari poſſit ipſo iure, quemadmodum in ſpecie non valdè diſſimili tractat Vlpianus in *dict. §. ſi res.* Itaq. vt valeret huiuſmodi fideicommiſſum neceſſe fuiſſe D. Pium inducere, vt ſi poſt factã à depoſitario reſtitutionem ei cui deponens fieri præcepiſſet, cõueniretur depoſitarius ab herede, doli exceptione vti poſſet quomodo ſcriptum eſt in *d. l. ſi pecunia.* Non enim potuit D. Pius facere ſalua iuris ratione ne poſſet depoſitarius et à poſt fideicommiſſi ſolutionẽ conueniri ab herede, à quo nõ eſſet ille ipſo iure liberatus: ſed fecit vt actio illa, quæ ſummo iure heredi competit, fiat inutilis per oppoſitam doli exceptionẽ, quę & alias dari ſolet cõtra heredẽ, quoties per occaſionem iuris ciuilis captat ille lucrum ex dãno alieno cõtra teſtatoris ſui voluntatem, *l. 1. §. ideo autẽ. & §. vlt. D. de doli mal. except.* In propoſito autem facit heres contra voluntatem defuncti, cũ agit cõtra depoſitariũ ad repoſcẽdas ex cõtractu hereditario res depoſitas, quas depoſitari' alij ſoluerit iubẽte defuncto, quãuis ſoluerit herede ignorante, vt proinde cùm fideicommiſſo huiuſmodi grauatur depoſitarius, aliud quoq. fideicommiſſum tacitum hoc ipſo inducatur fauore depoſitarij, quaſi videatur heres tacitè rogatus ei remittere depoſiti actionem. Quoniam omnium nihil prudentes inducere potuiſſent, niſi Imperator. autoritas interueniſſet. At poſt illud reſcriptũ, ſicut nihil cœpit intereſſe depoſitarij an depoſitũ reſtitueret heredi an fideicommiſſario nõ magis quam ſi per reſtitutionẽ fideicõmiſſario factã liberatus eſſet ipſo iure, (nihil ſiquidẽ intereſt quod ad effectũ rei pertinet, an ipſo iure quis nullã actionẽ habeat quæ per exceptionẽ infirmetur, *l. nihil intereſt 112. de reg. iur.*) ita cœpit reſcriptũ largiùs accipi, & per interpretationẽ prudentũ vtilitatis gratia porrigi ad quemcumque debitorem, quamuis de depoſitario tantùm locutus fuiſſet D. Pius, vt hodie verum ſit, à quocunque debitore fideicommiſſum relinqui poſſe *d. l. ſi pecunia. & d. §. pater.* Secunda obiectio eſt ex *d. l. cum quis decedens 37. §. codicillis. de leg. 3.* vbi videtur Scęuola dare depoſiti actionem fratris filio ex conuentione cum patruo inita. Sed facilis reſponſio eſt non de illo quæri apud Scæuolam, vtrum fratris filius, ex conuentione patrui actionẽ depoſiti directam aut vtilem habeat, ſed illud tantũ an ad depoſitam pecuniã probandam ſufficerent verba codicillorum, quib. teſtator idipſum expreſſerat, hoc ẽt addito, quod iuraſſet patruo eã ſe pecuniam fratris filio aliquando reſtituturũ. Reſpõdet verò Scęuola, nihil cauſę eſſe, cur nõ debeat credi ſcripturę præſertim ob autoritatẽ iuriſiurandi quod affirmauerat teſtator à ſe prẹſtitum fuiſſe, vt & aliis pleriſq; caſib. magna vis iuriſiurandi eſſe ſolet non tantùm adimplendam probationem depoſiti, quę alioqui etiã ſine iureiurando ex ſola depoſitarij cõfeſſione facilè impletur, vt in ſpecie *d. l. Publia. §. 1. depoſ.* ſed etiã ad validandam ſupremam voluntatẽ, quæ alioqui foret inutilis vt in ſpecie *l. cùm pater 77. § . filius matrẽ de leg. 2.* Proinde ſi quæratur quo iure fratris filius agere poſſit depoſiti actione in ſpecie *d. §. codicillis.* Reſpondẽdum eſt, iure hereditario, quia patrui heres erat, vt in dubio credendum eſt, ſiue teſtatus, ſiue inteſtatus patruus deceſſiſſet. Quod etſi Iuriſconſultus non exprimit, facit tamẽ iuris ratio vt omnino ſubintelligi debeat, quia termini habiles ſemper ſupponendi ſunt. Itaq; non aliam ob cauſam pertinet hoc reſponſum ad *tit. De leg. & fideic.* quàm quòd ea ſcriptura de cuius virib' quærebatur, facta eſſet in codicillis, nõ quòd fideicommiſſum vllum deberetur. Siquidem certum eſt nõ poſſe valere fideicõmiſſum, quoties debitor relinquit creditori quod ei debet, ſi neq; tempore, neq; loco, neque cauſa, aut alio modo plus ſit in fideicõmiſſo aut legato, quàm in debito, *l. ſin autẽ 29. de leg. 1. l. Mauius 66. in princip. & verſ. debitor l. debitor. 82. de legat. 2.* Sicùt è contrario reſponſum Pauli in *d. l. Mænia*, non alia ratione pertinet ad tit. depoſiti quàm quod fuerant depoſitæ res de quarum reſtitutione quærebatur: quod iam à nobis lib. 1. obſeruatum eſt.

Obſeruata Triboniani manus in l. Casus 45. D. ſolut. matrim. l. quodcunque 45. §. ſi quis ita. de verb. obligat. l. pater 7. C. de pact. conuent.

Capvt xix.

Tertia obiectio eſt ex *l. Casus 45. D. ſolut. matrim.* vbi ex ſtipulatione aui materni datur actio vtilis nepti, quę tamen non in aui materni, ſed in patris ſui erat poteſtate. Verùm ex ipſis verbis legis apparet reſponſum illud habere ſpecialem rationem non tam iuris quàm æquitatis propter concurrentem fauorem dotium, & nuptiarum, vt lex ait. Quæ enim poſtea ſubiungitur ratio, *& maximè propter adfectionem perſonarum*, ex abundanti potius adiecta videri debet, vt intelligamus ſolum fauorem nuptiarum facere nõ poſſe vt ex ſtipulatione extranei actio illa vtilis detur, niſi concurrat etiam adfectio perſonarum, at non etiam vt adfectio ſola poſſit ſufficere ſi cæteræ rationes non concurrant. Idq; iam à nobis aliàs traditum eſt. Sed tamẽ vt eloquar ingenuè quod ſentio, nõ dubito quin elegans illud Pauli reſponſum, vt & alia innumera, deprauatum ſit à Tribuniano prętextu neſcio cuius æquitatis commentitiæ, & fauore dotium, quibus ille paſſim plus ęquo fauere ſolet. Neq; id obſcurum eſt, meo iudicio, ſiue iuris rationẽ ſpectemus, ſiue contextum verborum, ab illis præſertim, *ſed dicẽdum eſt*, vſque ad finem. Vbi quod ſcriptum legimus, *ſed permittendum eſt vtilem actionem*, non puto poſſe cõſtrui, nec à Priſciano ipſo, niſi ea velit accipere pro phraſi Græca, quæ tanto magis prodit Tribonianum gręciſmis iſtis vti ſolitum, quibus numquã vti videas Paulum, qui fuit Patauinus. Cæterùm non poſſe in illa ſpecie quęri actionem aliquam nepti ſiue directã, ſiue vtilem, conſtat, non ex eo ſolùm quòd cùm non eſſet neptis in aui materni poteſtate inutiliter ſtipulatio in ipſius perſonam collata fuerat, quod apertè Paulus fatetur, cùm ait, *Reſpõdi, in perſona neptis videri inutiliter ſtipulationẽ eſſe cõceptã, quoniã auus maternus ei ſtipulatus proponitur: quod cùm ita eſt, heredi ſtipulatoris quãdoque diuerterit mulier, actio competere videtur.* Sed etiam quia cùm eſſet ea neptis in patris ſui poteſtate, vt prima legis verba probant, fieri nõ potuit, vt ſi qua actio ex ea materni aui ſtipulatione quęſita erat nepti, ea non ſtatim patri per filiã acquireretur, *l. placet 79. ff. de acq. her. l. pactũ dotali. 4. Co*

de pact. conuent. tam ſup. dot. Et cùm quærit Paulus An & cui actio ex huiuſmodi ſtipulatione competat: non tam poteſt dubitare an competat heredi aui materni ex vna parte, an nepti ex altera, quàm vtrum cõpetat heredi quem auus maternus reliquerit, an patri neptis, cum eam ob cauſam in proponenda facti ſpecie ponat auũ maternũ priorẽ defunctum vita ſtatim poſt ſtipulationem, & deinde neptem ſine culpa ſua diuertiſſe viuo patre ſuo, in cuius erat poteſtate. Cui etiam conuenit, quòd cùm ad propoſitam quæſtionẽ reſpõdet, nõ ait actionem nepti quæſitam eſſe, vel nõ non eſſe; ſed in ipſius perſona inutiliter conceptã ſtipulationem, vt hoc ipſo ſignificet nullã ex ſtipulatu actionẽ quæri potuiſſe non ſolũ nepti, ſed neq. ipſius patri. Ex quo poſtmodum infert ille, quod ex ratione iuris veriſſimũ eſt; non alij ergo quàm heredi aui materni actionẽ ex ea ſtipulatione poſſe cõpetere. Sed cum ita Paulus præciſè reſpõdiſſet, Trib. vt ſuę diſtinctioni & opinioni viam ſterneret, adiecit primũ verba illa *quidẽ, videri & videtur*, ad ſuſpendendã Pauli ſententiã. Deinde cũ non auderet ſtatim dicere dandã huic nepti vtilẽ actionẽ, tentauit primũ an poſſet aſſequi vt ea ſtipulatio per interpretationẽ hacten⁹ defenderetur, vt perſona neptis, quę non potuerat adiici obligationis cauſa tanquã extranea, diceretur adiecta ſolutionis cauſa. Id. n. eſt quod ſcriptũ legimus in *ver. ſed dicẽdũ eſt*, Seiæ nepti poſſe dotem ſolui, quãuis actio directa ei non cõpetat, acſi auus ſibi aut illi dari ſtipulatus eſſet. In quo tamen aperta vis fit & rationi iuris, & legibus. Etſi. n. extranea quoq. perſona ſolutionis cauſa adiici in ſtipulatione põt, *l. quod ſtipulatus. 10. & ſeq. l. ſi ita ſtipulatus 59. de ſolu. l. eũ qui ita 56. §. qui tibi. de verb. obl.* Tamen in propoſita ſpecie nõ poterat videri auus maternus adieciſſe neptis perſonã ſolutionis gratia: nec. n. fuerat ſtipulatus ſibi aut nepti, ſed è contrario nepti vel ſibi. Atq. ita ſuam ille potiùs quàm neptis perſonam ſolutionis cauſa adiecerat, ſiquidem adiecta perſona illa dicitur, cuius nomen ſequitur nomen perſonæ in qua conſiſtit ius obligationis, vnde & adiecta perſona appellatur. Ergo fatendum eſt in hoc caſu, ſi iuris rationẽ conſulamus, neq. nepti vtiliter dotem ſolui poſſe, non magis quã ei dotis exactionem dari. Sed etſi hactenus nepti indulgeremus, vt dos ei ſolui poſſet, tãquam adiectę ſolutionis cauſa, nihil tamen ea res nepti prodeſſet: non ob id ſolùm quòd non eo minùs haberet heres aui materni actionem, & quidem directã ex ſtipulatione, ſed etiam quia tũ quoq; cùm facta eſſet ſolutio nepti haberet heres aui neptem obſtrictam actione mandati ad reddendum quicquid ex ſtipulatione fuiſſet conſecuta, *l. qui res 98. §. qui ſtipulatus. ff. de ſolu. §. ſi quis alij. Inſt. de inut. ſtip.* Quod animaduertens Trib. paulatim effectus audacior, eo vſque progreditur, vt dicat permittendam eſſe nepti ex hac auita conuentione vtilem actionem, ne, inquit, dotis cõmodo mulier defraudetur. Quaſi verò data ei actiona futurũ ſit vt non defraudetur, cùm tamen eo caſu patri ipſius, non ipſi acquiſitum iri cõmodum vtilis actionis certum ſit, niſi fortaſſe reſpexit Trib. ad Iuſt. conſtitutionem in *l. cùm oportet 6. C. de bon. quæ liber.* per quam facti ſunt filiifamilias capaces peculij aduentitij ſibi acquirendi etiam inuito patre, ſaluo patri vſufructu: quod vtique Pauli temporibus non obtinebat. Quare nec in hac ratione conquieſcit Trib. ſed vt facere ſolent qui dubitant, ac multo faciliùs qui errant, conquirit vndique alias rationes, fauorem ſcilicet nuptiarum, & prætereà adfectionem perſonarum, vt tãdem inuita iuriſprudentia concludat, ad hoc decurrendum eſſe vt ex ſtipulatione omnino inutili danda ſit actio nepti proprio nomine, quamuis in poteſtate patris conſtitutæ: quo abſurdius & ineptius dici nihil poteſt. Poſtrema obiectio eſt ex *l. pater 7. C. de pact. conuent.* vbi reſcribunt Imperatores, Si pater pro filia dotem dando genero pactus ſit eam reſtitui nepotibus ſub ea condicione, ſi filia priùs in matrimonio moreretur, licèt nepotibus actionem quærere non potuerit, vtilem tamen eis ex æquitate accommodari. Nec enim omnino nunc nobis placet quod libr. 1. cap. 4. reſpõdimus intelligendam legem illam de nepotibus ex filio qui fuerint in poteſtate aui tempore ſtipulationis: & ſi verum eſt huiuſmodi nepotum meliorem eſſe debere condicionem, quàm nepotum ex filia qui non ſunt in aui materni poteſtate, vt ſaltem vtilem actionem ex aui paterni ſtipulatione habere debeant, arg. *l. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verb. oblig. & l. ſi ita 9. D. de pact. dotal.* Qui loci quamuis loquantur de filio & filia in patris poteſtate conſtitutis, non de nepotibus, attamen eadẽ iuris & æquitatis ratione extendi poſſunt ad nepotes, dummodò ſub patris poteſtate conſtitutos. Sed reſponderi etiam poteſt, & accommodatius, meo iudicio, non illud Imperatores dicere, quod nos negamus, Ex aui ſiue paterni ſiue materni ſtipulatione vtilem actionem nepotibus acquiri, imò potiùs nullã, id eſt, ne vtilem quidem, ſi põderes negationem poſitam ante verbum *potuit*, in iis verbis, *licèt iis actionem quærere non potuit*, ſed tantùm vtilem actionem ex æquitate accommodari nepotibus: quo *accommodandi* verbo non obſcurè ſignificatur huiuſmodi actionem non tam naſci ex ſtipulatione vel pacto dotali, quàm dari & induci ab Imperatoribus. Eſtque vnum hoc exemplum earum actionum vtilium quas interpretes noſtri poſt Bart. ad *l. 1. de oblig. & act.* datiuas vocant ad differentiam natiuarum: natiuas enim appellant eas quæ naſcuntur ex natura & vi negotij, non quidem ipſo iure (quæ enim naſcuntur ipſo iure directæ ſemper ſunt, numquam vtiles) ſed ex æquitate & per interpretationem quæ fiat vel à prudentibus, ſi ſint vtiles actiones ciuiles: vel à prætore, ſi ſint vtiles actiones prætoriæ. Datiuas verò quæ non ex vi & poteſtate negotij naſcuntur, ſed tamen ob negotij æquitatem dantur & accommodantur à lege, ad quas propriè pertinet *tit. D. de condict. ex leg.* In propoſito igitur dicimus ex aui ſiue paterni ſiue materni ſtipulatione nullam naſci actionem in fauorem nepotum, nec magis vtilem, quàm directã, ſed tamen dari & accommodari ex æquitate vtilem autoritate Imperatorum, quibus ſolis licet poſitam inter ius & æquitatem interpretationem inſpicere *l. 2. C. de legib.* Quòd ſi quis vehementiùs vrgeat, & quærat qua autoritate actio hæc vtilis accommodetur nepotibus, reſpondebo, ſi hoc quoque liceat mihi liberè dicere, non tam ab Impp. Diocletiano, & Maximiano, quorum ea lex eſt, ius hoc nouum inductum fuiſſe, quàm à Triboniano, reſpiciente non ad fauorem nuptiarum, aut dotiũ, vt in *d. l. Caius*, ſed ad duas Iuſtiniani conſtitutiones iuris veteris correctorias: quarum vna eſt, Vt liceat cuilibet ſtipulari etiam poſt mortem ſuã, vel pridiè quàm moreretur dari aliquid vel fieri, *l. ſcrupuloſam 11. C. de contr. & commit. ſtipulat. §. poſt mortem. Inſt. de inutil. ſtipular.* Altera quæ videtur ſuperiori conſequens, vt obligationes & actiones poſſint ab heredibus incipere, & contra heredes, *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Quod olim fecus erat.* Quamuis enim poſſet aliquando fieri vt contra heredem competeret actio, quæ contra defunctum non competiiſſet, neceſſe tamen erat obligationem natam fuiſſe viuo

eo

eo contra cuius heredē agebatur, vt in exemplis illis duobus de quibus in *l. hereditarium 7. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* Et verò ita olim ius fuiſſe, vt ex ſtipulationibus iſtis, ſiue à patre, ſiue ab auo interpoſitis, & poſt ſtipulatoris mortē collatis, nulla neq; liberis neq; nepotib. actio vtilis, ſiue natiua, ſiue datiua dādaeſſet, cōſtat meo iudicio apertiſſimè ex Africano in *l. pater 23. De pact. dotal.* & aliis legibus, quas pro noſtra ſententia in ſuperioribus adduximus. Quid .n. refert in effectu an actio vtilis detur ex vi & poteſtate negotij, an accommodetur à lege ex aliqua æquitate? Aut quomodo poterat olim fieri ante Iuſtin. conſtitutiones, vt qui poſt mortem ſuam ſtipulari nō poſſet, neque ſibi, neque ſuo heredi, nepotibus tamen aut filiis ſuis ſtipulari poſſet. Quare nec illud poſſum cōcoquere quod in *d. l. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verb. oblig.* ſub Vlpiani nominē ſcriptum video, Patre ita ſtipulante, *poſt mortem meam filiæ meæ dari,* vtilem actionem competere filiæ, etiamſi heres patri non exiſtat. Repugnat enim euidenter Africanus in *d. l. pater.* vbi vult adiectam mentionem filiorum, etiam quos pater idémque ſtipulator habebat in poteſtate, habendam pro non adiecta, nec alio iure poſſe filios agere ex ſtipulatu, quā quaſi heredes patris. Sed mihi videtur adhuc apertiùs Triboniani manum & inſcitiam illud prodere, quòd ſcribit, filiæ hoc caſu actionem vtilem competere, cùm actio quæ competit nunquam poſſit eſſe vtilis, ſed ſemper ſit directa. Cùm enim dicimus competere ſiue obligationem, ſiue actionem, ſiue libertatem, ſignificamus ipſo iure directam eſſe obligationem, aut actionem, aut libertatem: ad differentiam vtilis actionis & fideicommiſſariæ libertatis, quarum neutra competere dicitur, ſed vtraque dari. Prodit denique Tribonianum in *d. l. pater* contextus ipſe verborum, adeo contortus eſt, & malè concionatus, cùm nominatiuus ille *pater* in principio legis poſitus, nullum verbū habeat à quo regatur in vltima legis parte, ſine qua tamen prior pars neque ſenſum vllum habere poteſt, neque conſtructionem, vt liceat in coniecturam venire, ſic ab Imperatoribus cōceptā fuiſſe legem, & his verbis, *Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus reſtitui his actionem quærere non potuit,* vt & in *d. l. pactum dotali 4. C. eod. tit.* Tribonianum verò vt ſuā illam æquitatem, & vtilem actionem induceret, adieciſſe primùm de ſuo dictionem *licèt*, deinde totam illam clauſulam, *tamen vtilis eis ex æquitate accommodabitur actio*, repetita inſulſè dictione illa *actio*, quæ multò aptiùs poterat ſuppleri ex illis præcedentibus, *actionem quærere non potuit.* Certè Tribonianū fuiſſe facilem in actionibus vtilib. inducendis, etiam iis caſibus quibus non idem prudentibus videbatur, cōſtat ſatis ex *l. 2. C. per quas perſon. oblig. nob. acquir. & ex l. in cauſa 27. in fi. ff. de procurat.* iunctis iis quę ad eā legem ſcripſi in Rationalibus, & ex aliis quàm plurimis & ſimilibus iuris noſtri locis.

Quid Iuſtinianus ſignificare voluerit his verbis & aliis quibuſdam modis, *in §. omnium. Inſt. de action. & de præiudicialibus actionibus & interdictis.*

CAPVT XX.

OBligationes omnes ea quibus perſonalis actio naſci poteſt, varias habere cauſas nemo neſcit. Aut .n. ſunt ex cōtractu vel quaſi, aut ex maleficio vel quaſi, aut ex alio proprio quodā iure ex variis cauſarū figuris, vt Caius loquitur in *l. 1. in prin. D. de obl. & act.* Et conſequenter eſt quod Iuſtin. ſcribit in §. *omnium Inſt. de action.* omnes actiones quę in perſonā proditæ ſunt eſſe contra eum qui ſit obligatus, aut ex contractu, aut ex maleficio, aut aliis quibuſdā modis. Quę tamen verba quē ſenſum habeant magnis contentionibus certant interpretes. Et vulgo quidem creditur iis verbis ſignificari obligationes quę naſcūtur ex quaſi contractu, aut ex quaſi maleficio: ſed tamen recentiores ferè omnes magis probant quod & iam olim Accurſi⁹ ſuſpicatus eſt, ſignificari quid abſtruſius, quoniam de iis obligationibus quæ ex quaſi cōtractu, aut ex quaſi maleficio naſcūtur, dubitari vix poterat, quin continerentur appellatione illarum, quę aut ex contractu, aut ex maleficio naſcuntur. Sunt autem qui cū Franciſco Hotomanno putent eas actiones ſignificari, per quas intendat actor aduerſarium non quidem dare aut facere oportere, ſed quid aliud, puta Tradere, reſtituere, exhibere, quod ſanè prorſus improbabile eſt, cùm iſta omnia faciendi verbo contineantur, *l. faciendi 175. l. licet 58. l. verbum Facere 218. D. de verb. ſignific.* Alij verò poſt Cuiacium, & Vueſembeciū referunt ad eas actiones perſonales quæ in rem ſcriptæ dicuntur, puta, inquiunt ad actionem ad exhibēdum, Quod metus cauſa, & ad interdicta, quaſi in iſtis omnibus intendat actor aliud quidpiam, quàm ſibi dare aut facere aduerſarium oportere, propterea quòd nō in perſonam, ſed in rem generaliter concipiantur. In quo tamen grauiter, meo quidem iudicio decipiūtur. Sic enim loquuntur, quaſi idem ſit, actiones in rem ſcribi, & in rem dirigi, quæ tamen ſunt omnino diuerſa. Scribuntur enim in rem etiam eę quę ſunt perſonales, quas tamen in rem dirigi æquè nemo verè dixerit. Nec illud rurſus verum eſt, quod iidē volunt actiones iſtas generaliter in rem ſcriptas eſſe, quaſi ob eam cauſam fiat vt nō dirigantur in perſonā certam, quā poſſit actor intendere dare ſibi aliquid, vel facere oportere. Quāuis enim ſcriptæ ſint in rem, quod pertinet ad conditionē formulæ, non tamen diriguntur generaliter in rem, aut in rei poſſeſſorem quemlibet, vt vindicationes, ſed in perſonam certam quā perinde actor intendit dare aliquid debere vel facere, atque ſi in rē ſcripta actio nō eſſet: vt in actione Ad exhibendum intendit actor aduerſarium debere exhibere: in actione Quod metus cauſa, debere reſtituere: in interdictis debere vel exhibere, vel reſtituere, vel tollere, aut quid aliud eiuſmodi præſtare: quæ omnia iam diximus faciendi appellatione contineri. Sunt alij qui putent his verbis ſignificari actiones quaſdam valdē ſingulares, & quę nōnullis caſibus ex magna æquitate cōtra iuris regulas communes ſint comparatæ, etiam aduerſus eum qui nullomodo ſit obligatus: quarū tamen exemplum vix vllum habent, quod proferant, niſi vnum ex *l. diffamari 5. C. de ingen. manumiſſ.* quam legem interpretes plerique ſic accipiunt vulgò, vt qui iactitat ſe aliquas habere cōtra me actiones, ſiue perſonales, ſiue reales, poſſit cogente me iuberi à iudice vt iis actionibus experiatur, tametſi nolit agere; ita vt ſi non agat, perpetuum ei ſilentium imponatur, nec eas actiones mouere vnquam poſſit, ne tum quidem cùm volet. Quod quamquam pugnat euidenter cum ea iuris regula, quæ non patitur, vt inuitus quiſquam agere, vel accuſare cogatur, *l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accuſ. cogat.* volunt illi nouo id iure inductum eſſe beneficio iſtius legis, nec habent aliud nomē quo actionem hanc tam nouam exprimant, niſi vt vocent actionem ex remedio legis *Diffamari.* Quæ tamē lex ſi benè intelligatur, nil minùs quàm ad rem pertinet, non ob id ſolùm quòd caſum tractet valdè ſpecialē, & in quo magnus adeſt fauor ingenuitatis & libertatis, pro qua non eſt mirum hac in re, vt & in aliis ple-

riſque iuris partibus regulas violati, *l. generaliter* 24. *§. ſi quis ſeruo in fin. D. de fideic. liber.* ſed etiam quia in ſpecie *d. l. diffamari*, non id agunt Imperatores, vt cum qui ſtatum ingenui hominis diffamabat, iactitãs eum eſſe vel ſeruum, vel libertũ ſuum, cogatur inuitus agere, id eſt, ingenuũ illum in ſeruitutem vel libertinitatẽ vindicare, ſed è contrariò vt agẽte illo, qui ſe ingenuũ dicit, cogatur cõtradicere, ſi quã putet ſe habere cauſam contradicendi, & ſuis vti defenſionibus, vt habent verba legis. Ergo tanquam reus non tanquam actor. Rei enim eſt contradicere & defenſionibus ſuis vti. Actor dicit, Reus contradicit. Actor intendit, Reus defendit: & actoris intentio nihil niſi actio eſt, Rei verò defenſiones nihil niſi exceptiones ad excludendam actionem comparatæ. Solent autem in huiuſmodi cauſis ſtatus ex vtraque parte competere actiones. i. non tantum ex parte illius qui intendit aduerſarium eſſe ſeruum, vel libertum ſuum, ſed etiam ex parte illius qui ſe vult aſſerere ingenuum, ſi ingenuitatis ſuæ probationibus confidat, & malit actoris partibus fungi quàm expectare vt reus fiat, *l. circa eũ* 14. *D. de proba.* Idq; commodius plerunq; eſt, ne diutiùs in ſuſpenſo maneat cauſa ſtatus, quoniã quiſquis actor eſſe vult in ſua poteſtate, habet quãdo vtatur iure ſuo: is autẽ cum quo agitur non habet poteſtatem, aut electionem quando conueniatur, *l. pure* 5. *§. vlt. D. de doli except. l. petenda* 6. *C. de temp. in integr. reſtit.* Poſtrema eáq; noua interpretatio eſt Hermanni Vulteij Iuriſc. clariſſimi, & magni inter Germanos nominis, qui in ſuis ad eum locum Inſtitutionum commentariis ſcribit, Iuſtinianum his verbis ſignificare, præiudiciales actiones de quibus in *§. præiudiciales eod. tit. de action.* per quas ſcilicet quæritur, an aliquis liber ſit, an libertus, & de partu agnoſcendo. Vult. n. actiones omnes perſonales pendere ex iure perſonarum, quod, inquit, in duobus conſiſtit, in iure poteſtatis & obligationis: in iure poteſtatis, quatenus dicimus alium eſſe in poteſtate noſtra ſiue tanquã filiũ ſiue tanquã ſeruũ. In iure autẽ obligationis, quatenus quis alteri obligatur ad dãdũ aliquid vel faciendũ. Indéq; nimirum vult profluere differentiam actionum perſonaliũ, vt aliæ naſcantur ex iure obligationis per quas intendamus aduerſarium dare aut facere oportere, quæ ſpeciali nomine condictiones dicuntur, *§. appellamus. eod. tit.* Aliæ verò ex iure poteſtatis quibus intendamus aduerſarium eſſe vel fuiſſe aliquando in poteſtate noſtra, quæ propriè præiudiciales actiones appellantur, *d. §. præiudiciales.* Sed tamen hęc quoque interpretatio, quod cum tanti viri bona venia dictum velim, videtur mihi omnium improbabiliſſima. Actiones enim præiudiciales non in perſonam, ſed in rem eſſe ſcribit diſertè Iuſt. in *d. §. præiudiciales.* Et quamuis vſurpet verbum *videri*, quod captat Vulteius, vt probet non eſſe in rem verè, quid tamen cauſæ eſſe poterat vt diceret eas videri eſſe in rẽ, ſi veriùs & tutiùs ſcribere poterat eſſe illas in perſonam? Aut quid attinebat dicere in rem illas eſſe videri, niſi ad differentiam earum, quæ ſunt in perſonã? Et verò cùm per huiuſmodi actiones præiudiciales actor non intendat aduerſarium dare aliquid, aut facere oportere quod Vulteius quoque fatetur, nec obligatio vlla præcedat ex qua naſcantur, nec denique in perſonam vllam dirigãtur, ad extorquendã condemnationem, quæ præcipua vis eſt actionis perſonalis, quonam obſecro colore poſſunt dici perſonales? At è cõtrario habent omnia ſimilia cum actionibus realibus, illud præcipuè quòd dantur contra eum, qui nullo iure eſt obligatus, & qui nunquã eſt condemnandus. Nihil. n. aliud facit qui de pręiudiciali actione cognoſcit, niſi quòd pronunciat eum, de cuius ſtatu quęritur, vel ſeruum, vel liberum eſſe, vel ingenuum, vel libertinũ, aut quid aliud ſimile, nulla cõdemnationis facta mentione, non magis quàm ſi de dominio per rei vindicationem ageretur, poterátque ſufficere pro his omnibus actio vindicationis ſi fieri poſſet vt liber homo vindicaretur: ſed quia non eſt in commercio, cùm rerum omnium cõmercia ſolius hominis gratia comparata ſint, neceſſe fuit nouam formã excogitari actionum, per quam appareret differre iſtas à cæteris vindicationibus. Nam cùm in cæteris actor dicat rem ſuam eſſe ex iure Quiritium aut ſibi obligatam in iſtis qui agit, non dicit aduerſarium ſuum eſſe, ſed adiicit filium ſuum eſſe, vel ſeruum, ob idq; neceſſe fuit Iuſtinianũ ſcribere videri illas eſſe in rem, vt ſignificaret non eſſe in omnibus & per omnia ſimiles cęteris in rem actionibus, quamuis quę inter eas differentia eſt non faciat, vt eo minùs ſint verè ac purè reales, cùm dirigãtur in rẽ, id eſt vt detegamus quid virũ doctiſſimum fefellerit, in perſonam quidem, ſed tamen non tanquã perſonam, ſed tanquam rem aliam quamlibet, quę tamen in poteſtate noſtra tantùm ſit, non etiã in dominiu. Indéq; etiã eſſe videtur, quòd actiones iſtæ pręiudiciales appellantur, quòd nimirum exerceri eas neceſſe ſit priuſquam vindicationis iudicium inſtitui poſſit. Si enim Stichum vindicare velim tanquam ſeruum meum, qui tamen dicit ſe liberũ, prius eſt vt quęratur an ſit liber, quia ſi liber pronuntiabitur, vindicari non poterit, cùm hominis liberi neque dominium ſit, neq; vindicatio, ſi verò pronuntiabitur non eſſe illum liberũ, tum verò illum potero vindicare tãquam aliud animal quodlibet, eritq; illud iudicium vindicationis. Ergo pręiudicium, id eſt anteiudicium dici debebit cognitio illa, vtrum liber ſit, necne: quamquam nec ſemper ſolet iudicium ſequi cognitionem pręiudicialem. Plerunq; enim fit vt de ſtatu perſonæ quæri oporteat, nõ ad iudicium aliquod poſtea dictandum à prætore, ſed aliam ob cauſam, de qua prętor ipſe cognoſcere debeat, nec iudicem dare poſſit, etiãſi velit: vt puta ſi pater deſideret ali à filio, aut filius à patre, & filius patrẽ eſſe neget, aut pater filiũ. Prius enim erit vt prætor cognoſcat an ſit ille pater, an hic filius, vt ſi conſtiterit filium vel parentẽ eſſe, tunc ali iubeat nullo alio ad hoc iudice dato, (quęſtio enim de alimentis habet priuilegium ne apud alium quàm prætorẽ tractari debeat) ſi verò non conſtiterit, nec decernat alimenta, *l. ſi quis à liberis* 5. *in princ. & §. ſi vel parẽs. D. de agnoſc. & alẽd. liber. l. cum hi* 8. *in princ. & §. ſi prætor, cũ ſeq. D. de trãſact.* Idémq; contingit ſi inter patronos & libertos contendatur, *d. l. ſi quis. §. ſolẽt*, vbi tamen Iuriſconſultus monet eleganter, ſi alimẽtorum decretum factũ ſit priuſquàm conſtiterit an eſſet ille patronus, aut libertus fortaſſe per imperitiã aut præcipitem feſtinationem magiſtratus, nõ idcirco tolli facultatem ei qui alere iuſſus eſt, quominùs præiudicio certare poſſit, ſi libertum ſe vel patronum neget. Ex quo intelligimus præiudiciales iſtas actiones propriè actiones non eſſe, longéq; elegantiùs præiudicia dici, cùm non tractentur apud iudicem datum, & ex vi alicuius formulæ, ſed apud magiſtratum, qui vtiq. de ea re de qua cognoſcere ipſe debet, formulam ſibi præſcribere nullam poteſt. Itaq. non continentur appellatione actionis, niſi eo nomine valdè generaliter & impropriè ſumpto, quemadmodum & interdicta, & ſtipulationes cautionales prætoriæ, & aliæ, de quibus in *l. actionis verbo* 30. *D. de obl. & action.* Multóq. faciliùs fuit vt actionis nomen accommodaretur cæteris in rem actionibus, quãuis nec propriè actiones illę dicãtur, ſed petitiones, *l. pecuniæ* 178. *§. actionis. D. de*

verb. ſign. quàm iſtis præiudicialib. non quòd in rem iſtę quoq. nō ſint, ſed quia in cęteris in rem actionib. vſurpatur aliqua formula, ſicut & in perſonalib., formula, inquam, quæ præſcribitur à prętore dante actionem, & iudicium dictante. At in præiudiciis nulla eſt actio, nulla formula prætoris, qui ſcilicet ipſe per ſe cognoſcit, licèt intentio petentis formulam aliquam deſideret per quam exprimatur. Et idcirco admonet Vlp. in *l. 1. §. per hāc autē ff. de rei vind.* per ſpecialem actionem in rem, quæ vindicatio appellatur, non peti liberas perſonas, ne quidem eas, quæ ſunt iuris noſtri, quales ſunt liberi quos habemus in poteſtate. Petendos .n. eſſe, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria, niſi fortè, inquit, adiecta cauſa quis vindicet, puta, ſi quis vindicet filium ſuum in ſua poteſtate conſtitutum, adiecta cauſa illa, *ex iure Quiritiū*, aut quod idem eſt, *ex iure Romano*: quod tamen quomodo accipiendum ſit, latiùs in Rationalib. noſtris ad eum locum, fauente Deo, dicemus. Ceterùm probat etiam locus ille apertiſſimè, præiudiciales actiones propriè in rem eſſe, & nullomodò in perſonam, cùm poſſint etiam aliquando dici vindicationes. Immò & eleganter & ſæpe apud Iureconſultos dicitur vindicare ſe in libertatem, aut quod idem eſt, vindicare ſibi libertatem eum, qui ſe dicit liberum, cùm ab alio tanquam ſeruus peteretur: & contrà, vindicari in ſeruitutem eum cui ſit cōtrouerſia ſtatus quaſi ſeruus ſit, cùm ipſe tamen ſe pro libero gerat. Dicendum igitur eſt, ni fallor, Iuſtinianum iis verbis, *& alijs quibuſdā modis*, nihil aliud ſēſiſſe, niſi illud ipſū, quod Caius in *d. l. 1. in princ. D. de oblig. & act.* cùm ſcripſit naſci obligationes non tantùm ex contractu aut maleficio, vel quaſi, ſed etiā proprio quodā iure, ex variis cauſarum figuris. Verumq. verò non alias obligationes ſignificare voluiſſe, quàm ex quibus naſcuntur actiones in rem ſcriptæ. Habent .n. illæ ſingulæ proprium ſuum ius, & propriam cauſam nulli alij actioni cōmunem, quamuis habeant hoc cum cæteris actionibus perſonalib. commune, quòd per eas, ęquè ac per cæteras intendit actor aduerſarium facere aliquid oportere. Exemplum eſto, In actione ad exhibendum intendit actor aduerſarium debere rem exhibere, nec tamen poſſis dicere quo iure illum habeat obligatum (cùm is aduerſus quē agitur, neq. cōtraxerit vel quaſi neq. deliquerit vel quaſi) niſi proprio quodam iure ipſius actionis, quia ſcilicet per aduerſarium, eundēq; poſſeſſorem ſit quominùs poſſit actor vindicare rem ſuam, quippe quòd vindicatio non poſſit fieri niſi in rem præſentem, & quę oculis ſubiecta poſſit demonſtrari, vt apparet ex ſolenni illa vindicationis formula, *Hāc rē ex iure Quiritiū meā eſſe aio.* Nec .n. fieri poteſt vt prætor permittat dirigi actionem in rem, quæ non videatur, & quę vbi ſit, neſciatur. Ac proinde neceſſe omnino eſt ex hac cauſa vel nullam dari actionem in rem aduerſus poſſeſſorem, qui non vult rem exhibere, vel ſi qua detur, dari in perſonam ad hoc vt vel rem exhibeat, vel ſi non exhibere perſeuerer, in omne id quod actoris intererit, condemnetur. Idémque tractari poteſt de omnibus aliis cauſis ex quibus actio ad exhibendum competit. Non .n. ei tantùm datur, qui eſt vindicaturus, ſed etiam illi qui interdicto experiri velit, aut deniq; cuius aliquo modo interſit, ſi tamē fieri nequeat vt niſi re priùs exhibita ius ſuū exequatur, *l. 3. §. eſt autem, cum ſeqq. ff. ad exhib.* Similiter in actione quod metus cauſa, intendit actor debere ſibi rem reſtitui à poſſeſſore quidem, tanquam ab eo, qui ſit ſibi obligatus, at non ex contractu vel quaſi, nec ex maleficio vel quaſi, ſed proprio illius actionis quodam iure, quia fieri nequit vt res quam quis alienauit, licèt per vim aut metū ei debeat reſtitui, præſertim ab eo quoq; qui nec vim nec metū intulerit, quin adſit obligatio aliqua eius reſtituendę: quā obligationem ratio illa inducit, quòd ęquum non ſit ſentire quem damnum ex eo, quod quamuis ipſe fecerit, non tamen niſi per vim vel metum coactus fecerit. Idque adeò verum eſt, vt etiamſi contra illum ipſum agatur, qui vim aut metum intulit, non idcirco tamen dici poſſit obligationem naſci ex delicto, quia delictum nullum committi poteſt in volentem. Qui autem vim vel metum patitur, licèt coactus velit, vult tamen, vnde dici ſolet coactam voluntatem etiā voluntatem eſſe, *l. ſi mulier 21. §. vlt. ff. quod met. cauſ. l. ſi metu 8. de acq. her. l. ſi patre cogente 22. de rit. nupt.* Ideóque neceſſaria eſt in integrum reſtitutio ad reſcindendum id quod per vim vel metum geſtum eſt, quę tamen non eſſet neceſſaria ſi actus ipſo iure non teneret, vt neque neceſſaria eſt ei cui res per vim erepta ſunt. Contrarius eiuſdēm Vulteij error in eo eſt, quòd putat interdicta actionibus in rem magis quàm in perſonam eſſe adſcribenda. Etſi enim ſunt illa omnia de poſſeſſione vel adipiſcenda per eum qui fatetur ſe nec poſſidere, nec vnquam poſſediſſe, vel retinēda per eum qui dicit ſe poſſidere, vel recuperanda per eum qui dicit ſe quidem hodie non poſſidere, ſed anteà poſſediſſe, ideoque non dantur niſi contra poſſeſſorem, ſicut nec in rem actiones (quæ ſola viro doctiſſimo errandi cauſa fuit) diriguntur tamen omnia in perſonam certam, ſcilicet poſſeſſoris, non in rem vllam certā, vt videre eſt in contextu omniū, quotquot ſunt, edictorum. Quod etiam nomen ipſum interdicti demonſtrat, quod ſignificat prohibere, tametſi non omnia interdicta ſint prohibitoria, ſed quædam etiam exhibitoria, quędam reſtitutoria. Atqui non rebus, ſed perſonis ſolis prohibitio fieri poteſt, nec rurſus poteſt res ipſa, vel exhibere quicquam, vel reſtituere. Idémque conſtituendum eſt de actionibus illis extraordinariis quæ hodie competunt in vicem interdictorum, vt oſtendit titulus ipſe De interdictis, ſiue extraordinariis actionibus, quę pro iis competunt. Retinent namque in omnibus naturam interdictorum, nec alia de cauſa extraordinariæ appellantur, niſi quòd nō apud iudicem pedaneū, vt ordinariū erat, tractari debeant, ſed ſicut interdicta apud prætorem ipſum, qui omnes de poſſeſſione quæſtiones cognitioni ſuæ reſeruauerat, tanquam quę maioris eſſent momenti, non quidem in comparatione proprietatis æſtimandę, quæ ſanè ſemper eſt pretioſior, ſed propter publicam vtilitatem vt omnes rixarum occaſiones tutiùs & citiùs tollerentur. Solent enim rixæ ob cauſam poſſeſſionis potiùs quàm proprietaria emergere *l. 1. §. inde quæritur. ff. de oper. noui nuntiat. l. ſi cuius. 13. alias l. æquiſſimum. ff. de vſufr. §. vlt. Inſtit. de interdict.*

AMPLISS. ET CLARISS. VIRO FRANCISCO CRAVETÆ, IN SVPREMO SVBALPINORVM SENATV PRAEſidi primario,

ANTONIVS FABER S. P. D.

VENIO *tandem, Præſes ampliſſime, poſt tot, tantóſque gratulatores de præcipua iſta dignitate, quæ & probitati & eruditioni tuæ ſingulari iampridem debita, nunc verò conſpirantibus vniuerſi ordinis ampliſſimi ſententiis, & quod maximum eſt, honorificentiſſimo tanti* Principis *iudicio decreta eſt, pro meo etiam iure, próque mea parte gratulaturus:* Non equidem *poſtremus, (quis enim poſtremus dici poſſit in gratulãdo ea de re, de qua nullus eſſe debeat gratulãdi finis?) ſed eum tamen adferens, offerenſque tibi Coniecturarũ mearum librum, quem vt vigeſimũ, ita & poſtremum eſſe decreui. Siccine, inquies,* Poſtremũ *ei, cui prima debeas iuris noſtri elemẽta? Ego verò, nõ ſolùm agnoſco, ſed etiam glorior, vt debeo, tã præclarè mihi, ac diuinitus obtigiſſe, vt accedẽs ad hæc ſtudia te habuerim primum inſtitutorem, cùm in* T*aurinẽſi Academia, quam tùm recens ingẽnſque magni illius Aymonis parentis tui fama percelebrẽ fecerat, & quæ Manutios eo tempore ac* Pancirolos *habebat, tu tibi placeres in prælegẽdis* Inſtitutionibus*, formandíſque ad veram & rectam iuriſprudentiam ſtudioſorum animis, tanto ſanè & concurſu & applauſu eruditiorũ omnium, vt facilè appareret, non iis tantùm qui ſacris noſtris initiabãtur, ſed prouectioribus quoque omnibus perſuaſum, nihil adeò eſſe in tam vaſta ſciẽtia reconditum & abſtruſum, quod non ſperare & aſſequi tandem poſſet, quiſquis à tãto Doctore, iuris* Principia *didiciſſet. Sed tamen aut malè de meipſo, déque ſcripſis meis conicio, aut nihil eſt quod à tuæ dignitatis meæque obſeruantiæ ratione alienum abs me factum videri poſſit, ſi ſupremo in ſuprema* Curia *Præſidi ſupremus quoq. hic liber offeratur. Sunt enim iſta, quod tu omnium minimè ignoras, ex eorum genere in quibus maiorẽ & felicis ingenij, & ſtrenui laboris laudẽ mereri ſolent, quæ poſtrema ſunt, quàm quæ prima.* Gratior *quidem laus, & ſuauior eſt, quæ primis contingit, ſiue nouitatis dulcedine, ſiue quòd primi gloriæ ſtimuli ad titillandam excitandámque animam acutiores ſint, & efficaciores: ſed illa dignior, quæ poſtremis: quòd & præſtantioris iudicij ſimul, & conſtantioris diligentiæ raram ſocietatem præ ſe ferat. Quid enim de ingenij gloria detrahere quæſo debeat adiectio laboris, cuius pertinaci aſſiduitate fieri nequeat, vt non etiam ipſum ingenij acumen augeatur?* Neque *rurſum ſolet* Deus *Opt* Max. *recuſare oblatas ab eo decimas, qui nullas primitias præſtiterit, quæ tamen priores debebantur.* Liceat *igitur mihi obſecro, per ſingularem humanitatem & beneuolentiam tuam, vir clariſſime, offerre tibi, quod vnum in hoc genere ſcribendi reliquum habeo, poſtremum quidem, ſi & numerum, & editionis ordinem ſpectabis, ſed quod tamen primum maximúmque eſſe vltro fatebere, ſi potero à te impetrare, quod, quanta facere poſſum contentione, peto & exoro, vt & muneris noſtri, quantulumcunque eſt, dignitatem ex offerentis animo, & animi in te mei gratitudinem, itémque gratitudinis magnitudinem ex meritorum erga me tuorum comparatione æſtimari patiaris.* Bene *vale, Præſes ampliſſime, & reipublicæ, boniſque omnibus diu felix viue. Dat.* Necii *13. Cal. Mart.* 1604.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDI ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber vigeſimus, & Poſtremus.

Interpretatio l. Areſcuſa 15. D. de ſtatu hominum.

Capvt I.

IVris noſtri principium certiſſimum eſt, eum qui in vtero ſit, perinde haberi acſi iam natus eſſet, quoties de commodo ipſius quæritur, licèt alij antequàm naſcatur, non proſit, *l. qui in vtero 7. D. de ſtat. homin.* Inde fit vt ſi qua mulier libera conceperit, deinde ancilla pepererit, natus ex ea liber ſit, ſiue ex iuſtis nuptijs, ſiue vulgo quæſitus proponatur, *l. & ſeruorum 5. §. ingenui. eod. tit.* vbi quamuis ratio illa reddatur, quòd non debeat calamitas matris ei nocere qui in vtero eſt, nullius tamen ponderis ratio eſſet, niſi ſupponeret eum, qui in vtero eſt habendum pro nato. Quod magis eſt, ſi ſtatulibera quę reuera interim ſerua eſt, pœnæ ſerua facta ſit, & poſt damnationem ſtatutæ libertatis condicio extiterit, quamuis ipſi ſtatuliberę nihil proficiat, partui tamen id proficere placuit, vt perinde liber & conſequenter ingenuus naſcatur, atque ſi mater damnata non eſſet, *leg. ſi ſtatulibera 6. D. de ſtatulib.* quo loco additur, idem dicendum eſſe ſi hæc ſtatulibera, quæ in ſeruitute conceperat, deinde ab hoſtibus capta ibi pepererit poſt exiſtentem cõditionem. Nam & hunc poſtliminio liberum fieri, & ingenuum, adeóque ſi apud hoſtes, non ſolùm editus, ſed & conceptus eſſet, vt intelligamus ſufficere ad filij ingenuitatem, non modò quòd mater aliquo inſtanti fuerit libera, ſed etiam quòd habuerit ſpem libertatis, licèt interim reuera fuerit ſerua, ſi modò ſperatæ libertatis conditio aliquando tandem extiterit, antequàm partus ederetur. Denique ſi ancilla iam prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta, aut expulſa ciuitate pepererit, magis probatum eſt, liberum naſci & ſufficere ei qui in ventre eſt, liberam matrem, vel medio tempore habuiſſe, vt ſupradicto loco ſubiicit Marcianus. Quid enim commodius aut vtilius poſſit cõtingere poſthumo, quam vt & liber & ingenuus naſcatur? Puter fortaſſe aliquis fieri hoc fauore libertatis potiùs quàm quòd is qui in vtero eſt, pro iam nato habeatur, idque apparere ex eo quod æquè dicimus, ſufficere quòd mater libera pariat, licèt ancilla conceperit, *d. §. ingenui.* ſed non ita eſt. Tempus enim partus cùm dicimus, inſtans illud ſignificamus quo partus nondum ſit editus, & conſequenter quo adhuc in vtero ſit, quemadmodum inſtans mortis vitæ computamus, *leg. qui duos 18. §. 1. D. de teſtam. manumiſſ. leg. ſi à pluribus 107. §. 1. de legat. 1.* Nam ſicuti non moritur is, qui iam mortuus eſt, ſed is demum qui adhuc viuit: Ita nec parit illa quæ partum iam edidit, & quæ peperit, ſed quę nondum edidit. Hoc ipſo igitur, quod dicimus naſci liberum eum, qui matrem habet partus tempore liberam, ſignificamus haberi eum pro nato priuſquàm natus ſit. Nam nec naſcitur is qui iam natus eſt, ſed qui nondum natus. Deinde reſpondeo etiamſi partus inſtans ſeparare velis ab eo inſtanti quo filius adhuc in vtero ſit, fieri ex ratione naturali & ex lege naturæ, vt qui naſcitur ex matre eo natiuitatis tempore libera, ſit liber, quamuis toto anteriore tempore fuerit ſerua, *l. vlt. C. de lib. cauſ. l. lex naturæ 24. ff. de ſtat. hom.* quia eo demum inſtanti, quo quis eſt editus incipit eſſe homo, *l. in falcid. 9. ff. ad leg. falcid.* Eſſe autem liberum, qualitas eius eſt qui iam homo ſit. Hominum enim ſumma diuiſio eſt, vt alij ſint liberi, alij ſerui. Itaq. vt naſcatur hic liber, nil neceſſe eſt fingere iam antea fuiſſe illum habendum pro nato, quinimò ſicut re ipſa & naturaliter verum eſt non fuiſſe illum natum priuſquam editus fuerit, ita negamus poſſe fieri per fictionem, vt pro iam antè nato habeatur, quoniam ea fictio illi noceret, faceretque vt qui iam ſemel vel vno inſtanti ſeruus, aut pro ſeruo habendus fuiſſet, ſola natiuitate libertatem conſequi non poſſet quam à domino non accepiſſet, quantumuis eum mater partus tempore libera edidiſſet. Libertatem namque iure gentium amiſſam natura ſola reſtituere non poteſt, incipitque neceſſarium eſſe beneficium manumiſſionis, quæ vel à lege fiat, vel ab homine. At hæc ipſa ratio facit vt natus ex ea quæ ancilla peperit, licèt libera conceperit, non aliter poſſit liber eſſe, quàm ſi in ipſius commodum inducatur fictio per quam retrofingatur ille iam tum natus eſſe cùm conceptus fuit, vt in *l. Imperator Hadrianus 18 ff. de ſtat. hom.* Eſt enim generalis illa ſententia *d. l. vlt. C. de liber. cauſ.* Eos qui naſcuntur, ex ancillis ſcilicet, matrum conditione vti, quarum mox viſceribus exponũtur: nimirum qui naſcuntur ex iis ancillis quæ nunquam liberæ fuerint, quandiu prægnantes fuerunt. Non quòd ſi mater medio tempore aut ipſo inſtanti conceptionis libera fuerit, filius matris conditionem non ſequatur (ſemper enim & neceſſariò ſequitur quiſquis non ex legitimis nuptiis natus eſt, *d. l. lex naturæ. l. cùm legitimæ 19. eo. tit.*) ſed quia eo caſu habetur pro nato priuſquã natus ſit. Hoc ipſum verò fauore non libertatis, ſed perſonę ad cuius commodum libertas maximè pertinet. Eſtque hæc res ex earum numero, in quibus ex poſtfacto apparet, quid antea fuerit, *l. qui res 98. §. rem autem. ff. de ſolut. l. huic ſcripturæ 15. §. 1. ad leg. Aquil. l. quadam 15 ff. de reb. dub. l. Neratius 7. ff. de teſtam. manu.* His tamẽ valdè obſtare vr̃, quod ſcriptũ eſt in *l. Areſcuſa 15. D. de ſtat. hom. & in l. ſeq.* vbi tractatur de libertate data ancillæ ſub hac cõditione, *ſi tres pep.* nec dubitatur quin ſiue primo partu vnũ, ſecũdo tres pepererit, ſiue primo duos, ſecũdo itẽ duos, ſolꝰ liber ille ſit, quẽ

vltimus natus eſt, cęteri verò tãquã ex ancilla nati ſerui ſint. Et tamẽ ſi ꝓ natis haberẽtur eo tempore quo concepti eſſent, conſequens videretur vt quotquot vno illo poſteriore partu editi eſſent tanquam ex ea editi quę iã libera peperiſſet, liberi naſcerentur. Sic.n. pleriq. ex interpretibus, vt ſubtiles agant, ratiocinãtur ad *d.l. Areſcuſa*, quaſi ſingularis ille caſus ſit in quo is, qui in vtero eſt, non habetur pro nato, quamuis de ipſius commodo agatur. Sed, meo iudicio, parum ſubtilis, ne dicam inepta obiectio eſt, non ob id ſolùm quòd conditio illa *ſi tres pepererit*, ad factum ipſum partúſq; tempus relata fictionem nullã admittat, quia conditionum omniũ natura illa eſt vt impleri debeãt in forma ſpecifica, earũmq. verba naturaliter & propriè, non ciuiliter & fictitiè intelligi, *l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. de cõdic. & demõſtr.* ſed etiam quia in propoſita ſpecie nihil poteſt intereſſe an eos qui ſecũdo partu editi ſunt pro natis habeas ex die conceptionis, an non. Eadem.n. ratio ſemper faciet vt non niſi ex ancilla nati videri poſſint, cùm ab ancilla cõcepti fuerint: adeóq. eſſent peioris conditionis ſi cõceptionis, quàm ſi natiuitatis tẽpus inſpiceretur. Omnes namq. quatuor eſſent ſerui, tanquam omnes vnico impetu cõcepti, cùm tamen inſpecto partus tempore certum ſit & indubitatum naſci liberum ſaltem eum, qui vltimus naſcitur, quia vt ſcriptum eſt in *d.l. Areſcuſa*, nõ patitur natura vt ſimul vno impetu duo infantes de vtero matris excedant. Atqui eadem natura nõ ſolùm patitur vt quotquot vno partu eduntur, ſimul quoq. & vno impetu concepti ſint, ſed etiam repugnat vt alius poſt alium cõcipiatur, quandoquidem ſecundùm philoſophos & medicos fœminæ non ſuperfœtant, aut ſi quãdo id accidit, monſtro & portẽto ſimile eſt, quod ab ordinario naturę tramite aberrat. Sed etſi aliꝰ poſt aliũ cõciperetur, neſciri tamẽ poſſet quis primꝰ, aut ſecundus, aut vltimus conceptus eſſet, ac proinde incertitudo illa impediret libertatẽ, etiã illius qui vltimus eſſet cõceptus, ſicut euenit vt cùm neſcitur quo ordine nati ſint, non appareat vter in ſeruitute aut libertate naſcatur, atq. ita libertas omniũ impediatur, quemadmodum eadẽ lex ait. Deniq. prorſus ridiculũ eſt dicere, futurum vt liberi naſcerentur omnes iſti vno partu ex Areſcuſa nati, ſi ex die cõceptionis pro natis haberentur. Nã qui ſemel habiti eſſent pro natis ad hoc vt Areſcuſa partus tempore conditionem iam impleuiſſe videretur, quomodo poſſet, obſecro, ex ea quaſi iam libera renaſci vt ob hoc ipſum liberi naſci viderentur? An non implicat contradictionem vt idẽ homo bis naſcatur? aut vt ex inſtanti conceptionis intelligatur & natus & non natus? Natus vt matrem faciat liberã, non natus, ne nõ ſit ipſe liber, ſi ante quęſitam matri libertatem natus retrofingatur. Aliis quidem caſibꝰ, in quib. diximus poſthumum haberi pro nato, fateor euenire vt non eo minùs poſtea naſcatur, adeò vt nec locus ſit fictioni, niſi reuera naſcatur, *l. is cui 18. D. quãd. dies leg. ced.* Sed non idcirco bis naſci intelligitur, imò quandocunq. intra legitima tempora natus, ex inſtanti conceptionis natus creditur, aut ſi de libertate quæramus ex eo inſtanti quo matrem liberã habuit, & ita quidem natus vt non ſimul intelligatur non natus. At vt eodem inſtanti, & ad eundem effectum & natus & non natus videatur, nulla fictione fieri poteſt, quia non magis contradictionem implicare fictio poteſt, quàm natura, *l. adopt. 16. D. de adopt.* Adde quod in ſpecie *d.l. Areſcuſa*, de matris cõmodo & libertate principaliter agitur, de commodo autem & libertate liberorum, non niſi per cõſequentias: quo caſu certum eſt eum, qui in vtero ſit non haberi pro nato. Sed videamus ne quod in *d.l. Areſcuſa* ſcriptum eſt, eum ſolum naſci liberum qui poſteriore partu poſterior natus eſt, à ratione iuris omnino alienum ſit, & quod prorſus conſequens eſt, Tribon. potiùs quàm Tryphonino adſcribendum. Nam contra Iuriſconſultũ diſputare nec poſſem, nec deberem: cõtra Tribon. agere non pudet, quem paſſim video mera veri iuris ignoratione tot prudentium reſpõſa tam malè corrupiſſe. Defendo itaq; in propoſita ſpecie naſci liberos quotquot poſteriore partu editi ſunt, nec proinde curandum eſſe quo ordine nati & editi proponantur. Mouet me ratio illa iuris, quam ipſa Tryph. verba incautè à Trib. relicta probãt apertiſſimè, quod incipiẽte partu, id eſt eo primum inſtanti quo mulier parere incipit, conditio illa exiſtit, ſub qua erat data libertas, ſi tres pareret. Nec quòd ordine naſcãtur, & in lucẽ edantur, facit vt tẽporis ſucceſſione aliqua opus ſit ad implendam conditionem. Non .n. ideo minùs verum eſt vnicum partum eſſe, vt oſtendunt ea verba legis *primo partu vnum, ſecundo tres peperit*: item illa, *incipiẽte igitur partu*. Cur verò vnicus partus eſt? quia licèt non vnico impetu excedant de vtero matris, vt Tribon. verbis vtar, tamen vnico impetu conceptos omnes fuiſſe neceſſe eſt, ne contra naturam ſuperfœtatio in fœmina inducatur. Conditio igitur illa *ſi tres pariet*, tũc impletur cùm mulier incipit parere, id eſt tùm primùm, cùm incipit eum edere qui primus in lucem prodit, quia cùm collata ſit cõditio in tempus partus, certum eſt quod iam ſupra diximus, mulierem parere nõ cùm iã edidit partum, ſed cum edit, ac proinde priuſquam ediderit. Aliud namq. inſtans eſt quo partus editur, aliud quo iam editus ſit, quemadmodũ & aliud inſtans eſt, quo impletur cõditio, aliud quo iã ſit impleta. Illud præcedit, hoc ſequitur. Porrò vt libertas Areſcuſæ data ſub conditione illa, *ſi tres pariet*, ei poſſit competere, ſufficit impleri cõditionem, nec illud etiã requiritur, vt iam ſit impleta. Fit.n. vtrumq. eodem ipſo momento, vt & cõpetat libertas, & cõditio impleatur: veluti, inquit lex, ſi quælibet alia conditio mulieris libertati appoſita, parturiẽte ea exiſtat, vel manumiſſa in teſtamento ſub hac conditione, *ſi decẽ millia heredi, ꝉ ſtiõve dederit*, eo momento quo parit, per alium impleuerit conditionem. Quib. caſibus non eſſet dubitandum quin iam libera peperiſſe crederetur, vt lex ait. Et tamen non poſt impletam conditionem peperiſſet, ſed eo ipſo inſtanti quo conditio impleretur. Ergo ſi recta comparatio eſt quam rectam eſſe vult Tryph. cùm impleatur conditio illa, *ſi tres pariet*, in illo ipſo inſtanti primo partus, non poſt partum, fateri neceſſe eſt quicquid poſtea naſcitur, eo partu tanquam ex libera muliere editum liberum naſci. Quid .n. erat quòd impediret ne libertas teſtamento data competeret ante partum? Hoc vnũ, quòd libertati adſcripta erat conditio *ſi Areſcuſa tres pareret*. Quæ conditio vtiq. adimplenda mulieri eſt, vt Trib. ait, & ego admitto, ſed aliud eſt adimplendã eſſe, aliud.v. adimpletã eſſe debere. Nã eo inſtanti quo iã impletur, adimplenda amplꝰ nõ eſt, nec tamẽ dici põt adhuc impleta, quia & naturæ & intellectꝰ ordine prius eſt vt impleat̃, quàm vt ſit impleta. Deniq. qui dicit adimplendam eſſe, tẽpus futurũ demonſtrat: qui adimpleri, tẽpus præſens, qui adimpletã eſſe, tempus præteritũ. Solus igit̃ ſeruꝰ ille naſcitur qui ex Areſcuſa primo partu ſolꝰ naſcitur, tres illi qui in ſecũdo partu naſcũtur, licèt ordine editi, tamen oẽs liberi editi ſũt, quaſi vnico editi partu, quia ſemel & ſimul concepti fuerunt. Partus.n. an vnus ſit, an multiplex, nõ tam ex editione, quã ex conceptione æſtimandum eſt. Vnde & vnꝰ vẽter dicit̃, & vnꝰ vterꝰ, & pariter ac eod tẽpore, adeóq. ſimul naſci qui vnico illo partu edunt̃ licèt ordine,

ordine,& alius poſt alium, *l.a nεque 3 ff ſi pars hered. pet. l. vtrũ 7.* in illis verbis, *cũ quinque liberos quos vno fœtu enixa eſt D. de reb. dub. l. 3. §. eſt autẽ tractatũ. De ſuis & legit. l. ſi pater 36. ibi qua quinque ſimul peperit. D. de ſolut.* ſicut è contrario vnico abortu duodecim puerperia eiecta fuiſſe refert Plinius li. 7. c. 11. Iſq; primus Triboniani error fuit, qui & Bartoli, & cæterorũ vulgò interpretum, quòd exiſtimarunt tot eſſe partus, quot naſcuntur ex vno partu liberi. Moti nimirum ex eo, quòd natura non permittit vt ſimul vno impetu duo infantes de vtero matris excedant: ad quam rationẽ nos iam reſpõdimus. Et ſuauis eſt Bartolus, qui ea Tryphonini verba *incipiẽte partu* exponit de quarto partu, quæ tamen non niſi de ſecundo exponi poſſe indicant præcedentia illa, *ſecũdo tres peperit.* Eo autẽ præſuppoſito, de quo nec dubitari poſſe arbitror, vt de ſecundo partu Tryphoninus ſenſerit, ſequitur neceſſariò quod volumus, tres iſtos ex vnico illo ſecundo partu editos, liberos natos eſſe tanquam natos, nõ quidem poſt impletam conditionem, quod nec fuit neceſſe, ſed eo ipſo inſtanti & momento, quo cõditio implebatur. Id. n. eſt quod Tryphoninus ait, *incipiẽte partu exiſtẽs cõditio efficit, vt ex libera edatur, quod poſtea naſcitur.* ſiquidem negari non poteſt quin illud inſtans ſecũdi partus incipientis ex quo vno tres naſcuntur, præcedat editionem tã eius qui primus, quàm eius, qui poſtremus naſcitur. Nam editum iam eſſe filium vnum lõge plus eſt quàm incipere partum, cùm vel ipſum *incipiẽdi* verbum exprimat primam ioltãs partus, ac proinde illud quo parturiat mulier, nõ quo iam peperit. Quod apertiùs ſignificat Tryphoninus cùm ſubiicit, *parturiente ea,* & rurſum, *eo momẽto quo parit.* Nec. n. aut parturit, aut parit mulier, multo minùs incipit parere quæ iam filium licet vnum tantùm edidit. Ex hoc autẽ primo errore alius quoq. Triboniani & interpretum natus eſt, quòd putarunt, non aliter poſſe Areſcuſam liberam eſſe, quàm impleta iam cõditione: quod falſum eſt, licèt quod ex falſa præſuppoſitione inferunt, verum ſit, nõ priùs impletã poſſe dici cõditionem quàm tres filij fuerint perfecti & editi, vt loquitur Bartolus. Falſam verò eſſe hanc præſuppoſitionẽ probant ea ipſa Tryphonini verba quæ nos iã retulimus, *incipiẽte partu exiſtẽs cõditio.* Non. n. dixit Tryphoninus, *impleta cõditio,* ſed *exiſtẽs,* quia primo partus inſtanti nõ poteſt eſſe impleta, ſed impletur, & vt intelligamus ſufficere cõditionem eo inſtãti exiſtere, vt eo ipſo inſtanti libertas cõpetere incipiat, nec requiri vt iã extiterit. Aliud námq. eſt cõditionẽ exiſtere, aliud extitiſſe. Tertius Bartoli & interpretũ error eſt, quòd caſum illum, quo data ſit libertas mulieri ſub conditione illa *ſi decẽ millia heredi, Titióve dederit,* & conditionem illam per alium impleuerit eo momento quo parit voluit eſſe diſſimilem huic, quem nos tractamus de cõditione ſic concepta, *ſi tres pareret:* cùm tamen Tryphoninus ſimilem eſſe dicat, nec Tribonian. ipſe id negare auſus ſit, qui ſic volente Deo, vt aliqua nobis ad eruendam veritatem lux ſupereſſet, partem hanc legis incorrectam reliquit fortaſſis quia vim & ſententiam Iureconſulti non fuit aſſecutus. In quo autem diſſimilitudinem aut diſſimilitudinis rationem Bartolus conſtituit: nimirum in eo, inquit, quod conditio fuit impleta, & fuerunt data decem ipſa parturiente, & antequàm pareret, quod non eſt in conditione noſtra: ridiculè ſanè & contra ipſa legis verba. Ponit enim Tryphoninus data fuiſſe decem eo momento quo mulier parit. Ergo non priuſquàm pareret, ſicuti nec poſtquàm iam peperiſſet, ſed in primo ipſo inſtanti partus. Quod idem inſtans ſignificatur aliis illis verbis *parturiẽte ea:* quæ Bartolũ nõ ſatis in Latinitate verſatũ haud dubiè fefellerũt. Sic enim ille accepit, quaſi parturiens mulier ea ſit, quæ grauida & prægnans eſt, & quæ nondum parit, cùm è contrario parturire tum dicatur, cùm incipit parere, nec adhuc peperit. Vnde ſolemus dicere *dolores mulieris parturientis,* & ob id potiùs per condicionẽ illam, *ſi decem millia heredi dederit,* non per mulierem ipſam impleri, ſed per alium, quia fieri nullomodo poteſt vt per mulierem ipſam in primo ipſo partus inſtanti impleatur. Eandemque rationem conſtituit harum conditionum, & alterius cuiuſlibet, quæ libertati mulieris appoſita exiſtat ea parturiente, nullo ipſius mulieris aut alterius pro ea facto interueniẽte, puta *ſi Titius Conſul factus erit,* aut *ſi nauis ex Aſia venerit.* Nam ſi eo ipſo momento quo mulier parit, Titius Conſul fiat, aut nauis ex Aſia veniat, certum eſt, ex eo quoque ipſo momento competere libertatem, ac proinde quicquid poſteà editur, liberum eſſe, nec minus eum qui primo loco editus ſit, quàm qui tertio ſi plures editos proponas. Quidni ergo in propoſito caſu ſimiliter dicemus, tres omnes filios vnico ſecundo partu ex Areſcuſa editos, & liberos eſſe & ingenuos, tanquam ex libera natos? Denique & Triboniani & Bartoli perpetuus error ille fuit, quòd nõ diſtinxerunt inſtans partus incipientis ab inſtanti partus perfecti & iam editi, nec proinde inſtans quo impletur conditio ab inſtanti quo eſt impleta. Quæ tamen ſunt diligenter & ſubtiliter diſtinguenda ſi ad exactam veramq. iuris rationem diſputatio inſtituatur. Sed ad reliqua pergamus.

Quando inſpiciendum ſit tempus quo conditio impletur, & quando tempus quo ſit impleta. Et ad l. vlt. ff. de condic. inſtit. l. idem erit. 16. de ſtat. homin.

CAPVT II.

ILlud potiſſimum apud Tryphoninum explicatione dignum eſt, cuius ignoratione Tribonianus cæteriq; noſtri interpretes in errorẽ acti ſunt, vt conditionis iam impletæ tempus ſpectandum putauerint, Cum ſufficiat extitiſſe conditionem eo ipſo momento quo mulier parit, neq. neceſſe ſit iam antè extitiſſe: ſiquidem negare non poſſumus, quin regulariter ita ius comparatum ſit, vt expletam conditionem eſſe oporteat, priuſquàm peti poſſit id quod non niſi ſub conditione relictum fuit, vt in *l. qui heredi 44. §. vlt. de cond. & demonſt.* in illis verbis *non antè ad hereditatem admitteretur, quã ſi omnẽ ſummam dediſſet,* qui certe locus Bart. fefellit, vt apparet ex vlt. ipſius oppoſitione. Poſſis etiam pro Bartolo in eandem ſententiã adducere quod Caius ſcribit in *l. facta 63. §. ſi ſub conditione ad S.C. Treb ibi, vtiq. antẽ teſtator niſi expleta ſit cõditio, neq. ſcriptum heredẽ ad hereditatem vocauit, neq. per hunc illi voluit reſtitui hereditatem,* cum aliis ſimilibus quingentis. Sed animaduertere Bartolus debuit, aut potius Tribonianus, qui prior errandi cauſam Bartolo tribuit, multum intereſſe an de ea re agatur quæ ipſo iure ex teſtamento competeret, & acquireretur ſi condicio ſola vim & poteſtatem iuris non ſuſpenderet, cuiuſmodi eſt directa libertas, de qua in *d. l. Areſcuſa:* an verò de ea re quæ poſt impletã quoq. conditionẽ, non tamen ipſo iure acquiri aut competere poſſit, ſed facto aliquo in eã rem opus ſit vt puta de hereditate, quemadmodum in ſupradictis locis. Nã ei qui hereditatẽ vel legatũ ita accepit, *ſi decem dederit,* neq; legatũ, neq. hereditas aliter acquiri põt, quã ſi poſt impletã conditionem id egerit ſcriptus heres aut legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri ſolet, *l. et qui 13. ff. de cond. inſti.* id eſt, quàm hereditatem aut legatũ expreſsè agnouerit. Exiſtens. n. conditio nihil aliud facit, niſi vt quod ſub conditio-

ne relictum eſt, pro eo habeatur acſi purè relictum eſſet, *l. potior* 11. *D. qui potior. in pign. hab.* Atqui ex eo ſolo quòd quis aut heres aut legatarius potè ſcriptus eſſet, non ideo tamen aut hereditatem aut legatũ ſibi acquireret, niſi ſecuta demũ hereditatis aditione, vel legati agnitione. Et quidẽ de hereditate dubium eſſe nõ poteſt, quia extra cauſam neceſſariorum heredum nemo inuit⁹ hereditati obſtringitur aut inuitus heres fit, *l. qui in aliena* 6. *l. ſi quis mihi* 25. §. *iuſſũ. D. de acq. hered. l.* 4. *D. ad SC. Treb. l. nec emere* 16. *C. de iur. delib.* De legato autẽ quamquam dici ſolet acquiri illud legatario etiam ignorãti, *l. cũ pater* 77. §. *fur. de. de leg.* 2. *l. filiusfam.* 16. *in fi. D. qui teſta. facer. poſſ.* adeoq. trãſire dominium legatæ rei à teſtatore in legatarium recta via, *l. à Titio* 64. *de furt.* quaſi numquam factum heredis, *l. legatũ* 8. *eode leg.* 2. Id tamen non de acquiſitione irreuocabili intelligi debet, qualis illa eſt quæ per legati agnitionẽ inducitur, ſed de reuocabili, hoc eſt, quę nõ impedit quominùs legatum à ſe repellere legatarius poſſit, atq. ita facere vt num quã ipſius fuiſſe videatur. *l. ſi tibi homo* 86. §. *cũ ſeruum. de leg.* 1. Alioqui conſtat id quod ſemel acquiſitum fuit repudiari ampliùs nõ poſſe, *l.* 1. §. *decretalis. ff. de ſucceſ. edict.* ſed in legatum libertatis datę ſeruo aut ancillæ diſtinctio hæc cadere non poteſt, quia ſtatim atque mortuus eſt teſtator, ſicut per legem 12. tabul. confirmatur totum teſtamentum, ita & libertates, adeò vt directæ ſtatim competant & ipſo iure, adeóq. irreuocabiliter, nõ expectata ſeruorũ voluntate, quia nec recuſare poſſunt, quominùs etiam inuiti liberi fiãt, *l. vlt.* §. *ſin verò quidã. C. de teſta. manu.* quemadmodũ & ſi heredes ſcripti eſſent, inuiti ac neceſſarij heredes fierẽt ipſo iure, *l. neceſſarius* 57. *in fi. de acq. her.* Itaq. cùm libertate data ſub conditione, nihil pręter conditionem ſit quod impediat quominùs ipſo iure cõpetat libertas, prorſus conſequens eſt, vt ſublato conditionis obſtaculo, libertas competat ſtatim, & ipſo iure perinde acſi purè data eſſet. Atqui obſtaculum conditionis tollitur eo ipſo inſtanti quo conditio impletur, nec in eam rem expectari neceſſe eſt, vt ſit impleta, quoniam cõditio tota æſtimatur ex eo quod pendet: vnde paſſim legimus *pẽdére cõditionem* & *pẽdente cõditione*. Tùm porrò deſinit pendére cùm impleri incipit, licèt nondum ſit impleta. Qui tractatus longè diuerſus eſt cùm agitur de legati aut hereditatis acquiſitione, quæ factum aliquod hominis requirit. Etſi.n. perinde verũ eſt deſinere conditionem pendére eo ipſo inſtãti quo impleri incipit, non ideo tamen fit vt eo ipſo inſtãti quicquam acquiratur, quoniam acquiſitionem pręcedere debet factum hominis, & declaratio aliqua voluntatis: quę declaratio ſicut fieri non poteſt ante exiſtentem conditionem, quandoquidem conditio quãdiu pendet, impedit delationem; *l. ſi ita ſcriptũ ſit* 45. §. *ſi ſub cõditione. de leg.* 2. *l. cedere diẽ* 213. *de verb. ſign.* ita nec in ipſo inſtanti exiſtentis conditionis: Idq. duplici ratione: Et quia nõ ſicut lex certa eſt de iis omnib. quæ vel iam facta ſunt, vel fiunt, tametſi quòd ad homines ſint incerta, *l. cũ ad præſens* 37. *cũ duab. ſeqq. ff. de reb. credit. l. ſi ita ſtipulatus* 120. *de verb. obl. l. vẽtre* 84. *de acq. her.* ſic & homo ſcire poteſt inſtãs quo impletur cõditio, ita vt illud ſecernat ab inſtanti quo iam ſit impleta (inſtantia.n. illa ſenſui noſtro ſunt imperceptibilia) Et quia, non quemadmodum lex, ita homo facere quicquam poteſt in inſtanti, cùm nec natura ipſa niſi in tẽpore operetur. Ex quo fit vt neq. in eo inſtanti, quod proximè ac immediatè ſequitur impletam conditionem, ſub qua hereditas relicta eſt, aut legatum, poſſit heres vel legatarius voluntatem ſuam declarare, tametſi ſciat impletam conditionem. Quare mirandum non eſt quod Iureconſulti ſic loquuntur, vt eo caſu non niſi poſt impletam conditionem hereditas aut legatum acquiratur. At in legata libertate, ac directò data nuſquam idem proditum reperias, quia cùm ipſo iure competat & ſola legis poteſtate, lex autem certa ſit, quo demùm inſtanti conditio impleatur, nihil omnino prohibet quominus eodem inſtanti eadem lex conferat libertatem, non expectato alio inſtanti in quo verum ſit iam impletam eſſe conditionem. Itaque ſi fingas non directam libertatem de qua hucuſque locuti ſumus, ſed fideicommiſſariam Areſcuſæ datam ſub eadem conditione, *ſi tres pareret*, non idem reſpondebo. Fideicommiſſaria enim non competit, ſed debetur, & ab homine præſtanda eſt, *l. etſi* 9. *l. ſi ſeruus* 11. *C. de fideic. libert.* vt è contrario directa ipſo iure competit, quamuis non contingat niſi adita demum hereditate *l.* 3. *C. de teſtam. manum.* non etiam pręſtatur, *l. directis verbis* 10. *eod.* Præſtari autem fideicommiſſaria non poteſt ab herede eo ipſo inſtanti quo impletur conditio, id eſt quo incipit partus Areſcuſæ tres filios parientis, non ob eas ſolùm rationes quas iam attulimus, quæ hoc etiam caſu militant, ſed ob id quoque quòd non priùs poſſit præſtari fideicommiſſaria libertas ex voluntate teſtatoris quàm deberi cœperit, nec poteſt idem inſtans eſſe, quo & debeatur & præſtetur. Deberi enim & debitam eſſe libertatem idem eſt, licèt impleri & impletam eſſe conditionem valdè diſtent, vt diximus. Et ratio huius diſſimilitudinis eſt, quia conditionis implementum facti eſt, libertatis verò debitum, iuris: In iis quæ facti ſunt, diſtinguuntur neceſſariò inſtantia, quoniam implicat contradictionem vt eodem inſtanti quid fiat, & factum ſit: id enim demum fit quod nondum factum eſt. At in iis quæ ſunt iuris, nulla temporis diſtinctio eſt, quia ius operatur ſẽper in inſtanti, vt diximus, & ſicut idem ius ſemper eſt, ita & in quolibet inſtanti idipſum ſemper operatur. Cui conſentaneum eſt, vt quãuis incipiente partu illo ſecundo, ex quo tres filios Areſcuſa edidit, cui ſub conditione libertas data fuerat per fideicommiſſum, *ſi tres pareret*, non minùs verum ſit exiſtere conditionem, quàm ſi libertatem directam meruiſſet, non tamen perinde poſſit dici libera, quia vt fiat libera, non ſufficit impleri, imo nec impletam eſſe conditionem, ſed illud pręterea requiritur vt ab herede fuerit manumiſſa, quod eo ipſo partus inſtanti fieri ex ſupradictis rationibus nullo modo poteſt. Ergo & tres illos filios eo caſo omnes ſeruos naſci admittendum eſt, nec minùs eum qui vltimus, quàm qui primus natus eſt, quia quotquot ex muliere naſcuntur filij, ſiue ante impletam conditionem datæ libertatis, ſiue ante præſtitam libertatem, dum ne libertati præſtandæ mora dolo malo ab herede facta ſit, ſerui naſcuntur, & ad heredem iure dominij pertinẽt, *l.* 3. *C. de fideic. libert.* Non poteſt autẽ videri heres dolo malo feciſſe moram libertati, quòd Areſcuſã hanc non in ipſo partus inſtanti manumiſerit, cui nimirũ eo primũ inſtãti libertatẽ debere cœpit, & quã pręterea nec ſi voluiſſet, in inſtãti manumittere potuiſſet, non magis quàm liberam eam facere citra manumiſſionem, *l.* 4. *C. ſi emancip. ita fuer. alien.* Neq. verò aut naturæ, aut iuris noſtri ratio patitur vt eodẽ inſtanti quis incipiat & debere & moram contrahere in præſtando eo quod debet, *l. promiſſor* 21. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* *iunct. l. mora* 32. *D. de vſur.* Atq; in hanc ſententiam, & eorum quę diximus confirmationẽ, accommodatiſſimus textus eſt in *l. vlt. ff. de cõd. inſti.* vbi Papinianus tractans de filio ſuo herede ſub conditione poteſtatiua inſtituto, diſtinguendum

ait

ait an conditio talis ſit, quæ vltimo vitæ momẽto ſaltem per alium filij nomine impleri poteſt, qualis illa eſt, *ſi Titio decem dederit*, an verò talis quę vltimo illo inſtanti nequeat impleri, puta *ſi Capitolium aſcenderit*. Priore caſu ait filium hunc, quandiu vixit, neq; patri heredem fuiſſe ex teſtamento, quia conditionẽ nõ impleuit, neq; ab inteſtato, quia ſucceſſioni ab inteſtato nõ prius fieri locus poteſt quam deſtitutũ ſit teſtamentum, id eſt, quàm certum eſſe cœperit neminem ex eo teſtamento heredem vnquam eſſe poſſe: *l. quandiu poteſt 39. D. de acq. her. l. ſi filius 16. D. de libe. & poſt.* Potuit autem hic filius heres eſſe ex teſtamẽto ſi ipſius nomine, quod fieri poterat, alius quiſpiã eo quoq; moriente conditionem impleuiſſet. Proinde nepos ex eo ſi quis ſit qui non fuerit ſubſtitutus, inteſtato auo heres exiſtet, nec videbitur filius obſtitiſſe, poſt eius duntaxat mortem teſtamentum deſtituitur, vt & in *l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rup. l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* Polteriore verò caſu ait Papin. hunc eundem filiũ eo ipſo inſtanti, quo moritur fieri patri heredem legitimum, & ab inteſtato, quia eo demùm inſtanti teſtamentum deſtituitur, cùm eo incipiat certũ eſſe filium heredẽ ex teſtamento eſſe numquam poſſe, quandoquidem non poſſit vltimo eo inſtanti conditionem ſibi adſcriptã adimplere, nec rurſus eo eã nõ impleta, ex teſtamento heres eſſe. Ita ergo fit vt eodem inſtanti & impleatur delatę ſucceſſionis legitimæ cõditio, quæ illa eſt, ſi teſtamentum deſtitutum erit, & filio hereditas legitima acquiratur, non expectato alio inſtanti quo dici poſſit conditionem delatæ ſucceſſionis legitimæ iam impletã fuiſſe. Si. n. expectaretur inſtans illud ſequens, quod immediatè ſequitur vltimum inſtans vitæ, expectaretur inſtans quo filius eſſet iam mortuus, ac proinde quo heres patri ab inteſtato fieri non poſſet: nec. n. hereditas homini iam mortuo aut acquiri, aut deferri poteſt. Hoc verò cur ita? Id eſt, Cur eo ipſo inſtanti quo impletur conditio ſucceſſionis ab inteſtato filius heres fit patri ab inteſtato? nempe quia fit heres ipſo iure, ac ſola legis poteſtate, nec vllo in eam rem filij facto opus eſt, *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſt. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis emiſſ. cauſ. teſta. l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit.* Itaque finge filium hunc non ſuum heredem fuiſſe, ſed emancipatum, aut heredem ſcriptum agnatum proximum, ſub eadem cõditione quæ fuerit quidem in ipſius poteſtate (quamquam nec hoc neceſſe eſſet) ſed quæ tamen vltimo vitæ momento impleri non poſſit. Æquè verum erit, moriente illo deſtitui teſtamentum, atque ita exiſtere conditionem ſucceſſionis inteſtati: ſed non ſimiliter verum erit eſſe illum heredem ab inteſtato, quia nec patri inteſtato ſuccedere filius emãcipatus poteſt niſi beneficio petitæ bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, nec agnatus proximus heres eſſe agnato citra aditionem: tam aditio autem quàm agnitio bonorum poſſeſſionis facti eſt, nec ſola iuris poteſtate inducitur. Eadem igitur ratione vt ad Areſcuſam noſtram redeamus, ſi ponas libertatem fideicommiſſoriam ei relictam eſſe ſub hac conditione, *ſi tres pareret*, dicendum eſt, incipiente partu exiſtere quidem conditionem, ſed non idcirco liberam illam fieri, nec proinde liberos naſci, ſed ſeruos quotquot eo partu naſcuntur, quia facto heredis manumittentis opus eſt. At ſi ponas datam ei libertatem directam, quem caſum Tryphoninus tractat, fatendum eſt, incipiente partu non ſolùm exiſtere conditionem libertatis, ſed etiam fieri liberam Areſcuſam, quia huiuſmodi libertas competit, & contingit ipſo iure, nec vllum exigit factum heredis. Et conſequenter liberi ſunt quotquot ex ea naſcuntur, tanquam ex libera nati, ſiue primo, ſiue ſecundo partu editi ſint, dũmodo non pauciores tribus, ſi primo; aut duobus, ſi ſecundo. Nam ſi poneres primo partu editum vnum filium, ſecundo aliũ, tertio poſtremũ, nõ dubitarem quin ſerui eſſent, qui eſſent editi primo & ſecũdo partu. Nati enim eſſent ex ſerua, ſed editum partu tertio dicerem haud dubiè liberum eſſe, illa ipſa ratione per quã probaui ſupra, Editis ſecundo partu tribus, aut etiam primo, omnes liberos eſſe, quia ſcilicet incipiente hoc tertio partu exiſtit cõditio illa *ſi tres pareret*, ac eo ipſo inſtanti exiſtentis conditionis ſuccedit poteſtas iuris quæ dat libertatem. Neque vt puto de his quæ hucuſque contra Bartolum & Tribonianum diſputauimus quiſquã dubitaret, ſi non maximè illud obſtaret, quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt in *l. idem erit 16. D. de ſtat. homin.* ſi eadem Areſcuſa duos primùm filios, deinde alios duos peperiſſet, non vtrumq; ingenuum naſci, ſed eum ſolũ qui poſterior naſcitur. Nã vt Bartolus argumentatur, ſi tertius eſſet liber, ergo & quartus, atq; ita vterq;. Verùm nihil meo iudicio eſt apertius, quam Tr. bon. eſſe totam illam legem, non Vlp. Cur enim Vlpia. ita ſcripſiſſet, *idem erit ſi eadem Areſcuſa*? niſi fingas non ſolùm eandem prorſus ſpeciem ab Vlp. tractatam fuiſſe, ſed etiam prorſus eodẽ ſenſu. Quod ſi ita fuit, quidni ex Vlp. ſolo tota quæſtio propoſita eſt, non etiam ex Tryph.? Potuit ſanè Vlp. eandem quęſtionẽ tractare quam Tryph. & idẽ quod ille ſentire, ſed tãto magis fuit neceſſe immutata, corruptáq; Tryph. ſententia, Vlp. quoq; ſentẽtiam mutari ſubiectis verbis illis quaſi interpretationis loco, *Dicẽdũ eſt enim &c.* Deinde quęnã obſecro elegãtia illa eſt, *primò duos pepererat, poſtea geminos ediderat*, poſtremò quis credat Vlp. tam inſulſe locutũ eſſe, *Dicendũ eſt non poſſe dici*, & quod in fine legis ſcriptũ eſt, *quæſtio ergo facti eſt potiùs, non iuris.* Nam præter id quod aduerbium comparatiuũ *potiùs* exigebat vt ſubiungeretur *quàm iuris*, quis non videt ex ſuperioribus totam hanc quęſtionẽ facti nullomodo eſſe, ſed meri iuris & quidem ſubtiliſſimi, ſi quid in toto iure noſtro ſubtiliter excogitari poteſt? Maximè verò ſi ponas nõ conſtare quis primus, quis ſecundus, qui tertius editus fuerit. Sola enim relinquitur iuris quæſtio in eo caſu quid in dubio dicendum ſit.

Emendatio d. l. Areſcuſa 15. D. de ſtat. homin.

CAP. III.

CVm hucuſque oſtenderimus nõ conuenire iuris rationi quod ſcriptum eſt ſub Tryphonini nomine in *d. l. Areſcuſa. 15. D. de ſtat. homin.* ſupereſt vt textum emendemus, & quid Triboniani, quid Tryphonini ſit, demonſtremus. De quo vt breuiter expediam, ſic ſentio, Tryphoninũ in hæc verba ſcripſiſſe, *Areſcuſa, ſi tres pepererit, libera eſſe teſtamento iuſſa; primo partu vnum, ſecũdo tres peperit: incipiẽte partu exiſtẽs cõditio effecit*, & cętera quę ſequũtur ad finẽ vſque legis, alia verò omnia eſſe Triboniani, qui vt ſententiã ſuã quaſi non è diametro repugnãtem cũ Tryphonini verbis cõnecteret, interiecit dictionẽ illam *igitur*, inter ea verba *incipiẽte partu*. Ipſa enim quęſtio primùm ridicula eſt, quę ſic proponitur, *Quæſitũ eſt an & quis eorũ liber eſſet.* Nã vt ſtatim ſequitur, dubitari nullomodo poteſt quin ſaltem vltimus, qui quartus naſcitur, liber naſcatur. Quamquam hoc ipſum ſatis inconcinnè expreſſum eſt iis verbis, *ſed non dubitari debet quin vltimus liber naſcatur*, ſcribendum enim erat, *dubitari non debet quin vltimus ſolus liber naſcatur.* Id enim proculdubio Tribonianus exprimere voluit, non modò vltimum naſci liberum, quod erat extra omnem omnino dubitationem, ſed

etiam liberũ eum eſſe ſolũ, vt probat ratio illa quæ ſequitur, *nec enim natura permiſit ſimul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere*. Quæ tamen ratio vt in præcedentibus diximus, ſtulta eſt. Non enim eo minùs verum eſt, vnicum partũ eſſe: imò etiam falſa. Etſi enim ordine edantur, tamen vno impetu eduntur, idcóq; & ſimul & pariter edi eos dicimus, vt in legibus ſuprà citatis loquuntur I.C. ſed neque debuerat ita concipi quæſtio, *an & quis eorum liber eſſet*. Duplex enim quæſtio eſt, nec tamen vtriq; dictio *quis* inſeruire poteſt, quæ idcirco erat neceſſariò repetenda in hunc modum, *an quis & quis eorũ liber eſſet*. Tacco quod vix vllo alio iuris loco videas phraſin hanc à Iureconſ. vſurpatam, *duos infantes de vtero matris excedere*: non. n. excedit de vtero matris qui naſcitur, ſi propriè loqui volumus, ſed editur, producitur, eiicitur, proiicitur. Tum vero, quis vnquam dixit *infantem edi*? Perinde namq; eſt, ac ſi eum qui in vtero adhuc ſit, infantem appellares, quod certè eſſet ridiculum. Infans ſiquidem eſſe non poteſt, priuſquã ſit homo, id eſt antè quàm ſit editus. Qui autẽ editur, nondum eſt editus, ſed in vtero adhuc eſt, alioqui non poſſet edi qui in vtero non eſſet, *l. in falcidia 9. D. ad leg. falc.* Deinde rogo quam connexitatem inter ſe habent verba propoſitæ quæſtionis, & ſubiectæ reſponſionis? *Quæſitum eſt, inquit, an & quis eorũ liber eſſet. Hæc conditio libertati appoſita iam implenda mulieri eſt.* Debuerat vtiq; interſeri verbum *reſpõdit*, aut aliud quoddam ſimile: quorſum verò *iã implenda?* An non iam impleuit, quæ non tres tantùm, ſed quatuor perperiſſe proponitur? Sed voluit Trib. eo articulo idem ſignificare quod *omnimodo*, & hoc dicere, Conditionẽ libertati appoſitam à muliere impleri omnimodo debuiſſe. Atqui ad hunc ſenſum exprimendum neque vox illa *iam* vſurpanda erat, neq; tempus præſens & futurũ pro præterito, ſed ita ſcribendum potiùs, quomodo Trypho. vtiq; ſcripſiſſet, *omnimodo implenda fuit*. Quod autem continuò ſequitur, *ſed non dubitari debet*, nullam quoq; cũ præcedentibus habet connexitatẽ, præſertim ſi id exprimere Trib. voluit, quod modò diximus, dubitari nõ debere quin ſolus vltimus naſcatur liber. Scribere enim debuerat, *igitur dubitari non debet quin vltimus ſolus liber naſcatur*, ſi putabat nõ niſi poſt tertium filium ab Areſcuſa editum impletam fuiſſe conditionem, ex eáque propoſitione illationem hanc deduci poſſe. Rurſum quod additur, *Ordine incerto naſcentium*, non ſatis bene iungitur ſuperioribus, nec etiam ſatis eleganter ſcriptum eſt, *naſcentium* pro *natorum*. Non enim poteſt incertus eſſe ordo naſcendi cùm naſcuntur, neque quod ad naturam, neque quod ad homines: ſed tum demum incertus eſſe incipit, quod ad nos, cùm iam ſunt nati, ob non obſeruatũ ab vllo ordinem, quem inter eos tenuit natura cùm naſcerẽtur. At neq; dictio *vter* quæ ſequitur in illis verbis, *vter in ſeruitute, libertatéve naſcatur*, in propoſito apta eſt cùm nõ de duobus, ſed de tribus quæreretur, ac proinde quis, non vter eorũ liber eſſet. Sed & quæro cùm propter incertum natiuitatis ordinẽ non apparet quis primus, aut ſecundus, aut tertius natus ſit, an dicemus omnes liberos eſſe, an nullum? Nec enim hoc Tribo. docet, quod tamen minimè fuit prætermittendum. Nam ſi cum Tribon. ſentias, ſolum vltimum liberum eſſe, quemadmodum faceres iniuriam heredi ſi omnes liberos eſſe diceres, ita & libertati ſi omnes ſeruos, cùm certum ſit ſaltem vnum ex quatuor eſſe liberum, tanquam natum poſt impletã conditionem. Dices, Non iura deficere, ſed probationem, vt in *l. duo ſunt Titij 30. ff. de teſtam. tutel.* quia neſcitur quis ille ſit. At neque illud ſcitur, inquam, quis in ſeruitute natus ſit, quia is tantùm poteſt natus eſſe in ſeruitute qui ſecundo partu natus eſt primus, aut ſecundus, non qui tertius. Et ob id Tribonianus ita ſcribit, *vter in ſeruitute libertatéve naſcatur*. In dubio igitur, cùm nihil certi conſtitui poſſit citra heredis aut libertatis iniuriã, cur heredi magis fauebimus quàm libertati, cui in cæteris partibus magis fauere ſolet, quàm heredi? *l. qui duos 18. & paſſ. D. de manum. teſta.* Nam nec eſt nouum, vt etiamſi in danda libertate teſtator vnius duntaxat filij mentionem fecerit, pluribus tamen eodem partu natis omnes liberi ſint, quamuis quod magis eſt, ex ancilla nati, ſiue directò, ſiue per fideicommiſſum data libertate, vt in ſpecie *l. cùm inter 14. C. de fideic. liber.* Et in hoc ego aduerſus Cinum, & Bartolum cum Accurſio ſentio: tanto magis, quòd ſicuti probauimus, ratio iuris facit vt tum quoque cum apparet quo ordine nati ſint, omnes tamen liberi naſcantur, tanquam ex matre libera, & quę primo ipſo partus inſtanti conditionem impleuerit, atque ita libertatem ipſo iure conſecuta ſit. Denique dictio illa *igitur* poſita in illis verbis *incipiente igitur partu*, bonum ſenſum habere non poteſt, cum ab illis verbis quicquid in ea lege ſequitur, non ſolùm ex pręcedentibus inferri nullomodo poſſit, ſed etiam repugnet iis apertiſſimè, probétque concludenter, quotquot ſecundo illo partu ex Areſcuſa nati ſunt, omnes liberos eſſe, nec tãtùm ſi tres nati ſint, ſed etiam ſi duo tantùm, cùm ex primo partu iã alius natus eſſet. Fient autem probabiliora & manifeſtiora quæ contra Tribonianum diſputauimus ſi alium locum indicabimus à propoſita quæſtione non alienum, & à Triboniano ſimiliter corruptum, ſi non is potiùs Triboniani totus eſt. Is eſt in *l. ſi fuerit 10. §. planè D. de reb. dub.* De cuius ſententia & emendatione quid nobis videatur, ſubiiciamus.

De ſententia & emendatione l. ſi fuerit 10. §. *planè. ff. de reb. dub.*

CAPVT IIII.

TRactatur in hac lege de libertate ancillæ data ſub hac conditione, *ſi primum marem pepererit*, & quæritur, An ſi vno vtero marem & fœminam pepererit, filius liber ſit, an filia, an etiam mater ipſa. Reſpondetur autem in hæc verba, *ſiquidem certũ eſt, quid prius edidiſſet, non debet de ipſius ſtatu ambigi vtrum libera eſſet, necne*. Senſus eſt, vt ſequentia demõſtrant, liberam eſſe ſi maſculum priorem pepererit, nõ etiam ſi filiã. Ipſum verò maſculum priorem editum ſeruum fore, tanquam editum ex ancilla. Sequitur enim, *ſed nec filia, nam ſi poſtea edita ſit, erit ingenua*: Vtrumque falsò & ridiculè: ne dubitare poſſis, quin totum hoc ſit Triboniani: ſiue. n. prior maſculus editus ſit, ſiue fœmina, cùm tamen vnus tantùm partus ſit, ſemper verũ eſt, primo partu editum eſſe marem, qui ſenſus eſt illius conditionis, *ſi primum marẽ pepererit*, & conſequenter incipiente partu, vt Tryphoninus loquitur in *l. Areſcuſa*, de qua proximè ſcripſimus, impleri conditionem datę libertatis, ſique ita libertatem eodem inſtanti obtingere, vt facta ipſa exinde libera, tam marem quàm fœminam, ac proinde vtrumque liberum peperiſſe videatur. Poſſet aliquis dubitationi locus relinqui apud eos qui verborũ maiorem quàm ſententię & voluntatis rationẽ haberẽt, ſi cõditio ſic concepta proponeretur, *ſi primum marẽ ediderit*, quia non ſicut vnus partus, ita poſſit vna dici editio pluribus editis. Sed vſurpato verbo *pepererit*, non magis conceptio verborum, quàm voluntatis ratio patitur, vt defeciſſe conditio videatur

nato

nato maſculo ex primo partu, licèt poſt filiam editus ſit. Triboniani verò & ſubtilitatem & eloquentiam illud manifeſtius detegit, quod ſequitur, *ſin autē hoc incertum eſt, nec poteſt, nec per ſubtilitatē iudicialē manifeſtari*. (quis enim ſibi perſuadeat Vlp. ita vnquam locutum aut locuturum fuiſſe?) *in ambiguis rebus humaniorem ſententiam ſequi oportet, vt tam ipſa libertatem, quàm filia eius ingenuitatem conſequatur, quaſi per præſumptionem priore maſculo edito.* An non enim humanior ſententia illa erit, ſi & matrem liberam, & maſculum quoque ingenuum, ſicut & filiam ingenuam admittamus? Quidni verò? cùm non tantùm humanitas fauórque libertatis, ſed etiam mera, veráque iuris ratio adſtipuletur? Aut quid neceſſe eſt ad præſumptionem confugere, vt maſculus prior editus intelligatur, ſi nihil intereſt priorne an poſterior editus ſit, dummodò eodem partu? Aut quoniā obſecro, colore, volumus deteriorē eſſe conditionē matris & liberorū, vt nec illa libera ſit, nec ingenui qui ex ea naſcūtur, ob id ſolū quòd nō modo maſculū pepererit (quæ res ſufficere poterat ad implendam ex verbis & voluntate teſtatoris conditionem) ſed etiam fœminam? Eóne minus verum eſt primo partu editum fuiſſe maſculum, quod fœmina quoque eodem partu, ſiue prior ſiue poſterior edita proponatur? Alioqui dicendum eſſet, *ſi mihi filius vnus naſcetur, exheres eſto*, natis vno partu pluribus filiis pro exheredato habendum eſſe eum qui primus natus eſſet, quaſi qui primo partu ſolus eſſet natus, cùm ordine naſcendi alium priùs, alium poſtea naſci fuerit neceſſe. Et tamen falſum id eſſe conſtat, neminémq; in propoſita ſpecie intellig exheredatum, nealioqui fatendum eſſet omnes ſimul exheredatos contrà quàm ferre poſſint verba teſtatoris, *l. 1. §. quare & ſi ita. D. de ventr. in poſſ. mittend.* Planè ſi poneres naſci filium & filiam, defendi probabiliter poſſet non eò minùs valere filij exheredationem, quia nō facit natiuitas filiæ, quin verum ſit filium natum eſſe, neque ita impletam fuiſſe conditionem exheredationis, ſiue prior editus ſit maſculus, ſiue poſterior: nec quod huic caſum ſuperiori comparat Vlp. in *d. §. quare*, ad rem facit. Recta enim comparatio in eo eſt, quod vtroque caſu venter in poſſeſſionem mitti debet, ratione illa generali quæ ſequitur, quòd ſatius ſit ſub incerto eius qui alatur, ali etiam eum qui ſit exheredatus, quàm eum qui non ſit exheredatus, fame necari: at non etiam in eo, vt perinde vtroque caſu exheredationis conditio defeciſſe videatur: etſi contrariam quoque ſententiam facilè odium exheredationis poſſet fortaſſis admittere. In propoſito autē causa fauor libertatis è contrario vrget pro maſculo, vt qui primo partu editus eſt, licèt poſt ſororem, & faciat matrem liberam, & ſororē ingenuam, quemadmodum & ſeipſum. Perpetuus ergo Triboniani error ille fuit quòd non credidit, aut potius non animaduertit incipiente partu impleri conditionem tam propter eum qui vltimus editur, quàm propter eum qui primus: & vnum eundémque partum eſſe, quoties vno vtero plures naſcuntur, quia ſimul & ſemel eos omnes conceptos eſſe neceſſe eſt. Sed & cætera omnia quæ in ea lē lege præcedūt, licèt Vlp. tribuātur, Trib. tamen eſſe ſemper exiſtimaui, ſiue contextum verborum intuear, ſiue ſententiam legis. Nam ſi fuerit legatum relictum hoc modo, *ex cognatis meis, qui primus Capitolium aſcenderit*, & ſimul duo veniſſe dicantur, nec appareat quis prior venerit, vel ei qui monumentum fecerit, & plures fecerint, vel ei qui maximus natu eſt, & duo pares ſint ætate, falſū eſt quod lex ait legatū impediri. Cur nō enim ſimul omnes admittātur cū omnib. ęquè cōueniant verba legati? Vtiq; ſiquidē primus Capitolium aſcendit ille ante quē nemo alius, licèt nec poſt eum alius aſcenderit: Primus monumentum facit, antè quem nemo facit: maximus natu eſt is quo maior alius non eſt. Sicut dicimus proximum agnatum eſſe quem nemo antecedit, quamuis neminem ipſe antecedat: Supremum verò non eum qui poſt aliquem, ſed poſt quem nemo ſit, *l. qui duos 9. eo. ti. l. ex duobus 34. De vulg. & pupill. ſubſtit. l. 1. §. proximus. D. vnd. cogn. l. proximus 92. l. proximus 155. l. in vulgari 162. De verb. ſign.* De illo tātùm dubitari poſſet, An inter eos diuidendum eſſet legatum, quaſi partes inuicē ſibi facientes per cōcurſum, an vero duplici pręſtatione legati oneranda eſſet heres. Nā nec verba repugnarēt, quę licet in ſingulari numero prolata, non tamen exprimunt ſingularitatē perſonæ, quia non terminantur in perſona, quo terminarētur, ſi Sempronio amico legatum eſſet, & plures eſſent Sempronij ęqua charitate coniuncti teſtatori: ſed in perſonę facto, quod factum tale eſt, vt pluribus perſonis ęquè aptari poſſit. Sed tamē repugnat, meo iudicio, ſententia teſtatoris, qui de vno tantùm legato adſcribēdo cogitauit: repugnat etiam heredis fauor, qui non patitur vt duplici pręſtatione eiuſdem legati nomine videri debeat oneratus, *l. Titia cum teſtam. 34. §. qui inuita filia. l. Sempr. 47. de leg. 2. l. pen. de dot. releg. l. plane 34. §. ſed ſi non corpus. de leg. 1.* Itaque verius eſt inter eos omnes qui concurrunt, diuidi legatū oportere, quod & interpretes noſtri etiam inuito Tribon. ac penè inuiti fateri coguntur, licèt tēperamenti cuiuſdam gratia, ne in legē omnino offendere videantur, ad æquitatem id referant, non ad iuris rigorem, in quo decipiuntur. Quis enim rigor iuris obſtare poteſt legatariis, quibus & verba teſtamenti fauent, & voluntas non repugnat? *arg. l. ab omnibus 104. in princ. eo. ti. l. talem 51. in fin. D. de here. inſtit.* Eſtque hęc ſententia longè fauorabilior quàm illa vt legatum impediatur. Noſtra enim teſtatoris voluntatem tuetur legato ita cōſeruato, vt tamen nō idcirco durior heredis conditio fiat. Nec ſanè aliud quicquam eſt quod poſſit facere vt impediatur legatum, quàm ſi teſtator probetur voluiſſe vt ad vnū ſolum perueniret legatum prohibito legatariorum cōcurſu, niſi placeret illo etiā caſu potiorem primi occupantis cauſam eſſe debere, arg. *l. ſi Titium 9. D. de verb. obl.* Planè quod ſequitur in *d. l. ſi fuerit 10.* ſi legatū Sempronio amico fuerit relictū, & duo ſint Sempronij æqua charitate coniuncti teſtatori, legatū impediri, facilè admitto, quia huius legati verba non ſolùm in ſingulari numero prolata ſunt, ſed ita clam vt exprimant ſingularitatem perſonæ, quia in ipſa perſona, vt iam diximus, terminantur. Quænam porrò ea perſona ſit, neſciri poteſt, atque ita non tam deficit ius quàm probatio, vt in *d. l. duo ſunt Titij 30. ff. de teſt. tutel.* At non illud ſimiliter poſſum admittere, quod Tribo. noſter Vlpianū malè agens ſubiungit, ſi duobus eiuſdē nominis hominibus fuerit legatum puta Semproniis, mox Sempronio ademptum ſit, nec appareat cui ademptum ſit, dationem in vtriuſque perſona infringi (ſic enim Tribo. loquitur) ademptionem autem in vtrumque valere. Scio Hugonem Donellū lib. 8. Commentariorum De iure ciuili ad eam legē malle legere *ademptione*, quomodo etiam in quibuſdam exemplaribus ſcriptum eſſe teſtatur; hoc ſenſu vt per ademptionem legatum in vtriuſque perſona valeat, id eſt neutri ademptum intelligatur: ſed parum eleganter, vt ego quidem arbitror. Numquam enim poteſt ademptio facere, quo magis legatum debeatur, ſiue vtiliter datū ſit, ſiue inutiliter, *l. legata. 14.*

Digitized by Google

D. de adim. legat. l.3.§. ſi emancip. de bon.poſſ. contra tab. Alius ergo,& apertiſſimus Trib. ſenſus eſt, ademptionem in vtriuſq; perſona valere, quod certè à iuris ratione alieniſſimum eſt. Cur non enim valebit legatum, aut cur incertitudinis prætextu impedietur, cùm non ſint perſonæ incertæ, quibus relictum fuit? Ponimus ſiquidem duobus Semproniis relictũ, duos verò Sempronios fuiſſe, nec quinam illi ſint, ignorari. Dices idem legatum Sempronio ademptũ eſſe, nec apparere cuinam ademptum ſit, atque ideò perinde incertitudinem ſubeſſe vtri debeatur. Et hic ſanè color eſt, qui Tribon. decepit. Sed pro nobis reſpondet Vlp. in *l.3.§. ſi duobus Titiis. ff. de adim. legat.* incertitudinem hanc non in datione eſſe, ſed in ademptione, ob ídque non dationem vitiari debere, ſed ademptionem, vt proinde vtrumque legatum debeatur, quemadmodum, inquit, & in dando, ſi nõ appareat cui datum ſit, dicemus neutri deberi. Nã & regula iuris eſt, Ex quibus cauſis legati datio inutilis eſt, ex iiſdem cauſis etiam ademptionem inefficacẽ haberi, *d. l. legata inutiliter* 14.§.1. *eo. tit.* Tribon. igitur cum Vlp. pugnat, ne alioqui fatendum ſit Vlp. & cum ſeipſo pugnare, & cum iuris ratione, cuius apud me, ſi non maior, certè nec minor quam ipſius Vlp. autoritas eſt. Planè in vlt. illa ſpecie quam Tribon. proponit, Si ex pluribus ſeruis eiuſdem nominis vni vel quibuſdam libertas relicta ſit, nec appareat cui, non poterit libertatis fauor efficere vt in tam incerta teſtatoris voluntate quiſquam ſit liber, *l. cùm ex pluribus* 51. *ff. de teſt. manu.* quia cùm nõ aliter valeant teſtamentariæ manumiſſiones quàm ſi confirmatæ ſint per legem duodecim tabularum, vt & cæteræ defunctorum ſupremæ voluntates, quemadmodum Vlpianus in fragmentis ſcribit tit. 1. lex autem non confirmet, niſi quatenus habent defuncti voluntatem, apparet prius eſſe neceſſariò vt conſtet de voluntate teſtatoris, quàm vt de confirmatione per legem facienda quæri oporteat. Neque hac parte quicquam refert an relicta ſit libertas, an quid aliud, ita vt non conſtet, cui relinquere teſtator voluerit. Sed hæc contra Trib. diſputaſſe ſufficiat.

De reconuentione.

CAP. V.

FVit & nomen, & ius hoc reconuentionis incognitum toti iuriſprudentiæ veteri, eo ſenſo quo nunc ab interpretibus & pragmaticis accipitur, ad tempora vſque Papin. cuius ſententiam retulit & probauit Iuſtinianus in *l. cùm Papin.* 14. *C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Nam cum ita ius eſſet vt mota inter aliquos lite, eáque apud prætorem conteſtata iudicem dari oporteret, in eámque rem præſcribi formulam quæ iudici poteſtatem faceret condemnandi rei, aut etiam abſoluendi ſi actor intentionem ſuam non probaſſet, neceſſe erat eueniret vt iudex qui pro Titio contra Semproniũ datus eſſet in ea actione quã Sẽpronius aduerſus Titiũ inſtituiſſet, nõ poſſet videri iudex cõpetens in reconuentione, ſi fortè Titius à Sempronio viciſſim aliquid petere vellet, tanquã qui in eam rem iudex datus nõ eſſet. Cõpetẽs enim iudex ille dicitur, qui poteſtatem habet cognoſcendi, & iudicandi: quam porrò poteſtatẽ habere nõ poteſt ille qui magiſtratus non eſt, quiq; nullam ſuo aut alieno nomine habet iuriſdictionẽ, niſi quòd à prętore, alióve magiſtratu, alitéтve iuriſdictionẽ habente iudex datus ſit, *l.1. l. eum qui* 13. *ff. de iuriſ.* & cõſequenter non niſi quatenus datus eſt *l.1. C. de ordin. iudi.* Ex quo fieri conſequens erat, vt nulla eſſet ſententia, quæ à tali iudice incompetente data fuiſſet *l.1. & tot. ti. C. ſi à non compe. iud.* Idq; eſt quod pragmatici paſſim iactitant, & hoc verè, incompetentiam iudicis nullitatem eſſe nullitatum, & præcipuã rationem propter quam debeat ſententia dici nulla, nulliúſque omnino momenti. Planè ſi quis ab alio conuentus viciſſim contra eum agere ex aliqua cauſa voluiſſet, poterat quidẽ hoc facere, ſed noua actione in id inſtituta, & alio iudice accepto à prætore, nõ autẽ in eodem iudicio, quáuis interdum ad eundem iudicẽ mitti deberent qui de alia actione inter eoſdẽ iam antè datus fuerat, nempe ſi iuſta aliqua cauſa ſubeſſet ob quã id cõuenientius videretur, vt in exemplis quæ proponũtur in *l.1. & 2. D. de quib. reb. ad eund. iudi. eat.* Quorũ primũ exemplum eſt, Si inter plures, puta coheredes agatur iudicio familię erciſcundæ, & inter eoſdẽ ipſos poſtea agatur Communi diuidundo, aut finiũ regundorũ, ſiue prouocãte eo fortaſſis qui prouocatus fuerat ad iudicium familiæ erciſcundę, ſiue eo ipſo qui ad iudiciũ familiæ erciſcundę prouocauerat. Vnũ enim, & eundem iudicẽ in omnibus iſtis iudiciis ſimul ſumi oportebit, quia licèt ſint de diuerſis rebus, nec eaſdẽ habeant præſtationes, eadem tamen omniũ ratio eſt, hactenus vt in iis omnibus vterq; ex litigatoribus & actor ſit & reus. Propter quod placet iubendos eſſe illos ſui pręſentiã facere in eo loco in quẽ faciliùs omnes conueniri poſſint, vt adiicitur in *d. l.1.* quia cùm ſint omnes ęquè fauorabiles, tãquam & omnes actores, & omnes rei, nõ debet is locus eligi, qui vni commodior, quàm alteri ſit futurus. Alterum exẽplum eſt quod ponit Papin. in *l.2. eo. tit.* Si ex pluribus tutoribus cõueniatur vnus actione tutelæ à pupillo ex ea cauſa, quòd cæteri nõ ſint idonei, & ille cæteros idoneos eſſe cõtendat, aut ſaltẽ pro ſua indemnitate cõſequẽda in ius vocari eos velit. Omnes enim, ſi ipſe ita poſtulet, ad eundẽ iudicem mittendi ſunt, qui inter ipſum, & pupillũ datus fuit, quia ſcilicet iſtorum cauſa communẽ eandémque habet originem à tutela quæ non niſi vna fuit. Sed nõ ſunt iſtæ recõuẽtiones ſi propiùs inſpicias, at mutuæ actiones, non ſolùm diuerſæ inter ſe, ſed etiam diuerſis iudiciis, licèt apud eundem iudicem agitandæ. Nec enim idẽtitas iudicis identitatem etiam iudicij facit, & ridiculus eſſet tractatus, De quibus rebus ad eundem iudicem eatur, ſi de iis omnibus vnicũ tãtùm iudiciũ inſtitueretur. Quis enim neſcit, vbi vnicum tantùm iudicium eſt, vnicum quoque iudicem eſſe oportere? At plura eſſe iudicia nihil prohibet, quamuis de omnibus vnus idémque ſit iudex. Reconuentionem porrò cùm dicimus, nõ quamlibet mutuam actionem intelligimus, ſed eam quæ & diuerſa ſit, & eodem tamen iudicio exerceatur, quod euenire facilè poteſt cùm ex vno eodémque negotio vtraque actio profluit, vti mox dicemus. In quo errãt vulgo interpretes noſtri omnes, exiſtimãtes titulum illum *De quib. reb. ad eund. iudic. eat.* ad tractatũ hũc de reconuentione pertinere. Sicut & in eo quod volunt, in tribus illis iudiciis familię erciſcundæ, Cõmuni diuidundo, & Finiũ regundorũ reconuentionẽ aliquã ineſſẽ, ob id ſolùm quòd in iis quicunq; actor eſt idem ſit etiã reus. Id enim non ideò fit quaſi ſint duæ & diuerſæ actiones, quod neceſſarium eſſet ad inducẽdam reconuentionem, ſed quia vnica illa actio quæ ab vno ex condiuiſoribus prouocante inſtituitur, ſui natura duplex eſt, id eſt ita cõparata vt quiſquis in ea vult eſſe actor, eũ neceſſe ſit & reum eſſe. Vnde fit vt ſi plures coheredes diuerſa domicilia habeant, & conſequenter diuerſos diuerſarum perſonarum iudices, is qui aduerſarium prouocauit, litémque coram ipſius iudice mouit tanquã actor, nõ poſſit petere vt ad ſuũ iudicẽ remittatur ex qua parte reus ipſe eſt, quia non

ſit

ſit reus ex noua aliqua cauſa vel actione, ſed hoc ipſo quod ille priùs ſe actorem fecit, atq; ita ſibi neceſſitatem impoſuit habendi etiam contra ſe illum iudicem quem pro ſe coheredem habere & voluit, & inuitus etiã debuit. Alioqui diuidenda eſſet actio, quæ tamẽ ſui natura indiuidua eſt, cùm in iure conſiſtat, nec minùs cùm duplex eſt quàm ſi ſimplex eſſet: Lõgè ſiquidem aliud eſt dicere duplicem eſſe actionẽ aliquam, aliud verò duas eſſe actiones: quod ab interpretibus non obſeruatum pręcipites illos in errorem egit, vt & in eo errant quod putant etiam ad reconuentionem pertinere ſpeciem legis primæ §. *vlt. ff. quæ ſent. ſin. appell. reſcind.* vbi tamen non agitur niſi de mutuis petitionibus ac proinde de diuerſis actionibus, quamuis apud eundẽ iudicem factis, & quidẽ, in diuerſis iudiciis non in vno exercendis, vt & ex eo apparet quod in ea ſpecie tractatur de duabus ſententiis diuerſo tempore prolatis. Cùm tamen ſi vnicũ eſſet iudicium non niſi vnica quoque ſententia ferri poſſet. Siquidem iudex poſteaquàm ſententiã ſuã tulit, officio ſuo functus eſſe creditur, & hoc ipſo iudex eſſe deſinit, adeò vt nec corrigere quidẽ ſuã ſententiam poſſit, quoniã ſiue benè ſiue malè officio ſuo functus eſt, inquit I. C. in *l. iudex poſteaquam 55. iunct. l. quod iuſſit 14. ff. de re iudic.* Quæ res cauſã dedit ſacris conſtitutionibus de quibus in *d. l. 1. §. vl. quæ ſent. ſin. appell. reſcind.* quibus cautum eſt, vt qui in mutuis petitionibus prior ſententiam obtinuit, non prior iudicatum exequi poſſit quàm ſuper alia petitione fuerit pronũtiatum. Hæc cùm ita eſſent, totóq; iure vetere obtinuiſſent, Papin. noſter qui & ingenij ſui acumine & pręcipuę autoritatis fiducia fretus noua pleraq; induxit, primus fuit qui putaret indulgendũ reo contra quem actor iudicem accepiſſet, vt in eodẽ iudicio, ac proinde coram iudice poſſet ille viciſſim actorẽ cõuenire ſi qua in re haberet illum obligatũ, dummodò tamen ex eodẽ negotio ſuper quo datus eſſet iudex, mutua illa actio proficiſceretur: idq; non ex ratione iuris, quæ proculdubio repugnabat, & faciebat ne quiſquam in id vſq; tempus id dicere auſus eſſet, at ratione illa æquitatis quam exprimit Iuſtin. in *d. l. cùm Papin.* quòd cuius actor in agendo obſeruat arbitriũ eundem contra ſe iudicẽ habere in eodẽ negotio non debeat dedignari. Cur autem ratio iuris repugnaret, iam intelligimus ex ſuperioribus, quia Mæuius datus iudex pro me contra te, non itidem fuerat datus pro te contra me, ideóque quamuis eſſet competens ad condemnandum te, vel abſoluendum, tametſi formula nihil de abſolutione diceret (quiſquis enim condẽnare poteſt, is abſoluendi quoq; poteſtatẽ habet, *l. 3. ff. de re iudi. l. pen. ff. de confeſſ.*) non poterat tamen eſſe competẽs ad me ſimiliter tibi condemnandũ, vel abſoluendum. Neq; verò Papin. negabat eſſe illum iudicem incompetentem, quantum ad tuam reconuentionẽ, ſed dicebat non eſſe me audiendum, ſi velim obiicere incompetentiam iudicis, quem ego ipſe prius acceperim, ac fortaſſe petierim. Id enim eſt quod ſignificant verba illa *d. l. cum Papin. Nulla opponenda exceptione quòd non competens iudex agentis eſſe cognoſcatur.* Quæ tamen verba interpretes noſtri omnes hucuſq; malè vulgò ſic acceperunt, quaſi reconuentio quælibet priuilegium hoc habere debeat, vt tollat exceptionem incompetentiæ iuriſdictionis, confundentes incompetentiam iudicis, & incompetentiã iuriſdictionis, admodum imperitè, & iuris veteris ac eorum quæ modò diximus, ignoratione. Nã cùm Pap. tẽporib' differret iudex datus à ius dicente, ſicut & iuriſdictio à iudicandi poteſtate, nõ minùs quàm ius ipſum à iudicio, vt alibi copioſè à nobis explicatum eſt, non poteſt Papiniani ſententia de alio intelligi quàm de iudice pedaneo, nec rurſus de iudice dato ab alio magiſtratu quàm ab eo qui habuerit iuriſdictionem competẽtem: quandoquidẽ ad ius dicentes pertinet inter cætera, vt iudices dent litigatoribus, éſtque vnus ille ex actibus iuriſdictionis *l. 1. & 2. in fin. de iuriſ.* Quo admiſſo fatẽdũ eſt nõ poſſe ad incompetentiã iuriſdictionis extendi quod de incõpetentia iudicis dicebat Pap. quia non quę ratio facit vt reconuentio tollat incompetentiam dati iudicis eadẽ facere poteſt vt tollat incõpetẽtiã iuriſdictionis. Quod enim ad iudicem datum pertinet, imputari poteſt actori cur eum elegerit, aut ſaltem acceperit, vel ſortitus ſit, vt loquitur Iuſtin. Nouell. 96. cui titulus eſt, *De reconuentionibus.* Plerunque enim ex pluribus à prætore datis iudicibus ſi litigatores in vnũ aliquẽ cõuenire nõ poſſent, ſorte dirimebatur quis accipiẽdus eſſet. At nihil tale imputari poteſt ei qui adiit prętorẽ ad habẽdum iudicẽ cõtra eũ qui erat ex iuriſdictione prætoris. Quẽ.n. aliũ quàm prętorem, aut quẽ aliũ prętorem in eã rem adiiſſet? Finge me peregrinũ voluiſſe contra te ciuem Romanũ agere perſonali aliqua actione, nõ quidẽ directa, quia directę neq; peregrinis, neq; in peregrinos cõpetũt, ſed ſaltẽ vtili & ex cõtractu iuris gẽtiũ, qui potuerit iniri inter peregrinũ & ciuem Romanũ: Non potui magiſtratum aliũ adire quàm prętorem vrbanum ad impetrãdã actionem & iudicem apud quem actio exerceretur. Quanã ergo ratione tibi licere debebit recõuenire me corã eodẽ iudice, ob id ſolùm quòd ego te prior coram eo cõuenerim, cũ nõ modò ſit ille incõpetens futurus tãquã datus pro me cõtra te, nõ etiã pro te cõtra me, ſed etiã tanquã ab eo datus qui neque hunc, neque aliũ iudicẽ cõtra me dare potuerit defectu iuriſdictionis? Erat enim in ciuitate prætor peregrinus, qui non tantùm inter peregrinos, ſed etiam pro ciuibus Romanis contra peregrinos ius diceret, nec quicquam aliud magis curæ eſt ciuili legiſlatori quàm vt prouideat ne iuriſdictiones turbentur, & confundantur. *l. vlt. D. de iuriſ. l. à Diuo Pio 15. §. 1. D. de re iudi. l. cùm vnus 12. §. is qui. D. de reb. autor. iudic. poſſi.* Nec ad rẽ pertinet ſi quis obiiciat priuatorũ cõſenſum, licèt nõ poſſit tribuere iuriſdictionẽ ei, qui nullã habeat, poſſe tamen prorogare & extendere iuriſdictionem eius qui aliquam habet, quamuis non tantam *l. 1. & 2. in princ. & §. 1. & ſeq. D. de iudic.* ſicut & iudicem facere eũ qui iudicio alicui præeſt, quãuis non etiam eũ qui nulli iudicio præſit, vt ſcriptum eſt in *l. priuatorum 3. C. de iuriſd.* Id enim tunc obtinet, cùm apparet de cõſenſu & voluntate prorogãdæ iuriſdictionis aut prorogãdi iudicij, vt ſcriptum eſt in *d. l. 2. D. de iudic.* Atqui ex eo quòd peregrinus ego adierim prętorẽ vrbanũ ad agendũ cõtra te ciuẽ Romanum, inferri non poteſt cõſenſiſſe me in prorogãda iuriſdictione prętoris vrbani contra me, quia ex eo quod quis coactus facit numquam poteſt inferri, eum vltro conſenſiſſe in cætera in quibus nõ fuit eadem ratio coactionis & neceſſitatis, ſempérq; ſubueniri ſolet ei qui ex neceſſitatę iudicium alteri dictauit, *l. qui iudicium. vlt. D. de ſeparat.* Nemo enim agendo & iudicem accipiendo conditionem ſuam facit deteriorem, ſed plerunque meliorem, *l. aliam 29. D. de nouat. l. nõ ſolet 86. & ſeq. De reg. iur.* At quod à prętore hunc vel illũ iudicẽ acceperim, nõ ſimiliter poſſũ videri feciſſe coact', quia licèt debuerit aliquis iudex dari, & quidem nõ inuito me, ſed petente & agente, facere tamen poteram vt alius daretur, ſi hunc qui datus eſt, accipere noluiſſem. Itaque ſuppoſita competentia iuriſdictionis, facilè viſum fuit Papin. tolli incõpetẽtiã iudicis, qui à ma-

giſtratu competente datus eſſet, quaſi tacitè prorogata etiam iudicis dati poteſtate vltrà quàm verba formulę paterentur, dummodo tamen reconuentio eſſet de illo ipſo negotio ſuper quo datus iudex fuiſſet. Nã & hoc Papin. nominatim exigebat, vt probãt verba illa *d.l.cũ Papin. In eodẽ negotio*, cuius exẽplũ eſſe poteſt, ſi fortè peterẽ à te cẽtum pro precio fundi Corn. quem tibi vẽdiderã, & tu actione iſta vẽditi cõuentus velles me recõuenire actione empti ad id quod tua intereſſet ob id quod inueniretur fũdus ille aliquas debere ſeruitutes, aut oppigneratus, quem tamen tibi liberum, & quomodo veteres loquebãtur, vti optimus maximúſq; eſſet, vẽdidiſſem. Sunt enim hæ duæ quidem actiones empti, & venditi, ſed quæ tamen ex vno eodémque negotio proficiſcuntur, & quas ideo volebat Papin. vno eodémque negotio exerceri poſſe, quamuis iudex non niſi ſuper actione venditi datus eſſet. Quid ergo ſi cùm à te peterem centum ex ſtipulatione, tu velles apud eundem iudicem me reconuenire tanquam debitorem tuũ ex alia cauſa, puta mutui, aut emptionis? Nõ admiſiſſet hoc caſu Papin reconuentionem, quia licèt eſſet inter eaſdem perſonas, & apud eundem iudicem, non tamen eſſet ex eodem negotio, longéq. alienus eſſet à poteſtate dati iudicis in vno negotio, ſi in alio planè diuerſo eandem poteſtatem ſibi plane vellet arrogare.

Quid noui à Iuſtiniano inductum ſit in reconuentionibus.

CAP. VI.

IVſtinianus in *l.cùm Papinianus* 14. *C.de ſenten. & interloc. omn. iudic.* vbi ſententiam illam Papiniani refert, de qua proximè ſcripſimus, addit eſſe ſibi eam non ſolùm roborandam ſed etiam augendam, & reuera auxit Nouel. 96. *de reconuent.* vbi induxit vt poſſit reconuentio fieri apud eundem iudicem etiam pro diuerſo negotio, vt poſtea dicemus: ſed in quo auxerit ille in *d. l.cùm Papin.* difficile videtur dicere niſi quod verba ipſa præ ſe ferunt, Papinianum eo demum caſu admiſiſſe reconuentionem etiam in eodem negotio, quo iudex datus abſoluere reum poſſet, vt nimirum non tantùm de abſolutione rei iudicare, (ſic enim legendum eſt, non vt vulgo *iudicatæ*) ſed & actorem ipſum viciſſim condemnare poſſit, ſi eum reo obnoxium reperiret. Iuſtinianum verò hoc amplius voluiſſe, vt quamuis iudex datus reum neq. condemnauerit, neque abſoluerit, in ipſum tamen actorem ſolum poſſit ex reconuentione ferre ſententiam, vt is ſenſus ſit eorum verborum, Vt *Liceat iudici cõtra actorẽ ferre ſententiã, & aliquid daturũ eũ, vel facturum pronũciare.* Inter quos caſus ſi quis differentiam quærat illa eſt, quòd iudex, qui neque cõdemnat, neq. abſoluit reum contra quem fuerat datus, ſed condemnat actorem ſolum, contra quem datus non fuerat, non ſolùm plus facit quàm facere debuerat ex præſcripto formulę, ſed quod multo peius eſt, nihil omnino facit eorũ quæ ex eiuſdẽ formulę pręſcripto facere debuit. At cùm abſoluit reũ, hoc ipſum ſaltem facit ex pręſcripto formulę, quãuis excedat formulam ex ea parte qua viciſſim condemnat actorẽ. Viſum eſt. a. Papin. tolerabilius, vt liceat iudici facere plus quàm debeat, quã vt ei liceat nihil facere ex eo quod debet, dũmodo tamẽ id in quo excedit non excedat fines negotij ſuper quo fuerat datus. Quò videtur pertinere illa iuris regula, quæ habet, Eum qui non facit quod facere debet, videri facere aduerſus id quod debet, quia non facit. At qui facit quod facere non debet, videtur tantùm non facere id quod facere iuſſus eſt, atque ita non tam malè quàm fruſtra id feciſſe, *l. qui non facit* 121 *de reg. iur. iunct. l. vnic. in fin. D. quand. dies vſufr. leg. ced.* Tertium & nouiſſimum de reconuentione ius illud fuit, quod Iuſtin. induxit *dict. Nouell. 96. De recõuent.* vnde ſumpta eſt Auth. *& cõſequenter. C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* vbi conſtituit duo valdè noua in fauorem actoris qui reconuenitur, vnum verò in fauorem rei reconuenientis. Pro actore, illud primùm, vt qui diligentior fuit in agendo & impetrando iudice, non poſſit recõueniri apud alium iudicem ex aliqua aduerſarij mutua petitione, niſi priùs finita lite conuẽtionis. Quod iure vetere aliter obtinebat, vt & Iuſtin. ipſe fatetur. Erant. n. licitę mutuę petitiones, quamuis pro diuerſis negotiis & apud diuerſos iudices eodem tempore proponerentur, quia nihil prohibebat inter eaſdẽ perſonas perinde tractari diuerſa iudicia, atque inter diuerſas. Ex quo tamen eueniebat illud incõmodi, vt vnoquoq; ex litigatoribus eã potiſſimùm litem curante in qua eſſet actor, & aliam in qua reus eſſet, quantùm facere poſſet, protrahente, vtraque lis fieret multò longior, & vt Iuſtin. loquitur quodammodo immortalis. Cuius etiam periculi metu videtur iam olim ab aliis Imperatoribus fuiſſe cõſtitutum, vt tùm quoque cùm apud eundem iudicem mutua petitio facta fuiſſet, qui prior viceret nõ priùs tamen iudicatum exequi poſſet, quàm ſuper aduerſarij quoque petitione pronunciatum fuiſſet, *l. 1. §. vlt. D. quæ ſentent. ſin. appell. reſcind.* ne ſcilicet aliter poſito iure qui prior viciſſet, & victoriæ ſuę fructum tuliſſet, improbis poſtea tergiuerſationibus id ageret vt vel numquam, vel multò tardiùs vinceretur. Alterũ, quod Iuſtinianus pro actore conſtituit, illud fuit, vt ſi actor qui pro ſe contra reum accepit Titium iudicem à reo, apud eundem iudicem recõueniatur, nõ quidem pro eodẽ negotio, vt in caſu Papin. ſed in diuerſo, poſſit emẽdare factum ſuum, id eſt, eum ipſum iudicem quẽ iam adprobauerat, & fortaſſis petierat, recuſare, dummodò id faciat intra viginti dies, ab eo quo propoſita reconuentio fuit numerandos, ſi eum ex aliqua cauſa ſuſpectum habeat. Quod planè à iuris veteris ratione abhorret, ſecundùm quam inauditum eſt vt cuiquam liceat eum recuſare iudicem quem ſemel adprobauerit, niſi ex iuſta cauſa quæ ex poſtfacto emerſerit, *l. omnes magiſtratus* 12. *l. apertiſſimi* 16. *C. de iud.* Sed quemadmodum Iuſtin. illud noui inducebat vt in eodem iudicio poſſit reus actorem etiam pro alio negotio reconuenire, ita & illud conſtituere debuit, vt actori liceat poſt reconuentionem proprium factũ improbare, cùm fieri facilè poſſit, vt qui in vno negotio mihi ſuſpectus non eſt cùm ago contra te, idem ille ſit mihi ſuſpectus in alio negotio, de quo tu velis agere cõtra me. Quod autẽ reorũ fauore Iuſtin. ibidem introduxit, hoc vnum eſt vt poſſit reus etiam ſuper alio negotio actorem reconuenire, dummodò apud eundem iudicem qui ſi non ſit ſuſpectus actori, & recuſatus intra viginti dies à reconuentione, vtrúque negotium debeat vnica ſententia terminare: aut etiam diuerſa, ſi alterutra actio citiùs expediri poſſit. In quo auxit proculdubio Iuſtin. ſententiam Papin. vt ſupra diximus. Quamquam ſecundùm Haloandri verſionem, locus ille Iuſtiniani non tam de reconuẽtione accipi debet, quàm de recriminatione, ſeu mutua accuſatione, iis nimirum caſibus, quibus recriminatio anteà erat permiſſa, ſcilicet ſi is qui prior accuſatur vel ſuã ſuorúmve iniuriam exequeretur, vel grauiùs aliquod crimen obiiceret. Alioquin perpetuum erat, vt nõ priùs accuſare quis poſſet, quàm eſſet excuſatus, ne relatione criminum, ſed innocẽtia purgari deberet qui accuſabatur, *l. ſi quis reus* 5 *ff. de publ. iud.*

ln. l.

l.t.l.neganda 17.C.qui accuſ.non poſſ. Ideo autem credibile eſt Inſtinianũ de recriminatione potiùs quàm de ciuili reconuentiune illam conſtitutionẽ edidiſſe, quia criminaliũ cauſarũ priuilegium illud eſt vt intra certũ ac breuius tẽpus debeat terminari, olim nimirũ intra annũ, hodiè verò intra biẽniũ, *l.1.2.& 3.C.vt inter.cer.temp.quaſt.crimin.termin.* Pertinet.n.ad publicã vtilitatẽ vt crimina quàm citò fieri poteſt vindicentur ad improbos deterrẽdos, *l.ita vulneratus 51.§.pen. D.ad leg.Aq.* cùm tamẽ in cauſis ciuilib.à crimine ſeparatis de priuatorũ vtilitate magis, quàm de vigore publicæ diſciplinæ agatur, vt Paulus loquitur in *l.locatio 9.§.quod illicitè. D.de public.& vectig.* Quãquam fatẽdum etiam illud eſt intereſſe publicè vt ciuiliũ quoq. litiũ materia & numerus, quantũ & quàm citò fieri poteſt diminuatur, idq; ad boni cuiuſq. iudicis officiũ pertinere, *l.quidã 21.ff.de reb credit.l.ſi cum 13.§.ſed ſi inter duos, alids l.æquiſſimũ.ff.de vſufr.* Quæ ratio videtur recõuentiones primùm induxiſſe, potiùs quàm reorum fauor, cùm nullus rei fauor ſit niſi in dubiis, hoc eſt, cùm dubitatur an debeat, aut quomodo debeat, non autem quando certum eſt eũ iure cõueniri, & perfidũ eſſe litigatorem, *l.Arrianus 41.ff.de obl.& act.* Cæterùm ſiue de ciuili reconuentione, vt vulgo volunt interpretes, ſiue de recriminatione tãtùm cum Haloandro Iuſtinianum intelligas, ad eum certè caſum reſtringi conſtitutio debet, quo iudex de vtroque negotio dari potuerit ab vno eodémq; magiſtratu, qui iuriſdictionem in vtroq; negotio habuerit competentem. Loquitur.n. Iuſtinianus, ſicut & Papinianus, de iudice dato, vt conſtat ex illis verbis, *aliũ mereri iudicẽ, d. Auth.& cõſequenter*, & apertiùs ex verbis Nouellæ. Ac proinde nõ magis ex ea Nou. quã ex Papin. ſentẽtia poſſit inferri recõuentionẽ tollere incõpetentia iuriſdictionis, ſed tãtũ incõpetentiã iudicis dati, quod longè diuerſum eſt, vt diximus. Nec.n. fieri poteſt vt iudicem det in vtroq. negotio is qui ipſe de vtroque negotio competẽtem non habeat iuriſdictionem, cùm iudicia dandi licẽtia ſit iuriſdictionis *l.1.l.3.ff.de iuriſd.* neque nouũ ſit vt quãuis apud vnũ iudicẽ vnũ moueatur negotiũ cauſæ alicuius, ſi tamẽ ille incõpetens videatur ſuper aliquo capitulo, ex propria ipſius ſententia ad cõpetentẽ iudicem illud capitulum remittatur, vt ſcriptum eſt in *l.omnes 12.verſ.apud vnum.C.de iudic.* Quanto magis igitur ſi duo ſint negotia, pro quorum altero competens ſit iuriſdictio, & incompetens pro altero.

De ſententia l.qui non cogitur 22.ff.de iudi.l.nulli 10. Cod.eo.& de laico clericum reconueniente coram iudice laico, vel contrà.

Cap. VII.

CVm iis quæ ſuprà cõſtituimus pugnare maximè videtur quod Paulus ſcribit in *l. qui non cogitur 22.ff.de iudic.* Eum qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, ſi ipſe ibi agat, cogendũ etiam ibi excipere actiones, & ad eũdem iudicẽ mitti. Nec.n. dici poteſt tractare Paulũ de iudicis dati incõpetentia duntaxat, cùm tractet de ipſo etiã iudicij loco, quem ponit incõpetentem, quaſi proinde ſentire videatur, nullam eſſe tantã incompetentiã quæ per reconuentionem non tollatur. Verùm reſpondendũ eſt, & obſeruandũ non de illo tractare Paulũ qui vocatus ſit ex aliena & incõpetenti iuriſdictione, quomodo accipitur vulgò, ſed de illo qui propter proprium aliquod priuilegium, non autem ob defectũ & incompetentiam iuriſdictionis poterat habere fori præſcriptionem, vt puta ex cauſa militiæ, vel dignitatis, vel ſacerdotij, quæ tria ſunt exempla poſita in *l.pen.C.de pact.* Sicut enim omnis exceptio præſupponit actionem, non ſolùm quæ competat ipſo iure, ſed quæ præterea data ſit à prætore, ita & præſcriptio fori præſupponit iuriſdictionem competentem. Alioqui nulla præſcriptione ſiue fori, ſiue alia indiget is, qui vocatus eſt ex autoritate eius qui vel nullam prorſus, vel non competentem habuit iuriſdictionem, cùm pro nullo habeatur, quicquid ex incompetẽti iuriſdictione factũ eſt, *l.1.§.vlt.D.quod quiſque iur.* niſi quòd quiſquis ex aliena iuriſdictione etiam incompetente vocatur ad prætorem, aut alium qui iuriſdictioni præſit, in ius venire debet vt hoc ipſum ſciatur an eius ſit iuriſdictio, *l.2.D.ſi quis in ius voc.non ier.* Prætoris.n. eſt, aut alterius ius dicentis, æſtimare an ſua ſit iuriſdictio: vocati autem non contemnere autoritatem ius dicẽtis, *l.5.ff.de iud.* Porrò euenit plerunq; vt iuriſdictio ad quam quis vocatur, ſit competens, & tamen is qui vocatur habeat priuilegium fori ne cogatur eam iuriſdictionem ſubire, vt puta ſi ad prætorẽ vrbanũ quis vocetur, qui ciuis quidẽ Romanꝰ ſit, ſed tamẽ miles, vel ſacerdos, vel in dignitate aliqua conſtitutus, quæ det ei prærogatiuã reuocãdi domũ, aut alteriꝰ iuriſdictionis implorãdæ. His.n. caſib. cũ iuriſdictio prætoris ſit cõpetens in omnes ciues Romanos, non eſt dubitãdũ quin potuerit hic vocari ad prætorẽ, tatáq; eſſe debeãt omnia cõtra eũ geſta ex autoritate prætoris, aut illiꝰ iudicis quẽ prætor dederit, ſi nõ ſit oppoſita præſcriptio fori quã tamẽ opponere, ſi velit, vtiq; põt. Quid ergo ſi cõtra aliũ ciuẽ Rom. hic idẽ egerit apud prætorem, & reus ille viciſſim cõtra eũ agere velit, an retinebit eãdem fori præſcriptionem quam habiturus erat ſi aduerſarius eum vltro, nec prouocatus cõueniſſet? Minimè. Hoc ipſo.n. quod agit apud prætorẽ, amittit priuilegiũ fori, etiã pro reconuentione, & mittendus eſt à prætore ad eũdem iudicem qui iã pro ipſo fuerat datus. Et hic ſenſus eſt *d.l.qui nõ cogitur*, cuius prima ipſa verba oſtendunt tractare Paulũ, nõ de illo qui non poſſit pati iudiciũ in aliquo loco, ſed de eo qui nõ cogatur. Nõ põt pati ille in quẽ prætor nõ habet iuriſdictionẽ cõpetentem, niſi ſpõte & expreſsè cõſentiat ſubijciẽdo ſe iuriſdictioni prætoris, *l.1.& 2.ff.e.t.* ſed nõ cogit ille demũ, in quẽ ſi non reluctetur, ius dici põteſt; ſi reluctetur, nõ poteſt: Idque etiã oſtendũt vltima eiuſdem legis verba, *& ad eũd.iud.mit.* ſemper.n. præſupponendi ſunt termini habiles, vt iuriſdictionem inter litigatores habeat is qui mittit illos ad iudicem, ſiue eundem, ſiue alium. Itaque concludendum eſt reconuentionis poteſtatẽ illam eſſe, vt tollat non tantùm incompetentiam iudicis dati, ſed etiã, quod magis eſt, priuilegium fori, at non vt poſſit facere competentem iuriſdictionem eam quæ alioquin ex ſe ſit incompetens. Quomodo etiam intelligenda eſt *l.nulli.C.eo.tit.* vbi prohibet Conſtantinus ne continentia cauſæ diuidatur, id eſt, vt ſequẽtia explicãt, ne quis ex prærogatiua, id quod in vno eodémque iudicio poterat terminari, apud diuerſos iudices velit ventilare. Cuius rei exemplum in eadẽ lege ponitur, ſi quis aliũ ſuper principali quæſtione, id eſt ſuper proprietaris lite poſtulauit iudicẽ, quã eũ corã quo de poſſeſſione iam querebatur. Præſupponit.n. lex, eius qui iudicem dederit, aut qui ipſe iudicet, cõpetẽtẽ eſſe iuriſdictionẽ, tã pro poſſeſſione quã pro proprietate: ſed tamẽ alterutrũ ex litigatorib. habere priuilegiũ fori ex aliquo capite, ſiue pro cauſa poſſeſſionis, ſiue pro cauſa proprietatis. Alioqui ſi nõ eſſet iuriſdictio cõpetẽs in vtroq. negotio, & poſſeſſionis & proprietatis, nihil abſurdi eſſet cauſã diuidi & alium de poſſeſſione cognoſcere, aliũ de proprietate. Vt quotidie fieri videmꝰ in cauſis beneficiorũ, decimatũ, & aliarũ huiuſmodi rerũ ſpiritualiũ, de

Digitized by Google

quarum poſſeſſione iudex laicus paſſim cognoſcit, eccleſiaſticus verò de ipſarum iure & proprietate. Ex quo intelligimus quàm falſum etiam ſit quod vulgò interpretes & pragmatici tradunt, Clericum qui agat cōtra laicum coram iudice laico, poſſe coram eodem iudice à laico reconueniri. Nā cùm iure pontificio, adeóq. diuino ſeparatæ omnino ſint iuriſdictiones eccleſiaſtica & ſecularis, ſicut clericorum ac laicorum conditiones, eueniret ſecundùm hanc ſententiam, vt reconuentio tolleret incompetentiam iuriſdictionis: quod etſi verum eſſe putant interpretes, indéq. errãdi occaſionem arripiunt, nos tamen iam probauimus tã falſum eſſe, quam quod falſiſſimum: Ac tanto magis in propoſito, quod nec illi negant, & verum eſt, Clericum, etiamſi maximè velit, iudicis ſecularis iuriſdictionem contra ſe prorogare nullomodo poſſe, *ca. at ſi cler. Extr. de iud. c. ſi dilig. Extr. de for. compet.* Si n. non poteſt expreſſè, cur magis poterit tacitè, ob id ſolùm quòd laicum hominem coram iudice laico conueniat, cùm neq; tacitus vllus conſenſus poſſit induci ex eo quod fecit ille coactus, qui non potuit laicum niſi coram iudice laico conuenire, ex regula quæ habet, Actorem debere ſequi forum rei, *l. 2. Co. de iuriſd.* Quanquam ex ratione iuris ciuilis dubitandum non eſt quin poſſit clericus, vt & alius quilibet præſcriptioni fori & priuilegio renuntiare, quod nominatim Iuſtinianus conſtituit in *d. l. pen. C. de pact.* Poſt quam legem illud etiam conſequens eſt, vt clericus laicum conueniendo apud iudicem laicum amittat priuilegium fori ſi à laico ibidem recõueniatur, quia ciuilis legiſlator contendit habere ſe iuriſdictionem in populum vniuerſum, nec minùs in clericos quàm in laicos, tanquam qui ſint ex populo, & in territorio ſecularis iuriſdictionis, licèt idem ciuilis legiſlator non deneget clericis fori præſcriptionem. Et ita ad hunc quoque caſum pertinebit ſententia, *d. l. qui non cogitur 22. ff. de iudic.* Sed iure Pontificio cùm prorſus ſint ſeparatæ iuriſdictiones, in eo derogatum eſt iuri ciuili, ſicut & in hoc ne poſſit ſingularis iuriſdictio à clerico prorogari, ne quidem expreſſo conſenſu, quia id non ad priuatam prorogantis, ſed ad publicam totius ordinis eccleſiaſtici iniuriam pertineret. Concludamus igitur non poſſe maiorem vim eſſe reconuentionis, quàm expreſſæ prorogationis, ſicuti nec vnquam maior vis eſt taciti quàm expreſſi.

In actionibus in rem numquam eſſe locũ reconuentioni.

CAP. VIII.

EX ſupradictis apparet quid reſpondendum ſit, ſi quæratur, de quo pleriq; diſputant, An in actionibus in rẽ locus ſit reconuentioni. Reſpondendũ n. eſt abſolutè & indiſtinctè, in huiuſmodi actionum genere non eſſe reconuentioni locum, neq; ex ratione iuris, neq. ex Papiniani ſententia, neq. ex conſtitutione Iuſtiniani: non ex ratione iuris, quia, vt probauimus, nullam illa reconuentionem agnoſcit, parato ei qui conuenitur auxilio, vt vel excipiendo compenſationem obiiciat, vel agendo inſtituat mutuam petitionem, nouúmq; iudicium ſiue apud eundem, ſiue apud alium iudicem, ſi eum reconuenire velit, à quo fuit conuentus. Mutua n. petitio dicenda illa eſt, non reconuentio. Reconuentionem facit non mutua petitio quælibet, ſed ea tantùm quæ fit in vno eodémque iudicio, & ex actionibus diuerſis, non ex ea quæ ſit vna tantùm, quamuis communis actoris & rei, qualem eſſe familiæ erciſcundæ, cõmuni diuidundo, & finium regundorũ ſcribit Caius in *l. ſi idem 12. §. 1. ff. de iuriſd.* Vt autem de duabus actionibus vnum eſſet iudiciũ, fieri olim non poterat, quia cùm dictare actionem, & dictare iudiciũ idem eſſet, non poterat videri prætor vnicum iudicium dictaſſe qui duas actiones dictauerat, quamuis vno tantùm iudice dato. Rurſum non poterat videri in iudicium veniſſe ea conuentio rei, & intentio quam poſt acceptum iudicium & apud iudicem iam datum propoſuiſſet, *l. non poteſt. 23. ff. de iud.* vbi ex hoc infert Iuriſconſultus, alia interpellatione opus eſſe, id eſt alia actione, vt de eo pronuntiari poſſit quod emerſit poſt iudiciũ acceptum, ſiue emerſerit ex parte actoris volentis actioni ſuæ aliquid addere, ſiue ex parte rei volentis actorem reconuenire. Itaque ſi quis iterum nobis obiiciat Paulum in *l. qui non cogitur 22. eo.* de cuius ſententia proximo capite ſcripſimus: reſpõdebimus tractare illũ de diuerſitate actionũ, & cõſequẽter de diuerſitate iudiciorũ, quamuis in eodem loco exercendorum: quod probat verba illa, *ſi ipſe ibi agat, cogitur ibi excipere actiones.* Et quamuis ea lex de recõuentione loqueretur, quod numquam admittendum eſt, non tamen ad actiones in rem protrahi poſſet, cùm de perſonalibus tantum poſſit & debeat intelligi quod ait *excipere actiones.* Nec enim in actione in rem perſona vlla eſt quæ excipiat actionem, quæ ſcilicet tota dirigitur in rem, non in perſonam. Et hoc quoque admiſſo quod falſiſſimum eſt, vt in actionib. perſonalibus fuerit iam olim locus reconuentioni, non erit tamen bona cõſecutio ſi quis ex eo inferat in realibus idem iuris fuiſſe. Primum quia eius ſolius eſt reconuenire, qui conuenitur vt nomen ipſum recõuentionis demonſtrat. Nihil enim aliud eſt reconuentio quàm mutua conuentio & actio eius qui conuenitur, in illum ipſum à quo conuenitur, vt apud Iuſtinianum *Nou. 96. de execut. & iis qui conuen. vel reconuen. c. 1.* Atqui in actionib. in rem numquam perſona, ſed res ipſa ſemper conuenitur, *l. Imperatores 7. D. de public. & vectig. l. denique 19. D. de iur. fiſc.* idque probabimus latius ca. ſeq. Ergo perſona reconuenire in hoc actionum genere numquam poteſt. Res verò ipſa quæ conuenitur multò minus, quia is poteſt reconuenire qui & conuenire, cum reconuentio includat conuentionem. Atqui res non poteſt conuenire quamuis poſſit conueniri, quia non ſicut poteſt duci vel ferri in ius à perſona, *l. vnic. D. ſi quis ius dicent. non obtemp.* ita viciſſim poteſt ducere vel ferre in ius perſonam vt eam cõueniat: Ergo nec poteſt reconuenire. Secundò, quia vt interpretes volunt ipſi, non alia maior ratio eſt inducendæ reconuentionis quàm fauor rei: etſi hoc quoque nos in præcedentibus refutauimus. Atqui in actionibus in rem poſſeſſor cum quo iudicium exercetur, non eſt reus, cùm non conueniatur, vt modò diximus, ſed res ipſa: Ergo nec dignus eſt illo fauore, vt poſſit reconuenire, cum ceſſante ratione iuris ipſum quoque ius ceſſare ſit neceſſe. Tertiò, quia etiãſi eſſet verè ac propriè reus, non eſſet tamen niſi voluntarius cum actionem in rem pati nemo cogatur, *l. vlt. D. de rei vindic.* Ergo nullo beneficio adiuuandus eſt, quia numquam ſuccurritur ei qui ſe vltro obiicit periculo, & qui ſibi ipſi neceſſitatem aliquam impoſuit, *l. 1. l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria. ff. qui ſatiſ. cogant. l. 2. §. vim fluminis verſ. ſi quis tamen. D. ſi quis caution. l. 3. §. ſubuenitur. ff. de S. C. Silan.* Quartò, in iudicio vindicationis fieri non poteſt vt poſſeſſor ſuccumbat quin prædo & malæ fidei poſſeſſor reperiatur, quãtumuis ab initio fuerit in bona fide, quia nimirũ vindicationis iudicium nullum eſt, vt nec aliud quodlibet, niſi poſt litem conteſtatam, quo demum tempore & iudicium, & iudicem dabat prætor. Atqui poſt litem conteſtatam, imò vero poſt motam controuerſiam quod fit

ante conteſtationem, poſſeſſores omnes ſunt pares, i. malæ fidei poſſeſſores, & prædones, cùm iã incipiant ſcire rem ad ſe nõ pertinere, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante ff. de petit. hered. l. 2. C. de fruct. lib. & lit. expenſ.* Ergo nulla ratio eſt cur admitti debeant ad reconueniendum. Alioqui dicendum eſſet perinde illos admittendos, etiamſi ab initio fuiſſent fures, cùm non eo minùs, ſed tanto magis actione in rẽ teneantur: ſicut & qui dolo malo rem alienam non ſolùm occupauit, ſed etiã deſiit poſſidere, ne reſtituendæ illius haberet neceſſitatem, *l. ſin autẽ 27. in princ. D. de rei vind.* Atqui eſſet hoc euidenter abſurdũ & iniquum, quia perpetuum eſt vt nemo ex ſua improbitate conſequi debeat actionem, vel quod aliud cõmodum, *l. itaq; 12. §. 1. D. de furt.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt, neq. furem, neq. alium quemlibet malæ fidei poſſeſſorem poſſe agere furti, quamuis interſit ipſius, & actio furti omnib. dari ſoleat, quorum intereſt, quippe quoniam nec intereſſe quicquã eius creditur, cuius intereſt ex nõ honeſta cauſa *l. is cuius intereſt 11. eo. tit. l. 3. §. ſi mecũ ff. ad exhib.* præſertim verò, cùm de danda actione tractamus; ſiquidem actio eſt ius, i. portio quædam & effectus iuris ciuilis, cuius primũ præceptum illud eſt, vt honeſtè viuamus, *l. iuſtitia 10. §. 1. de iuſt. & iur.* In eãmq; rem textus eſt apertiſſimus in *d. §. ſi mecũ*, vbi ſcriptum eſt, ſi mecum fuerit actum ad exhibendum eius rei nomine quã alius mihi ſubripuerit, non poſſe me ob hoc quòd ſum conuentus alium conuenire, & contra eum agere ad exhibendum, quamuis mea interſit ob hoc quod teneor ad eã rem reſtituendã, quia ſcilicet hoc non ſufficit, niſi addas intereſſe ex iuſta & honeſta cauſa. Alioqui, inquit lex, is qui dolo fecit quominùs poſſideret, & fur & raptor poſſẽt agere ad exhibendum, cùm iſti omnes ad exhibendũ, & reſtituendũ teneantur, atq. ita ex ſua improbitate actionẽ conſequerentur. Quòd ſi in actione ad exhibendum quæ non in rem, ſed in perſonã eſt, non permittitur ei qui conuenitur, vt alium cõueniat, etiam à quo iniuriam ſit paſſus, quia ipſe ex cauſa minùs honeſta conueniatur, i. non alia ratione quàm quòd per eum fiat ne dominus rem ſuam vindicare poſſit, quãto minùs permittendum eſt ei qui rem meam iniuſtè detinet, vt poſſit me reconuenire ob hoc ſolùm quòd à me iudicio vindicationis conueniatur, cùm mihi fecerit iniuriam quæ proinde vindicãda ſit potiùs quàm adiuuanda? Facit etiam Papin. noſter in *l. ſi plures 38. D. de adm. tutor.* in poſtremis illis verbis, *ſed cũ propria cuiuſque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc deſiderari?* Hæc verò quæ diximus, multo magis obtinere debent, ſi agatur de reconuentione quam reus cõuentus actione in rem velit proponere coram magiſtratu incompetẽte, non ob id ſolum quòd diſputauimus in præcedentibus, Reconuentionem facere nõ poſſe vt iudex fiat competens, qui incompetẽtem ſibi adroget iuriſdictionem, ſed etiam quia ſi reconuentio id facere poſſet, magnum illud eſſet beneficiũ & priuilegium, quo dignus videri per cõſequens non deberet is qui non niſi ob malam fidem ſuam & improbitatem actione in rem conueniretur. Quod ſi è contrario ponas inſtitui vindicationem, & cõtra bonæ fidei poſſeſſorem & à nõ domino, fortaſſis etiam cõtra dominum, vt proinde neceſſe ſit ſuccumbere actorem; dicam ne hoc quidem caſu admittendam eſſe reconuentionem, quia nec vindicationis iudiciũ vllum eſſe videtur, cùm non alij quàm domino detur vindicatio. Itaque nõ tam malè quàm fruſtrà & nihil agere videtur, qui vindicat eam rem cuius nõ eſt dominus, cùm nemo poſſit agere ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. vl. ff. de neg. geſt. iunct. l. vnic. in fi. ff. quand. dies vſusfr. legat. ced.* & cõſequenter non poteſt reconueniri, cùm reconuentio præſupponat actionem & conuẽtionem; quamuis officio iudicis condemnandus ſit in expenſas litis, non tam quòd male egerit, quàm quod temerè & ſine actione, *l. eum quẽ temere 79. ff. de iud.* Inſpecto aũt eo iure quod à Papin. primùm inductũ eſt, multo minùs dici poteſt in actionib. in rem locũ eſſe reconuentioni: primò, quia Papin. non niſi de actionibus in perſonam locutus eſt, vt conſtat ex verbis *l. cùm Papin. 14. C. de ſentent. & interlocut.* Secundò, quia non alio caſu putauit Papin. admittendam eſſe reconuentionem, quàm quo foret illa pro eodem negotio. Atqui actio in rem non ex negotio vllo naſcitur, ſed tantùm ex poſſeſſione detentoris, & dominio actoris. Tertiò, quia potiſſimùm Papin. mouebatur ea ratione, quòd non debeat actor dedignari eundem iudicem habere contra ſe, cuius arbitrium in agẽdo obſeruauit. Quæ ratio non habet locum in actionibus realibus, in quibus ſcilicet iudex non eligitur, ſed dominus inuitus apud iudicẽ loci, in quo res ſita eſt, agere cogitur nullo ſuo facto voluntario præcedente ex quo naſcatur illa coactio. Quod addere lubet ad differentiam actionum perſonalium, ex quibus licèt cogatur creditor agere in foro debitoris, cogitur tamen plerunque ideo quia cum debitore contraxit: vt aũt cõtraheret, ab initio non cogebatur. Quò reſpiciẽs Bart. ad *d. l. cùm Pap.* ſcripſit Recõuẽtionẽ nõ habere locum aduerſus eũ, qui iudicẽ non elegit, ſed egit coactus. In quo tamẽ perpetuus Bartoli, aliorũq; interpretum error eſt, quòd confundit iudicem cum iuriſdictione. Nã vt quis agat coactus in loco qui ſit huius aut illius iuriſdictionis, plerumque accidit, imò ſemper ex neceſſitate & natura actionis, quoniam ea iuriſdictio ſemper ſequenda eſt quæ ſit cõpetens, nec eſt in poteſtate agentis, vt eligat iuriſdictionẽ niſi cũ habet priuilegiũ aliquod fori, nõ tantùm ſi conueniatur, quam fori præſcriptionem appellari diximus, ſed etiam ſi agat, quale habẽt Senatores noſtri, vt etiã acturi poſſint vocare in ius aduerſarios ad Sabaudiæ iuridicũ maiorẽ. At Papiniani tẽporibus, vt cogeretur quis coram hoc aut illo iudice litigare, fieri non poterat, quia iudex à prætore dabatur, aut ab alio magiſtratu iuriſdictionem habente, *l. 1. l. 3. l. eum qui 13. D. de iuriſdict.* Non is quidem quem altera pars nominatim petiiſſet (id enim peſſimi eſſet exempli, vt Arianus ſcribit in *l. obſeruandum 47. D. de iudic.*) ſed quem vterque ex litigatoribus vel communi conſenſu recepiſſet, vel ſortitus eſſet. Deinde non cadit ea diſtinctio Bartoli in caſum illum quo agatur de iudice incompetenti, ſed in eum tantùm in quo agere iuẽ de incompetenti iuriſdictione: de quo tamen caſu, vt ſæpius diximus, numquam Papinianus cogitauit. Neque rurſus nouum eſt vt in actione perſonali cogatur quis forum ſequi debitoris etiam cum quo nunquam contraxerit, nec negotium vllum geſſerit: vt puta ſi quis agat contra eum qui ex quaſi cõtractu ſit obligatus, aut ex maleficio vel quaſi, aut alio proprio quodã iure: quib. tamẽ caſib. dubitãdũ nõ eſt, quin Papi. voluerit locũ eſſe recõuẽtioni perinde atq. ſi ex cõtractu ageretur, dũmodò ex eod. negotio recõuẽtio procederet, quia omnib. his caſib. actor, licèt non eligat forũ, eligit tamẽ aut vltro accipit iudicẽ ab eo datũ, qui foro & iuriſdictioni præeſt. Quãquã nec de eo tractat Pap. qui iudicẽ elegerit, ſed qui iudicis pro ſe dati arbitriũ obſeruat: vt intelligamus nõ debere illũ dedignari eũdẽ habere iudicẽ cõtra ſe, dummodò in eod. negotio. Quod verò pertinet ad ius nouiſſimũ & Iuſtinianeũ, eædem rationes ſuperiùs allatæ probant, non magis ex Iuſtiniani quàm ex Papiniani mente

Digitized by Google

fuiſſe, vt in actionibus in rem locus eſſet reconuentioni: quinetiam multò minùs, quia permittit Iuſtinianus actori, qui reconuenitur, intra 20. dies eum iudicem recuſare quem priùs acceperat, vt eo facto aliũ iudicẽ mereatur, qui vtrũq. negotium terminet. Arqui ſi is qui agit in rem coram iudice loci, in quo res ſita eſt, vellet eum recuſare, non ideo tamen poſſet agere coram iudice alterius loci, cùm is ſolus ſit iudex competens actionis in rem, in cuius territorio res ſita eſt. Fateamur itaq. verba Iuſtiniani nõ admittere reconuentionem in actionibus realibus, ſaltem eo ſenſu quo volunt pragmatici, hoc eſt, vt ille etiã caſus retineatur in quo iudex pro actione in rem datus ſit incompetens in negotio reconuentionis. Et cùm idem nomen *negotij* Iuſtinianus vſurpet, quod Papin. iam vſurpauerat, ex eo intelligimus non poſſe ipſius ſententiam ad actiones in rem accommodari, præter id quod ſupradictæ aliæ quoq. rationes militãt ſi non niſi de incompetentia iudicis agatur. At omnium falſiſſimum eſt, quod pleroſq. magnos viros, cũ ſuperiorib. annis Romæ eſſem, vidi mordicus defcodere, vſque adeò locum eſſe reconuentioni in actionibus in rem, vt ſi ego à te vindicem fundum qui ſit in Italia, & in territorio eccleſiaſtico, idq. coram magiſtratu eccleſiaſtico, qui in eo territorio iuriſdictionẽ habeat, poſſis tu viciſſim à me in eodẽ foro vindicare fũdũ qui ſit in Gallia ſub ditione Regis, cogárq. pati hãc recõuentionẽ apud eũdẽ iudicẽ eccleſiaſticum. Nã præter id quòd hoc caſu euidenter incõpetens eſt iuriſdictio eccleſiaſtici magiſtratus, nec quicquam poteſt mihi imputari, cur iudicium in rem tecum inſtituerim eo in foro in quo inſtituendum neceſſariò fuit. Cõſtat etiã alienum id fuiſſe à Papiniani mente in *d. l. cũ Papin.* quę diſertè loquitur de actore, qui reperiatur obnoxius, & quẽ iudex poſſit cõdemnare ad aliquid dandum, vel faciendum: quę ſunt pręſtationes actionis perſonalis: nec magis conueniunt actionibus in rem, quàm obnoxij nomen poſſeſſori. Obnoxius. n. dicitur, qui eſt obligatus, quomodo & nexum paſſim dicimus pro obligatione. Atqui actiones in rem dãtur cõtra eum qui nullomodo eſt obligatus. *§. 1. Inſt. de act.* Quare improbabilis omnino eſt interpretatio Baldi ad eam dictionem *obnoxius*, cùm ait, ſine lege tamen & ſine ratione accipiendam eſſe illam generaliter, vt etiam actiones in rem comprehendat. Et verò cùm nõ poſſet olim fieri vindicatio niſi in rem præſentem, ob idq. duci eam, vel ferri in ius neceſſe eſſet, aut aliquã ſaltem ipſius partem, quæ totius vice eſſe poſſet, quomodo fieri, quæſò, poterat Papiniani temporibus, vt res quæ in alieno eſſet territorio in aliud territorium ferretur, in quo patienda fuiſſet reconuentio? Nec. n. poterat id fieri inuito eo, qui reconueniebatur, niſi ex imperio eius magiſtratus in cuius territorio & iuriſdictione reconuentio proponeretur, *d. l. 1. §. 1. D. ſi quis ius dicẽt. nõ obtẽp.* Atqui extra territorium ius dicenti impunè non paretur, *d. l. vlt. D. de iuriſd. l. cùm vnus 12. §. pen. ff. de reb. autor. iudic. poſſid.* Non ergo fieri poterat, vt actio in rem proponeretur apud magiſtratum incompetentem, ne quidem per modum reconuentionis: Nec igitur hodie poterit. Quamuis. n. ſublatæ ſint formulæ veteres actionum, natura tamen earum manſit, *l. 2. Cod. de formul. & impetr. act. ſublat.* Planè ſi me agentem in rem tecum, velis etiam in rem recõuenire pro re quæ ſit in eadem iuriſdictione, ſupradicta ratio nõ impediet reconuentionem, ſed impedient cæteræ quas priore loco attulimus. Neq; obſtabit, quod qui agit in rẽ habeat electionem, vtrũ agere velit in loco vbi res ſita eſt, an in foro vbi poſſeſſor domiciliũ habet, *l. vlt. C. vbi in rem act. exerc. deb.* Aliud enim eſt, conueniri quem in loco ſui domicilij, aliud verò conueniri eo in loco vbi agit. Nec quemadmodum dicimus, non poſſe conqueri eum qui in domicilio ſuo conuenitur etiam pro re quæ alibi ſita eſt, cùm tanto melior ipſius conditio fiat: ita dici poteſt, non poſſe conqueri eum qui in rem agit in territorio alieno, ſi in eodem illo territorio aliam actionem in rem viciſſim pati cogatur, cùm futurum ei ſit multo incommodius duas habere lites in aliena iuriſdictione, & extra domicilium ſuum, quàm vnam. Neque rurſus ad hunc caſum accõmodari poteſt ſententia legis, qui non cogitur 22. *De iudic.* quæ, vt ſuprà diximus, de perſonalibus duntaxat actionibus loquitur, & de eo qui agat coram magiſtratu competente, ac proinde apud quem ratione domicilii poſſit cõueniri. Sed etſi verum eſſet, quod vult Baldus, actionem in rem proponi poſſe per modũ recõuentionis, non tamen deberet id intelligi de actione in rem propoſita eius rei nomine quæ in diuerſo & alienæ iuriſdictionis territorio eſſet, ac de qua nõ poſſet dari iudex ab illo ipſo qui iudicem in conuentionis cauſa dediſſet. Nec rurſus permittendum eſſet pragmaticis abuti ea Baldi ſentẽtia ad probandum quod illi volunt, In actionibus in rem propoſitis per modũ cõuẽtionis locũ eſſe recõuentioni. Aperta. n. eſt ratio diuerſitatis, quia cũ quis agit in rẽ perſona non conuenitur, ſed res quæ ipſa reconueniri non poteſt. At cùm ago in perſonam, perſona cõuenitur, nec proinde quicquã impedit hac parte quo minùs poſſit me reconuenire etiam in rem excepto illo caſu, quo iuriſdictio non ſit competens in vtraque cauſa tam reconuentionis, quam conuentionis. Numquam enim permittendum eſt vt alienæ iuriſdictioni poſſit priuatus quiſquam præiudicare, ſiue expreſſo conſenſu, ſiue tacito, & ſiue agat, ſiue conueniatur. Suo enim tantùm iuri, non etiam alieno derogare quis põt, *l. pen. C. de pact.* Dign⁹ ſanè erat hic tractatus qui à nobis in Chiliadem noſtrã De errorib⁹ pragmaticorũ conferretur. Sed malui referre in Cõiecturas, quia de tota hac quęſtione lõga mihi, & pertinax Romæ quæſtio fuit cũ multis in Rota Romana cauſarũ Auditorib. meritiſſimis, & patronis celeberrimis, quos pro Papinianis habere liceret, ſi vellent ſibi imperare, vt in cõtrouerſijs iſtis omnia ex iuris ratione æſtimarent, nec antiquius ea quicquam haberent.

De actionibus in rem, ſingularia quædam.

CAP. IX.

SVnt quædam in actionibus in rẽ ſpecialia & ſingularia, quæ à generali, communiq; actionũ omnium natura videntur abhorrere: Ac illud inprimis, quòd cùm actio generaliter definiatur ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur, *l. nihil aliud 51. ff. de obl. & act.* actiones tamen in rem contra eum exercẽtur qui nullomodo ſit obligatus. *§. 1. Inſt. de act.* cùm non in perſonam dirigantur, quæ ſola poteſt obligata eſſe ad dandum aliquid vel faciendum, ſed in rem ipſam, quæ tametſi poſſit etiam eſſe obligata, ſcilicet vinculo pignoris, nõ tamen ita obligari põt vt poſſit ipſa vel debeat aliquid dare vel facere. Pati. n. dũtaxat põt vt vel ducatur, vel feratur in i⁹, vel in poſſeſſionẽ eius eatur, vel diſtrahatur, *l. vnic. §. 1. ff. ſi quis ius dicẽt. non obtemp. l. 1. & tot. tit. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* In eoque præcipua certe, ne dicam vnica differentia eſt actionum perſonalium & realium, quã & nomen ipſũ *actionis* demõſtrat. Siquidẽ actio dicta eſt, vt ſcribit Theophil⁹ initio ti. *De act.* ab agẽdo, id eſt cogẽdo & cõpellẽdo, quòd per eã agatur & cogatur is qui

per-

Digitized by Google

perfidus eſt, in ius venire, quæ coactio in ſolis actionib. in perſonam locum habere poteſt, non in realibus, quia perſona ipſa eſt quę agi & cogi poteſt in ius, non etiam res, nec ſi ſit animata. Dicitur .n. duci, ſi animata ſit, ferri verò, ſi ſit inanimata. Et ob id dicitur actio in rem, petitio magis propriè quàm actio, *l. pecuniæ 178. §. actionis. de verb. ſign.* quia ſcil. non incipit à coactione, vt actio in perſonam, ſed ab ipſa petitione. Contra vero, petitionis nomen propriè accommodari non poteſt actionib. in perſonam, non quaſi is qui in perſonam agit, nihil petat, ſed quia incipit prius agere, quã petere aliquid vel perſequi. Incipit .n. agere ex die vocationis in ius, quæ olim ſic fiebat, vt qui vocabatur, ſi vltrò ſequi nollet, raperetur: vnde & dicebatur in ius vocatio principium actionum omnium inſtituendarum, *§. omnium. Inſt. de pœn. temer. litig.* Quare nec mirum eſt ſi definitio actionis poſita in *d. l. nihil aliud*, non conueniat in rem actioni: quod non intellexit ex recentioribus Franciſc. Hotom. qui eam definitionem, quòd actionib. in rem aptari non poſſet, quaſi mancam ſupplendam eſſe exiſtimauit. Itaq; qui agit in rem, licet vt plurimùm habeat aliquẽ aduerſarium, eum ſc. qui rei poſſeſſor eſt, non illud tamen intendit, poſſeſſorem dare aliquid ſibi aut facere oportere, ſed tantùm pronuntiari rem eſſe ſuam, ſi agat directa rei vindicatione; aut ſibi obligatam, ſi agat hypothecaria, quam aliquando quaſi Seruianam, aliquando pignoris vindicationem iuris autores appellant: aut deniq; mitti ſe in poſſeſſionem rei, ſi qua ſit ex iis cauſis ex quibus ſolet prętor decernere miſſionem in poſſeſſionem. Sed illud magis ſingulare eſt, quod tamen ſit ex ſupradicto iuris principio, vt in actionib. in rẽ non perſona, ſed res conueniatur. Quo enim iure poſſet conueniri perſona quæ nullomodo eſſet obligata? cùm dici ſoleat, quod in actionib. perſonalib. certè veriſſimum eſt, obligationem eſſe matrem actionis, *l. licet 4. §. 3. et obligatio. D. de procur. l. 1. D. de obl. & act.* Idq; directè ita ſcriptum eſt in *l. Imperatores 7. D. de public. & vectig.* vbi Papyrius Iuſtus refert hoc ipſum ab Imperatoribus Antonino & Vero reſcriptum fuiſſe, nõ vt hac parte nouum ius facerent, quomodo aliàs plerumq; reſcribere Imperatores ſolent, ſed vt quid iuris communis eſſet, ſignificarent; vtq; eodem reſcripto docerent poſſeſſores prædiorum vectigalium & tributariorum totius pręteriti temporis vectigal ſoluere debere: ideoque ſi quis tale prædium ignorans emerit ab eo qui in vectigalis ſolutione per multos annos ceſſauerit, dandam ei actionem ex empto. Sic .n. locus ille emendandus eſt, legendúmq. *ex empto* pro eo quod vulgo legitur nullo ſenſu *exẽplo* vt benè ac feliciter Iacob. Cuiacius lib. 1. Obſer. ca. 5. primus emendauit. Ideo autem tributorũ nomine dicimus conueniri rem non perſonam quia prædium eſt quod tributum debet, quódq. ob hoc ipſum intelligitur fiſco obligatum tacitò quodam pignoris iure, vt Pap. ſcribit in *l. cùm poſſeſſor 5. in princ. & §. 1. D. de cenſib.* ex qua cauſa pignoris iam diximus naſci quaſi Seruianam, & in rem actionem. Nec diſſimiliter idem Papin. in *l. denique 19. D. de iur. fiſc.* ſcribit eum à quo fiſcus abſtulit pecuniam ſolutam à communi debitore, ſed qui fiſco primùm fuerat obligatus, nullas eius pecunię nomine vſuras debere, quas tamen debet quiſquis fiſci debitor eſt, licèt vſurę in ſtipulatũ deductæ non fuerint proprio quodam priuilegio fiſci, *l. cùm quidam 17. §. fiſcus & ſeq. l. Herennius 43. ff. de vſur.* quia inquit Pap. cũ pecunia reuocatur; non perſona, ſed res conuenitur, quamuis non ordinaria aliqua actione in rem, ſed extraordinario iure id fiat, vt ſcriptum eſt in *l. pecunia 5. C. de priuil. fiſc.* Et ſanè cùm non alius poſſit conueniri quàm is in quẽ dirigitur actio, actiones autem quę in rem ſunt, non in perſonam aliquam, ſed in rem ipſam diriguntur, vnde & nomen ſumpſerunt, conſequens omnino eſt vt in iis non perſona, ſed res ipſa conueniatur: nec eſt contrarium quod paſſim dicuntur dari contra poſſeſſorem. Longè .n. aliud eſt, Exerceri eas contra poſſeſſorem, quod non negamus: aliud verò contra eum dirigi aut competere, quod nos negamus. Non diriguntur, neq. competunt niſi in rem, ſed exercentur tamen contra poſſeſſorem, cuius ſolius intereſt, non etiam ipſius rei de qua agitur, vt res defẽdatur, quippe quę ſeipſam defendere nullomodo poteſt. Quid .n. fundi Tuſculani intereſt an Titij ſit, an Sẽpronij? Idq. nomen ipſum poſſeſſoris demonſtrat, cùm dicimus iſtis actionib. cõueniri poſſeſſorem. Significamus .n. Titium ſi poſſideat, conueniri non tanquam Titium, qui aliquo iure obligatus ſit excipere actionem, ſed tanquam poſſeſſorem, i. ob hanc rationem formalem quia poſſidet: & ideo vna eadémq. actio in rẽ poteſt exerceri diuerſis temporib. contra diuerſas perſonas pro poſſeſſorum diuerſitate, cùm è contrario perſonales actiones nunquam cõpetere poſſint, niſi cõtra eundẽ ipſum qui eſt obligatus. Nec .n. diuerſitas poſſeſſorum inducit diuerſitatem actionum in rem dum modò eadem ſit res quę petatur, & eadẽ domini perſona, quę petat, quia in actionib. in rem nihil ſpectamus ad conſtituendã earum ſubſtantiã, niſi perſonam & ius actoris ex vna parte, & rẽ ipſam quę conuenitur ex altera. Proinde ſi verè & partitè loqui velimus, poſſeſſor cõtra quem actio in rem exercetur, non eſt reus, ſed res ipſa, vt ita dixerim, rea eſt, quia non alius poteſt eſſe reus, quàm qui conuenitur, res autem ipſa, vt dixi, non perſona conuenitur. Poſſeſſor tamen aduerſarius eſt non res ipſa, quoniam aduerſarium facit non conuentio, ſed cõtradictio, i. aduerſarius ille dici debet, non qui conuenitur, ſed qui actoris intentioni reſiſtit, vt nomen ipſum aduerſarij præ ſe fert. Atqui res ipſa non reſiſtit, quę fortaſſis conſentiret potiùs ſi poſſet, facitq; ſe vltro aduerſarium ille qui vult rẽ defendere proprij cõmodi cauſa. At quoniam in perſonalib. actionib. idẽ eſt reus & aduerſarius, in iſtis verò aduerſarius nullus eſt pręter poſſeſſorem, inde paſſim fit vt reus etiã dicatur qui actione in rẽ cõuenitur, ne alioqui circũlocutione vti cogeremur, ſi differentiam illam quę hac parte eſt inter reum & aduerſariũ tam exactè obſeruare vellemus, vt & plerumq. dicitur cõueniri is contra quẽ actio in rem exercetur, ſed tamẽ vix vnquã niſi cũ illa adiectione, vt in rem conueniri dicatur, vt in *l. qui petitorio 36. §. 1. & alibi paſſ. ff. de rei vind.* Ex quo tamẽ ſi quis vellet inferre perſonã poſſeſſoris in eiuſmodi iudicio abſolutè conueniri, non minùs erraret quàm ſi hominem diceret ſimpliciter eum, qui eſſet pictus aut mortuus, ob id ſolùm quòd & mortuum hominem & pictũ dicere ſolemus. Itaq. ſi quis obiiciat nõ poſſe iudiciũ vllum conſiſtere niſi quod ex tribus perſonis cõſtet, actore, reo & iudice, & cõſequenter in actionib. & iudiciis quoq. in rem, eſſe aliquẽ reum oportere: Reſpõdendum eſt ſufficere ad iudicij cõſtitutionem vt res ſit rea, quia nec aliam ob cauſam exigimus perſonã rei, niſi vt ſit in quem actio dirigatur. Porrò quod ad effectũ actionis pertinet, nihil refert an dirigatur in rem, an in perſonã. Inde eſt quòd cùm quis petit mitti ſe in poſſeſſionem bonorũ aut rei alicuius, quę actio merè in rem eſt, nõ inquirit prætor an res illa ab aliquo poſſideatur, necne, ſed decernit miſſionẽ nõ vocato poſſeſſore, ſaluo tamẽ ipſi iure, ſi quis ſit qui velit intercedere & impedire effectũ miſſionis, *l. vl.* vbi Doct. noſtri ita tractãt, & rectè

C.de ediƈt.D.Hadr.toll. Quod vtiq; fieri non poſſet ſi poſſeſſor eſſet reus,quia nulla poteſt actio incipere ab executione contra reum inauditum, imò ſemper debet incipere à citatione,*l.1.Co.de execut.rei iud.§.omniũ.Inſt.de pœn.temer.litig.*nec.n.iudicium vllum eſt tam ſummarium,imò nec actus vllus ſiue iudicialis,ſiue extraiudicialis tam ſummarius vt non antè citari & audiri debeat,quiſquis ex eo actu lędi poteſt,*l.nã ita 39.ff.de adopt.l.etia 29.§.vl.D.de minor.l.vnoquoq; 47.ff.de re iudic.* Inde illud etiã eſt,quod ſi quis reiuindicatione egerit contra non poſſidentem,is nõ tam malè quàm fruſtra egiſſe dicatur *d.l.qui petitorio 36.de rei vin.*vbi ſcriptum eſt,Eum qui petitorio iudicio vtitur,ne fruſtrà experiatur,inquirere ante omnia debere, an is cum quo inſtituit actionẽ poſſeſſor ſit,vel deſierit dolo poſſidere, an non. Atqui è contrario dicendus eſſet non fruſtrà,ſed malè egiſſe, ſi poſſeſſor in hoc iudicio verè eſſet reus,quia nõ niſi malè agi poſſet contra aliquem quoties agitur contra eum tanquam contra reum,qui tamen nõ debeat eſſe reus, vt cernere eſt in actionib.perſonalib.ſi proponantur contra aliquẽ quaſi obligatum,qui tamen non ſit obligatus. Quãtùm verò intersit an fruſtra,an malè quis egerit,ex eo intelligi poteſt,quod qui malè agit cauſa cadit,non etiam qui agit fruſtrà,vt nõ inſubtiliter inſinuat Vlp.in *l.vn.§.vl.ff.quad.dies vſuſfr.leg.ced.*Planè in rei vindicatione fieri nõ poteſt,vt non ſit ſẽper aliquis aduerſarius,is ſcilicet cum quo tanquã poſſeſſore iudicium exercetur,ſiue reuera poſſideat,ſiue nõ, itémq; in hypothecaria,quoniam neq.vindicationis, neq.hypothecarię iudicium vllum eſt,niſi quod àPrętore dictatur poſt litem conteſtatam:litis autem conteſtatio fieri non poteſt ſine contradictore:qui porrò contradicit,ille demum aduerſarius eſt. Quod non ſimiliter contingit,cum Prętor decernit mitti quem in poſſeſſionem bonorũ debitoris,fortaſſe latitantis,vel qui aliter non deſenditur,aut ex qua alia cauſa earum, de quib.in *d.tit.Quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* Nulla.n.eo caſu fit conteſtatio,nec proinde vllus reperitur contradictor,niſi tunc cùm venitur ad executionẽ decreti. Cæterùm tum quoq; cùm aduerſarius nullus eſt, res tamen ipſa eſt rea, nec minùs in miſſione in poſſeſſionẽ quàm in vindicatione,aut hypothecaria. Ergo nec aliud erit tum quoq.cùm aduerſarius aliquis fiet.Non.n.perſona ſuperuenientis aduerſarij nouum facit reum,aut mutat reum qui erat priùs,poſſũtque multi eſſe aduerſarij, etiãſi vnus tantùm ſit reus, puta ſi quis vltrò ſe mihi obiiciat aduerſarium, ad defendendum eum contra quẽ ago perſonali actione,quod euenire ſolet,quoties ago contra fideiuſſorem tuum, vt ſoluat pecuniam pro qua fideiuſſit,& quã tu deberi negas,vel quia iã ſoluta ſit, vel quo alio iure.Potes.n. tu etiam non citatus adeſſe liti inſtitutę contra fideiuſſorem tuum,non tanquam reus,ſed tanquam terti° ad defendendum illum ne condemnetur, quia condemnatus regreſſum contra te habiturus eſſet.Sic & in actionibus in rem dicendum eſt,eum qui ſe obiicit aduerſarium, ſiue vltrò, ſiue quòd fuerit citatus tanquam poſſeſſor,nõ tam rei,quam tertij cuiuſdam potiùs iure cenſeri debere, quia venit non ad ſe defendendum,cùm ab eo nihil petatur,ſed ad defendẽdam rem quæ ipſa conuenitur,*l.ſi plus 74.§.mota.D.de euict.l.iudicatũ 6.l.ſi ſeruus 11.cũ ſeqq.ff.iud.ſolui.*ob idq; vix vnquam videas iuris autores ita loqui,vt dicant vindicationem,aut hypothecariam in poſſeſſorem inſtitui vel exerceri, ſed cum poſſeſſore,vt ſignificent poſſeſſorem eſſe aduerſariũ,non reum,& è contrario rem ipſam ream,non aduerſarium. Ex quo non leue argumentum ſumi poteſt pro ea ſententia,quam nos probauimus in ſuperiorib.in actionib.in rẽ non eſſe locum reconuentioni.Quis.n.vnquam dixit cogendum actorem pati reconuentionem ab eo quem non ipſe conuenerit,ſed qui tanquam tertius & actori incognitus vltrò ſe obiecerit liti? Tertium ſingulare illud eſt quod traditur in *l.vlt.ff.de rei vind.* neminẽ cogi inuitum vt patiatur aut ſuſcipiat actionem in rẽ, quia licet cuilibet dicere ſe non poſſidere. Quod cum ſit,ille qui conueniebatur tanquam poſſeſſor, deſinit eo iudicio teneri,quo nec tam neque reus vnquam fuit, cùm in eum numquam directa fuerit actio,ſed in rem ipſam quæ ſemper fuit rea,neque poteſt dici aduerſarius,cùm eſſe nolit. Illa enim differentia eſt inter reũ & aduerſarium,quòd reus etiam inuitus ſit:aduerſarius verò nonniſi volens,præterquàm ſi idem ſit aduerſarius,qui & reus,vt in actionib. perſonalibus euenire diximus. Et ex eo rurſum apparet euidentiſſimè quàm verum ſit quod nos contendimus,poſſeſſorem in actionib.in rem nõ eſſe vere ac propriè reũ, quia iuris regula eſt,Iudicium ſemper reddi in inuitum,*l.inter ſtipulãtẽ 83.§.1.ff.de verb.obl.* Nec quicquam prodeſt ei quem conuenio perſonali actione tã quam debitorem obligatum mihi ad ſoluendũ, quia mihi debet ex ſtipulatu,quòd vel neget ſe debere,vel dicat ſe litigare nolle, dummodò intentionem meam probauerim,niſi etiam ſoluere pecuniam paratus ſit, *l.ſi reus paratus 73 ff.de proc.l.ſi debitori 21.ff.de iud.l.lex iudicatũ ſolui 16 ff.iud.ſolui.* At cùm poſſeſſor conuentus actione in rem neget ſe poſſidere,hoc ipſo eludit iudicium vindicationis inuito etiam actore,cui proinde nullũ aliud remedium ſupereſt,niſi vt ſi conuincere poterit aduerſarium de mendacio,transferatur in actorẽ poſſeſſio quę fuerat penes aduerſariũ,& quidẽ officio iudicis,etiãſi actor intentionẽ ſuã nullo modo probauerit,quã tamen alioqui probare ante omnia debuiſſet ad obtinẽdũ *l.vlt.C.eo.tit.de rei vin.l.vl.ff.de acq.poſſ.* Denique ex eod.principio fit vt in actionib.in rem iudex cõpetens ſit ille qui pręeſt territorio in quo res ſita eſt,*l.1.& vl.C.vbi in rẽ act.l.vn.C.vbi de her.agat.* Cũ.n iuris regula ſit,actorem ſequi debere forum rei cõuenti,*l.2 C.de iuriſ.om.iud.l.2.l.in crim.5.C.vbi cauſ ſtat.agi deb.*in actionib.autem in rem ipſa res ſit quæ cõuenitur,& quæ rea eſt, vt diximus,conſequens eſt vt actor ſequi debeat forum loci in quo res ſita eſt,quãuis poſſeſſor qui ſe aduerſarium obiicit,habeat domicilium alio loco,& corã proprio iudice cõueniri malit, quod vtiq.non ita eſſet ſi in iſtis actionib.perſona poſſeſſoris,nõ res ipſa cõueniretur. Planè ſi actor malit eum cõuenire coram iudice domicilij,põt id facere inuito etiã poſſeſſ.quia nõ habet poſſeſſor quod cõqueratur,cũ apud ſuum & proprium iudicem cõuenitur,apud quem ſc.multò commodiùs,minoréq. impenſa ſit litigaturus. Neq. facit ei iniuriã actor,ſed ſibi ſoli,cùm poſſeſſore condemnato futurũ ſit vt pro iudicati executione nouam litẽ inſtituere habeat neceſſe corã iudice loci in quo res ſita eſt,vtq. ita fiant de lite lites,ſiquidẽ extra territorium ius dicenti impunè non paretur,*vulg.l.vlt.ff.de iuriſ.l.cùm vnus.§.pen.ff.de reb.autor.iud.poſſ.* Nec proinde põt ſentẽtia ab vnius territorij iudice lata de re alibi ſita,executionem habere in alio illo territorio,tanquam lata per iudicem incompetentem. Inde etiam eſt,quòd ſi de hereditate agatur,ſc.per hereditatis petitionem,quæ in perſonam quidem actio,ſed in rem ſcripta eſt,electionem habeat actor vtro loco velit litem inſtituere,an in loco domicilij poſſeſſoris qui conuenitur,an vbi res ſitæ ſunt,*d.leg.vn.C.vbi de her.agat.*

Nullas eſſe actiones mixtas in rem,& in perſonam. Et emendatio §.quadam actiones.Inſt.de act.

CAP. X.

Fre-

FRequens eſt apud iuris noſtri vulgares interpretes, ſed frequentior in foro, & apud pragmaticos mentio actionum mixtarum, quę ſic ideo dictę ſunt, quòd & in rem ſint ſimul & in perſonã, ex *§. quædã actiones 20. Inſt. de act.* quales volunt eſſe nõ eas tantùm, de quib. in d. §. 20. ſ. familiæ erciſcũdæ, cõmuni diuidundo, & finium regundorum, ſed alias etiã pleraſq. præſertim eas, quæ cùm ſint perſonales, in rem tamen ſcriptæ ſunt: item hereditatis petitionem, & cauſas fere omnes reſtitutionis in integrum poſtquàm foren.b. morib. receptum eſt vt reſcindentis iudicij, & reſc. ſſorij cumulatio admittatur. Sed mihi ſententia hæc nunquam probabilis viſa eſt, quam etiam ex recentiorib. nonnulli reiecerunt, ſed nõ ſatis, meo iudicio, cõfutarunt. Me vero illud primum & maxime mouet, quod video Iuſtin. ſcribere in *§. 1. Inſt. de actio.* ſummam actionum omnium diuiſionem illam eſſe, vt aliæ ſint in perſonam, alię in rem: Quæ diuiſio apertè manca eſſet, ſi tertium genus addi poſſet earum actionũ quæ mixtæ eſſent, i. tam in rem, quàm in perſonam, ſimul. Atqui perfectam eſſe diuiſionem Iuſtin. in d. §. 1. nõ ſolùm ait, ſed etiam probat hoc dilemmate, quòd quiſquis de aliqua re agit, aut cõtra eum agit qui aliquo modo eſt obligatus, aut cõtra eum qui nullomodo. Si cõtra eum qui aliquo modo, puta vel ex cõtractu aut quaſi, vel ex delicto aut quaſi, aut aliis etiam quibuſdam modis, actio in perſonam eſt. Si. v. cõtra eum qui nullomodo eſt obligat', ſed qui tamen eam rem poſſidet, cui' nomine lis inſtituitur, actio in rẽ eſt. Atquin fieri nequit quin alterutrum iſtorum verum ſit in omni omnino actionis genere, vt is cum quo agitur, vel aliquo modo ſit obligat', vel nullomodo: cùm ſint iſta non tantùm contraria, ſed etiam contradictoria, inter quæ nec medium, nec tertium quicquam eſſe poteſt. Ergo nec fieri queat vt actio vlla ſit, quæ nõ vel in perſonam ſit, vel in rem. Sed & alio dilem. idem probari põt, quod nec obſcurè inſinuat eodem loco Iuſtin. Aut. n. agimus cum eo quem intendimus dare aliquid nobis vel facere oportere, aut cum eo quem nec dare nobis, nec facere quicquã oportere intẽdamus Priore caſu actio in perſonam eſt, poſteriore in rẽ. Atqui nõ poteſt fieri vt aliquis proponẽdę actionis caſus ſit, in quo non ſit neceſſe actorẽ vel intendere aduerſarium dare aliquid, aut facere oportere, vel non intendere: Nã & hęc quoq; contradictoria ſunt. Ergo neceſſe eſt actionem omnem vel in perſonã, vel in rem eſſe, quod & ſcriptum eſt ab Vlp. in *l. actionũ 25. D. de obl. & act.* vbi ait ille, Actionum in ſumma duo eſſe genera, In rem quæ dicitur vindicatio, & petitio; in perſonam. v. quæ condictio appellatur. Nec eſt contrarium quod dicimus eſſe etiam quaſdã perſecutiones, quæ ab actionib. & petitionib. ſunt ſeparatę, *l. actio 28. e. t.* Nam vt eadem lex demõſtrat, perſecutio omnis vel in rem eſt, vel in perſonã rei perſequendæ gratia. Itaq; non poteſt conſtituere ſeparatam ſpeciem actionis, tametſi quantũ ad formam cognitionis attinet, habeat quid ſeparatum à cæteris actionib. tam in perſonã quàm in rẽ, propter eà quòd non habet iuris ordinarij executionem, vt alibi explicauimus ex *l. pecuniæ 178. §. actionis. de ver. ſignif.* Nullæ igitur actiones ſunt quas poſſis mixtas dicere eo ſenſu quòd & in perſonam ſint, & in rem. Non nego fuiſſe hoc nomen mixtarum actionum cognitum prudentibus noſtris, ſed ad ſignificãdum quid longè diuerſum; nempe cùm de illis actionib. tractant, in quibus vterq; eſt actor, & conſequente vterq; reus: cuiuſmodi ſunt actiones finium regundr familiæ erciſc. & cõmuni diuid. item interdicta Vti poſſid. & Vtrubi, quæ ideò etiã duplicia appellantur quòd in iis vterque ſit & actor & reus, vtroque nimirum contendente ſe poſſidere, & negante aduerſarij poſſeſſionem, *l. actiones 37. §. mixta ff. de oblig. & act. iunct. l. 2. prin. & §. vlt. ff. de interd.* Nam cùm in iſtis omnibus iudicijs par cauſa ſit omnium litigatorum, vterq. in iis actor dicitur, vterque reus, *l. iudiciũ 10. ff. fin. regũd. l. inter coheredes 44. §. qui familia. ff famil. erciſ.* Quamuis enim fieri nequeat vt idẽ ſit actor & reus eodem reſpectu, quoniam actoris perſonã à rei perſona diſtinctam eſſe neceſſe eſt, diuerſis tamẽ reſpectibus eandem perſonam & actoris & rei partes ſuſtinere nihil vetat: Actorem ſcilicet, quatenus petit ſibi aliquid præſtari; Reum verò, quatenus id ipſũ vel tantundem, aut etiã plus minúſve ab eo petitur. Et tamẽ quia nõ aliter poteſt iudiciũ exerceri quam ſi ex litigatoribus vnus actoris alius rei partes ſuſtineat, præſertim ob probationes quibus onerari ſolet is qui actoris partes gerit, *l. ſi priuſquàm. 5. in fi. ff. de op. noui nũciat. l. 4. C. de eden.* magis placuit eum videri actorem qui prior ad iudiciũ prouocauit, aut qui prior appellauit, *l. in tribus. 13. ff. de iud. l. 2. §. 1. ff. com. diui.* Adeò vt ſi fortè ambo ſimul ad iudicium prouocauerint, ſorte diſcerni debeat vter actoris partibus ſit onerandus, *l. ſed cũ ambo 14. de iudi.* Hæc verò quanquam ita ſunt, negari tamen non poteſt quin hoc ipſum quod volũt interpretes, Actiones quaſdam eſſe mixtas, & ideo ſic dictas, quòd tã in rẽ ſint, quàm in perſonam, apertiſſimè diſertiſq. verbis ſcriptũ ſit in *d. §. quædam actiones.* Ergo vel falſum eſt, quod nos ex mera rectáq. iuris ratione diſputauimus, vel indiget locus ille noua explicatione, ac ne quid diſſimulem, emendatione. Nec ſanè vnquam dubitaui quin irreptitia ſint & delenda verba illa *tam in rem quàm in perſonã*, quæ & ex veteribus interpretibus nemo benè explicat, & ex recentioribus pleriq. fatentur, id quod res eſt, explicàri nullomodo poſſe: idq; etiam illa quę in eodem §. ſequũtur, euidenter demõſtrant. Reddit enim Iuſtin. rationẽ propter quam tres illæ actiones, Familiæ eriſcundæ, Cõmuni diuidundo, & Finium regundorũ, dicantur mixtæ, nẽpe quòd in iis permittitur iudici rem vni ex litigatorib. adiudicare ex bono & æquo, & ſi pars illius prægrauari videbitur, eũ inuicẽ certa pecunia alteri cõdẽmari. Quod cùm ſit, vterq. habetur tanquã actor, & tanquã reus: tanquã actor, ex qua parte ſit ei adiudicatio: tanquã reus verò, ex qua parte condẽnatur. Cæterùm neutra ex parte ſapiunt hæ actiones naturã realiũ, quiã quæ in iis ſit adiudicatio, non eſt ſimilis illi quã ſolemus dicere fieri in iudicio vindicationis. Tũc enim dicitur res adiudicari vindicanti, cùm ipſius eã eſſe pronuntiatur: ex quo tamẽ nõ acquiritur dominiũ actori, ſed declaratur iam antè acquiſitum. At cùm in tribus illis iudicijs adiudicatio aliqua ſit, eum habet effectũ, vt faciat rẽ actoris, quæ anteà ipſius plenè non erat, præſertim in iudicijs Familiæ erciſcũdæ, & Communi diuidũdo: quia quicquid cõmune eſt inter plures, ſiue ex hereditaria, ſiue ex qua alia cauſa, ita vniuſcuiuſq. ſociorũ eſt, vt ſit etiã alterius. Poſt adiudicationẽ verò eius ſolius eſt, cui fuit adiudicatũ. Neq. verò aliter poteſt fieri diuiſio, quã ſi vel mutuæ fiant adiudicationes, vel ex vna parte adiudicatio, ex altera pecuniæ condemnatio, *l. 1. §. vlt. l. & poſt litem 12. §. res quæ. l. itẽ Labeo 22. §. 1. & paſſ. ff. famil. erciſ. l. ſi quis putãs 6. §. idẽ Iul. cũ l. ſeq. §. 1. ff. comm. diui.* Ex quo tamen adiudicandi verbo non ſatis bene percepto, quaſi vindicationis naturam præſeferat, cùm tamen vix vnquam à prudentibus noſtris in ea ſignificatione vſurpetur, credibile eſt deceptum fuiſſe interpre-

tem quiſquis ille fuit, qui primus tres illas actiones ideo mixtas à Iuſt. dici putauit, quòd ſint in perſonã, & in rem ſimul. Si.n. de actionibus mixtis eo ſenſu loqui Iuſtin. voluiſſet, non prætermiſiſſet actiones in perſonam ſcriptas in rem quæ videlicet propius accedunt ad reales actiones, quàm tres illæ ad quas tamen coanguſtantur eę quæ à Iuſtin. mixtæ appellantur: indéq; apparet etiam quàm falſum ſit quod interpretes iidem noſtri ſomniant, actiones illas perſonales quidem, ſed in rem ſcriptas tertiam conſtituere ſpeciẽ actionum in quo numero ponunt actionem ad exhibendum Quod metus cauſa, & petitionẽ hereditatis. Etſi.n. verum eſt tres illas & alias nonnullas ſimiles in rẽ ſcriptas eſſe, perinde tamen illud quoq; verum eſt eſſe illas merè perſonales, & nullo modo reales, acſi in rem ſcriptę non eſſent: & ob eam nimirum cauſam perſonales paſſim appellantur, & perſonaliũ iure in omnibus cenſentur, vt puta in eo, quòd ſunt perpetuæ, nec vlla tẽporis pręſcriptione, ſi ius Pandect. inſpicias, excluduntur, *l.3.§.eſt autẽ perſonalis ff. ad exhib. l. metũ 9.§.vl ff. quod met. cauſ. l. hereditatis 7. C. de petit. hered. vbi quod ſcriptũ eſt, cum mixtæ perſonalis actionis ratio hoc reſpondere cõpellat,* non ita accipi oportet, quaſi petitio hereditatis ſit mixta actio ex perſonali & reali, vt vulgò putant, ſed vt ſignificetur, Ex eo ſolo quod ſcripta ſit in rem, nõ poſſe inferri quod in ſpecialibus in rem actionibus, id eſt in vindicationibus inferretur, ſummoueri eam per longi temporis præſcriptionem, hoc eſt decẽnij inter præſentes, & vicennij inter abſentes: nempe quia non eo minùs verũ eſt eſſe illã in perſonam, & cõſequenter cenſeri debere perpetuã exemplo cæterarũ perſonalium actionum ciuilium, *tot. tit. Inſt. De perpet. & tẽp. act.* Dicuntur.n. actiones iſtæ in perſonã, & ſunt reuera, quamuis in rem ſcriptę ſint, quia ex verbis formulæ diriguntur in perſonam certam, & quidem ita vt iudici poteſtas fiat condẽnandi illius contra quem diriguntur, additis.ſ. verbis illis diſpoſitiuis, *ni eam condemnato*, quæ nec vſurpabantur, nec vſurpari poterant niſi in formula perſonalium actionum. Quomodo.n. potuiſſet quis condemnari ex actione in rẽ, ſi verum eſt, vt eſt, quod toties diximus in præcedentibus, Actiones in rem non niſi contra eum competere, qui nullomodo ſit obligatus? Sed & ideo dantur actiones iſtæ in rem ſcriptæ, vt cõdemnetur ad dandum aliquid vel faciendum & pręſtandum quæ etiam natura eſt perſonalium actionum *d. §.1. & §. appellamus. Inſt. de act.* Nam in actione ad exhibendum condemnatur reus vt exhibeat, In actione Quod metus cauſa, vt rem quã per vim aut metũ, ſiue ipſe, ſiue alius extorſit, reſtituat; In petitione hereditatis, vt hereditatem quæ ſua non eſt, vero heredi reſtituat, vt proinde neq; dubitari iã poſſit quin perſonales ſint, neq; cur ſint perſonales. Sed illud difficilius eſt, necdum benè explicatum, cur ergo in rẽ ſcriptæ dicantur: an quòd in formula fiat mẽtio rei, quæ petitur? Atqui nulla erit actio adeò perſonalis, quæ non debeat dici ſcripta in rem, ſi ratio hæc eſt bona. Nulla ſiquidem actio eſſe poteſt niſi de re aliqua, nec proinde vlla actionis formula, in qua rei mentionẽ fieri non ſit neceſſe. Puto igitur idcirco dici in rem ſcriptas, quòd in concipienda formulæ condicione prætor ea ipſa verba vſurparet, quæ vſurpare ſolitus erat in actione quæ tota in rem eſſet directa, *ſi paret, rem cuius nomine agitur, eſſe Titij actoris, eámq; à Sẽpronio poſſideri, nec eam Sempronius exhibebit*: Similiter actionis Quod met⁹ cauſa, fuit illa formula, *ſi paret, rem de qua agitur, per vim aut metũ extortã fuiſſe à Titio actore, nec ei reſtituetur.* Illa deniq; petitionis hereditatis, *ſi paret hereditatem de qua agitur, ad Titiũ pertinere, & à Manio nullo titulo poſſideri.* Quibus formulis quantum ad conditionem omnino ſimilis illa erat, quæ in vindicationis actione vſurpabatur *ſi paret fundũ, de quo agitur, eſſe Titij*, totáq; differentia erat in verbis diſpoſitiuis, quibus ſcilicet nulla condemnationis irrogandę poteſtas fiebat iudici, ſed tãtum pronuntiãdi rẽ eſſe petitoris. Quo facto iuberi quidem poterat & debebat poſſeſſor, vt eam rẽ quã alterius eſſe pronuntiatum fuiſſet, domino redderet: ſed ita tamen vt in eo iuſſu iudex non tã iudicis, quã viri boni officio fungeretur. Si tamẽ nollet poſſeſſor huic iuſſui parere, poterat ſequi cõdẽnatio ex bono & æquo, tanquam ex actione quę exinde facta eſſet arbitraria, *§. præterea Inſt. de act.* de quo iam ſępiùs & plura ſcripſi prioribus libris: at in actionibus perſonalibus, quæ in rẽ ſcriptæ nõ eſſent, longè aliter obſeruabatur. Semper.n. exprimenda erat in conditione formulæ perſona illius qui cõueniebatur, vt appareret propter quã cauſam actor intenderet dare illũ aliquid, vel facere oportere, puta in hũc modũ, *ſi paret, Titiũ Sẽpronio ſtipulanti promiſiſſe centũ*, aut, *vendidiſſe Titio fundũ Cornelianũ*, aut, *locaſſe hortos Saluſtianos*. Deniq; omnis formula conſtat ex conditione & diſpoſitione: Atqui conditio neq; in actionũ formulis, neq; alibi vnquam diſponit, *l. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Non ergo quod in actionibus iſtis in rem ſcriptis, ita vt diximus, cõcepta ſit formula, facere poteſt, vt eo magis debeãt dici reales, aut mixtæ, cum in eo ex quo tota ipſarũ vis & ſubſtantia æſtimatur, i. quantũ ad condemnationẽ ipſam extorquendam attinet, nihil omnino habeãt, quod nõ ſit ex natura merè perſonalium actionũ: ob idq; perſonales actiones ſemper appellantur, numquam reales, numquã mixtæ. Solet verò & interpretes, & pragmatici noſtri aliud exẽplũ afferre mixtæ actionis, petitum ex reſtitutione in integrũ, quæ ſiue minori, ſiue alij cõpetat ex aliqua parte edicti prætoris De reſtitutionibus in integrũ ad eam rem cõſequẽdam, quæ fuerit alienata per contractum, cuius reſciſſio poſtulatur. Volunt.n. huiuſmodi actionem habere duplicem cauſam & poteſtatem: vnam iudicij, vt vocant, reſcindentis: alteram iudicij reſciſſorij: ex qua parte reſcindens eſt, id eſt cõparata ad reſcindendum contractum, qui ob aliquam cauſam iniquè geſtus eſſe dicatur, perſonalem eſſe: Realem verò, ex qua parte cõtinet iudicium reſciſſorium, quod cõpetit reſciſſa per in integrum reſtitutionem alienatione, atque ita eſſe mixtam ex perſonali ſimul & reali, ex *l. in cauſa 13. ff. de minor.* Quod autem aiunt actionẽ reſcindentem eſſe perſonalem, verum eſt. Cùm enim competat ad diſtrahendum negocium quod fuit iure quidem, id eſt, ſecũdùm iuris ſolennitates, ſed iniquè contractum, & aduerſus æquitatem naturalẽ, fieri non poteſt vt non ſit æquè perſonalis, atq; ſi competeret ex cõtractu. Eadem.n. ſolet eſſe ratio diſtractus quæ contractus eſt, vt & cæterorum contractuum, *§. item is cui. Inſt. de obl. quæ ex quaſi contr. naſc. l. ex empto 11. §. is qui vina. ff. de act. emp.* Actio autem quæ competeret ex contractu eſſet merè perſonalis. Ergo & illa quæ competit per in integrum reſtitutionem ad contractum reſcindendum. Rurſus quod iidem volunt actionem reſciſſoriam, quam vocant, realem eſſe, verum quoq; eſt. Reſciſſoria enim dicitur, quæ reſciſſa per reſtitutionem in integrum alienatione datur in rem, & nihil aliud eſt quàm vindicatio *d. l. in cauſa. §.1.* ſed quod volunt actionem hãc eſſe mixtam ex reali & perſonali, falſum eſt euidenter. Duæ ſiquidẽ ſunt actiones prorſus ſeparatæ, quarum vna merè perſonalis eſt, vt diximus, altera merè realis. Sed natus eſt hic error interpretũ & pragma-

ticorum ex alio, quem iidem induxerunt, exiſtimantes iudicium reſcindẽs & reſciſſorium cumulari poſſe. Quem errorem quia nos iam ſatis ſuperq; refutauimus in prima Hemiſchiliadis noſtræ parte *De error. pragmat. & interpr. iur.* de eo plura hic non dicemus.

De diſtinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij directi & vtilis.

CAP. XI.

ACtio in rem, quæ ſpeciali nomine vindicatio, & petitio appellatur, duplex eſt, directa vna, vtilis altera. Directa ei tantùm datur qui ſit dominus vel iure gentium, vel iure ciuili, *l. in rem 23. D. de rei vind.* Nam cùm vindicatio ſicut & cæteræ actiones omnes, detur à prætore, Prætor autem duplicem dominij differentiam agnoſcat, vnam bonitarij, aliam Quiritiarij, quam & tota vetus iuriſprudentia agnouit, conſequens eſt vt ex hac quoq; duplici cauſa det vindicationem, domino ſcilicet Quiritiario, & domino bonitario, qua bonitarij appellatione cõtinetur quiſquis dominus eſt, ſiue iure duntaxat gentium, ſiue ex autoritate prætoris, qualis eſt bonorũ poſſeſſor, *l. 1. ff. de bon. poſſ.* Item is cui ſeruus ex cauſa noxali addictus fuit, *l. 2. §. vl. ff. ſi ex nox. cauſ. agat.* Rurſus is, qui ex cauſa damni infecti miſſus eſt in poſſeſſionem, *l. 1. ff. de fund. dota l. ſi finita 15. §. Iulia. ff. de damn. infect.* At vtilis vindicatio datur etiã ei qui nullo iure dominus ſit, i. neque gentium, neq; ciuili, quamuis non niſi ex iuſta cauſa. Eiuſmodi eſt Publiciana, quæ contra iniuſtum poſſeſſorem datur ex edicto prætoris ei qui rem alienam bona fide vſucapere cœperat, quaſi vſuceperit, quamuis nondum impleta ſit vſucapio, *§. namq; Inſt. de act.* Item actio quæ datur agri vectigalis nomine, de qua in *l. 1 & tot. ti. ff. ſi ager vectig. & emphyt. pet.* qui titulus ideò poſitus eſt poſt tit. *De public. in rem act.* Et rurſus ille poſt tit. *De rei vindic.* quia vterq; eſt de rei vindicatione vtili, non directa. Sic enim accipiendum eſt quod in d. l. 1. ſcriptum legimus, Eis qui in perpetuum fundum fruendum cõduxerunt à municipibus, quamuis non efficiãtur domini, competere tamen actionem in rem non tantũ aduerſus poſſeſſorem quemlibet, ſed etiam aduerſus municipes ipſos, ſi modò vectigal ſoluant. Eiuſdem etiam iuris eſt ſuperficiarius, qui ſuperficiem in alieno ſolo habet, Quo ſuperficiei nomine intelligimus quicquid eſt ſupra faciem ſoli, vt nomẽ ipſum ſonat, quemadmodum ſoli & fundi eſſe dicimus id quod terra in ſe tenet, *l. fundi 17. ff. de act. empt.* Superficiarias verò ædes appellamus, quæ poſitæ ſunt in alieno ſolo in perpetuum conducto, *l. in ſpeciali 73. in fin. & l. ſeq. ff. de rei vindic. l. 2. ff. de ſuperfic.* vbi Caius ſcribit huiuſmodi ædium ſuperficiariarum proprietatem & ciuili & naturali ratione eius eſſe, cuius & ſolum eſt, quia non ſubſiſtunt niſi in ſolo & propter ſolum cui inhærent. Vnde etiam eſt quod ait *l. 1. §. is autem. eo. ti.* eum in cuius ſolo ſuperficies eſt, vtiq; non indigere vtili actione, cùm eo nomine habeat directam in rem qualem habet de ſolo ipſo. Eadem igitur ratio facit vt ſuperficiario neceſſaria ſit vtilis prætoria, cũ non poſſit habere directam, quia dominus non eſt. Eadémq; ratione nec habet actionem de vſufructu, nec de ſeruitute, nec Communi diuidũdo, nec interdictum, ſed omnia iudicia iſta vtilia. Similiter emphyteuta non niſi vtilem in rem actionem habere poteſt, quia nec dominus eſt. Emphyteuta enim is demum eſt, qui alienum fundum, vel in perpetuum, vel ſaltem in longum tempus fruendum cõduxit, nõ à municipibus, in quo differt à vectigali, ſed à priuato quolibet. eadem tamen lege qua fundi vectigales cõduci ſolebant, vt in recognitionem dominij quotannis penſio aliqua pendatur, quæ in vectigalibus fundis vectigal dicitur, in fũdis verò fiſcalibus, & reipub. tributum, vt quandiu penditur, non poſſit cõductor expelli. Vnde eſt quod in ti. Pandect. Si ager vectigalis, id eſt emphyteuticarius petatur, cõfuſa ſunt à Tribon. ea nomina, tanquam ſynonyma: cùm tamẽ veteribus I.C. incognitum fuerit nomen & ius emphyteuſeus, nõ etiam vectigalium agrorum: de quibus in *l. lex vectigali 31. ff. de pignor. l. ſi finita 15 §. ſi de vectig. ff. de dam. infect. l. Imperatores. 7. & paſſ. de publica. & vectig.* Primus Zeno Imper. fuit qui cõtractũ hunc emphyteuticum certo & nomine & iure donauit in *l. 1. C. de iur. emph* vbi cõſtituit, quod ad rem noſtram maxime pertinet, vt neq; alienationis titulis adiiciatur, ſed ſit tertium & ſeparatum genus, ſuã formam accipiens, ex conuentionibus contrahẽtiũ, cùm antea dubitaretur an eſſet locatio & cõductio, quia inciperet à locatione (qua de cauſa Tit. *De iur. emph.* in Codice ſequitur immediatè titulum *De locat. & conduct.*) an potius emptio & venditio, proptereà quòd non magis à domino expelli poſſet cõductor, quàm ſi emiſſet: an deniq; ſocietas quædam fructuum & commodorum rei emphyteuticæ inter dominum & emphyteutam, *§. adeo autem Inſt. de locat.* Emphyteutæ comparatur etiam feudatarius, ſiue vaſſallus, qui accepit à domino feudũ, id eſt beneficiũ poſſeſſionis certæ rei; cuius poſſeſſionis cõmoda omnia tandiu ſit percepturus, quandiu ſe beneficio indignũ non reddiderit, quod ipſum eueniret vt ſe beneficio indignum redderet, ſi non pareret conditionibus, ſub quibus feudum accepiſſet, vel quod eſſet grauius, ſi vim aut inſidias domino ſtruxiſſet, quod Feudiſtæ vocant, Feloniam committere. Sunt enim nomina iſta omnia barbara & ex lingua Longobardorum, ex quorũ moribus totum ipſum ius Feudorum deriuatum eſt. Quamquam illud etiam dici poteſt, ſicut à iure vectigali originem traxit ius emphyteuticum, ita & à iure emphyteutico feuda promanaſſe. Habent enim pleraque ſimilia, niſi quòd & de nobilioribus bonis fieri ſolent, & melioribus cõditionibus. Cæterùm ſi quid ſit in quo non habeant feuda propriam naturam, placet iiſdem legibus ea regi quibus & bona emphyteuticaria. Bonis verò feudalibus & emphyteuticariis opponuntur illa quæ nos vocamus allodialia, quæ libera ſunt ab omni onere ſoluendi canonis, vel tributi annui, aut alterius præſtationis, & quorum dominium ſibi vindicare alius nemo poſſit. Iſtis ergo omnibus quia domini nõ ſunt vindicatio directa competere non poteſt, competit tamen vtilis in rem actio, ne ſit in poteſtate iniuſti cuiuſq; inuaſoris occupata poſſeſſione, eo prætextu quòd non ſint ipſi domini, ius eorum lædere, præter id quod dici ſolet, verùmque eſt plus cautionis in rem eſſe quàm in perſonã *d. l. 1. §. 1. ff. de ſuperfic. l. plus cautionis 25. de reg. iur.* Hæc verò duplicis in rem actionis diſtinctio, magnam interpretibus errãdi occaſionem præbuit, exiſtimãtibus, ſicuti actio in rem alia directa eſt, alia vtilis, ita & dominiũ duplex eſſe, directum vnum, vtile alterum: nẽpe quia viderunt huiuſmodi actionis cauſam à dominio potiſſimùm pendére. Neq; tamen locum aliquem iuris noſtri proferre poſſunt, quo hęc diſtinctio, quę prorſus commentitia eſt, probetur. Nõ enim agnoſcunt Iureconſulti alium dominum quàm qui talis ſit iure gentium, vel ciuili, id eſt, qui vel bonitarius ſit, vel Quiritiarius. Et quãuis domini, quos noſtri vocãt vtiles, videãtur habere neſcio quid ſimile cũ dominis

booitariis,quantũ tamen ab iis differāt,vel ex eo intelligimus quòd domini bonitarij habebāt olim directam vindicationem,vt cernere eſt in marito viodicante rem dotalem,cuius vtiq; dominium noo habet niſi bonitarium, *l.doce 9.C.de rei vindic. iunct.l. quamuis 75.ff.de iur.de.* Nam nec aliud quicquam eſt, Rem in bonis habere,quàm eius recuperandæ nomine,ſi eam amiſerimus, habere actionē, aut eius retinendæ gratia,exceptionē, *l.rē in bonis 52.ff.de acquir. rer.domin.l.id apud ſe 143.de verb ſig. l.is qui actionē 15.de reg.iur.* At illi,quos vulgò noſtri dominos vtiles appellant, vtilem duntaxat in rem actionem habent,nunquam directam: Nō ſunt ergo domini bonitarij.Idq; omniū elegantiſſimè probat, quod Vlp. ſcribit in *d.l.ſi finita 15.§.ſi de vectig ff.de dam. infect.* vbi tractans de vectigalib. ædibus,quæ ruinam mcis minentur,diſtinguit,An egerim contra poſſeſſorem vt mihi caueretur,ao cōtra ipſos municipes:vt ſi cōtra municipes,eadem omnia ſint obſeruanda, quæ ſi contra quemlibet alium dominum ageretur: nimirū vt ſi mihi non caueatur,iubeat prætor primo decreto me mitti in poſſeſſionem ædium vectigalium, nō ad faciendum me poſſeſſorem,multò minùs dominū bonitarium: ſed ad cautionem ex longæ poſſeſſionis tædio extorquendam, quæ ſi non præſtetur, tum demum ſecundo decreto iubeat me mihi eas ædes poſſidere:cuius decreti ſecundi poteſtate nō tantùm nouus poſſeſſor fiam (ſiquidē verè poſſidere nihil aliud eſt quàm ſibi habere)verùm etiam dominus bonitarius,& ex illo tempore incipiam vſucapere ad acquirendum mihi dominium Quiritiarium, vt ſcribit & ſentit Vlp. io §.*Iul. eiſdem legis.* At ſi nō agam contra municipes,qui ſoli ſunt domini ædium vectigalium, ſed contra te qui tãtùm ſis poſſeſſor, iubebit prætor me perinde quidem mitti in poſſeſſionem, te nō cauente : ſed quamuis perſeueres non cauere, non ideò iubebit me mihi poſſidere,quia ſecundo illo decreto faceret me dominum bonitariū, & ita præſtaret mihi cauſam vſucapiendi,quorum tamen neutrum fieri poteſt, quia non plus iuris ob tuam contumaciam prætor in me transferre poteſt,tu verò qui ædes iſtas tanquam vectigales poſſidebas,neq; dominus bonitarius fuiſti, neq; illas vnquã vſucapere potuiſti,obſtãte videlicet mala fide,cùm hoc ipſo quòd ſciuiſti vectigales eſſe,ſciueris etiam alienas. Certū quippe eſt vſucapionē non magis poſſe procedere ſine bona fide,quàm ſine poſſeſſione, *l.vbi lex 24.cum ſeq.l.quã rem 38 ff. de vſucap.* Igitur hactenus mihi ſuccurret prætor,vt decernat eodem iure eſſe apud me iſtas ædes vectigales, quo fuerant apud te qui non cauiſti. Poſt quod decretum ita interpoſitum,etſi nullo modo ero dominus, quia neq; tu fuiſti, habebo tamē actionem vectigalem, id eſt vtilem in rem,quia & tu eam haberes.Eáq; loci illius ſententia eſt, nō ea quã vulgò docēt interpretes qui horum omniū ignoratione ſic Vlpianum intelligunt,quaſi tractet ille vnã duntaxat ſpeciem de eo qui egit ex cauſa damni infecti cōtra municipes: diſtinguat verò an municipes domini ſint,necne; vt ſi ſint,amittãt ſtatim dominiū ædium ex ſecundo decreto propter ſuam contumaciam:ſi non ſint, vſucapiendi duntaxat conditionem transferant in eum qui miſſus fuit: cùm tamen apertiſſimum ſit duos caſus tractari ab Vlpiano:priorem, quo agatur contra ædium vectigalium poſſeſſorem, qui nūquam dominus eſt:poſteriorem verò,quo cōtra ipſos municipes agatur, qui ſemper ſunt domini. Nec enim vectigalem fundum perpetuò fruendum dare poſſet is qui dominus ipſe nō eſſet. Feſellit pleroſq; ex interpretibus etiam ſubtilioribus,ſubtiliſſimus Papin.noſter in *l.ſi cùm venditor 66.ff. de euict.* vbi ſeparat ille actionem Publicianam , & eam quæ de fūdo vectigali propoſita eſt à Seruiana,vel potiùs quaſi Seruiana, quòd quamuis omnes ſint in rem, attamen hypothecaria non auocat niſi nudam poſſeſſionem,quam noſtri interpretantur eam eſſe quæ ſit à dominio ſeparata; vt inferãt,per alias actiones,Publicianam ſcilicet,ac vectigalem non auocari nudam poſſeſſionem; auocari ergo dominiū aliquod. Atqui non directum,inquiunt,vt eſt in confeſſo: Ergo vtile. Sic enim ratiocinantur. Sed neganda eſt & interpretatio & conſecutio. Nudam enim poſſeſſionem intelligit Papin. non ex comparatione illius quæ ſit cōiuncta cū dominio, vt iſti putant, ſed illius quæ ſit coniuncta cum emolumento fructuū,& vtilitate.Nã proculdubiò per tres illas actiones auocatur ſemper poſſeſſio,nunquã dominium,ſed cum hac tamen differentia, quòd per quaſi Seruianam nuda tãtùm poſſeſſio auocatur, quia quãtumuis creditor poſt auocatam poſſeſſionē perceperit fructus ex re ſibi obligata, illi tamen non creditoris lucro cedunt, ſed debitoris: ſiquidem cogitur creditor eos ſibi in ſortem computare,id eſt in ſolutum & exonerationem quantitatis debitæ,adeóque ſi excedant ſortem, cogitur reddere ſuperfluum debitori pignoratitia quandoque agenti, *l.1.C. de pign.act.* perinde acſi debitor ipſe eos percepiſſet,deinde creditori ſoluiſſet. Itaq; auocata poſſeſſio nullam aliam vtilitatem adfert creditori , niſi vt poſſit rem retinere quouſque fuerit ſibi ſatisfactum, aut pignus diſtractum.At Publiciana,& actio de fundo vectigali non nudam poſſeſſionem auocant, ſed plenam , coniunctam ſcilicet cum emolumento fructuum, quos perinde facit ſuos poſſeſſor, acſi verè dominus eſſet, quia percipit eos ſuo nomine & iure, ille quidem propter bonam fidem quæ hoc caſu tãtum operatur,quãtum penè veritas ipſa,quia lex impedimento non eſt, *l.bona fidei 48.de acquir.rer.domin.l.bona fides 136. de reg.iur.* hic verò quia fructus percipit ex veri domini voluntate, *l.ſi ſeruus 61.§.locatu.ff.de furt.* Cōcludendum igitur eſt vtiles in rem actiones dici nō ratione vllius dominij vtilis, ſed ad differentiam actionū directarum, quia cùm directæ non competant niſi ratione dominij , aut bonitarij, aut Quiritiarij , vtiles è contrario cōpetunt , non ex cauſa dominij alicuius , ſed ex eo iure quod quis habeat in re aliena,cùm ius tale eſt vt non poſſit ab eo inuito auferri , non magis quàm ſi cum poſſeſſione dominiū cōiunctum inueniretur. Tale porrò ius habent emphyteuta,ſuperficiarius,vectigalis fundi poſſeſſor,vaſſallus,& alij ſi qui ſunt ſimiles,quibus quod non ſint domini actionem directam denegamus,ſed ita tamen vt vtilem iis propter ius quod in re habēt, domino quoq; inuito, io ipſum etiã dominum concedamus. Nullum.n. dominium iſtos habere ne quidem vtile præter ea quæ diximus,ex illo etiã cōſtat, quod Paulus ſcribit in *l. cum ſponſus 12. §.in vectig.de public.in rem act.* vectigalia prędia,& ſuperficiaria & alia eiuſmodi vſucapi nō poſſe.Quod haud dubiè ſic accipiendum eſt vt noo tantùm ab eo vſucapi non poſſint qui fundum in perpetuum conduxerit fruendum (huius enim mala fides euidens impedit vſucapionem , cùm ſciat fundum eſſe alienum , ſiquidem nemo rem ſuam conducit, *l.neque pignus 45. de reg. iur.*) ſed nec ab alio quolibet bonæ fidei emptore, qui emerit à poſſeſſore tanquam rem poſſeſſoris, non tanquam ſuperficiarium fundum, aut vectigalē. Id enim non aliam rationem habet , quàm quia vſucapio ſit acquiſitio dominij, *l.3.ff.de vſuc.* dominium autem huius rei nullum ſit penes eum , qui fundum

perpetuò

perpetuò fruendum locauit: in cuius porrò præiudicium non poteſt permitti vſucapio, quæ ſcilicet non fuit inducta niſi ad puniendam dominorum negligentiam, & ne dominia rerum ſemper eſſent in incerto. *l.1.&2.c.t.* Atqui nulla eſt negligentia domini patientis fundum ſuum quem fecerit vectigalem poſſideri ſiue ab ipſo conductore, ſiue ab alio cui cõductor tanquam ſuum vendiderit, quia nec põt impedire quominùs eo fundo cõductor fruatur ſuo arbitrio, & de eo diſponat, dummodò vectigal annuũ pendatur. In eóq; diuerſa ratio eſt huiuſmodi fundorum, & aliarum rerum quæ dicunt̃ vſucapi nõ poſſe propter aliquod ſuum vitiũ, fortè quia ſint furtiuæ, aut vi poſſeſſæ. Quòd .n. fundi iſti vſucapi non poſſunt, nõ ſit propter vitium aliquod rei, ſed propter ſolum fauorem domini, ne factum alienũ ei noceat cui nihil põt imputari. Idcóq; ſcribit Paul. in *d.§.in vectigalib.* etiam huiuſmodi fundorum nomine Publicianam cõpetere, ſi quis fortaſſe talem fundum, nõ tanquam vectigalem, ſed tanquam proprium ſui poſſeſſoris emerit bona fide, eiúſq; poſſeſſionem ſine culpa ſua poſtmodum amiſerit. Quamuis .n. regulare ſit, vt Publiciana nõ det̃ niſi ei qui erat in curſu vſucapiẽdi, & eo colore quaſi iã vſuceperit, qui color ſubeſſe non poteſt, cùm de ea re agitur, quę vſucapi non poteſt: aliud tamen eſt in hoc caſu, quia quod hic emptor qui Publicianam exercere vult, non poſſit vſucapere, non ſit ex vitio perſonæ actoris, quem ponimus bonæ fid. emptorem, neq; ex vitio rei, quã ponimus neq; furtiuam eſſe, neque vi poſſeſſam, ſed ſolo fauore municipum: Qui fauor non debet ei prodeſſe qui poſſeſſ. iniuſtè occupauit, nõ magis quàm ſi vſucapi fundus poſſet. Ac quamuis propoſita hoc caſu Publiciana non ſit allatura huic bonę fidei emptori commodum vſucapionis & dominij, tamen ei proderit ad hoc vt auocet poſſeſſionem, & quidem non nudam, ſed cum emolumento fructuum, *d.l.ſi cũ vẽditor 66.de euict.* quos fructus exinde percepturus ille eſt, ſuóſq; in perpetuum facturus, dummodò vectigal annuum municipib. perſoluatur. Cæterùm ſi fundi vectigalis eſſet aliquod dominium vtile, certè nihil obſtaret quin poſſet vſucapi, ſaltem quãtum ad hoc dominium vtile pertineret, quia quæ ratio impedit vſucapionem ratione dominij, quod interpr. directum vocant, quia videl. nihil domino imputari poſſit, eadem non habet locum in dominio iſto vtili cùm ei qui fundum vectigalem conduxit, neq; vectigal ſoluatur, neq; aliud quicquam præſtetur, propter quod prohibeatur agere vtili in rem actione, ſi quis alius fortè ipſo ignorante fundum illum, tanquam ſuum vendiderit. Et hęc ſententia eſt d.§. *in vectigal.* malè perceptus ab iis, qui hac parte diſtinguunt vſucapionem à longi temporis præſcriptione, quaſi fund⁹ vectigalis, qui non poteſt vſucapi, poſſit tamen præſcribi, nempe vt concilient Paul. cum Vlp. in *d.l. ſi finita.§.Iulianus.* Etſi .n. toto iure Pandect. plures inter vſucapionem & longi temporis præſcriptionem differentiæ fuerunt, de quarum nonnullis iam ſcripſimus lib. ſuperiore, nulla tamen fuit hac parte, nec magis potuerunt fundi vectigales longo tempore pręſcribi quàm vſucapi. Sed quod ſcriptum eſt in *d.§.ſi de vectigalib.* poſſe longo tempore dominium eorum acquiri, reſtringendum eſt ad ſpeciem, quam ibi tractat I.C. In qua ſcil. municipes ipſi iuſſi ſint à prætore cauere de damno infecto ob ædes vectigales, quarum illi erant verè domini. Nam ſi parere nolint, & perſeuerent non cauere, coerceri poſſunt & debent hacten⁹ vt vicinus qui damnum timet iubendus ſit ædes illas ſibi poſſidere, atque ita exinde vſucapere eas poſſit contra municipes, quibus nimirum hoc caſu poteſt imputari cùm propria ipſorum contumacia puniatur. Illud addere placet, Nõ ſolùm nõ competere vindicationem ſupradictis perſonis, ſed & quod magis eſt, contra omnes iſtos directam vindicationem dari domino, qui fundum vectigalẽ vel emphyteuticarium, vel ſolum in quo ſunt ſuperficiariæ ædes fruendum in perpetuum locauit, quia cùm ſit ille dominus & quidem ſolus (nec .n. plures eiuſdem rei domini eſſe poſſunt vulg. *l.5.§.ſi duobus vehiculis.D.commo.*) nõ poteſt vindicatio ei ſummo iure denegari, *l.1.§.ſi autẽ. D. de ſuperf.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt ſuperficiariũ aduerſus quem dominus ſoli velit ſuperficiem vindicare, exceptione in factũ data indigere vt ſe tueatur. Nec .n. exceptione vlla indigeret ſi nulla cõtra eum actio cõpeteret, cùm exceptio omnis præſupponat actionem. Habet verò ſuperficiarius exceptionem ex regula illa iuris, quæ facit vt cui damus actionẽ, eidem multo magis exceptionem dari oporteat, *l.inuitus.156.§.cui damus De reg.iur.* Nec enim dubitatur quin ſuperficiarius vtilem actionem in rem habeat non tantùm contra poſſeſſorem quemlibet, ſed etiam contra dominum ipſum, *d.l.1.§.vlt. D.ſi ager vectig id eſt emph.pet.d.l.1.ff.de ſuperfic.* Quod ſi quis miretur dari vindicationem ei ipſi qui contraxerit, quiſq; vindicãdo fundũ velit cõtra factũ ſuũ venire, debebit is cogitare hoc fieri ex mera iuris neceſſitate, quia ne quidem ex voluntate domini fieri poteſt quin ſuperficiẽ ſolo ſemper cedere ſit neceſſe, *l.3.§.ſed ſi ſupra ædes ff. vti poſſid.* Vnde fit vt neq; per vſucapionẽ poſſit vnquã acquiri ſuperficies ſine ſolo, *l.nũquã 26.ff.de vſu.*

De ſeruitutibus per aditionem confuſis à legatario vel fideicommiſſario reſtituendis, ad l.Papinianus 18.alias l.in omnibus.ff.de ſeruit.& l.ſi ei 9.ff.comm.præd.

CAPVT XII.

SIcuti perſonales ita & prædiales ſeruitutes per confuſionem extingui conſtat, eámq; contingere quoties idem cœpit eſſe dominus vtriuſq; prædij tam dominantis, quàm ſeruientis, *l.1.ff.quẽadm.ſeruit.amitt.* Nam cùm ſeruitutes nihil aliud ſint quàm iura prædiorum, nec proinde quicquã aliud quàm ipſa prędia qualiter ſe habẽtia, *l.quid aliud 86.de verb. ſign.* fieri certè nequit vt prædium vllum taliter ſe habeat, vt ei ſeruitus aliqua debeatur ab alio prædio quod ſit eiuſdẽ dominij, ea propemodũ ipſa ratione quam ſolemus vſurpare, cùm quærimus, Cur perſonales ſeruitutes confuſione extinguantur, ſi fortè is cui vſusfructus, vel vſus, vel habitatio debebatur cœperit eſſe dominus fundi ſeruientis. *lege ſi tibi 17. l.ſi ſeruus 27.ff.quibus mod.vſusfr.amitt.* Etſi namque inter ſeruitutes perſonales, & reales ea differentia eſt, quòd perſonales debentur perſonis, reales verò prædiis principaliter, & immediatè, fatendũ tamen eſt, etiam reales deberi perſonis mediatè, cùm non poſſim dominus eſſe rei meę quin dominus etiam ſim iurium omnium, quæ ad rem illã meam pertinent. Proinde non magis fieri poteſt, vt res mea ſeruiat rei meæ, quàm vt ſeruiat mihi ipſi, quod vtiq; certũ eſt fieri nullomodo poſſe *l.vti frui 5. ff. ſi vſusf.pet.l. in re cõmuni 26.ff.de ſeruit.vrban.præd.* Idq; eſt quod ait Paulus in *l. ſi quis ædes 20. ff .eod. tit.* ſi quis ædes quæ ſuis ſeruiebant, emerit, ſibique traditas acceperit, confuſam ſublatámq; eſſe ſeruitutem, ita vt ſi eas rurſus vendere velit, eandémq; ſeruitutem habere, nominatim illã imponere debeat, alioquin, liberę, inquit, ędes vęneũt: vbi obſeruãdũ eſt, quod traditionẽ

emptarum ædium Paulus requirit, quoniam ſola venditio citra traditionem non transferret dominium in emptorem, nec proinde confunderet ſeruitutem, quæ nulla alia ratione quàm propter dominij acquiſitionem confunditur. Inde etiam fit, quod ſequitur apud Paulum, vt ſi partem prædij nactus ſim, quod meo prædio aut cui prædium meum ſeruiebat, non confundatur ſeruitus, pro ea ſcilicet parte prædij quam non acquiſiui, ſed tantùm pro alia parte quam acquiſiui. Itaque ſeruitus hoc caſu pro parte retinetur, licèt ab initio neque acquiri, neque adimi pro parte potuiſſet, *l. vt pomum 8. §. 1. iunct. l. pro parte 11. ff. de ſeruit. l. vnus ex ſociis 34 ruſtic. præd.* Quibus conſequens eſt, vt ſi is, cuius fundo debebatur ſeruitus à prædio teſtatoris, heres à teſtatore ſcriptus ſit, eiúſque hereditatem adierit, confundatur ſeruitus. Cùm enim heres per aditionem fiat dominus prædij ſeruientis, vt & cæterorum omnium bonorum defuncti, (nam nec aliud eſt heredem eſſe, quàm eſſe dominum, *§ vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.*) perinde neceſſe eſt hoc caſu induci confuſionem, atque ſi alio acquiſitionis genere dominium nactus eſſet: quemadmodum & perſonales actiones confunduntur, quibus aut teſtator contra eum qui nunc heres eſt, aut is qui nunc heres eſt, contra teſtatorem poterat experiri confluente nimirum in eandem perſonam vtroque iure & debitoris & creditoris, *l. debitori 7. C. de pact. l. debitori 50. ff. de fideiuſſ.* Nec enim ipſa rerum natura patitur vt quis ſit ſui ipſius debitor, aut creditor non magis quàm vt quid vno eodémque reſpectu ſit & agens & patiens. Quid ergo ſi teſtator eum fundum qui fundo Titij ſeruitutem debebat, inſtituto Titio herede, legauerit Sempronio? Vtique non poteſt irreuocabiliter valere aut confirmari legatum niſi adita demum per heredem inſtitutum hereditate, *vulg. l. ſi nemo 9. ff. de teſtam. tute.* Ergo hoc etiam caſu omnimodo confundi ſeruitutem neceſſe eſt, cùm ea confuſio per hereditatis aditionem inducatur. Atqui non fuit legatum Sempronio prædium liberum, ſed quale fuit penes teſtatorem teſtamenti & mortis tempore. Ergo dicendum eſt, Sempronio legatum petenti nocituram doli exceptionem, ſi non patiatur eam ſeruitutem iterum imponi quæ per aditionem fuerit confuſa. Atque ita ex Papin. ſcriptum eſt in *l. Papin. 18. aliàs l. in omnib. ff. de ſeruit.* Eſſet enim perabſurdum meliore iure penes legatarium eſſe prædium quod ei datum eſt, quàm fuerit penes teſtatorem *l. aliud eſt 160. §. abſurdum. De reg. iur.* Quod cùm ita ſit, mirari quis non abs re poſſit, cur ita ſcripſerit Papin. *in omnibus ſeruitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt*: quaſi verò non omnes ſeruitutes per aditionem confundantur, quæcunque legato prædio antea debebantur. Atqui nec legatum vllum aliter valere poteſt quàm ſi adita ſit hereditas, nec rurſus hereditas adiri, quin heres fiat dominus rerum omnium hereditariarum. Quis ergo caſus eſſe poteſt in quo ſeruitutes fundo legato debitæ à prædio aliquo teſtatoris, minimè per aditionem confundantur? Quod ſi reſpondeas tractare nos de ſeruitute debita à fundo legato, non à fundo hereditario, dominium autem fundi legati tranſire rectà via à teſtatore in legatarium, quaſi numquam factum heredis *l. à Titio 64. in fin. ff. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* maior erit dubitatio, cur ergo aditione hereditatis confundatur ſeruitutes, cùm non alia ratione ſoleant confundi per aditionem, quàm quod aditio inducat acquiſitionem dominij in perſona heredis, quod tamen hîc non euenit, vbi dominium rei legatæ acquiritur legatario, non heredi. Quidam putarunt, reſpexiſſe Papinianum ad differentiam conſtituendam inter legatum purum & conditionale, quòd legati puri dominium tranſeat in legatarium rectà via, non etiam legati conditionalis, cuius quippe dominus eſt heres pendente legati conditione, *l. fundus 4. D. ſi vſusfr. pet. l. ſi cuius 11. §. heres, D. quemadm. ſeruit. amitt.* ſed parum probabiliter. Legatum enim conditionale quandiu pendet, ne quidem legatum eſſe intelligitur, *l. ſi cui 42. D. de oblig. & act.* quod & ipſum colligi poteſt ex *l. dominus 50. D. de vſufr.* Et ideo quamuis confundantur ſeruitutes heredi debitæ, nihil tamen eſt quod de earum reſtitutione tractari poſſit, niſi ponas conditionem legati poſtea extitiſſe. At rurſus vbi extitit conditio legati, habetur illud pro puro, & conditio quæ nihil nulláque iam eſt, facere non poteſt quin perinde omnia ſeruari debeant acſi legatum ab initio purè relictum fuiſſet, & conſequenter dominium ipſius rectà via & ipſo iure ad legatarium hoc quoque caſu tranſiiſſe intelligitur, *d. §. heres, iunct. l. potior 11. §. 1. in fin. D. qui potior. in pign. hab.* Ergo quemadmodum volunt illi legato purè relicto nullam fieri confuſionem ſeruitutis heredi debitæ, quia nullo inſtanti reperiatur heres dominus fundi ſeruientis: ita & fateri eos neceſſe eſt confuſionem nullam fieri poſſe eo caſu quo legatum fuerit relictum ſub conditione quæ extiterit. Debuerunt ergo reſpondere quod nos reſpondemus, ſeparanda eſſe hac parte non legata pura à conditionalib. ſed legata vindicationis à legatis per damnationem relictis. Quod enim dicimus, rei legatæ dominium tranſire rectà via in legatarium, quaſi numquam factum heredis, pertinet ad legata vindicationis duntaxat, non etiam ad legata damnationis, quorum illa quippe erat formula vt heres rem legatam dare legatario damnaretur, quo *dandi* verbo cùm tranſlatio dominij ſignificetur, *l. vbi autem 75. §. vlt. ff. de ver. obl. iunct. l. ſi à ſubſtituto 35. §. heres de leg. 1. l. non videtur 167. de reg. iur.* non poterat fieri vt heres legatario daret eam rem, cuius ipſe dominus antea non fuiſſet. Itaque legato per vindicationem eo fundo, qui ſeruitutem debebat prædio heredis, nulla poterat fieri confuſio ſeruitutis, tranſeunte legati dominio in legatarium tam citò, quàm dominio hereditatis in heredem. Verumque nimirum ſit eiuſdem legis duodecim tabularum poteſtate, quæ omnes vltimas voluntates per legis modum, id eſt imperatiuè factas, æquè confirmauit, ac proinde non minus legata, quàm inſtitutiones, cum & ipſum legandi nomen ea in re vſurpauerit; At legato per damnationem fundo neceſſe erat fieri confuſionem ſeruitutis, eóque demum caſu locum habet quod Papi. placebat, legatarium petentem legatum doli mali exceptione repellendum eſſe, ſi non patiatur eam ipſam imponi ſeruitutem quæ fuerit ſublata per confuſionem. Eam ipſam, inquam, ſpecie, non numero. Nec enim fieri poteſt, vt ſemel extinctum ius reuiuiſcat, *l. qui res 98. §. aream. de ſolu. l. ſi pro parte 10. §. pen. De in rem verſ.* Ideò autem doli exceptio neceſſaria eſt heredi, quia ipſo iure verum eſt, & legatum deberi legatario, & deberi ſine ſeruitute, cùm ſeruitus ſit confuſa. Sed æquitatem exceptionis illud inducit, quòd cùm legatarius petit fundum ſibi tradi liberum, qui fuerat ſeruus penes teſtatorem, captat lucrum ex damno alieno per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem, *l. 1. D. de doli except.* Nec enim audiendus eſt ſi velit imputare heredi cur facto ſuo confuderit ſeruitutem adeundo hereditatem, quin potiùs id æqui bonique conſulere debet, haberéque gratiam heredi quo non adeunte, legatum intercidiſſet. Perpetuum enim eſt vt nemo poſſit alteri obiicere factum ex quo ipſe lucrum ſentiat, *l. ſi extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quòd ſi mulier. D. de iur. dot.* Conſequens igitur eſt ſuperioribus, vt hodie numquam poſſint confundi ſeruitutes

tutes debitæ à fundo qui fuerit legatus, poſtquã placuit Iuſtin. in *l. 1. & 2. C. com. de leg.* veteres illas legatorum differentias omnes tollere, & omnib. tam legatis quam fideicommiſſis vnam eandémq; naturã imponere. Etſi .n. nõ ſatis apertè expreſſit ille, quamnam voluerit eſſe hanc naturam omnium legatorũ & fideicommiſſorum, eámne quæ olim erat legatorum per vindicationem, an vero quæ legatorũ per damnationem: nullus tamen hac parte dubitationi locus relinquitur, quin legatorum omnium, adeóq; fideicommiſſorum ſingularium natura ea hodie ſit, quæ erat legatorum per vindicationem, cum inter cæteras actiones quas pro legato & fideicommiſſo quolibet dari voluit Iuſtinianus, ſit etiam vindicatio, quæ tamen nec competere, nec dari vllomodo poſſet, ſi dominium rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ non tranſiret in legatarium aut fideicõmiſſarium rectà via, quandoquidem dominij vindicatio ſola illa eſt, quæ tribuere poteſt vindicationẽ. Itaq; cũ legato etiam per damnationem relicto dominium perinde tranſeat in legatarium, ac ſi legatum eſſet per vindicationem, fieri nequit vt heres qui oneratus legato fuit, reperiatur vnquam dominus fundi ſeruientis, non magis quam vt legatarius inueniatur dominus prædij dominantis: atque ita ceſſat tota illa ratio quæ poterat inducere confuſionem ſeruitutis; etſi nõ ignoro in aliis quibuſdam datam eſſe omnibus legatis naturam quæ olim erat legatorum per damnationẽ: de quo plura ſcripſimus lib. 6. c. 1. Non valde diſſimile eſt quod Pompon. ſcribit in *l. ſi ei 9. D. com. præd.* Si ei cuius prædium meo ſeruiebat, heres extiterim, & eam hereditatem tibi vendiderim, reſtitui in priſtinum ſtatum ſeruitutem debere, quia id agitur inter nos, inquit, vt tu quaſi heres videaris extitiſſe: ſenſus eſt, id videri inter nos actum, vt tu eodem iure habeas res hereditarias quo haberes, ſi heres eſſes: ac proinde quo fuerant apud defunctum. Neq; .n. ſi heres eſſes, plus iuris habere poſſes in reb' hereditariis, quam defunctus habuiſſet, cùm hereditas id tantùm transfundat in heredẽ quod fuit defuncti & hereditatis, *l. 1. §. Scæuola. D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. ſit.* Atqui defunctus poſſidebat hoc prædium affectum ea ſeruitute quã prædio meo debebat: Nõ ergo id inter nos actũ videri põt, vt tu idẽ prædiũ liberũ poſſideres: ſed quemadmodũ prædiũ quod fuit defuncti, ad te ex cauſa emptæ hereditatis pertinet, ita neceſſe eſt vt tale illud habeas quale apud defunctum fuit: Quod quia fieri aliter nõ põt, quã ſi reſtituatur ſeruitus, quę per aditionẽ fuit extincta, facto me domino vtriuſq; prędij & ſeruiẽtis, & dominãtis eodẽ tẽpore: ſequitur neceſſariò vt reſtitui debeat ſeruitus in priſtinũ ſtatũ, noua ſcil. ſeruitutis quæ antea debebatur cõſtitutione: in eámq; rem dari mihi contra te nõ ſolum exceptionem doli priuſquã tradiderim tibi res hereditarias ſi pergas me vrgere ad traditionẽ, nec patiaris imponi eã ſeruitutẽ, vt in ſuperiore caſu: ſed etiã actionẽ ex vẽdito, quæ mihi dãda etiã eſſet ob hoc ipſum vt cogereris pręſtare quicquid defunctus mihi debuiſſet. Sicut & è contrario haberes actionem ex empto contra me, ſi quid ego defuncto debuiſſem, vt quamuis per confuſionem ſublata ſit omnis obligatio, & conſequenter actio, perinde tamen omnia in effectu æſtimanda ſint, atque ſi confuſio nulla facta eſſet, *l. 2. §. cum quis debitor. D. de hered. vel act. vend.*

De confeſſoria & negatoria actione: & de differentia vindicationis ſeruitutum & rerum corporalium ad §. æquè. verſ. ſanè. Inſt. de action.

CAPVT XIII.

NEmo neſcit duplicem eſſe actionem in rem de ſeruitute, Vnam, quæ dicitur confeſſoria, Alteram, quæ negatoria, *l. 2. D. ſi ſeru. vind.* Confeſſoriã ei competere qui ſeruitutem ſibi competere contendit: negatoriam vero ei qui negat. Sed tamen quænam illarum actionum vis & poteſtas ſit, nondum inter noſtros videtur exploratum. Illud vtriq; commune eſt, quòd neutra competit alij quàm domino, *d. l. 2. §. 1. l. 4. §. competit. eod. tit.* Vtraq; enim vindicatio eſt, & quidem directa, quæ alij quàm domino competere nunquam poteſt. Et ſicut fieri nequit, vt quiſquã ſit dominus ſeruitutis fundo debitæ, niſi qui ſit dominus fundi: Ita nec negare quiſquam poteſt ius vllum ſeruitutis vicino eſſe in fundo niſi qui ſit dominus eius fundi cui ſeruitutem deberi negat. Nec rurſus quarumlibet ſeruitutum nomine competũt huiuſmodi actiones, ſed earum duntaxat, quæ ſint noſtræ, & iam nobis acquiſitæ. Itaque non ſufficiet vt ſint nobis debitę, puta ex ſtipulatu, aut ex teſtamento, aut quo alio iure conſtitutæ, cùm non ideirco fiant noſtræ niſi ſecuta quaſi traditione per patientiam, vt & in rebus corporalibus contingit, Traditionibus duntaxat non etiam nudis conuentionibus rerum dominia transferri, vulg. *l. traditionibus 20. C. de pact.* Confeſſoriæ actionis exempla affert Iuſtin. in *§. æquè. Inſt. de act.* Si agam ius mihi eſſe eundi vel agendi per tuum fundum, tanquam qui debeat ſeruitutem meo: Negatoriæ verò, ſi è contrario agam ius tibi non eſſe eundi vel agendi per meum fundum, tanquam qui nullam ſeruitutem debeat tuo: vnde fit, vt quidam putent confeſſoriam nihil aliud eſſe quàm vindicationem ſeruitutis, negatoriam verò nihil aliud, quàm vindicationem libertatis. Cui tamen ſententiæ omnino ac euidenter obſtat quod ſupradicto loco Iuſtinianus inter actiones cõfeſſorias ponit actionem De ſeruitute altiùs tollendi; inter negatorias verò actionem de ſeruitute altiùs non tollendi: cùm tamen is qui dicit ius ſibi eſſe altius tollendi, nihil niſi ſuarum ædium libertatem vindicare videatur. Qui vero dicit ius non eſſe vicino altiùs tollendi, apertè vindicet ſeruitutem illam quæ altiùs non tollendi appellatur. Quæ res fecit, vt auſus ſit Accurſ. dicere, in hoc erraſſe Iuſtin. & confeſſoriam actionem dixiſſe de ſeruitute altiùs tollẽdi, quam debuerat dicere negatoriam. Et contrà, negatoriam actionem de ſeruitute altiùs non tollendi, quam debuerat dicere confeſſoriam: eámque ſententiam ſequitur potiſſimùm ex recentiorib. Hermannus Vulteius, qui vt Iuſtinian. tueatur, ait poſſe duobus modis dici actionem confeſſoriam & negatoriam, propriè & impropriè: Propriè illam quæ & figura verborum & vi ipſa ſit confeſſoria, vel negatoria: Impropriè .v. illam, quę figura verborum ſit cõfeſſoria: vi ipſa .v. ſit negatoria, Vt, inquit, actio de ſeruitute alti' tollendi: aut contrà, quæ figura verborũ ſit negatoria, & effectu confeſſoria, vt actio de ſeruitute altiùs non tollendi. Subiiciens tamen nõ tam figuram verborũ, quàm vim & poteſtatem actionis inſpiciendam eſſe, cũ quæritur an actio confeſſoria, an negatoria ſit: in quo videtur mihi vir alioquin doctiſſimus & ſubtiliſſ. quàm maximè errare. Nam cũ olim actiones nihil aliud eſſent, quàm formulæ certis verbis conceptæ, non poterat fieri vt actio cõfeſſoria, vel aliter, vel meliùs dignoſceretũ à negatoria, quã ex figura verborũ: quod & cæteri ferè omnes interp. vulgo rectè putãt. Sed & illud magis falsũ eſt, Actionẽ de ſeruitute altiùs tollẽdi eſſe vi ipſa negatoriam, quaſi is qui eam proponit, hoc vnum intendat nullam ſe vicino prædio debere ſeruitutem altiùs non tollendi, vindicétque ſibi libertatem

naturalem, ex qua licet vnicuiq. ſuas ædes ad cœlum vſque tollere. Nam imò v. qui agit de ſeruitute alti' tollendi, neq; vindicat ſuis ædibus libertatem naturalem, ſed ſeruitutem quæ talis expreſſim conſtituta ſit contractu, vel teſtamento, vel talis acquiſita per vſucapionem libertatis, contra ſeruitutem antea cõſtitutam altiùs non tollendi. Etenim vt libro ſuperiore diſputauimus, ſi ædes meæ debeant tuis ſeruitutem altiùs non tollendi, & tamen te ſciente ac patiente eas altiùs ſublatas habuero per decenniũ, puta vſq; ad triginta pedes, certum eſt acquiſiuiſſe me libertatem contra primam illam ſeruitutem altiùs nõ tollendi, ſed tamen limitatè & vſq. ad triginta tantũ pedes, quia cùm non vſuceperim libertatem niſi habendo ædes meas altiùs ſublatas, conſequens eſt vt nec vſuceperim, niſi quaten' habui eas ſublatas. Proinde ſi poſteà velim altiùs tollere ſupra triginta pedes, ſiue ædes meas fortaſſe collapſas reficiendo, ſiue eas adaugendo, ius tibi eſt prohibendi ne id facere poſſim, quaſi manente adhuc priſtina ſeruitute in eo in quo non eſt libertas vſucapta. Hoc ergo tantùm poſſum intendere, ius mihi eſſe altiùs tollendi vſq; ad triginta pedes, tanquam acquiſita ædibus meis nõ tam libertate naturali, quæ nullos haberet limites q̃ libertate noua & limitata: quæ ſicut non omnino extinxit ſeruitutem quæ tuis ędibus debebatur, ita nec manente tua illa ſeruitute poteſt mihi eſſe acquiſita, quia hoc ipſo habeam iura nouæ ſeruitutis, per quam fiat vt quemadmodum non poſſum ædes altiùs tollere inuito te ſupra triginta pedes, ita poſſim te inuitu vſq. ad eum modum triginta pedum, cùm fortaſſis initio conſtitutæ ſeruitutis altiùs nõ tollendi, non niſi ad quindecim vſq; pedes ſublatũ ædificium haberem. Etſi a. dicimus ſeruitutum vindicationem eſſe, non minùs quàm rerũ corporalium, duæ tamen præcipuæ ſunt differentiæ inter hanc & illam vindicationem: quas ambas ponit Iuſtinian. *In d. §. æquè*. Prima eſt, quòd rerum corporalium vindicatio oĩs eſt adfirmatiua, nulla negatiua. Quiſquis. n. fundum, vel rem aliquam mobilem vindicat, dicit rem eſſe ſuam ſolénnibus illis verbis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, & quanquam hoc ipſo negat eã rem eſſe poſſeſſoris, cùm fieri nequeat vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidũ, nulla tñ actio propoſita eſt in hoc vt quis rem eſſe aduerſarij neget. Si quis. n. ita agere vellet, cum vtiq; neceſſe eſſet poſſeſſorem vel eſſe vel non eſſe: ſi eſſet, non indigeret actione, cũ ob hoc ſolùm quòd poſſeſſor eſſet, quantumuis vitioſè, tamẽ vincere deberet aduerſarium q neq; poſſeſſor eſſet, neq; dominus, *l. vlt. ff. de acq. poſſ. l. vlt. C. de rei vin. l. 1. §. vlt. ff. vti poſſ.* Si verò non eſſet poſſeſſor, nihil planè ipſius intereſſet, q aduerſarius non eſſet dominus, ſi neq. ipſe qui agere vellet, dominum ſe diceret, ac probaret. Generale namq. eſt vt nũquã det actio, niſi cuius intereſt. Quòd ſi eſſet ille dominus, quidni ſufficeret ei quod haberet vindicationẽ adfirmatiuam, qua ſe dominum adſereret? aut in quo egeret illa negatiua? At cum de vindicandis ſeruitutibus tractatur, põt neceſſaria eſſe actio negatoria, nec ſufficit confeſſoria, ſi fortè quis velit fundo ſuo adſerere aut libertatem, aut ſeruitutem cõtra aduerſarium qui ſit in quaſi poſſeſſione contraria, ſiue libertatis, ſiue ſeruitutis; vt ecce, ſi intẽdas ius eſſe tibi eundi per meum ſundum, nullam poſſum habere actionem niſi negatoriam ad impediendum ne poſthac eas ſi iam ſis in poſſeſſione eundi iure ſeruitutis, quia tuam illam poſſeſſionem tuebitur prætor interdicto *De itinere actúque priuato*, etiamſi non probes te habere ius ſeruitutis, *l. vlt. ff. de itin. act. priu.* Itaq; ſi volam vincere, tuámque quaſi poſſeſſionem interpellare, neceſſariò agendum mihi eſt de iure ſeruitutis contra te, in eámque rem proponenda negatoria. Idẽ eſt de ſeruitute altius non tollendi, ſi fortè altius ſuſtuleris ædes tuas, atq. ita te conſtitueris in q. poſſeſſione altius tollendi. Non. n. poſſum te vincere iure poſſeſſionis, nec rurſum ſi velim agere confeſſoria, quia neceſſe eſt me negare ius tibi eſſe altius tollendi, quod niſi per negatoriã fieri non põt. Et ratio huius differentiæ eſt, quia rerum corporalium vindicatio nullum effectum alium habere poteſt, quàm vt res à reo poſſeſſa actori per arbitrium iudicis reſtituatur: quod totum conſiſtit in faciendo. At ſeruitutum vindicationes è contrario effectum duntaxat illum habent, non vt aduerſarius cogatur aliquid facere, ſed tantum vt cogatur pati, vel facere actor prohibeatur. Id verò aſſequi actor non poteſt iis caſib', quibus aduerſarius intendit habere ſe ius aliquid faciendi, puta eundi vel agẽdi per fundum actoris, vel altius tollendi, niſi propoſita actione negatoria, vt & in aliis omnibus ſpeciebus in quibus duntaxat prohibendus eſt aduerſarius ne quid faciat, non ẽt cogẽdus vt patiatur. Nam pro iis ſeruitutibus per quas contenditur pati eum aliquid debere, confeſſoria neceſſaria eſt. Altera inter rerum corporalium & ſeruitutum vindicationem differentia eſt, quòd rerum corporalium vindicatio nunquam datur poſſeſſori, ſed ſemper contra poſſeſſorem, *l. officium 9. l. is qui deſtinauit 24. l. qui prætorio 36. ff. de rei vind.* nempe quia nec alius reſtituere rem poteſt, quàm qui poſſidet. Finis a. vindicationis ille eſt, vt poſtquàm pronuntiatum erit rem eſſe actoris, iudex arbitrari debeat rem actori reſtitui oportere. *l. ex diuerſo 35. eod. tit.* At ſeruitutum vindicatio non minus datur poſſeſſori quàm nõn poſſeſſori ſeruitutis, *l. etſi fortè 6. §. ſciendum. ff. ſi ſeru. vind.* nimirum quia finis vindicationis ſeruitutis non ille eſt, vt ſeruitutis poſſeſſio, aut quaſi poſſeſſio reſtituatur, ſed vt pronuntietur pro actore, vel habere illum ius ſeruitutis in fundo alieno, vel non habere aduerſarium ius ſeruitutis in fundo actoris: illud, ſi cõfeſſoria agatur: hoc, ſi negatoria, quod vtrumq. nihil commune habet cũ iure poſſeſſionis. Siue. n. actor ſit in poſſeſſione ſeruitutis quam ſuam adſerat, ſiue in poſſeſſione libertatis contra ſeruitutem quam aduerſario deberi negat, illa ſemper quæſtio ſupereſſe poteſt, an ius habeat vel adſerendæ ſibi vel denegandæ aduerſario libertatis. Ex quo fit vt negatoria poſſit agere ẽtiam is cuius fundus debet ſeruitutem, ſi modò contra eum agat qui non ſit dominus fundi dominantis, nec tale ius in eo vllum habeat, puta pignoris vel vſusfructus, vt eũ ſeruitutes ſequantur. Finge habere me ædes, quibus vicinæ ſint Seianæ & Semproniane. Sẽpronianis meas debere ſeruitutem altius non tollendi, Seianis nullam debere. Si dominus Seianarum velit me prohibere ne alti' non tollã, potero actione in rem confeſſoria experiri, quia licèt ædes meæ ſeruiant, tamen ei contra quẽ agam, non ſeruiunt. Itaq; poſſum intendere ius mihi eſſe altius tollẽdi inuito eo cum quo ago, non q. habeam ædes liberas ſimpliciter, ſed quia liberas habeo quod ad eum pertinet, *d. l. 4. §. cõpetit. ff. ſi ſeru. vin.* Quo ex loco ſumpſerunt pragmatici vulgarem illã formulam frequentiſſime exceptionis, *Quod ad te liberas ædes habeo*, Cui oppoſita illa eſt, *Age tũ Geminiano*, ex *l. 3. C. de tranſact.* Inde ẽt fit, vt quemadmodum nec confeſſoria nec negatoria datur alij quàm domino ædium quib. ſeruitutem deberi vel dicitur, vel negatur, vt iam ſ dixim', ita nec niſi contra dominum competant huiuſmodi actiones, *d. l. 2. §. 1. d. l. etſi fortè 6. §. hæc autem actio. ff. ſi ſeruitut. vindic.* ſiue agatur de ſeruitute oneris ferendi,

rendi, de qua eo loco tractatur, ſiue de alia qualibet, nimirum quia cùm non aliter poſſit acquiri fundo meo ſeruitus, quàm ſi imponatur à domino fundi ſeruientis, non poſſum intendere cõtra te ius mibi eſſe eundi per fundum Corn. niſi tu eius fundi dominus ſis: Nec ſimiliter agere negatoria vt intendam non eſſe tibi ius eundi per meum fundum, niſi ſis domin⁹ eius fundi cui velis debitam eſſe à meo itineris ſeruitutem. Quare ſi quis tertius velit me impedire in vſu meæ ſeruitutis, debeo interdictis experiri, & poſſeſſionem meam, aut quaſi poſſeſſionẽ vel tueri, ſi nondum amiſerim, vel recuperare, ſi iam amiſerim. Quã in rem prodita ſunt interdicta De itinere actúq. priuato, & alia huiuſmodi. Atque ex his petenda etiam eſt interpretatio eius quod ſcribit Iuſtin. in d. §. ęquè in vlt. illo verſ. *ſanè vno caſu qui poſſidet nihilominus actoris partes ſuſtinet, ſicut in latiorib. Digeſtorũ libris apparebit.* De quorum verborum ſenſu non fuit ex interpretibus qui non dubitauerit, & laborauerit in quærendo vno illo caſu quo detur actio ei qui poſſidet, necdum tamen caſus ille ab omnibus quæſitus à quoquam adhuc inuentus eſſe exiſtimatur. Accurſius noſter cùm vnum quęreret, duos attulit. Primùm de iudiciis illis duplicibus Familiæ erciſcundæ, Cõmuni diuidundo, & Finium regundorum, in quibus dicitus vterq; actor eſſe & reus, *l. actionis 37. §. mixtæ. ff. de obl. & act.* ac proinde cùm vel vtrumque, vel ſaltem alterutrum poſſeſſorem eſſe oporteat, euenire neceſſe eſt vt is quoq. qui poſſidet ſit actor. Sed non eſt hic caſus accommodatus, quia ſicut in huiuſmodi iudiciis vterque eſt actor, ita & vterq. reus, & conſequenter poſſeſſor quiſquis ille ſit, non minùs reus quàm actor eſt. Deinde non dicitur in his iudiciis actor ille qui poſſidet, ſed qui prior ad iudicium prouocauit, adeò vt ſi ambo ſimul prouocauerint, ſorte dirimi oporteat, vter ſit actor, *l. in tribus 13. & ſeq. ff. de iud.* nempe quia fieri nequit vt iudiciũ vllum tale ſit, in quo par vtriuſq. litigatoris conditio in omnibus & per oĩa eſſe debeat: ſed omnimodo neceſſe eſt rum quoq. cùm actor, & reus vterque eſt, alterum tamen ſolum actoris, alterum verò rei duntaxat partes ſuſtinere, quia nec iudiciũ vllum eſſe põt ſine actore & reo. Alter caſus Accurſij eſt in qualibet exceptione quam poſſeſſor, idémq. reus opponit actori, proptereà quòd reus in exceptione actor eſt, *l. in exceptionibus 19. ff. de prob. l. 1. ff. de except.* Et hanc Accurſij ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt Vultei⁹ proferens varia exempla exceptionum in quibus reus idémque poſſeſſor actoris iure cenſeatur, vt in exceptione rei iudicatæ, de qua *in d. l. in exceptionibus. §. vlt.* In exceptione legatarij; Quòd defunctus ſciuerit rem legatam alienam fuiſſe, *l. verius 21. eod.* In exceptione voluntatis mutatæ, *l. eum qui 22. eo.* quib⁹ addi poſſint aliæ huius generis propemodum infinitæ, ac tã multæ, vt vel ex hoc ſolo appareat non poſſe caſũ hunc illum eſſe, quem nos quærimus, & quo Iuſtin. intellexit. Quanquam Vulteius, vt obiectionem hãc effugiat, nititur omnes caſus illos ſpeciales concludere ſub hoc vno generali quo reus idémq. poſſeſſor non aliter poſſit obtinere, quàm ſi intentionem ſuã probet aduerſ⁹ actorem qui ſuam iam probauit. Sed non tollit ea res multiplicitatem caſuum, in quibus præterea omnibus obſeruandum eſt reum non tam dici actorem, quàm actoris partibus fungi, quod lõgè diuerſum eſt. Actor enim dicitur ille tantùm qui agit, Actoris verò partibus fungi ille demùm cui incumbit onus probandi, *l. ſi priuſquàm 15. in fi. ff. de oper. nou. nunc.* Qua etiam ratione refelli poteſt opinio Antonij Contij, qui caſum illũ petiit, primum *ex l. quoties 25. ff. de prob. & ex d. l. ſi priuſquàm*, quibus tamen locis non de actore tractatur, ſed de eo qui actoris partibus fungatur. Alij referunt ad actiones præiudiciales de quibus *in §. præiudiciales. Inſt. de act.* quæ interpretatio refellitur ſatis ex iis quæ in præcedentib⁹ diſputauimus de huiuſmodi genere actionum. Alij probabiliùs referunt ad interdictum Vti poſſidetis, in quo planè is qui poſſidet, actoris vices ſuſtinet, *l. 1. §. vlt. ff. vti poſſid.* quam ſententiam ſequitur Ioannes Corraſius libr. 3. Miſcell. cap. 23. Sed neq; hæc interpretatio ſatisfacere poteſt. Quærimus .n. caſum, quo is qui poſſidet, agat, nõ quo vtatur interdicto. Aliud ſiquidem eſt de actione loqui, aliud de interdicto. Frequentior cæterorum omnium recentiorum ſententia eſt, pertinere caſum hunc ad ſeruitutes, quarum nomine diximus comparatas eſſe actiones in rem, etiam in fauorem poſſeſſoris, *d. l. etſi fortè 6. §. ſciendum. ff. ſi ſeru. vin.* Quod etſi verum eſt, non tamen videtur ad Iuſtiniani verba accommodatum, quem apertum eſt tractare *in d. §. æquè*, de vindicatione rerum corporalium, non de vindicatione ſeruitutum. Debet enim exceptio, vt aiunt, eſſe de regula. Porrò regula propoſita erat de vindicatione rerum corporalium, ſc. non dari eam poſſeſſori. At neque poteſt videri vnus eſſe caſus qui pertineat ad tot genera ſeruitutum, & actionum de ſeruitute. Quamobrem, vt dicam paucis quod ſentio, nec immorer diutiùs in aliorum opinionibus refellendis, ſemper exiſtimaui cum Ferreto fruſtra ſe torquere interpretes in explicando hoc loco, qui proculdubio corruptus eſt, legendúſque addita negatione hoc modo, *ſanè non vno caſu*, vt idẽ Ferretus docuit, aut vt probabilior ſit emendatio, *ſanè nec*, nato ſcil. errore ex vetere librariorum ſcribendi more, qui literas repetendas ſemel tantùm ſcribebant, ſed maiuſculo charactere in hunc modum SAN. EC. pro *ſanè nec*, cui ſimilem errorem iam pridem obſeruauimus *in l. 3. §. 1. ff. de vſur.* vbi ſcriptum legimus *immune eſt*, pro eo quod ſcribi debuit *immune nec eſt*, aut ſi probabilius putes, *immunéne eſt?* per interrogationem. Itémque *in l. ſanè 11. ff. de iur. dot.* vbi ſcriptum eſt, *ſanè* & pro *ſanè nec.* Obſeruandum enim eſt quod pauci interpretes obſeruant, quamuis Accurſius quoq; hoc viderit non ita ſcribere Iuſtinianum, vt dicat vno caſu actorẽ eſſe eum, qui poſſidet, ſed tantùm actoris partes obtinere, quod quàm diuerſum ſit iam indicauimus. Nam qui poſſidet rem corporalem, nullo penitus caſu actor eſſe poteſt, ſed actoris partes obtinere poteſt innumeris penè caſibus, vt ipſi etiam interpretes conſentiunt. Et ob id nimirum adiecit Iuſtin. *ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit*, quia cùm eſſent illi caſus non ſolùm penè innumeri, ſed etiam per varias iuris partes diſperſi, nõ poterat opportunè fieri, vt in iis congerẽdis longior eſſet Iuſtinianus, qui in componendis Inſtitutionib⁹ hoc tantùm agebat vt ea quæ generaliora eſſent, traderet, non quæ ſpecialiorem requirerent tractatum: Et verò quis vnquam ſibi perſuadeat, tam malè feriatum fuiſſe Tribonianum, vt ſi de vno tantùm caſu ſenſiſſet, nos pro eo inquirendo ad omnes Digeſtorum libros reuoluendos relegaſſet, quem æquè paucis verbis non apertè declarare, ſaltem velut digito indicare potuiſſet?

Emendati varii loci in tit. ff. quæ in fraud. cred.

CAPVT XIIII.

SI is qui à debitore fraudatore ſciens alienam rẽ emit, priuſquàm eius bona per creditores poſſiderentur, eandem rem rurſum alij bona fide ementi

veudiderit, placet ſecundum emptorem Pauliana conueniri non poſſe, quia cũ ſit emptor bonæ fidei, non poteſt videri particeps fraudis; nec ei debet nocere dolus ſui venditoris, cum habeat cauſam onetoſam non lucratiuam, *l. ſi is qui 9. ff. quæ in fraud. cred. iunct. l. quod autem 6. §. ſimili modo, eo. tit. l. 4. §. de autor. & ſeq. ff. de doli mali except.* Nec nouũ eſt meliorem hoc caſu eſſe conditionem emptoris, quã fuerit venditoris, cùm dolus ei duntaxat nocere debeat, q cum admiſit: & ob id non eſt ita concepta iuris regula, Vt ſemper emptoris eadem cauſa eſſe debeat circa petendum & defendẽdum quæ fuit petitoris, ſed vt plerumq; hoc eueniat, *l. innitus 156. §. plerumque. de R. I.* Et quemadmodum non teneretur is, qui ab ipſo debitore ignorans emiſſet, ita nec is teneri debet, qui ignorans emit ab eo cui debitor ipſe ſcienti vendidit, *d. l. ſi is qui*, vbi tamen add. ẽ in propoſita ſpecie eum qui dolo malo emit, alteri verò bona fide ementi vendidit, teneri Pauliana in ſolidum pretium rei quod accepit à ſecundo emptore, præſtare ſeu reſtituere: quo loco mihi certè ſuſpecta ſunt verba illa, *quod accepit*. Quid. n. ſi vẽdiderit vili pretio rẽ, quæ erat multo pluris? Cur cogent miſeri fraudatiq; creditores contenti eſſe eo pretio, nec poterunt conſequi quanti re vera res eſt, cùm ſi ſecunda venditio facta non fuiſſet, rem ipſam eſſent reuocaturi nullo pretio reſtituto, *l. ſi debitor eod. tit.* quia ſcil. cùm nõ detur ea actio niſi contra eũ qui ſit conſcius, & particeps fraudis, indignus vtiq. eſt cui ſuccurratur is, qui conuenitur, niſi hactenus vt ſi ea ipſa corpora nummorum extent, quæ ſoluit, debeant ei reddi vt ea ratione fiat ne quiſquam fraudetur, neq; creditor qui rem auocat, neq; emptor qui nummos ſuos recuperat, neque debitor qui nihil ex ſuo amittit, *l. ex his 8. eod.* Nunquam. n. ſuccurrendum eſt ei cui proprius dolus põt imputari, quiq. damnum hoc quod patitur, paſſurus non fuiſſet ſi dolum non admiſiſſet. Et verò ſunt iſta propemodum cõtraria, Teneri hunc malæ fidei emptorem in ſolidum pretium rei, &, Teneri in pretiũ quod accepit. Solidũ. n. pretium rei dicim⁹ pro iuſto, ad differentiã ei⁹ quod conuentum & acceptum eſt. Alioqui, quęnam obſecro poterat eſſe cauſa dubitandi, quin hic malæ fidei poſſeſſor totum pretium, quod accepiſſet, reſtituere teneretur? An fortè poterãt quis putare, non teneri eũ niſi pro parte pretij quod accepiſſet? Ergo ſi quid mei iudicij eſt, vel delenda ſunt ea verba, *quod accepit*, vel addita negatione legendum, *quod nõ accepit*: quod ego probabilius arbitror. Poſui a. factam huius reivenditionem, priuſquàm bona per creditores poſſiderentur, quia ſi bona iam eſſent poſſeſſa, certũ eſſet non valituram venditionem, nec ſi bonæ fidei emptori facta eſſet, ideóq. nec reuocatoria opus foret, alioqui eſſet inutilis miſſio in poſſeſſionẽ à creditoribus impetrata, *t. t. de reb. autor. iud. poſſ.* vt benè quidam ex recentiorib. ratiocinantur *ad d. l. ſi is qui.* Sed iidem tamen malè eam legem intelligunt de rę vendita in cuius poſſeſſionem non fuerint miſſi creditores: quaſi verò miſſio in poſſeſſionem quæ ex edicto prætoris datur creditoribus non ſit vniuerſorum bonorum, contra id quod ſcriptum eſt *in l. 1. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nã ſi vniuerſorum bonorum eſt, vt eſt, conſequens fit vt nulla prorſus res ſit ex bonis debitoris, quæ non debeat intelligi poſſeſſa per creditores, adeò vt quamuis nihil fortè fuerit quod poſſideri queat, ſaltem ſine cõtrouerſia, creditor tñ qui in poſſeſſionem miſſus eſt, perinde habeatur, acſi poſſeſſa bona fuiſſent, *l. quamuis 13. de reb. autor. iud. poſſ.* Sed eos ſefellerunt verba illa, *cùm bona poſſeſſa ſunt*, quę illi ſic acceperunt acſi tractaret Paul. de venditione, cuius tempore iam poſſeſſa fuiſſent bona, cùm è contrario ponendum ſit factam venditionem à debitore, cuius bona poſteà ſint poſſeſſa in *l. ait prætor 10. §. ſi quid in fraudem creditorum. eo. tit. quæ in fraud. cred.* ſcribit Vlp. Si filius qui ſe poterat abſtinere, immiſcuerit ſe paternæ hereditati & in fraudem paternorum creditorum aliquid fecerit, mox aduerſus immixtionem fuerit in integrum reſtitutus, ex edicto ſc. De minoribus, de quo *in l. neceſſariis 57. ff. de acq. hered.* vel ẽt ſi voluntarius heres ſuũ, qui idem fecerit, quiq. propter ętatem vel quam aliam cauſam meruerit in integrum reſtitutionem, non poſſe directam actionem Paulianam cõtra eum competere, ſed tamen vtilem dandam eſſe. Directa non põt dari, quoniam filius, aliúſve heres quilibet, qui reſtitutionem impetrauit ſiue contra immixtionem, ſiue aduerſus aditionem, pro eo habetur quantum ad prętorem acſi nunquam heres fuiſſet, licèt re vera heres eſſe non deſinat qui ſemel fuit, *l. ſi filius 12. ff. de interrog. in iur. faciend. iunct. l. ait prætor 7. alias l. et ſi ſine. §. ſed quod Papin. ff. de min.* Et conſequenter nunquam videtur habuiſſe proprios creditores eos qui fuerunt paterni, nec proinde dici põt in eorum fraudem aliquid feciſſe, cùm ſit ex natura reſtitutionis in integrum, vt reuocet oĩa in priſtinum ſtatum, *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio. eod.* Si. n. hic heres non fuiſſet, nunquam paternos creditores ſuos habuiſſet, *l. ex contractu 44. ff. de re iudic. l. neceſſariis 57. de acq. her.* Vtilis tamen in eum actio datur, quia verum eſt fuiſſe illum aliquando debitorẽ, eo ſc. tempore quo ſe immiſcuerat, vel adierat, & eo tempore feciſſe in fraudem creditorum id de quo nunc reuocando agiẽ. Quod tamen ſequitur *in d. §. ſi quid in fraudem*, idem in ſeruo neceſſario dicendum eſſe, non video quomodo, aut quo caſu poſſit verum eſſe, cùm ſerui neceſſarij heredes ſiue impuberes ſint, ſiue puberes, nunquam habeant beneficium abſtentionis, nec in integrum reſtitutionis, *d. l. neceſſariis. in fin.* ſed tantùm ſeparationis, eo ſc. caſu quo non attigerint bona patroni, *l. 1. §. vlt. ff. de ſeparat.* quod tamen beneficium ſeparationis nunquam facit vt ſeruus heres neceſſarius, nunquam heres fuiſſe videatur, adeóq. nec vt habeatur à prętore pro non herede: in quo differt maximè à beneficio abſtentionis. Alioqui non minùs ſerui qui iam ciuis Rom. factus ſit, quàm filij pudori parcendum eſſet, vt ſub nomine domini, ſicut ſub nomine patris potiùs bona venderent, *l. paterfa. 28. ff. de reb. autor. iud. poſſid.* Sunt ergo verba illa, *idẽ & in ſeruo neceſſario*, mali interpretis, & valdè imperiti. Illa diſtinctio notabilis eſt, quæ ex Labeone ſubiicitur *in d. §. ſi quid in fraudẽ*, vbi dicit poſſe interdũ fieri vt per Paulianã reuocentur non ea tantùm quę in fraudem creditorum geſſerit heres ſuus & neceſſarius poſt immixtionem, ſed ẽt illa quæ pater ipſe, dum viueret: nimirum ſi creditores protin⁹ vendiderint bona patris, i. ſi non multum interceſſerit tẽporis inter mortem patris & filij abſtentionẽ, quamuis medio tempore fortaſſis abſentib. vel paciſcentibus creditoribus filius ſe immiſcuerit. Hoc. n. caſu fraus vtriuſq; per Paulianam reuocatur, id eſt, tam patris quam filij. Et quidem filij, quoniam vt proximè diximus, verè debitor aliquando fuit, patris verò, quia licèt per mortem deſierit eſſe debitor, ex quo pręſertim tempore cœpit habere heredem, qui pro eo, aut potiùs in eius vicem debitor factus ſit, ferè tamẽ eſt vt nunquam heredem habuiſſe videatur, qui tam modico tempore habuit, quiq. talem habuit, vt non poſſit dici creditores paternos eius nomen vnquam

ſecutos

Digitized by Google

ſecutos eſſe, id eſt pro debitore illum habere voluiſſe. At cum creditores paſſi ſunt neceſſarium heredem,& quaſi in creditum habuerunt nomen ei*, vel dulcedine vſurarum, vel qua alia ratione cum ſecuri ſunt, cùm ex edicto prętoris non poſſint impetrare ſeparationem, dicendum eſt nihil reuocari poſſe ex iis quę teſtator alienauit, quia non poteſt videri deceſſiſſe non ſoluendo, qui habuit heredem. *l. libertus 36. D. de bon. libert.* Poteſtq; imputari creditorib. cur maluerint eum habere debitorem quàm defunctum, cuius bonorum ſeparationem primùm, deinde etiam venditionem impetrare potuiſſent, ſubindéque Paulianam exercere contra tertios qui à defuncto in fraudē creditorum cōparaſſent. Sequitur apud Vlp. in §. *ſi impubes:* Si impubes patri heres extiterit, eiúſq; mortui bona vęneāt, ſeparatione poſtmodùm impetrata per creditores patris (nec.n. creditores filij poſſent ipſi impetrare, *l. 1. §. ex contrario. D. de ſeparat.*) vtriuſq. fraudem eſſe reuocandam, i. tam patris quàm filij, ſi fortè impetrata ſeparatione appareat neutrum eſſe ſoluendo,&ab vnoquoq; eorum aliquid fuiſſe alienatum in fraudem propriorū creditorum: Cùm.v. vnicus hic eius loci ſenſus eſſe poſſit, planè fateor me non intelligere, quid ſibi velint verba illa ſequentia, *pupilli vel ēi tutoris, itē curatoris,* quaſi vtriuſq; appellatione intellexerit Vlpi. pupillum &tutorem ipſius &curatorem, ac non potius pupillum &patrem eius. Eſt igitur hæc etiā adiectio eiuſdem, aut ſaltem æquè inepti interpr. cuius &aliæ illæ, quas hoc ca. obſeruauimus. Nec.n. fraus tutoris & curatoris,&fraus pupilli vel minoris duplex fraus eſt, ſed vna tantùm, ſicut & pupilli,& tutoris, itémq. minoris & curatoris vna eadémq. perſona hac in re eſſe creditur, *d. l. ait prætor. §. ait prætor. & l. 4. §. illa ēt quæſt. D. de dol. mal. except.* Sed emendato iā Vlp. Scæuolā quoq. noſtrū emendemus in *l. pupill. 24. eo. ti. quæ in frau. cre.* ne alioqui reprehendere ſit neceſſe. Tractat ibi de pupillo, qui cū patri heres extitiſſet, vni creditorum ſoluerat mox abſtinuerat hereditate paterna, ita vt bona patris vænirēt. Et quæritur, an id quod accepit creditor, reuocādum ſit ne aliter poſito iure eueniat, vt ſit hic melioris conditionis quā cæteri creditores, cōtra quos tamē nullū habeat priuilegiū: an potiùs diſtinguēdū ſit quomodo acceperit ille ſolutionē, vtrū per gratificationē tutorum an verò ſuo iure, vt ſi per gratificationem tutorum, acceperit, reuocetur ad eandē portionē, quā cæteri creditores fuerint laturi, vt hic cæteris creditoribus exæquetur. Si.v. iuſtè exegerit, tanquam qui cæteris diligentior fuit, & intereà debitoris bona facta ſint deteriora, vel mortalitate animaliū, vel furtu rerum mobilium, vel caſu immobiliū, qui tres modi ſunt, ꝑ quos diminui patrimoniū ſolet, non reuocetur id quod accepit à debitore, quoniā alij creditores negligentię ſuæ acceptum id ferre debent, cùm tēpore factæ ſolutionis bona fuerint ſoluendo, licèt poſteà eſſe deſierint ex ſupradictis cauſis. Sed ſi ſolutio facta ſit eo tēpore quo creditoris bona iam in eo erāt vt vendi deberent, quod ſoluendo non eſſent, ſubdiſtinguendū ait Scæuola, an debitor ſiue pupillus ille ſit, eiúſve tutor, ſiue alius quilibet vltro pecuniā obtulerit huic creditori, an creditor extorſerit ſolutionē inuito; Vt ſi extorſerit inuito, reuocetur ſolutio: ſi non extorſerit, non reuocetur, quia licuerit ei vigilare, ac meliorem facere ſuam cōditionem, *l. quod autē 6. §. ſciēdū. eo. t.* cùm ius ciuile vigilantib. ſcriptū ſit, non dormientibus, aut negligentibus, *l. non enim 16. D. ex quib. cauſ. maior. l. sūma 21. D. de peenl.* Concludit ergo Scæuola in *d. l. pupillus,* nō reuocari hoc caſu ſolutionē, ſed tunc tātùm cū extorta eſt inuito. In quo tamen, ſi ita eſt, fatēdum erit diſſenſiſſe Scæuolam ab Vlp. in *d. §. ſciendū,* & in *§. apud Labeonem, eiuſdem legis,* vbi vult Vlp. ſecurum eſſe creditorem qui ſuum accepit, non ſolùm ſi acceperit cogēte debitorem præſide, qui caſus multo minorem dubitationem habet, ſed etiāſi præſidis vel prætoris autoritas nulla interuenerit, adeóq; tamen ſi creditor qui accepit ſolutionem, ſciuerit fraudari re vera creditores cæteros, quia iniquum eſt, inquit Vlp. eū quem præſes inuitum vt ſoluat poſſit cogere, non ſoluere impunè: nimirum ſi non ſit facta ſolutio eo tēpore, quo bona iam ſint poſſeſſa nomine omnium creditorum. Hunc .n. ſolum caſum excipit Vlp. valdè differētem ab eo quem tractat Scæuola. Quæſtio enim Scæuolæ ſupponit duntaxat, fuiſſe bona debitoris in eo vt vendi deberent iam ipſo tempore ſolutionis, quòd non eſſent ſoluendo: at nō etiam præſupponit quòd fuerint iam tum poſſeſſa. In qua ſpecie nullus certè diſtinctioni locus relinqueretur, quia ſecundū Vlp. ſententiam reuocanda omnimodo eſſet ſolutio tanquā facta ex bonis, in quibus iam eſſet ius pignoris prætorij cæteris omnib. creditorib. acquiſitum. Itaq; ſi Vlp. credimus, cuius opinio haud dubiè probabilior eſt, diſtinctio illa nō debet adhiberi, An inuito extorta ſit ſolutio, necne, ſed tantùm, an facta ſit ante bona poſſeſſa, an poſt. Quinimò cùm inuito extorta eſt, longè maior ratio ſuadet vt reuocari nō poſſit, quia fraudis ſuſpicio cadere nulla pōt in eum qui inuitus ac cogente prætore ſoluit. Sed illud me magis mouet, quod nec requirit Scæuola vt extorta ſit ſolutio in fraudem creditorū, id eſt, per eum qui ſciebat futurum vt cæteri creditores ex ea ſolutione fraudarentur: quæ tamen diſtinctio prorſus neceſſaria eſt, quoties de Pauliana tractatur. Itaq; paulatim venio in eam coniecturam, vt mihi videar Triboniani magis quàm Scæuolæ diſtinctiones audire. Nā & ei familiarius eſt diſtinguere, ac ſubdiſtinguere quàm Scæuolæ (cuius reſponſa vnico vt plurimùm verbo concluduntur)& quod grauius eſt, plerumque contra iuris rationem, ac omiſſa ſpecie de qua primùm propoſita quæſtio eſt, aut ſaltem mutatis perſonis,& extrinſecus accerſitis caſib. à propoſito penitus alienis, ita vt tandem inſtituta quęſtio indeciſa relinquatur. Cuius rei non deſunt exēmpla in tot locis, quos à Tribuniano corruptos fuiſſe ſcripta noſtra teſtātur. Sed omnium luculentiſſimum illud eſt, quod nunc in manibus habemus. Erat.n. propoſita quęſtio de pupillo, qui cùm patri heres extitiſſet, atque vni ex creditorib. ſoluiſſet, mox abſtinuerat paterna hereditate, deinde patris bona vænierant, nec de alio quærebatur niſi an reuocandum eſſet quod creditor accepiſſet. Tribonianus verò dubius quid probare deberet, diſputat in vtramque partem, & primùm cōtra creditorem, ſed inepta ratione, quòd melioris cōditionis eſſe nō debeat, quàm cæteri. Nā imò.v. æquum eſt melioris cōditionis eum eſſe qui fuit diligentior, ſibiq; vigilauit. Deinde diſtinguit an per tutorum gratificationem ſolutū ſit, an verò iuſtè ſolutionem exegerit creditor: quaſi.v. non potuerit vtrumque ſimul concurrere vt & tutores ei gratificari voluerint, cū poſſent cæteris creditorib. æquè ſoluere,& is tamen iuſtè ſolutionem exegerit. Nā cū ponamus fuiſſe illū iuſtū creditorem (alioqui de reuocatoriā tractandū nō eſſet) fieri certè nequit vt non iuſtè ſolutionē acceperit. Quo admiſſo, etiāſi ponas ſolutum ei fuiſſe per gratificationem tutorū, id eſt, vt I.C. noſtri loqui ſolent, per gratiam quam habuit apud tutorem, nō ideo tamen deterioris cōditionis eſſe debet, cùm ſuū acceperit. Tātus ſiquidē fauor eſt creditoris ſuū recipiētis, vt etiāſi is ſoluerit

qui nihil debebat, nihilo magis ab eo repeti quicquam poſſit, *l. repetitio 4 3. ff. de cond. indeb.* Niſi cùm id nominatim lege cautum eſt, vt in ſpecie *l. vl. §. ſin verò creditores. C. de iur. delib.* Nec rurſus poteſt videri creditor à tutoribus magnum beneficium conſecutus, à quib. nihil ille niſi ſuum accepit & ad cuius exſolutionẽ inuitos eos cogere potuiſſet. Nec enim facultas neceſſariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium eſt, inquit eleganter Papin. *in l. vnum ex familia 67. §. 1 de leg. 2. l. ſi ſeruo 84. ff. de hered. inſtit.* Subinde quod eſt alienius, interſerit nouum caſum Tribonian. quo res facta ſit deterior à tempore ſolutionis vſque ad tempus poſtulatæ Paulianæ. Sic enim loquitur Tribonian. de re deteriore facta in numero ſingulari pro eo quod voluit dicere, bona ipſa facta eſſe deteriora, cùm tamen nulla poſſet eſſe ratio dubitandi eo ſaltem caſu, quo bona erant ſoluendo tempore ſolutionis.

Ad l. vlt. §. vlt. eod. tit. quæ in fraud. cred. & ad l. vlt. C. eod.

CAPVT XV.

PAulianam actionem, de qua ſuperiore capite dicere cœpimus, non tantùm aduerſus eũ dari, qui à fraudatore acquiſiit in fraudem creditorum, id eſt participato fraudis conſilio, ſed etiam contra fraudatorem ipſum, nemo hodie dubitat. Sic enim ſcriptum eſt *in l. 1. §. vlt & in l. vlt. §. vlt. ff. quæ in fraud. cred.* Mela tamen quem refert Venuleius in d. §. vlt. in contraria olim erat ſententia, vt putaret nullam actionem in fraudatorem dandam eſſe. Mouebatur quòd nulla in eum actio ex antegeſto dari deberet poſt bonorum venditionem: quódq. iniquum eſſet dari actionem in eum cui bona omnia ablata eſſent. Præſupponebat enim Mela, quod & veriſſimum eſt, annum vtilẽ, intra quem proponenda eſt actio Pauliana, computari ex die factæ venditionis bonorum, *l. quod autem. 6. §. vlt. l. ait Prætor* 10. *§. annus eo. tit.* Et ſanè non videtur poſſe dari, niſi inutiliter ea actio, quæ datur in egenum & bonis omnib. exutum, *l. nam is* 6. *ff. de dolo*, ſatiſq. conſultũ videri poteſt creditoribus qui ſunt fraudati, quòd habent actionem reuocatoriam contra eum qui à fraudatore acquiſiuit, quippe qui non poſſit eſſe nõ ſoluendo, cũ ita fiat vt recuperent quicquid doloſè ac fraudulenter alienatũ fuit. Nam ſi fraudator quædã ex bonis ſuis ita diſperdidiſſet vt nulla ratione recuperari poſſent, puta ſi in mare pecunias proieciſſet, non negabat Mela quin actio in eum nihilominus dari deberet, & quidem in ſolidũ, i. ſuprà etiam quàm facere fraudator poſſet, quia nõ eſſet dignus cui faueretur is qui talem fraudem nulla iuris aut prętoria arte reparabilem cõmentus fuiſſet. Sic. n. accipio quod ſcriptũ eſt in d. l. vl. §. vlt. vbi ob hanc cauſam malo pro *dabitur* legere *daretur*, vt ab illis verbis, *licet Mela* vſq; ad verbum *daretur* Melæ ſententia referatur: quæ in ſumma illa erat, vt fraudator vel nullo modo teneri deberet, vel in ſolidum tenerẽ. Sed contrà concludit Venuleius, dari actionem omnimodo ẽt in fraudatorem, quia prętor non tam emolumentum actionis intueri videtur, quod vtiq. nullum eſſe põt in eo qui bonis exutus eſt, quã pœnam. i. vt fraudatoris dolus puniatur, hanc pœnã eum mereri, vt quamuis ſit exutus bonis, tamen adhuc teneatur. Eſſétq; aperta ea ſententia Venuleij ſi in illis verbis *& prætor* ſcriptum eſſet quomodo ſcribendum puto, *at* pro *&*. Ab illis enim verbis incipit ſententia IC. refellentis opinionem & diſtinctionẽ Melæ. Ad quid ergo dabitur in egenum & inopem fraudatorem hęc actio? Nempe in quantum is facere poſſit, vel dolo malo fecerit quomin⁹ poſſet, l. vlt. C. eod. ti. Cuius ſententiam ab interpretibus omnibus & Græcis & Latinis peſſimè acceptam, vt Cuiacius bene probat lib. 12. Obſ. c. 6. non multò meliùs ab eodem Cuiacio explicatam fuiſſe auſim dicere. Putat .n. ſi poſt bonorum venditionem fraudator aliquid acquiſierit, pro modo eius quod acquiſierit, teneri debere. Si verò aliquid fraudationis cauſa ita diſſipauerit, vt nulla ratione recuperari queat, in ſolidũ damnari eum oportere, *ex l. ſi quis dolo 51. in pr. ff. de re iudic.* in hoc nimirum, vt vel carcere & vinculis coerceatur, à quo ſc. ſeruari non poſſit, neq; ab vno alio, quod ipſe diſperdidit. Prima quidẽ pars diſtinctionis vera eſt, ſed ſecunda mihi probari non põt, qui video ſupradictam Melæ diſtinctionem neque probari à Venuleio in d. §. vlt. neq; conuenire verbis edicti prætoris, ex quibus generaliter & indiſtinctè datur actio in fraudatorem intra annum in quãtum facere poteſt, vel dolo malo fecit quominùs poſſet, *d. l. vlt. C. eod.* Certè non probatur ea pars diſtinctionis *ex d. l. ſi dolo*, quam pro ſe vir doctiſſim⁹ adducit. Debet. n. lex illa intelligi ſecundùm duas præcedentes de eo qui antequam bonorum venditionem pateretur, priuilegium habebat ne in ſolidũ conueniri poſſet, ſed duntaxat in quantum facere poſſet, cuiuſmodi ſunt patron⁹, donator & ſimiles, qui amittunt priuilegium ſuum, ſi quid fecerint dolo malo, quia odium doli fauorem priuilegij excludit. At nos loquimur de actione in ſolidum danda poſt venditionem bonorum, non antè, quę ſicut non poteſt competere niſi ex die factę venditionis bonorum, ita nec põt creſcere ob dolum qui interuenerit ante venditionẽ bonorum, ſed tantùm ob dolum qui poſteà ſit ſequutus, i. ſi fraudator aliquid fecerit dolo malo, quominus facere poſſit *d. l. vlt. C.* quia videtur poſſe facere qui fecit quomin⁹ poſſit, ſicuti ſolemus dicere dolum pro poſſeſſione eſſe ſi quis dolo deſierit poſſidere, *l. qui dolo* 121. *de R. I.* & eum qui põt facere, vt poſſit iam poſſe videri, *l. qui põt facere 174. eod.* Ergo indiſtinctè dicendum eſt, fraudatorem, quia bonis omnib. exutus eſt, non teneri ex edicto, niſi in quantũ facere poteſt, quamuis ex dolo ſuo teneatur. Alioqui dicendum eſſet ſemper eum teneri in ſolidum debere, ſi quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi quis dolo*, ad caſum noſtrum pertineret, cùm nunquam niſi de rõe doli ſui teneatur. Quid igitur eſt, inquies, quod potuerit facere tam difficilem ſententiam *d. l. vlt. C. de reuoc. his quæ in fraud. cre?* Illud nimirum, quòd cùm priora reſcripti verba directa eſſent ad fraudatorem ipſum qui per ſolennem acceptilationẽ peremerat obligationem pręcedentem in fraudẽ ſuorum credit totum, ſequentia tamen loquuntur de fraudatore in tertia perſona. Sed erit apertiſſima ſẽtẽtia, ſi ex ſeqq. conficiatur maior propoſitio ſyllogiſmi, ex præcedentibus. v. minor in hũc modũ: Ex prętoria edicto perpetuo datur intra annum actio contra fraudatorem in id duntaxat quòd facere põt, vel dolo malo fecit quominùs poſſit. Atqui tu fraudator es, qui actu ſolemnis acceptilationis perempta obligatione debitorem tuum liberaſti in fraudem creditorum tuorum. Ergo proſpicis teneri te ex edicto in quantum duntaxat facere potes, vel dolo malo feciſti quomin⁹ poſſis. Dicat fortaſſe aliquis, Facta in fraudem acceptilatione videri alienatum id, quod recuperari nullomodo poſſit cùm acceptilatio ſit vn⁹ ex modis legitimis tollẽdæ obligationis ipſo iure, *l. pen ff. de ſol.* Obligatio a. ſemel extincta nunquã poſſit reuiuiſcere, *l. qui res 98. §. aream eo. tit. l. ſi pro parte* 10. *§. pen. ff. de in rem. verſ.* & ideo ex ſententia ſaltẽ Melę, & Cuiacij qui idem quod Mela ſentit, debere hoc caſu fraudatorem

torem in ſolidum condemnari. Sed non ita eſt, quia immo verò extincta obligatio recuperari poteſt, non quidem vt ipſo iure reuiuiſcat, ſed quoniã ex edicto reſtituẽda eſt, ita nimirũ vt ex integro noua obligatio contrahatur eiuſdem prorſus naturæ & cõditionis cuius erat prior quæ fuit extincta, *l. ait prætor.* 10. *§. ſi cum mulier.* & *§ præterea generaliter cũ ſeq. eod. ti. quæ in fraud. cred.* Quid ergo his qui cõueniuntur nolit obligationem reſtituere, i. iterũ ſe obligare? Hoc enim meri facti eſt: ſæpius autem monui, neminem cogi præcisè ad factum: reſpondeo idem euenturum hoc caſu, quod in aliis faciend. obligationibus, vt iſta in factum actione condemnari debeat reus, quanti interer it creditorum, vt in *l. ſi quis ab alio* 13. *§. vlt. ff. de re iudic. l. ſtipulationes* 72. *l. quoties* 81. *ff. de verb. oblig.*

Actionem Paulianam neque pigneratitiis creditoribus dari, neque in rem eſſe.

CAP. XVI.

NON probo quod recentiores quidam tradiderunt, Paulianam actionem creditoribus quoq; hypothecariis dari, Ea ſola moti ratione, quòd verba edicti loquantur de creditorib. generaliter, quódque actio Pauliana nõ ſit remedium extraordinariũ, ſed ordinarium. Nã ſi verum eſt vt eſt, quod paſſim ſcriptum legimus in *ti. quæ in fraud. cred. ff.* & *C.* non eſſe locum Paulianæ niſi fraudati ſint re vera creditores, apparet non poſſe fraudari creditores hypothecarios per alienationem factã à debitore, cũ pignoris obligatio rẽ ipſam ſequatur, & quemlibet rei poſſeſſorem, nec cum quæſtione ac intentione dominij quicquam habeat cõmune, *l. 1. l. pignoris.* 17 & *paſſ. ff. de pign. l. pign.* 15. *C. eo.* Deinde licet Paulianæ actionis remediũ ſit ordinariũ, admixtã tamen habet fictionem, quia fingit non fuiſſe alienatam rem quæ verè fuit alienata. Porrò fictionibus ſiue à iure ciuili, ſiue à prætore inducantur numquam locus eſt niſi ex neceſſitate, cùm reipſa nihil aliud ſint quàm mendacia. Atqui neceſſitas nulla ſubeſt fingendi rem quæ alienata ſit non fuiſſe alienatam, cùm perinde, imò multo faciliùs etiam præſuppoſita alienatione poſſit auocari poſſeſſio per hypoth. & quaſi Seruianam ſine fictione & mendacio, quàm per Paulianam, quoniam hypothecaria naſcitur ex ſola conuentione pignoris, nec aliud probandum habet creditor niſi quòd & debitor conuenerit de pignore, & habuerit rem illam in bonis aut ipſo conuentionis tempore ſi ſpecialis conuentio fuit, aut etiam quandoque poſteà ſi generalis bonorum omnium præſentium & futurorum, *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur ff. de pign.* At vt poſſit agere Pauliana & obtinere, non ſolùm hoc ipſum probare debet, quòd res alienata in bonis fuerit debitoris, ſed illud propterea quòd alienata fuerit malo conſilio, & animo fraudandi, item quòd poſſeſſor participauerit fraudem, niſi ex lucratiua cauſa nactus ſit poſſeſſionem, quo caſu omnimodo tenetur ſiue ſciens fraudem, ſiue ignorans acquiſiuerit, *l. quod autem* 6. *§. ſimili modo. ff. quæ in fraud. credit.* Poſtremò quòd re vera, & euentu fraus facta ſit, excuſſis ſcilicet omnibus facultatibus debitoris boniſque ipſius nõ tam poſſeſſis ex edicto, ſed etiã vẽditis. An non igitur fuiſſet ridiculus prætor ſi Paulianam actionem propoſuiſſet creditoribus hypothecariis, qui habent ſuo iure quaſi Seruianam? Denique dubitandum non eſt quin omnes illi tituli De ceſſione bonorum, Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur, De rebus autoritate iudicis poſſidendis, De priuilegiis creditorum (qui tamen in Pandect. Florent. nullus eſt ſeparatus) De curatore bonis dando, De ſeparationibus, & noſter ille *Quæ in fraud. credit.* omnes pertineant ad creditores chirographarios & perſonalem duntaxat actionem habentes, nõ etiam ad hypothecarios. De quibus alius tractatus eſt toto libr. 20. Digeſtorum. Sed grauior eorundem & aliorum error ille eſt, quod addunt, Ex Pauliana actione reſtitutionem fieri debere non creditori agenti, ſed debitori. Eo argumento quòd reſtitutionem in priſtinum ſtatum fieri oporteat, *l. ait prætor* 10. *§. præterea eodem tit.* vt perinde ſint omnia atque ſi nihil alienatum eſſet, *l. videamus* 38. *§. in Fauiana. ff. de vſur.* quaſi verò cùm Pauliana agitur, cætera omnia ſint in eodem ſtatu quantum ad debitorem in quo erant tempore alienationis. Immò verò vt apparet ex iis quæ proximo capite diſputauimus, tùnc agitur Pauliana cùm debitor iam exutus eſt omnibus facultatibus, cùmque ipſius bona ex edicto non ſolùm iam poſſeſſa ſunt à creditoribus, ſed etiam vendita, ac proinde cùm ille neque bona vlla habet, neque habere ampliùs poteſt, donec dimiſſis ad vltimum vſque quadrantem omnibus creditoribus. Non ergo debet reſtitutio fieri debitori, præſertim qui facto & dolo ſuo rem in bonis habere deſiit, ſed creditoribus qui iam habent ius pignoris prætorij quæſitum in omnibus bonis debitori, *l. non eſt mirum* 26. *§. 1. de pignor. action.* Nec obſtat quòd reſciſſa per Paulianam alienatione, res quæ fuerat alienata ſit in bonis debitoris acſi alienata non fuiſſet. Non enim id ita debet accipi quomodo accepiſſe hi videntur, quaſi per reuocatoriam res debeat reponi in dominio & poſſeſſione debitoris, quomodo erat priuſquàm alienaretur, ſed vt in eius poſſeſſionem miſſi videantur hoc ipſo quòd iam ante propoſitam reuocatoriam miſſi fuerint in poſſeſſionem bonorum omnium debitoris, quoniam & idem contigiſſet ſi nulla in fraudem facta fuiſſet alienatio: cùm miſſio in poſſeſſionem quæ creditoribus ex edicto datur, ſit vniuerſorum bonorum: *l. 1. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* In eóq; alia cauſa eſt miſſionis in poſſeſſionem, alia venditionis bonorum. Nam miſſio in poſſeſſionem comprehendit vniuerſa debitoris bona, & conſequenter etiam illa quæ iàm antè fuerunt in fraudem creditorum alienata, ſi modò vnquam reuertãtur in cauſam bonorum debitoris: ſed venditio bonorum ea tantũ poteſt comprehendere, quæ venditionis tempore in bonis debitoris reperiuntur, non quæ poſtea per huiuſmodi reuocatoriam ad eiuſdem debitoris patrimonium reuocantur: alioqui cùm Pauliana non detur, niſi ex die factæ venditionis, vt diximus in ſuperioribus, danda eſſet non creditoribus, ſed emptori. Et ratio huius diuerſitatis eſt, quòd miſſioni in poſſeſſionem cauſam præbet fauor & vtilitas creditorũ, qui nullum habentes ius pignoris non poſſent ſuum conſequi à debitore latitante, vel qui aliter non defenderetur, niſi prætoris autoritate acquireretur ei pignus prætorium in bonis omnibus debitoris. Quę res facit, vt quamdiu creditoribus in ſolidum ſatiſfactum non eſt, tamdiu ea pignoris prætorij conſtitutio durare debeat, & ad omnia debitoris bona protrahi, quæ vel tũc adhuc habeat, vel iam tum habuiſſe quandocumque retrofingatur. At venditio bonorum non fit niſi eo animo vt ex pretio quod redigetur ſatiſfiat creditoribus, pretium autem ab emptore non offertur, niſi inſpecta quantitate, & qualitate bonorum quæ venditionis tempore in patrimonio debitoris reperiuntur, nulla eorũ habita ratione quæ poſtea per Paulianã poſſunt accedere, cùm nec Pauliana competat ante venditionem, ſed tantùm ex die

factæ venditionis: quippe quam ſola illa ratio neceſſitatis inducat, quòd prius eſt vt quid ſit mihi obligatum, quàm vt à me pro debito poſſit eius venditio poſtulari: prius autem vt ſit in bonis mei debitoris, quàm vt mihi obligatum eſſe poſſit. Poſtremò nec illud ferre poſſum quod Eguinarius Baro, Iac. Cuiacius & alij plerique ex recentioribus volũt actionem Paulianam in rẽ eſſe. Eſt enim ſi qua alia vlla in perſonam, cùm & paſſim dicatur actio in factũ, præſertim in *d. l. ait prætor* 10. *in princip. & §. annus. quæ in fraud. credit.* Quis enim vnquam dixit vel audiit actiones in factum eſſe in rem, non in perſonam? idque probat etiam verba edicti quæ in perſonam directa ſunt, non in rem, vt illa, *cum eo qui fraudem non ignorauerit*, item illa, *ſciente te*, & rurſum quod prætor ait, *reſtituas*. Nec ad rem pertinet quod per hanc actionem res alienatæ reuocantur. Perinde namque cõcluderes actionem ex empto eſſe in rem, quia per eam cogitur venditor vt rem tradat: itémque actiones depoſiti, commodati & ſimiles, quoniam in id dantur vt res reſtituatur: quod tamen fuerit certè abſurdũ dicere, cùm ſint actiones perſonales ex quibus perſona ipſa condemnatur, non res vlla adiudicatur: idque apertius eſt cùm Pauliana datur pro reuocandis obligationibus & actionibus in fraudem creditorum extinctis. Cùm enim non aliter poſſit fieri ea reuocatio, quàm ſi nouæ obligationes contrahãtur, *d. l. ait prætor §. ſi cùm mulier. & §. præterea*, apparet nullam ſupereſſe rem in quam agi poſſit, & neceſſariò agendum eſſe in perſonam: ſicut & cùm Pauliana in id datur vt actio aliqua cedatur, vt in *l. hac in factum* 14. *eod.* Quid ergo tot eruditos viros fallere potuit? Nimirum inſcitia Triboniani qui hanc actionem poſuit inter cæteras in rem prætorias, quã proculdubio debuit ponere inter perſonales. Sed Tribonianum ipſum, quem falli non fuit difficile, illud fefellit, quòd qui Pauliana agit nihil aliud contendit, niſi vt reſciſſa traditione eam rem petat, id eſt dicat, traditam eam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe. Hæc enim Triboniani verba ſunt in §. *item ſi quis Inſtit. de action.* quæ ſi cum iuris ratione conuenirent, non improbabiliter diceremus Paulianam eſſe in rem. Sunt enim actiones in rem omnes, quibus res ipſa petitur, & vindicatur. Sed neque iuris rationi conueniunt, neque vlli iuris loco. Qui enim agit Pauliana, non petit rem tanquam ſi non eſſet tradita, ſed quia per fraudem tradita eſt, petit vt aduerſarij perſona condemnetur ad eius reſtitutionem, quod ipſum fieri non poteſt niſi per viã actionis perſonalis, ſecutæque cõdemnationis. Planè poſt condemnationem cuius poteſtate reſciſſa ſit alienatio, quæ facta fuerat dolo malo, fateor rem quæ fuerat alienata videri manſiſſe ſemper in bonis debitoris, & ob id iure prætorij pignoris vendi poſſe, ſicut & cætera bona omnia debitoris: ſed hoc nõ propter actionẽ iſtã Paulianã, at ex eo iure quod fuit quæſitũ creditoribus in bonis omnibus debitoris, ex quo die prætor iis permiſit miſſionẽ in poſſeſſionẽ eorũ bonorũ. Planè ſi quis diceret hanc actionem eſſe in perſonam, & ſcriptam in rem, quod quidam ex recentioribus dixerunt, non repugnarem, ſcilicet quatenus datur in eum, qui acquiſiit in fraudem creditorum, & debitoris dolum participauit. Nam quatenus in fraudatorem ipſum datur, ſecũdùm ea quæ diſputauimus in præcedentibus, non poteſt videri ſcripta eſſe in rem, cùm iam neque rem ipſam neque bona vlla habeat, quorum ſcilicet iam paſſus ſit venditionem. Addo eſſe etiam arbitrariam, eo caſu quo in rem ſcripta eſt, cùm datur aduerſus acquiſitorem, quia ſicuti non datur aduerſus eum ob id ſolùm quòd dolum participauerit, ſed ob id maximè quòd rem ipſam habeat, eiúſque reſtituendæ facultatem, ita vt is qui neque poſſidet, neque dolo malo deſiit poſſidere, iſta actione non teneatur, *argum. l. is qui à debitore* 9. *ff. quæ in fraud. credit.* Ita ſi iuſſu reſtituere, non pareat arbitrio, condemnari debet ex æquo, & bono in omne id quod reuera intereſt creditoris agentis: quæ natura eſt actionum omnium arbitrariarum, *§. præterea Inſtit. de action.*

De pignore rei alienæ, l. 1. in princip. D. de pignor. & confirmata Pauli à Modeſtino diſſenſio.

CAPVT XVII.

NON eſt difficilis inueſtigatio rationis propter quam rei alienæ pignus non valet, venditio autem valet, *l. 1. & tot. tit. C. ſi alien. res pigno. dat. ſit. iunct. l. rem alienam* 28. *ff. de cont. empt.* quamuis dici ſoleat omne id quod emptionem venditionémque recipit etiam recipere oppignerationẽ, *l. ſed & quod* 9. *§. 1. ff. de pignor.* Nam cùm pignoris conuentio rem ipſam afficiat, ideóque pariat actionẽ in rẽ, *l. pignoris.* 18. *C. eod. tit.* certum eſt non poſſe rem affici ab eo qui non ſit dominus, vel ob id ſaltem, quòd cuius rei quis dominus non eſt, eius alium eſſe dominum neceſſe eſt, cui porrò fieret iniuria, ſi eo vel inuito, vel ignorante poſſet alius rem ipſius obligare, quod eſſet contra regulam iuris naturalis gentium, & ciuilis, quæ extat in *l. id quod noſtrum* 11. *De regul. iur.* At venditio non rem ipſam afficit, quæ venditur, ſed perſonam duntaxat eius qui vendit, vt perinde obligetur ex empto cùm vendit rẽ alienam ac ſi vẽderet ſuam: nec ea venditio impedit dominum, quominùs rem ſuam à non domino venditam euincat *d. l. rẽ alienam, & tot. tit. De euict. D. & C.* quomodo impediret rei alienæ pignus ſi valeret. Nec enim pignoris vtilitas vlla eſt ſi non afficiatur res quæ oppigneratur, cùm pignorari nihil aliud ſit quàm obligari. Obligatio autẽ ſemel contracta non niſi volente eo cuius intereſt, diſſolui poteſt, neque pignus vel à domino ipſo euinci niſi ſoluto priùs omni eo quod debeatur, *l. ſi rem* 9. *§. omnis. D. de pign. act.* Quod verò dici ſolet, Ea omnia quæ emptionem venditionémque recipiunt, oppignerationem quoque recipere, eò pertinet vt quod quis emere non poſſet id neque pignori accipere poſſit vt ſcriptum eſt in *l. 1. §. eam rem ff. quæ res pignor. obligar. poſſunt.* Siue quia inutile ſit pignus, quod vendi non poteſt, *l. 4. D. de pign. act. l. mulier* 12. *C. de diſtract. pignor.* ſiue etiam quòd ipſe creditor pignus emere debeat in vicem extranei emptoris ſi alius nemo ſit, qui emere velit, *l. 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Aut potiùs ita hoc intelligendum eſt ſi cætera ſint paria, id eſt ſi nulla ſit ratio diuerſitatis propter quam faciliùs debeat permitti vẽditio, quã oppigneratio. Hinc illud fieri quidam putant, quod vulgo iactatur, Nemini rem ſuam pignori dari poſſe, *l. neque pignus* 45. *de reg. iur.* quia cùm creditor ipſe dominus eſt rei obligatæ, neceſſe eſt debitorem qui pignus dederit, dominum non fuiſſe, cùm duo in ſolidum domini eiuſdem rei eſſe non poſſint *l. de hereditate* 19. *§. pater ff. de caſtr. pecul. vulg. l. ſi vt certo* 5. *§. ſi duobus vehiculum ff. commod. l. ſi inter* 15. *ff. de except. rei iud.* Sed ſi verum amamus, alia iuris huius ratio,

ratio, & magis propria eſt quæ facit hoc pignus inutile, nempe quod nemini res ſua poſſit eſſe obligata, *l. penult. ad fin. eod. tit.* Nam nec ſuam rem emere aut conducere quiſquam poteſt, vt ſcriptum eſt in *d. l. neque pignus*, cùm tamen eos contractus à domino vt valeant, fieri non ſit neceſſe. Hinc ſanè illud eſt, quod ſcribitur in *l. 2. D. de pignor. act.* ſi debitor rem à ſe pignori datam alteri vendiderit, & tradiderit ſoluto prius debito, & dimiſſo priore creditore ex tua pecunia, tibique cum eo poſt venditionem conuenerit vt ea ipſa res quam iam vendiderat, pignori tibi eſſet, nihil te egiſſe, neque hanc pignoris conuentionem valere, quia rem alienam pignori acceperis, iam emptoris factam, cui fuerat vendita & tradita antequam de pignore conueniret. Ac quamuis ex tua pecunia pignus liberatum ſit, prius tamen fuit vt emptor cœperit illud habere penes ſe iam immune, liberúmque à vinculo pignoris, quàm vt tu in eo cœperis poſſe aliquod ius habere, cum non potuerit tibi obligari niſi ſublato vinculo pignoris, quod tamen tolli non potuit, quin hoc ipſo res vendita eodem inſtanti libera cõſtitueretur: quo ſemel facto, réque iam aliena conſtituta, certum eſt nõ potuiſſe rem illam inuito adeóque ignorãte nouo domino, alij rurſum obligari: ſimilis Vlpiani ratiocinatio eſt in *l. ſi ego 9. §. ſi res. D. de iur. dot.* Atqui, inquies, pignus pignori dari poteſt, *l. 1. & 2. C. ſi pign. pignor. dat. ſit.* Ergo & res aliena, cùm creditor neque pignoris dominus ſit, neque fieri poſſit quin hoc ipſo ius pignoris confuſione & conſolidatione extinguatur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Verum reſpondeo, vtilitatis tantùm cauſa receptum hoc eſſe, vt pignus pignori dari poſſit, data ſcilicet per prætorem vtili actione vel exceptione ei cui tale datum fuerit pignus, *d. l. 1. & 2. illo tit. l. grege 13. §. cùm pignori. D. de pignor.* ſed rationem iuris refragari, eã videlicet quam nunc tractamus, quòd pignus non aliter valeat quàm ſi ſit in dominio debitoris, dominium autem per contractũ pignoris numquã transferatur in creditorem, *l. cum & ſortis 35. §. 1. de pign. act.* Qui autem dominus non eſt, ſicuti rem ita vendere non poteſt vt emptorem faciat dominum, ita neque alteri præbere poteſt iuſtam cauſam alienandi, ne plus iuris in aliũ transferat quàm ipſe habeat, inutile porrò pignus eſt quod creditor non poteſt ita vendere, vt dominium transferat in emptorem, *d. l. mulier.* Neque verò alia de cauſa fit vt creditor qui dominus non eſt, faciat tamen emptorem dominum, quàm quia vendit ex domini voluntate, *§. 1. Inſtit. quib. alien. licet, vel non.* Placuit tamen ex æquitate huiuſmodi pignus defendi, quaſi is qui rem ſibi ab vno obligatam alij dat pignori, hoc tantum agat, vt ſuo creditori obliget ius illud ipſum pignoris quod habet in re aliena. Et in eo vtilitas eſt huius ſecundi pignoris, quòd ſequens creditor habet vtilem actionem vel exceptionem ad retinendum pignus, quandiu ius durat primi creditoris, vt pluribus explicat Marcianus in *d. §. cùm pignori. l. & imperator. in d. l. 1. C. ſi pign. pigno. dat. ſit.* Quid ergo ſi quis rem alienam pignori dederit, deinde eius rei dominus eſſe cœperit? Pignus quidem neque ipſo iure valebit, neque directò conualeſcet, veruntamen dabitur vtilis actio creditori, cùm eo tempore quo actio illa vtilis exercetur, nihil iam impediat quominus valeat pignus, nec poſſit obiicere fuiſſe ab initio illud inutile cùm ipſe dederit. Atque ita Paulus reſpondet in *l. rem alienam 41. D. de pign. action.* Neque diſtinguit an creditor qui rem alienam pignori accepit, alienã eam ſciuerit, aut ignorauarit: in quo tamẽ aliud videtur fuiſſe iudicium Papiniani *in l. 1. in princ. ff. de pignor.* vbi ait receptam quidem eſſe conuentionem generalem in pignore dando bonorum etiam poſteà quæſitorum, id eſt receptum fuiſſe vt non tantùm bona præſentia pignori dari poſſint, ſed etiam futura, idque contra ſtrictam iuris rationem, quoniam quiſquis futura bona obligat is vtique dat pignori rem quæ eo tempore ſit aliena, ſed tamen ſi in ſpeciem rei alienæ collata ſit conuentio, id eſt, ſi ſpecialiter & expreſſim pignus conſtitutum ſit in ea re quæ tum aliena fuerit, ac poſtmodum debitori aliquo iure acquiſita, quæ res nullomodo fuerit tum debita creditori oppigneranti (nam in re aliena quidem, ſed tamen iam tunc debita dicendum aliud eſſet propter ſpem probabilem iam natam futuræ acquiſitionis) ait Papinianus difficilius eſſe vt creditori qui non ignorauit alienam eſſe, vtilis actio dari debeat, ſed faciliorem fore poſſidenti retentionem. Quibus verbis, licet minùs apertè ſententiam ſuam exponere Papinianus videatur, dubitandum tamen non eſt quin affirmet, concludátque, ſed modeſtè, vt Iureconſulti ſolent in re dubia, huic creditori, ſiquidem poſſideat, dandam eſſe retentionem pignoris: ſed ſi non poſſideat, denegandam ei actionem etiam vtilem, quia ſibi debet imputare qui ſciens pignori acceperit rem alienam, nec poteſt videri ab alio deceptus, qui ſeipſum decepit, *l. nam ſi actor 29. ff. de rei vendic.* Denique hoc caſu locum habet iuris regula, quæ vult, Expreſſa nocere, quæ non expreſſa non nocerent. Igitur ne cogamur dicere Paulum à Papiniano in hoc quoque, vt & in aliis multis diſſenſiſſe, fatendum eſt intelligi Paulum debere ſecundùm diſtinctionem Papiniani, hoc eſt, de eo caſu quo vel data ſit pignori res aliena quidem, ſed iam debita debitori oppigneranti, vel fuerit oppignerata ignoranti creditori. Difficilior eſt alia quæſtio quam ſubiungit Paulus *in d. l. rem alienã.* ſi Titio qui rem meam ſine voluntate mea obligauerat, heres extitero, an pignus conualeſcat? Nam ex vna parte videtur ea ratio facere vt conualeſcat, quòd in hac ſpecie idem contingit quod in præcedente, vt idem ſit & debitor, & dominus pignoris eo tempore quo agitur, non minùs quàm ſi debitor qui rem meam pignori dediſſet, heres mihi extitiſſet: quo tamen caſu iam diximus ex eiuſdem Pauli ſententia futurum vt creditori vtilis actio pignoratitia, id eſt de pignore quam hypothecariam vocamus, danda eſſet. Et ita in hac ſpecie reſpondit Modeſtin. in *l. ſi Titio 22. D. de pign.* pignus quidem directò non conualeſcere, ſed tamen vtilem pignoratitiam creditori dandam eſſe. Verùm longè aliter Paulus noſter in *dict. l. rem alienam*, vbi concludit pignoris perſecutionem non eſſe hoc caſu concedendam creditori, & aliud dicendum eſſe in hac ſpecie, aliud verò in ſuperiore. Adſértque rationem hanc diſſimilitudinis, quod non ſufficiat ad inducendam vtilem pignoratitiam actionem, vt idem ſit dominus & pecuniæ debitor: quaſi dicat illud etiam omnimodo requiri, vt conuenerit ipſe de pignore, cùm ſola pignoris conuentio illa ſit, quæ pignoratitiam, ſiue directam, ſiue vtilẽ inducere poteſt. Porrò cùm ego Titio heres extiti qui rem meam ſine voluntate mea obligauerat, ſum quidem debitor ex perſona Titij, & dominus ex mea propria, ſed non idcircò poſſum videri pepigiſſe de pignore, ideóque nulla ratio eſt cur contra me danda ſit pignoratitia, non magis quàm contra quemlibet alium, qui vel debitor tantùm eſſet & poſſeſſor, non dominus, vel dominus tantùm & poſſeſſor, non

debitor. At in ſuperiore caſu is qui rem alienam pignori dedit, poſtea eiuſdem rei dominus eſſe cœpit, cùm ipſe conuenerit de pignore, & ex ſuo mendacio arguatur, cum dederit pignori rem tanquam ſuam, quę erat aliena, procul dubio improbe reſiſtit quominùs teneatur vtili ſaltem actione, quia in eius perſona concurrunt hæc tria, Quòd ſit debitor, Quòd ſit dominus, &, Quòd conuenerit ipſe de pignore. Niſi forte quis putet debere meliorem eſſe illius conditionem ob id ſolùm quòd mentitus fuerit dando pignori rem alienam pro ſua, quod tamen abſurdum ſanè eſſet. Et hæc Pauli ſententia mihi certè probabilior videtur, vt mirum ſit ab interpretibus noſtris nullam in contrarium rationem eſſe, adſentientibus Modeſtini opinionem magis probari. Nec enim dubito, quin Paulus & Modeſtinus in hac quęſtione vltrò diſſenſerint, ita vt conciliationis ratio adferri nulla poſſit. Nam quod Alciatus ſcripſit lib. 7. παρεργων cap. 14. legendum eſſe apud Paulum, *num eſt idem dicẽdum?* per interrogationem pro eo quod in omnibus libris vulgo legitur, *non eſt idem dicendum*, prorſus improbabile eſt, cùm ſequentia oſtendant non dubitaſſe Paulum quin hoc poſteriore caſu aliud dicendum eſſet quàm in priore. Illud verò etiam improbabilius eſt quod Cuiacius ſcripſit lib. 19. obſer. cap. 26. & à pleriſque probatur ſic intelligendum eſſe Paulum, vt directam actionem deneget creditori non vtilem, cum tota ea lege Paulus non niſi de vtili loquatur, & in verſic. *neque* rationem illam diſertè afferat, per quam probet, ne quidem vtilem in poſteriore caſu dandam eſſe. Nec me mouet quod in verſic. vlt. idem Paulus concedit vtilem actionem. Refertur enim ille verſiculus ad priorem caſum legis iuxta id quod explicauimus. Nec vllus iuris locus eſt, præterquàm in *d. l. ſi Titio*, qui vtilem illam actionem in hac poſteriore ſpecie accommodet creditori. Nam quod ſcriptum eſt in *l. cùm res 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit*, non ad hanc ſpeciem pertinet, ſed ad priorem, cùm is ipſe qui dedit pignori rem alienam, dominus eiuſdem eſſe cœpit. Cæterùm quid Papinianus in hac ſpecie reſponſurus fuerit, conijci facilè poteſt ex *dict. l. 1. ff. de pignor*. Nam ſi difficile putauit dari actionem vtilem creditori in ea ſpecie in qua non dubitauit Paulus quin danda eſſet (quamuis debeat Paulus intelligi ſecundùm Papiniani diſtinctionem, vt diximus) multo magis reſpondiſſet Papinianus cum Paulo, non eſſe dandam vtilem pigneratitiam actionem creditori in eo caſu in quo Paulus præciſe concludit eſſe denegãdam. Nec tamen poſſum prætermittere, eam quoque Papiniani ſententiam quæ extat in *d. l. 1. in princip.* malè vulgo accipi ab interpretibus noſtris exiſtimantibus id velle Papinianum, vt in generali obligatione bonorum etiam futura comprehendantur. Non enim potuit Papinianus id ſentire quod multis poſtea ſæculis contra iuris veteris rationem primus Iuſtinianus introduxit in *l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* At neque aliorum interpretationem probare poſſum, qui volunt poſſe res quoque omnino alienas obligari generali pignoris conuentione, tanquam ſub illa condicione, ſi noſtræ futuræ ſint. Quamuis enim ponas generaliter conueniſſe, inter debitorem & creditorem, vt bona debitoris præſentia & futura eſſent obligata, id eſt quæ tùm haberet, habiturúſque eſſet (quæ vulgaris erat formula, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. eo. tit.*) non ideo tamen facies vt quicquam ex alienis bonis vllomodo poſſit dici obligatum, id eſt ne quidem ſub condicione, exemplo eius quod Pomponius ſcribit in *l. commodiſſime 10. D. de liber. & poſthum.* quamuis in ſpecie valde diſſimili, filium qui à patre inſtitutus eſt in vnum caſum, videri præteritum in caſum contrarium, tanquam qui non poſſit dici inſtitutus, ne quidem ſub conditione. Nam bona quæ conuentionis tempore aliena ſunt, nullomodo poſſunt dici obligata, id eſt, nec purè nec ſub conditione: vbi verò ſunt acquiſita, eo demum inſtanti incipiunt obligata eſſe, quia iam propria ſunt, non aliena. Quid ergo eſt, inquies, quod facit vt non valeat ipſo iure conuentio per quã bona futura obligantur, ita vt eam vtilitatis cauſa recipi fuerit neceſſe: nempe hoc vnum, quòd conuẽtio pignoris ſola illa eſt quæ obligationem poteſt conſtituere, & quæ rem afficit, quàm porrò afficere non poteſt, ſi eo tempore quo fit conuentio, res non reperiatur in dominio debitoris. Nec enim poteſtas cõuentionis manere poteſt in ſuſpẽſo, ſed neceſſe omnino eſt cõuentionis poteſtate rẽ affici & obligari, vel eo inſtanti quo fit cõuentio, vel nũquam. Aliáq; longè ratio eſt conuentionum quæ non rem ipſam afficiunt, ſed perſonam. Quare nec aliud erit ſi conuenerit inter nos vt fundus Conelianus, quẽ ſciamus ad Sempronium pertinere, tibi eſſet obligatus, ſub ea nominatim conditione, Si quandoque meus foret. Quin potiùs dicendũ eſſet, ni fallor, huiuſmodi conuentionem nec valere ipſo iure, nec vtilitatis cauſa & ex æquitate defendi debere, ſecundùm ſententiam Papiniani ſaltem ad producendam actionem, tanquam quæ eſſet collata in ſpeciem rei alienæ, vt Papinianus noſter loquitur, id eſt, tanquam quæ eſſet facta ſpecialiter, de re aliena. Quid enim referre poteſt an rem alienam purè dem pignori, an ſub conditione? Nam licèt dici ſoleat, conditionem quæ tãdem extitit, retrotrahi debere ad tempus initæ conuentionis, *l. potior. 11. ff. qui potior. in pign. hab.* non poteſt tamen ea res facere vtilem pignoris rei alienæ conuentionem, imo tanto magis inutilem, quod ex eo fit vt res aliena purè pignori data ex poſtfacto inueniatur. Siquidem non ſicut exiſtens cõditio retrotrahitur, vt cum interpretibus loquamur, ita etiam facit vt bona longo fortaſſis tempore poſt conuentionem acquiſita, iam ipſo conuentionis inſtanti in debitoris dominio fuiſſe retrofingantur, quia ſcilicet non ſub conditione acquiſita proponuntur, ſed ſub conditione obligata. Non poteſt igitur obligatio per retrofictionem conualeſcere, quia illud priùs eſſe deberet, quod non eſt, vt in ipſa bonorum acquiſitione retrofictio induceretur. Id ergo tantùm ſibi vult Papinianus quod nos dicimus, Obligationẽ bonorum futurorum, ſi generalis, non ſpecialis conuentio de pignore facta ſit, non quidem valere ſummo iure propter eam rationem quam attulimus, ſed receptam tamen eſſe vtilitatis cauſa quòd ad publicã vtilitatem maximè pertineat, vt oppignerãdi facultas amplietur, & debitorum commodo qui faciliùs creditores ideò inuenturi ſunt, & creditorum, vt iis tãto magis cautum eſſe poſſit. Ex quo apparet quàm lõgè à iuris noſtri ratione abhorreat, quod Iuſtinianus conſtituit in *d. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* vt obligatione ſimplici & generali bonorum omnium etiam futura comprehendantur. Quid enim potuit conſtitui improbabilius, quàm vt pro facto haberetur tacitè, id quod etiam expreſſim & diſertis verbis factum ipſo tamen iure non valeret, nec niſi ex ęquitate data, ſcilicet vtili vel actione, vel exceptione defenderetur? Directa ſiquidem non poteſt competere ex ea conuentione quæ ipſo iure nullius ſit momenti, *l. grege 13. §. cùm pignori. eod. tit. ff. de pignor.* quod in propoſita quæſtione de generali futurorum quoque

bonorum,

bonorum, ſiue expreſſa, ſiue tacita obligatione, oemo fortaſſe adhuc obſeruauerit, & tamen ex ſupradicto Papiniani loco non malè probatur.

Ad tit. De oper. libert. varia obſeruata & emendata. Et ad tit. Quarum rerum actio non detur.

Cap. XVIII.

QVemadmodum operas liberto impoſitas ità demum tuetur prætor, ſi libertatis, & manumiſſionis cauſa impoſitæ ſint, ita nec aliter habet eas pro impoſitis cauſa manumiſſionis, quàm ſi ſint impoſitæ ſtatim, & incontinenti poſt manumiſſionem, ſiue per ſtipulationem l. vlt. in illis verbis, *dummodò incontinenti cum manumiſſus eſt, aut iuraret, aut promitteret. ff. de liber. cauſ.* Nam quæ ex interuallo poſt manumiſſionem promittuntur, iam non poſſunt dici manumiſſionis cauſa promiſſæ, quantumlibet prætextus manumiſſionis pro cauſa quæratur. Illa enim verba *manumiſſionis cauſa*, non tam id ſignificát vt manumiſſionem præceſſiſſe ſufficiat ad hoc ne operarum obligatio ſine cauſa facta eſſe videatur, quã hoc potiùs vt eæ demum operæ debeantur, ſine quibus libertas data non fuiſſet, *l. in liberto 77. ff. de ſolut.* Propter quam cauſam non tam promitti quàm imponi dicuntur, *l. 2. l. operis 31. & paſſ. ff. de oper. libert. l. qui ex cauſa 27. ff. de bon. libert.* Quod ipſum *imponendi* verbum ſignificat apertè, huiuſmodi operarum debito libertatis onus irrogari. Onus enim eſt quod imponitur, id eſt quod ſuprà ponitur ita vt granet. Ac proinde fieri nullomodo poteſt vt homini iam facto libero imponantur operæ ex interuallo, ne quidem per manumiſſorem, cùm neq; in perſonam ipſius manumiſſi qui iam liber eſt, quicquam iuria habeat, neque poſſit dicere & cauſari non aliter ſe libertatem daturum fuiſſe, quam vltro dederit, nulla præcedente, aut ſtatim ſubſequente operarum promiſſione. Quod certè diuerſum eſt cùm ſtatim & incontinenti poſt manumiſſionem operæ imponuntur, aut promittuntur. Solemus enim dicere ea quæ incontinenti fiunt, ineſſe videri, *l. iuris gentium 7. §. 1. quinimò. ff. de pact. l. lecta 40. ff. de reb. credit.* Ex quo apparet quàm falſum ſit quod Hugo Donellus tradit in lib. 2. Comment. de iur. ciuil, operarum artificialium promiſſionem etiam extraneo factam valere. Etſi enim verum eſt poſſe id genus operarum extraneo quoque ſolui, *l. operæ 9. ff. de oper. libert.* longè tamen aliud eſt, eſſe quid in obligatione & petitione, aliud verò in ſolutione tantùm & præſtatione, *l. 1. ff. de pen. legat. l. cum ſino 19. l. ſi petitum 24. ff. quando dies legat. ced. l. ſi quis ſtipulatus 57. ff. de ſolut.* Et verò quomodo poſſunt operæ vtiliter promitti extraneo, id eſt ei qui nunquam manumiſit, cùm nec ipſi manumiſſori ex interuallo promitti poſſint? Eadémque ratio facit, vt tum etiam cùm patrono promiſſæ ſunt, ſiue iureiurando, ſiue ſtipulatione interueniente, ſiue ſic dicta manumiſſioni lege, neceſſaria tamen ſit tuitio prætoris, quia iuris ciuilis ratio non patitur vt libertati vllum onus imponatur, aut vt liber homo debeat operas, quippe quarum debitum non patrimonij onus ſit, ſed perſonæ. Si enim proponeres debitum eſſe pecuniarium, & certæ quantitatis pecuniæ, quam ſeruus ad conſequendam libertatem promiſiſſet, libertate autem iam accepta, hunc ipſum ſeruum eandem pecuniam patrono, quamuis longò poſt interuallo promiſiſſe, non dubitarem quin ex iſta ſtipulatione obligatio iuſta ciuiliſque naſceretur, quod probatur nõ malè ex *l. eleganter 7. §. ſeruus. ff. de dolo. & ex l. 3. C. an ſeruus ex ſuo fact. poſt manum. teneat.* Vſque adeò autem verum eſt homini libero imponi operas niſi libertatis cauſa non poſſe: vt Venuleius referat in *d. l. vlt. D. de liber. cauſ.* dubitatum antea fuiſſe, vtrum ſeruus duntaxat, an liber iureiurãdo patrono obligaretur in his quæ libertatis cauſa imponuntur (ſic enim lego, *liber iureiurando*, non vt vulgo *libertus*, vt oſtendunt ſequentia illa, *tamen verius eſt non aliter quàm liberum obligari*) quia licèt certiſſimi iuris ſemper fuerit ſeruum quandiu ſeruus manet, obligari ciuiliter non poſſe, *l. nec ſeruum 41. ff. de pecul.* tolerabilius tamen videri poterat vt libertatis conſequendæ cauſa ſeruus obligaretur, quàm vt ex eo tempore quo iam liber factus eſſet, eius libertati aliquod onus imponeretur. Verius tamen eſſe ait Iuriſconſultus, vt non aliter quàm liber hic obligetur, quamuis moris eſſet vt ab eo adhuc in ſeruitute conſtitutu iuſiurãdum de operis poſt manumiſſionem promittendis exigeretur. Ideo namque ita fieri ſolebat, vt ſerui religione adſtricti poſtquàm ſuæ poteſtatis eſſe cœpiſſent, iurandi neceſſitatem haberent. Cæterùm ſiue ſeruus ante manumiſſionem iurauerit ſe poſt manumiſſionem de operis iuraturum, aut eas per ſtipulationem promiſſurum, ſiue non iurauerit, ita demum iurando, vel promittendo obligabitur, ſi incontinenti poſt manumiſſionem iurauerit, aut promiſerit. Qui certè ſenſus eſt *d. l. vlt.* non is quem Donellus docet *dict. libr. 2. Comment. de iur. ciuil. cap. 8.* vt non aliter quidem cogatur iurare libertus, aut operas promittere, quàm ſi incontinenti poſt manumiſſionem id fecerit, ſed tamen ſiue promiſerit, ſiue iurauerit ex interuallo, nihilominùs obligetur: illa namque taxatio & limitatio *dummodo incontinenti cùm manumiſſus eſt, aut iuraret aut promitteret*, non eſt referenda ad id quod proximè præcedit, *iurandi neceſſitatem haberent*, ſed ad priorem illam clauſulam, *non aliter quàm liberum obligari*. Alioqui religio illa quæ ex iureiurando in ſeruitute præſtito proficiſcitur, non minùs obligaret ſeruum, vt poſt manumiſſionẽ etiam ex interuallo iuraret, quàm vt ſtatim, & incontinenti, ſi non ratio iuris etiam prætorij obſtaret, quæ non patitur vt libertas iã purè data ex poſtfacto oneretur. Donellũ fefellit virũ ſanè doctũ, elegantẽ, nec inargutũ, quod ex Vlpiano ſcriptum eſt in *l. vt iuriſiurandi 7. §. iurare. ff. de oper. libert.* iurare libertum debere poſt manumiſſionem, vt obligetur, & ſiue ſtatim, ſiue poſt tẽpus iurauerit, obligari. Sed nihil apertius eſt, meo iudicio, quàm totum illum verſiculum aut Triboniani eſſe, aut imperiti alicuius interpretis, potiùs quàm Vlpiani, ſiue inſpicias quæ præcedunt, ſiue quæ ſequuntur. Nam in præcedentibus iam hoc ipſum expreſſerat Vlpianus, & quidem multo elegantiùs, vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, liberum eſſe oportere eum, qui iuret. Quid enim aliud illud eſt, quàm iurare debere poſt manumiſſionem, antè quam ſcilicet nec liber, nec libertus eſt? Rurſus initium ſequentis §. iiſdem ipſis verbis conceptũ *iurare autem debet*, an nõ oſtendit manifeſtè Vlpianum cuius mira fuit in ſcribendo elegantia, tam inſulsè & inconcinnè locutũ non fuiſſe? Accedit, quod proximè Vlpianus eum caſum tractauerat, quo non poterat fieri, quin poſt manumiſſionem iuraretur, de illo videlicet teſtatore qui liberto ſuo aliquid legauerat ſub ea conditione, Si filio ſuo iuraſſet ſe operarum nomine decem præſtaturum. Qui enim iam libertus erat mortuo teſtatore, ſiue inter viuos, ſiue ex eodem teſtamento libertatem ab eo accepiſ-

Digitized by Google

let, quomodo poterat non poſt manumiſſionem iurare? Quanquam nec de vllo actu manumiſſionis tractari poteſt, cum quis manumittitur teſtamento, quia fit eiuſmodi manumiſſio ſola legis poteſtate. Quod ſi pertinacius velis cõtendere verſiculũ hunc eſſe Vlpiani, dicam cum Accurſio & Bartolo ſic accipi debere vt obligetur libertus, ſiue iuret in actu ipſo manumiſſionis, ſiue poſtea, dummodò ſtatim, id eſt non longo ſpatio temporis interiecto, vt quod lex ait *poſt tempus*, de breui tempore intelligatur. Nã & quod poſt tempus fit, dicitur incontinenti fieri ſi non multum temporis interceſſit, vt in *l.1.§. itẽ ſi ita. D. ad leg. Falcid. l. quod dicimus* 1. 5. *de ſolut.* quod Græci dicunt *ἐν πλάτει l. pen. D. de condict. tritic. l. ratum* 13. *D. de ſolut. l. ſi arbiter* 28. *D. de probat. l. quo enim* 12. *D. rat. rem haber.* Poſſet etiam locus ille ſic accipi, vt valeat iuſiurandum ſiue incontinenti, ſiue ex internallo adhibitum de præſtandis operis; dummodò fuerint illæ impoſitæ à patrono libertatis cauſa & in ipſo actu manumiſſionis. Etſi enim hoc caſu non eſt neceſſarium iuſiurandum vt ex edicto iudicium operarum dari debeat patrooo qui non aliter fuerat manumiſſurus, nihil tamen prohibet adhuc iuſiurandum liberti, vt ea obligatio iureiurando quoque coofirmetur. Denique parum refert quonam tempore de operis iuſiuraodum, aut promiſſio interponatur, dummodò eæ operæ libertatis cauſa impoſitæ ſint, id eſt eo tempore quo libertas data fuit, & ſine quibus data non fuiſſet. At difficilius illud eſt quod in eadem lege Vlpianus ex Celſo ſcribit parum referre quam ob cauſam de operis libertus iurauerit. Id enim pugnare videtur cum eo quod proxime dictum eſt, vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, non modò libertum eſſe eum qui iurat, ſed etiam libertatis cauſa iurari oportere: niſi dicamus cũ Bartolo ſufficere vt cauſa libertatis ſit cauſa remota, nec requiri vt ſit proxima dum ne ſit etiam nimis remota. Sed tamen non explicat Bartolus qua ratione in ſpecie propoſita poſſit libertatis cauſa vlla interuenire, ſiue proxima, ſiue remota, cùm lex ponat legatum fuiſſe liberto ſi iurauerit ſe filio patroni operarum nomine decem pręſtiturum. Sic enim fit vt ſolum legatum, non item libertas operarum debito cauſam dare videatur: niſi ponas de eo liberto id intelligendum eſſe, qui eodem teſtamento & libertatem acceperit, & cum libertate legatum ſub ea præſtandarum operarum conditione. Hic enim ſicuti non poteſt accepta libertate quæ ipſi quoque inuito competit, repudiare legatum quod adnexum habet onus operarum, ita videtur operas promittere non ſolùm ex cauſa legati, ſed etiam propter libertatem, quam vtique credibile eſt nõ fuiſſe daturum dominum, niſi ea lege operarum filio præſtandarum; *arg. l.5.§.1. de leg.2.* Quod ſi ponas Vlpianum de eo liberto tractare qui libertatem inter viuos acceperit, diſtinguenda erit obligatio operarum ab obligatione pecuniæ operarum nomine præſtandæ. Facilius enim eſt obligari libertum ad præſtandam pecuniam quamuis operarum nomine, accepto ſcilicet in eam rem, & ſub ea conditione legato, quàm ad præſtandas operas, quia nõ ſicut operarum, ita & pecuniæ pro operis præſtandæ onos afficit perſonam, iúſque libertatis ipſius infringit. Et aliàs plerumque alia cauſa eſt operarum, alia pecuniæ pro operis promiſſæ, *l. quia alia* 12. *l. ſi ita* 39. *D. de oper. libert.* Puto tamen probabiliùs dici poſſe intelligendum Vlpianum de illo caſu, quo aliquid liberto legatum ſit ſub illa conditione, ſi iurauerit ſe decem filio operarum nomine præſtiturum, operarum, ſcilicet iam antea & ſuo tempore ritè rectéque, id eſt libertatis cauſa impoſitarum. Id n. probat quod ſequitur *de operis*, alioqui nec pecúnia pro operis promiſſa deberetur ſi nullædum operæ deberentur, *arg. d. l. ſi ita.* Alia tamẽ etiam ratio ſuadere videbatur ne hoc iuſiurandum valeret tanquã interpoſitum onerandæ libertatis cauſa. Tunc enim onerari libertas dicitur cùm non ſolæ operæ promittuntur, ſed præter operas aliquid quod faciat, ne ſola operarum præſtatione libertus poſſit liberari *l. vlt. §. vlt. D. qui & à quib. manumiſſ.* Sed in promptu reſponſio eſt, non eſſe prohibitam præſtationem mercedis pro operis, ſed tantùm obligationẽ, id eſt, non prohiberi patronum quominus mercedem accipiat pro operis, ſi libertus velit, & vltrò pecuniam offerat quod fortè id ſibi commodius eſſe arbitretur, *d. l. vlt. §. non prohibetur.* Quemadmodum nec prohibita eſt obligatio operarum vel pecuniæ alternatiuè, quia cùm illo caſu electio ſit debitoris ex reg. *l. plerũque* 10. *§. vlt. D. de iur. dot.* perinde liberatur libertus operarũ pręſtatione, ac ſi ſolas operas promiſiſſet meliore gaudens cõditione in eo quod electionem habet, *d. l. vlt. §. is qui operas l. 6. §. 1. D. de iur. patron.* In eámq; rẽ textus eſt perelegans in *l. patronus* 25. *§. vlt. D. de oper. libert.* vt ſcribit Iulianus, nonnunquam ipſis libertis poſtulantibus patronos operas locare. Ita enim pretium magis operarum, quàm mercedem eos capere exiſtimandos eſſe: Senſus eſt, prohiberi patronum capere mercedem, at non etiam prohiberi capere mercedem operarũ. In quo etiam Donellus errat, qui iſta nõ diſtinguit: Prohibetur patronus per legem Æliam Sentiam capere mercedem, quia tunc libertas oneratur, non item cùm operarum pretium accipitur. Hoc ipſum verò cur ita? annon & merces & pretium in pecunia conſiſtit? an non etiam poteſt fieri vt conuenerit de mercede quæ ſit minor iuſto pretio? Sic eſt: ſed mercedem eam intelligimus quæ ſub prætextu & oomine operarum tunc etiam exigitur, cùm alioqui operæ ipſæ aut exigi, aut pręſtari non poſſunt, puta non indigente iis patrono, vel non valente illas præſtare liberto. Quod cùm euenit, quantulumcunq; illud ſit, quod ita exigitur, fatendum eſt onerari libertatem. At non ſimiliter cum pretium percipitur, quãdo nõ priùs de operarum pretio quærendũ eſt, quàm ſint illæ in rerum natura, ſiquidem eius rei quæ non eſt nec pretium vllum eſſe poteſt. Atqui non ſunt operæ in rerum natura priuſquàm aut præſtitæ ſint, aut earum dies præterierit in quo præſtari debuerunt, *d. l. operæ* 9. *eod. l. 1. De oper. ſeruor.* Rurſum nec earum dies præterit antequàm cedere incipiat, nec denique cedere priuſquàm indictæ ſint, *l. ſi quis hac lege* 13. *§. iudicium. De oper. libert.* ſcilicet quod ad officiales, quæ quoniam patrono vt patrono debentur, non ſolùm magis propriè, ſed etiam abſolutè operæ dici ſolent, *l. cum patronus* 22. *in princip. l. quoties* 24. *in fin. & paſſ. eod. tit.* Porrò cùm operæ ipſæ petuntur, & indicuntur, iam non merces earum nomine exigitur, ſed tamen non prohibetur patronus quominùs poſtulanti liberto, vt liceat ſibi pecuniam pro operis dare, conſentiat, quamquam nec conſentire cogitur ſi operas malit habere quàm pecuniã. Itaq; hoc caſu non ſolùm non oneratur libertas, ſed & leuatur. Ergo vt redeamus ad Vlp. in *d. l. vt iuriſiurãdi*, Si quis liberto ſuo fundum legauerit ſub ea cõditione, Si iurauerit ſe filio patroni operarũ nomine decẽ daturum, operarũ, inquam, vt ſupra interpretati

ſumus

ſumus, iam libertatis cauſa rectè impoſitarum (ſupponendi enim ſunt termini habiles, vt vulgò noſtri iactitant) obligabitur libertus non quidem vt iuret ſi legatum repudiare malit, ſed ita demum ſi agnouerit, quia cùm iurauerit ſponte ad implendam conditionem relicti legati, atque ita legatum conſequatur, eſt quod ſibi potiùs quàm patrono imputet cur in eam præſtandæ pecuniæ neceſſitatẽ ſemet vltrò coniecerit. Proinde quamuis non niſi libertatis cauſa imponi poſſint operæ, ideóque quoties de iis imponendis ſiue per ſtipulationem, ſiue per iuſiurandum cauetur, & multum interſit quam ob cauſam de imponendis illis aut iuretur, aut promittatur, attamen ex quo impoſitę ſunt, & quidem ita vt libertas contra leges onerata non ſit, parum refert quam ob cauſam iuretur ratione operarum, id eſt de pecunia pro operis pręſtanda: nimirum an ex teſtamento, & legati conſequendi gratia, an alia ratione. Senſus eſt iam non illud requiri vt iuretur vel promittatur libertatis cauſa, cùm non de imponendis operis agatur, ſed de impoſitis æſtimandis, aut aliter atque aliter præſtandis. Illud tamen ſemper requirimus vt vltrò ac ſponte libertus aut pecuniam; aut iuſiurandum de pecunia pro operis præſtanda offerat, quò maius aliquod commodum ſibi comparet, vt in propoſita ſpecie, ne alioqui dum liberto in hoc proſpicere volumus ne libertas eius oneretur, eidem noceamus vt conditionem ſuam meliorem facere prohibeatur. Et hæc interpretatio mihi longè conuenientior videtur, quàm quę à nobis ſupra ex Bartolo allata fuit. Non ſolùm aũt merces ſub prætextu & nomine operarum liberto impoſita exigi non poteſt, tanquam quę libertatem oneret, ſed nec aliud quicquam eorum omnium, quę libertatis onerandę cauſa impoſita dici poſſunt, *l.1.§. ſi manumiſſo-ro. & §. qua oneranda. ff. quar. rer. act. non dat.* Nam cùm libertinus ille ſit qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, & per manumiſſionem pleniſſimam libertatem cõſecutus (de illis enim libertis loquimur, qui olim plenam & perfectam libertatem, id eſt cum libertate ciuitatem Romanam conſequebantur, quales libertinos omnes eſſe tandem Iuſtinianus voluit) quis ferat hominis libertatem eo prętextu onerati quòd impoſitum ſit onus libertatis cauſa? Fecit quidem fauor libertatis vt habenda fuerit ratio, & adprobanda obligatio impoſitorum libertatis cauſa, vt tanto faciliores fierent domini ad dandam libertatem pro qua viciſſim aliquid reciperent, ne alioqui careret dominus & ſeruo, & ea re quam in ſerui locum habere voluiſſet, *l.2.§. vltim. eod. tit.* Sed cùm eo colore paſſim abuterentur patroni ad grauiſſima quęque onera libertati imponenda, æquum fuit proſpici à prętore, vt eorum perſecutio coarctaretur, propoſito in eam rem edicto, vt ait *l.2. De oper. libert.* Onerandæ autem libertatis cauſa impoſitę operę intelliguntur, non modò cùm pro operis mercedem patronus ſtipulatur, vt proximè explicanimus, ſed tunc etiam cùm ita impoſitę ſunt, vt libertus ſe alat *l. impoſi 33. eod.* nimirum ſi alere ſe libertus non poſſit: Alioqui ſuo victu veſtitúque operas libertum debere placuit: aut certè ita exigendæ ſunt operæ vt his quoque diebus quibus operas edat, ſatis temporis habeat ad quæſtum faciendum vnde ali poſſit, *l. ſuo victu 18. & ſeq. eod.* Id niſi fiat, pręter debet patrono denegare ipſam operarum petitionem. Sic enim malo legere quàm *præſtationem, in l. quod niſi 20. eodem.* vbi rationem perelegantem Paulus reddit, quia vnuſquiſque quod ſpopondit ſuo impendio, dare debet, quandiu id quod debet in rerum natura eſt. Probat enim hæc ratio vtrumque, id eſt, & ſumptu ſuo libertum operas præſtare debere, ſi habeat vnde ſe alat, & contrà, ſi non habeat, danda ei eſſe à patrono alimenta. Ratiocinatio hæc eſt: Quòd operæ patrono deberi priùs nequeant, quàm ſint in natura. Priùs autem in natura non ſunt, quàm vel præſtitæ ſint, vel præterierit dies quo præſtari debuerunt. Porrò præſtari nec debent nec poſſunt niſi ab eo liberto, qui viuat: Rurſum nec viuere is poteſt ſine alimentis. Ergo à primo ad vltimum, vt dicunt Logici, non poteſt videri libertus debitor eſſe operarum, ex quo incipit non habere vnde ſe alat, quia ex eo tempore verum eſt non ſolùm in rerum natura non eſſe rem quæ debeatur, id eſt operas, ſed nec eſſe poſſe niſi patronus ipſe alimenta ſubminiſtret. Ex qua ratione tanto magis apparet verum eſſe quod dicimus in d.l. *quod niſi* legendum eſſe *petitionem* nõ *præſtationem.* Ea namque ratio probat denegandam eſſe à prætore non præſtationem operarum, quæ per ipſam rerum naturam fieri nequeat, rei in natura non exiſtentis, ſed petitionem, quæ alioqui ſummo iure concedenda videbatur, propter contractam ab initio vtiliter obligationem. Itaque hoc caſu non eſt liberto neceſſaria exceptio, *Quod onerandæ libertatis cauſa,* cùm ſit tutus ipſo iure, tanquam liberatus hoc ipſo, quòd res debita deſiit eſſe in rerum natura, citra ipſius debitoris moram aut culpam, *l. ſi ex legati 23. ff. de verb. obligat.* Belliſſime autem, inquit Vlpianus *in d.l.1.§. quæ oneranda. ff. quar. rer. act. non dat.* onerandæ libertatis cauſa facta ſic definiuntur, quæ ita imponuntur, vt ſi patronum libertus offenderit, petantur ab eo, ſempérque ſit metu exactionis ei ſubiectus, propter quem metum quiduis ſuſtineat patrono præcipiente. Quod tamen non ita accipiendum eſt quomodo accipit Donellus, quaſi neceſſe ſit fieri promiſſionem ſub illa condicione, *ſi patronum libertus offenderit.* Nam & idem eſt ſi patronus ſtipulatus ſit, ſine conditione, adiectis tamen fortaſſe verbis illis, *cùm volam*, aut aliis ſimilibus. Toties enim onerandæ libertatis cauſa videtur pecunia promitti quoties ſua ſponte, id eſt, liberaliter dominus manumiſit, & propterea tantùm vult libertum promittere pecuniam aut aliud quidlibet, non vt exigat à liberto, ſed vt libertus eum timeat, & obtemperet ei *d.l. 2. in fin.* Et vero aliud eſt peti quid poſſe per patronum, ſi libertus eum offenderit, aliud autem deberi patrono ſub illa conditione, ſi eum libertus offenderit. Petere namque patronus poteſt quicquid ei promiſſum eſt ſiue purè, ſiue cum adiectione, *quando volam*, aut *quoties volam*, imò & multò faciliùs quàm ſi promiſſum eſſet ſub illa conditione, *ſi patronum libertus offenderit.* Vt enim quod ita promiſſum eſſet, exigi poſſet, offenſionem factam probari oporteret, *l. cùm quidam 24. l. cum pater 77.§. rogo filiæ 25. in fin. de legat. 2.* At cùm nulla conditio adiecta eſt, ſufficit quòd patronus offenſum ſe putet, idque nimirum eſt quod efficit, vt metui exactionis ſemper ſubiectus ſit libertus. Exactionis inquam, ſiue iuſtæ, ſiue iniuſtæ. Minus enim ei ſuccurrendum eſſet ſi non niſi iuſtam exactionem vereri poſſet, quod eueniret, ſi exactioni cauſam illud vnum præberet, quod patronum tenetur offendiſſet. Sequitur apud Vlpianum *in d.§. qua oneranda, In ſumma ſi quid incontinenti impoſitum ſit liberto quod ἐπικρεμάμενον, id eſt imminens oneret libertatem, dicendum eſt id exceptioni locum facere.* Quid autem eſt cuius exactio magis immineat, quã quod purè promiſſum eſt, aut cuius exigendi facul-

tas patroni arbitrio relicta proponatur? Planè non poſſum intelligere quid illud ſit quod ex eodem Vlpiano ſubiicitur, *ſed ſi poſt interuallum, habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat promittere, ſed idem erit probandum & hîc. Tamen cauſa cognita ſi liquidò appareat libertũ metu ſolo vel nimia patrono reuerentia ita ſe ſubiecisse, vt vel pœnali quadam ſtipulatione ſe ſubiiceret.* Facit verò mihi dubitationem illud primum, quod lex ait, *ſi quid impoſitum liberto ſit ex interuallo quod oneret eius libertatem, habere dubitationem.* Neque enim reperio dubitaſſe vnquam prudentes, An quid vel minimum poſſit imponi liberto poſt manumiſſionem. Id enim pro explorato & omnes & ſemper habuerunt, liberto, cum re vera liber ſit, nihil prorſus imponi poſſe, non magis quàm ingenuo, nomine libertatis cauſa. Nec rurſum aliud quicquam libertatis cauſa impoſitum videri poſſe, quàm quod in ipſo actu manumiſſionis, aut ſaltem incontinenti poſt manumiſſionem impoſitum probetur. *d. l. 5. d. l. vt iuriſiurandi 7. d. l. operis 31. d. l. qui libertinus 37. & paſſ. ff. de oper. libert. d. l. vlt. ff. de liber. cauſ.* Libertatis enim cauſa promiſſum intelligitur illud ſolùm, vt iam dixi, cuius contemplatione, & cuius conſequendi ſpe dominus libertatem ſeruo dederit quam aliter non fuerat daturus, non autem id omne quod præſtitæ iam, & competentis libertatis intuitu, ac pro eius veluti quadam remuneratione libertus patrono quandocumque promiſerit. Vnde & iſta tanquam contraria & pugnantia opponuntur, *in l. ſi verò 64. §. 1. & ſeq. ff. ſolut. matrimon. imponi quid liberto libertatis cauſa, & imponi poſt manumiſſionem.* Itaque ratio illa dubitandi quæ apud Vlpianum ſic exprimitur, *quia nemo cogebat eum promittere*, ridicula eſt. Quaſi verò liberum ſit homini libero vt quando & quomodo velit, oneret ſuam libertatem, dum ne id faciat per vim aut metum. Imò verò permiſſum nemini eſt vt de libertate ſua diſponat, quippe quam non à ſeipſo habeat, ſed à natura ipſa, vel à republica, ex quo tempore non modò inter liberos homines, ſed etiam inter ciues numerari cœpit. Id enim eſt quod ſæpius dicere ſolemus, Nec eum quidem qui ſui iuris ſit, tamen ſui ipſius dominum eſſe: quod vtique eſſet neceſſe vt liberam de ſeipſo diſponendi haberet facultatem, *l. liber homo 13. ff. ad leg. Aquil. l. nec ſi volent 6. l. liberos 79. C. de liber. cauſ.* Neque ſanè magis permitti poteſt homini libero, vt libertatem ſuam oneret, quàm vt ſe redigat in plenam ſeruitutem. Vtrumque enim, quamquam non eundem effectum, tamen eandem cauſam habet, ac ex eodem iuris fonte proficiſcitur. Falſum igitur eſt quod apud Vlpianum ſequitur, *ſed idem erit probandum & hîc.* Nam quod liberto impoſitum eſt ex interuallo ad onerandam eius libertatem, nullomodo valet, ac pro non impoſito habendum eſt, ita vt neque vlla eo nomine actio competat ipſo iure. Neque iure ciuili quod adeò impenſe libertati fauet, vt nec de iis quę libertatis cauſa impoſita ſunt, ſi onerent libertatem, putá de operis, actionem vllam accommodet, *l. 4. ff. ſi à parent. quis manum. ſit.* Neque iure prætorio, quia licèt ex ſolo edicto prætoris competat perſecutio non tantùm operarum, ſed etiam cæterorum libertatis cauſa impoſitorum, non alias tamen impoſitiones tuetur prætor, quàm quæ factæ ſint libertatis cauſa. In quo genere iam diximus non poſſe cenſeri ea quæ ex interuallo impoſita ſunt quantumcumque libertatis iam præſtitæ color quæratur. At quod incontinenti impoſitum eſt onerandæ libertatis cauſa, licèt æquè per prætorem ratum non habeatur, non tamen ipſo iure irritum conſtituitur, ſed oppoſita exceptione, de qua in dict. verſ. *in ſumma.* Sicque accipiendum eſt quod Vlpianus ait *in d. §. qua oneranda*, ea quæ patronus à liberto ſtipulatus eſt onerandæ libertatis cauſa exigere illum non poſſe. Aliud enim eſt exigendi ius, aliud agendi. Agere nihil aliud eſt quàm actionem exercere, ſiue talis illa ſit, quæ poſſit elidi per exceptionem, ſiue nulla exceptione ſummoueatur. At exigere cum effectu, id eſt ſine metu aut periculo exceptionis, *l. ſi ſocer 44. in fin. ff. ſolut. matr. l. ſucceſſores 16. C. ad leg. falcid.* Cur autem hoc caſu ſit neceſſaria exceptio, ſi quæratur, ratio illa eſt, quia cùm patronus petit id quod in ipſo actu manumiſſionis, aut quod effectu idem eſt incontinenti, poſt manumiſſionem libertatis cauſa impoſitum fuit, habet pro ſe prætoris edictum, ex eoque fundatam intentionem, quam elidere non aliter poſſit libertus, quàm ſi probet onerandæ libertatis cauſa impoſitum id fuiſſe. In eam verò rem exceptionis vſus neceſſarius eſt, quoniam vtrum libertatem quid oneret, néene, in facto non in iure conſiſtit, cùm pendeat ex animo patroni imponentis, & liberti ſe ſubiicientis. Itaque quamuis ita eſſent concepta edicti verba, vt ipſo iure irrita eſſent omnia quæcumque libertatis onerandæ cauſa impoſita probarentur, non poſſet tamen liberto conſuli ipſo iure, id eſt denegata patrono actione, ſed tantùm per exceptionem, quia facti quæſtio relinquitur ſemper, & locus diſtinctioni, An libertatem oneret id, quod impoſitum fuit, an non. Quæ diſtinctio non adhibetur in iis quæ liberto impoſita ſunt ex interuallo, quippe quæ ſicuti non poſſunt impoſita videri cauſa libertatis, ita nec deberi, quin onerent libertatem. Proinde ſublata facti quæſtione, ſola iuris ratio quæ ſemper certa eſt, relinquitur, quæ pati non poteſt, vt de eo, quod nullo iure promiſſum fuit, aliqua actio accommodetur. Illud verò multo falſius eſt, quod lex ait *idem* probandum eſſe in iis quæ ex interuallo, & in iis quæ incontinenti impoſita ſunt, cum illa adiectione quæ ſequitur, *tamen cauſa cognita ſi liquidò appareat.* Hęc enim adiectio facit vt effectu ipſo perinde ſit ac ſi è contrario ſcriptum eſſet, aliud hîc probandum eſſe. Senſus enim eſt, Si libertus probare liquidò non poſſit ſe metu ſolo, vel nimia reuerentia coactum ea promiſiſſe quę ex interuallo impoſita ſunt, non debere illum recuſare quominùs ea præſtet, quæ vltro & nemine cogente promiſerit, quamuis eiuſmodi illa ſint quæ onerent libertatem. Atqui in iis quæ libertatis onerandæ cauſa incontinenti imponuntur, longè aliud obſeruatur. Placet enim nullomodo exigi poſſe, tametſi non probet libertus à ſe extorta fuiſſe promiſſionem per vim, & metum. Sufficit namque vt appareat non tam concedendæ quàm onerandæ libertatis cauſa impoſitionem factam fuiſſe. Et certè quod dicimus, Ea quæ libertatis onerandæ cauſa impoſita ſunt, exigi non poſſe, non eam rationem habet quòd per vim & metum extorta videantur (quod tamen ſupradicta verba innuere videntur, quorum occaſione ſolent noſtri tam multa hîc cogerere de metu reuerentiali,) ſed illam potiùs, quòd ſi eorum impoſitio valeret, perpetuo metui ſubiectus eſſet libertus, & nihil non faceret præcipiente patrono, ne quid à ſe durius exigeretur, *d. §. qua oneranda. & d. l. 2. in fin. eod. titul.* Nam quę per vim & metum impoſita eſſent, licèt incontinenti & libertatis cauſa, tamen rata per prętorem non haberentur, etiamſi eſſent eiuſmodi quę libertatem alioqui oneratura non eſſent, ex generali regula, *l. ſi mu-*

lier

lier 21.§.1.*& tot.tit. Quod met.cauſ.* in eóque plus poteſt metus preſens, de quo in illa parte edicti De reſtitutionibus in integrum, quàm futurus, de quo in *d.§.quæ oneranda.* Ergo vt tandem dicam quod ſentio, apparet ex ſuperioribus, ni fallor, nihil in tota illa ſententia eſſe Vlpiani, ac proinde cùm nihil etiam ſit quod imperito interpreti adſcribere poſſis, conſequens fieri vt ſoli Triboniano totum id tribuendum videatur. Quod vt ſentiam, mouent me præterea verba illa parum elegantia, *ita ſe ſubieciſſe, vt vel pœnali quadam ſtipulatione ſe ſubiiceret.* Tribonianum decepit proculdubio, quod Vlpianus de iis tantum locutus fuerat quæ liberto impoſita eſſent incontinenti, quaſi de aliis quæ ex interuallo promitterentur dubitari minùs poſſet, quin valere deberent, quãuis libertas ea iis oneraretur, Ratione illa quam Tribonianus expreſſit, quòd libertus vt ea promitteret à nemine cogebatur. Quomodo idem Tribonianus ſub Iuſtiniani nomine validam facit intercesſionem mulieris quę facta ſit ex interuallo biennij à die primæ interceſſionis in *l. ſi mulier* 22. *C.ad S.C.Velleian.* contrà quàm iure vetere obtinuiſſet, *l.doli* 19.*§.diuerſum.D.de nouat.* Atqui prorſus contrario propoſito de promiſſis incontinenti duntaxat egerat Vlpianus, non alia de cauſa, quàm quia de impoſitis ex interuallo dubitari nullomodo poſſet, quin indiſtinctè non deberentur, tanquam quæ libertatis cauſa impoſita dici non poſſent, etſi maximè vltro, nullóque metu cogente promiſſa & impoſita probarentur. Nec proinde iam dubito quin verũ ſit quod ſuprà monui eiuſdem Triboniani eſſe totum illum verſiculum *iurare autem debet poſt manumiſſionem, vt obligetur, & ſiue ſtatim ſiue poſt tempus iurauerit, obligatur* in *l. vt iuriſiurandi* 7. §. 1. *de oper. libert.* Pendet enim id ea eodem illo errore Triboniani, quòd exiſtimauit faciliùs libertum obligari, ſi ex interuallo, quàm ſi incontinenti vel promitteret quidpiam vel iuraret. Adeò verum etiam eſt, quod toties inculcare cogimur, fuiſſe illum in iuris noſtri principiis malè verſatum. Vnus tantùm caſus eſt, quo permittitur liberto, vt vltro promittendo aut iurando De operis, quæ inuito eo non poſſent imponi, conditionem ſuam faciat deteriorem. Is eſt in *l.Campanus* 47.*eod. tit. De oper. libert.* vbi ſcriptum eſt non debere prætorem pati donum, munus, operas imponi ei qui ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, *d.l.vt iuriſiurandi* 7.*§. reſcriptum.l.ſi quis hac* 13.§.1.*eod.l.qui ex cauſa* 29. *de bon.liber.* nec ſi is qui fideicommiſſariam libertatem dedit, ea lege dederit, vt operæ promitterentur, quia non potuit iuri publico derogare, *l. Cerdonem* 42. *D.de ope. libert.* Sed ſi cùm ſciret libertus poſſe ſe id recuſare, obligari paſſus eſt, id eſt, imponi operas ſibi ab herede ea fideicommiſſi cauſa manumittente, & hanc manumiſſioni legem dicente (aliud enim eſt ſe obligare, aliud pati ſe obligari, licèt vtrumque hoc loco eiuſdem ſit effectus, vnde petendus eſt ſenſus eorum verborum *Obligatúſve erit*, *d. l. qui libertinus* 37.*eod.*) non inhibendam operarum perſecutionem, quia donaſſe videtur. An quia ex cauſa donationis poſſit libertus etiam ex interuallo operas promittere? Minimè. Neque verò ad hunc caſum lex pertinet, quæ de illo liberto nominatim tractat; vt diximus, non qui ſe obligauerit, ſed qui tantùm ſe obligari paſſus ſit per legem manumiſſioni dictam ab ipſo manumiſſore. Atqui non potuit ea lex manumiſſioni dici niſi in ipſo actu manumiſſionis. Lex enim contractus illa dicitur, quæ dat formam contractui, eique ineſt, *l.* 1.*§.ſi conuenerit. D.depoſit. l.legem.C. de pact.* Igitur vt maximè verum ſit quod diximus; nihil intereſſe an libertus ſe obliget, an ab alio ſe obligari patiatur, nihil tamen aliud inferre poſſis, niſi quod facilè admitto, valituram promiſſionem operarum tanquam ea cauſa donationis factam ſi eo tempore facta proponeretur, quo ſciens & volens libertus pati poterat ſe obligari, hoc eſt, in ipſo actu manumittendi, aut incontinenti poſt manumiſſionem. Quo tempore defenditur donatio ſingulari quodam iure, quia quod placet, Eum cui libertas fideicommiſſaria præſtatur, inuitum non cogi operas promittere, nec aliud quicquam libertatis cauſa, non ideò fit, quòd ea ratione libertas oneretur, alioqui nec eiuſmodi promiſſio vtilis & efficax eſſet, accepta directa libertate, quod falſũ eſt, ſed quia ingens illud libertatis beneficium non ab eo accipit qui ex cauſa fideicommiſſi libertatem præſtat, ſed ab eo qui fideicommiſſum dedit. Cæterùm ſi vſque adeò gratum ſe velit exhibere, vt ei quoque à quo nihil re vera accipit, beneficij partem aliquam acceptam ferre geſtiat, non eſt prohibendus, quemadmodum & ſi talis manumiſſor ſit, cui operę deberentur, etiamſi à defuncto facta manumiſſio eſſet, puta filius eius qui fideicommiſſariam libertatem adſcripſit, operæ imponi iure poſſunt, vt in eleganti caſu *d.l.qui ex cauſa* 29.§.1. *D. de bon.libert.* Denique in liberti poteſtate eſſe debet vt eandem facere poſſit conditionem ſui manumiſſoris, licèt fideicommiſſarij, quam facere poſſet, Imò verò quæ inuito etiam eo fieri poſſet ſi directam libertatem accepiſſet. At vt ea interuallo promittat operas aliúdve quidpiam quod non poſſit libertatem non onerare, ſiue directo eam, ſiue per fideicommiſſum acceperit, in eius poteſtate eſſe hec poteſt, nec debet. Illud quoque explicãdùm ſupereſt, quam rationem habeat quod ſcriptum eſt in *l.Labeo* 56. *D.eod. & in d.l.*1.*§.ſi libertatis. D.quar. rer.act.non det.* ſocietatem inter patronum & libertum, quamuis libertatis cauſa contractam ipſo iure nihil valere. Ac in promptu quidem eſt, dicere ideo nõ valere quod fieri nequeat vt nõ oneret libertatẽ, quãdoquidem inter ſocios nõ modo bonorũ omniũ cõmunicatio fit *l.*1.*§.*1. *D.pro ſocio*, ſed multis quoq; præſtationib. inuicẽ ſocij obligãtur, prẹſertim vero ad hoc ne quid alterutrius dolo malo fiat, cuius tamen vel ſola allegatio liberto eſt interdicta, *l.parens* 5.*§.vlt. & legib. ſeqq. D.de obſeq.præſt.* Sed præcipua dubitatio in eo eſt, Cur ipſo iure non valeat hæc ſocietas, vt ea Labeone loquitur Vlpianus in *d.l.Labeo*, i. vt idem ille explicat in *d.§.ſi libertatis*, cur ipſo iure tutus ſit libertus aduerſus exactionem patroni, nec ei ſit neceſſaria exceptio Quod libertatis onerãdæ cauſa factum ſit, quam diximus eſſe neceſſariam, quoties de eo agitur, quod onerandæ libertatis cauſa impoſitũ fuit. Duplex tamen iuris huius ratio videtur reddi poſſe: vna, quod tunc demùm neceſſaria ſit exceptio cùm facti quæſtio eſt, an libertatis onerandæ cauſa fuerit impoſitum id quod libertatis gratia impoſitum eſſe conſtat. Nam cùm patronus habeat pro ſe regulam iuris, & formam edicti, liberto incumbit onus probandi oneratam eiuſmodi impoſitione libertatem. Id enim cùm facti ſit, regulariter non præſumitur, niſi probetur. At in propoſito caſu nullus huic diſtinctioni locus relinquitur, quia fieri nullomodo poteſt vt non oneretur libertas eius, qui cum patrono coierit ſocietatem, vt iam diximus, ſicut eueniret ſi quid ex interuallo, tametſi

libertatis cauſa, promitteretur. Cùm igitur neq; facti quæſtio vlla ſubeſſe poſſit, neque diſtinctio adhiberi an libertatis onerandæ cauſa nécne ſocietas coita ſit, Iuris autem certiſſimi ratio faciat, vt ea quę onerandę libertatis cauſa etiam incontinenti impoſita ſunt, nullomodo debeantur, neceſſariò conſequens eſt ſocietatem iſtam quantumlibet initam libertatis cauſa inter patronum & libertum, ipſo iure non valere. Alia ratio eſſe poteſt, quòd ſocietatis iudicium ſit bonæ fidei, cui proinde ipſo iure ineſt exceptio, non tantùm doli, ſed etiam alia quælibet, quæ ſit ſubſidiaria exceptionis doli, puta in factum, *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de leg. 1. iunct. l. non debet 11. in prin. ff. de dolo*, cuiuſmodi ſane illa eſt, Quod onerandæ libertatis cauſa factum ſit. Non enim dolo carere poteſt patronus, cùm id agit vt ſui liberti oneret libertatem, ac multo magis cùm agit ex ea liberti promiſſione aut iureiurando, *argum. l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. except.* Nec dubitandum eſt, quin aut doli exceptio accommodari deberet liberto, aut ſaltem in factum adiecta doli mentione, ſi patroni reuerentia pateretur: quæ porrò facere minimè poteſt, vt non effectu ipſo æquè ſuccurrendum ſit liberto, ac ſi exceptionem doli habere poſſet. Neq; verò patroni exiſtimatio vllomodo læditur ita conſtituto iure, vt ſocietas inter patronum, & libertum coita ipſo iure nullius ſit momenti. Etſi enim id fit eâdem prorſus ratione, qua fieret ſi doli exceptio locum haberet, ſufficit tamen quòd doli mentio nulla fiat. An ergo idem dicemus in cæteris contractibus bonæ fidei, vt ipſo iure non valeant? nec enim doli exceptiones iis minùs inſunt, quàm iudicio ſocietatis. Sed non puto. Valent enim proculdubio nec ſolùm ſi libertatis cauſa & in ipſo actu manumiſſionis, aut incontinenti poſtea initi ſint, quod minorem habet dubitationem, ſed nec ſi ex interuallo, quia non perinde vt ſocietas onerant libertatem, cùm temporis tractum non habeant, vnóq; inſtanti ſuam exerant poteſtatem.

De operarum editione, æſtimatione, & indictione.

CAPVT XIX.

QVod in cæteris faciendi obligationibus euenit, vt debitor non ad factum præciſè cogatur, ſed præſtatione eius quod intereſt, liberetur, *l. ſi quis ab alio 13. §. vltim. ff. de re iud. l. ſtipulationes non diuiduntur 72. verſ. Celſus. l. quoties quis 81. ff. de verb. obl.* idē contingit in debito operarum à liberto promiſſarum, aut etiā ei impoſitarum, vt eas ſibi à patrono indictas præſtare cogendus præciſè non ſit, ſed præſtando earum æſtimationem acquirat ſibi liberationem inuito etiam patrono, *l. medicus 26. §. 1. ff. de oper. libert.* Nam & operæ in actu factóque conſiſtunt, *l. 1. ff. de oper. ſeruor.* cùm nihil aliud ſint, quàm diuturnum officium, *l. 1. ff. de oper. libert.* & cùm ideò receptum ſit, ne quis ad factum præciſè cogi poſſit, quòd ea res fieri non poſſet ſine vi & impreſſione quæ directò infringeret ius naturalis, ciuiliſque libertatis, æquum fuit non deteriorem hac in re conſtitui liberti conditionem, quàm cæterorum hominum liberorum, cùm ipſe quoque liber ſit. At quoniam æſtimatio facti, id eſt eius quod fieri debuit, nec factum eſt, nihil aliud eſt, quam idipſum quod intereſt ſtipulatoris, *d. l. ſi quis ab alio. §. vltim. & d. l. quoties*, dubitatio illa plerumque occurrit, Si libertus indictas ſibi operas præſtare nolit, quomodo ſint æſtimandæ, vt in ſpecie *d. l. medicus*. Placet autem idipſum ſeruandum eſſe, quod in cæteris cauſis ſeruatur, vt non debeat ſpectari quantum interſit actoris extra rem, ſed quantum circa rem, *l. vlt. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem. ff. de act. empt. l. ſi is cui 71. in fin. ff. de furt.* Itaque ſi medicus patronus, cuius liberti quoq; medecinam faciebant, iis prohibuerit ne facerent, ratus fortaſſe ita futurum vt haberet multo plures ſibi imperantes, alias vero iis operas indixerit, liberales quidem, ne cauſari poſſent ſe non debere, ſed quas tamen præſtare ipſi noluerint: Reſponſum eſt tanti æſtimandas eſſe operas, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, quòd medecinam facere prohiberentur, commodi patronus eſſet conſecuturus, *d. l. medicus*, in cuius initio apertum eſt malè ac vitioſè additam eſſe dictionem *libertus*, cùm ſpecies illa ſit de medico patrono qui libertos etiam habebat medecinam facientes, non de liberto. Itaque vel delenda eſt ea dictio, legendúmque ſimpliciter *medicus*, vel emendanda vt pro *libertus* reponamus *patronus*. Alia tamen ratio etiam adſerri poteſt, quæ ad liberti operas ſpecialiùs pertineat, & quæ faciat vt non ad operas edendas præciſè libertus teneatur, ſed earum æſtimatione ſoluta liberetur: ſcilicet quia operæ nihil aliud ſint quàm diuturnum officium, id eſt, eius diei in quem indicuntur, *d. l. 1. de oper. libert.* eáque rerum omnium quæ in diem certum debentur, conditio ſit, vt ante peractum diem peti nequeant, *l. qui hoc anno 42. de verbor. obligat.* excepto ſingulari caſu, *l. liber homo 118. §. decem hodie. ff. eodem.* Porrò poſtquam præteritus eſt dies, & conſequenter præterita opera, dari iam ampliùs non poteſt, *l. ſi quando 8. in princip. ff. de oper. libert.* id eſt, nec ſi libertus velit, quoniam alia eſſet opera, & alia res quam quæ deberetur, *argument. l. quia alia 12. eod.* cùm ſicut dies quilibet ab alio differt numero, ita & vnius diei operā ab alterius diei opera differre ſit neceſſe: Atqui nemo dixerit liberari debere libertum, ob hoc ſolùm quòd operam præteritam & hoc ipſo debitam ſoluere amplius non poſſit, quandoquidem tanto magis eum teneri æquum eſt, quoniam per eum factum eſt, vt fruſtrà dies præterierit quo ſoluere operam debuit, vtque iam ſolui ea non poſſit, (alioqui ſiue per eum non ſtetiſſet, puta quòd eſſet valetudine aut qua alia iuſta de cauſa impeditus, ſiue per patronum ipſum ſtetiſſet, omnino libertus liberaretur, *l. libertus 15. in princip. l. hæ operæ 23. §. ſi patroni. ff. eodem.*) Illud igitur neceſſariò euenire oportet, vt præterito die quo edi opera debuit, ad præſtandam operę ęſtimationem decurrendum ſit, idque inuito non ſolùm liberto, ſed etiam patrono, quia mora debitoris ſua die non ſoluentis, facere non poteſt vt debitor eo magis obligetur ad aliam rem præſtandam quę nunquam fuerit in obligatione. Proinde cogitur patronus eam ipſam operam petere quę iam præterita eſt, & quę ampliùs dari nequit, quoniam ſola illa debetur, ſoláq; in obligatione eſt, & tamen pecuniam operęque ęſtimationem etiam inuitus à liberto accipere compellitur, ne alioqui nihil omnino ſuperſit quod ei ſolui poſſit. Planè ſi patronus & libertus conſentiant, vt pro heſterna opera craſtina præſtetur, continget liberatio. At non tanquam ſoluta ea ipſa opera quę debebatur (id enim non magis eſt in eorum poteſtate quàm facere vt dies heſterna ſit craſtina,) ſed eo iure quo placet etiam aliam rem pro alia volenti creditori ſolui poſſe, ex eáque ſolutione ipſo etiam iure acquiri liberationem, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. ff. de condict. in debit. l. manifeſti 17. C. de ſolut.* Cęterarum rerum, quę in facto conſiſtunt, diuerſa

diuerſa ab operis ratio eſt. Nam ſi inſulam facere promiſeris, licet tranſierit tempus, quo potueris, & debueris facere, ita vt exinde liceat mihi contra te agere in id quod intereſt mea, *l. ſi ita ſtipulatus 14. & ſeq. ff. de verbor. obligat.* imò vero ex multorum prudentum ſententia ſtatim atque mora cœperit fieri inſulę fabricandę, *d. l. ſtipulationes 72. §. vltim. eodem.* tamen placet, quamdiu litem conteſtatus non ſim, poſſe te facientem liberari, *l. ſi inſulam 84. eod. titul.* quia non eò minùs verum erit eandem eſſe hanc inſulam, quę eſſet ſi intra prędſtitutum tempus ædificata fuiſſet. Ac proinde idem factum eſt, quod ſcilicet non vt opera æſtimatur ex tempore, cuius continuus & perpetuus fluxus facit, vt in momenta ſingula mutetur, ſed ex idæa illa quæ formam inſulæ ædificandæ præſcriptura ſit. Quæ idæa ſemper eadem manet. Illud vtique operarum obligationi cum cæteris faciendi obligationibus commune eſt, quod non recipit diuiſionem, *dict. l. ſtipulationes:* Vbi additur ſiue quid faciendum ſtipulatus quis ſit, ſiue operas, aut quid aliud his ſimile, non poſſe induci diuiſionem quin ſtipulatio corrumpatur. Cui non diſſimiliter Vlpianus *in dict. l. libertus 15. §. 1. de oper. libert.* neque promitti, inquit, neque ſolui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. Vnde infert ex Papiniano, ſi non vna, ſed plures operæ fuerint, & plures heredes exiſtant patrono qui operas ſtipulatus fuit, numero tantùm diuidendam obligationem, item ex Celſo, ſi communis libertus patronis duobus operas mille ſe daturum promiſerit, aut communi eorum ſeruo, quingëtas potiùs ſingulis deberi quàm ſingularum partes dimidias. Idque etiam eſt quod Iulianus dicebat operarum ſtipulationem ſimilem eſſe iis ſtipulationibus, in quibus genera comprehenduntur, quamuis opera ſit quid ſpecificum, non genericum: & ideo diuiſionem eius ſtipulationis non cedere in partes, ſed in numerum operarum, *l. in ſtipulationibus 54. §. operarum. ff. de verbor. obligat.* Rationem Pomponius reddit *in dict. l. 3. §. 1. de oper. libert.* vbi ait partem operæ per horas ſolui non poſſe, quia id ſit officij diurni, hoc eſt, quia cùm opera nihil aliud ſit, quàm officium diurnum, *d. l. & l. cum patronus 22. eod.* conſequens eſt, vbi diurnum officium non eſt, ibi nec opera vllomodo ſit, hoc eſt, ne pro parte quidem: ſicuti nec pro parte ſatisfeciſſe obligationi poſſet dici promiſſor inſulæ, qui non niſi ex parte inſulam ædificaſſet, quoniam vnaquæque res æſtimatur ex propria forma quæ ipſa non niſi ex conſummatione contingit, vt eleganter Caius ratiocinatur *in l. ſi is qui quadringenta 80. §. quadam. ff. ad leg. falcid.* Quænam autem ſiue operæ, ſiue alterius cuiuſlibet rei propria forma ſit, non aliunde meliùs, quàm ex ipſius definitione ſcire poſſis. Et hoc demum caſu verè liceat vſurpare quod noſtri paſſim iactitant, Nihil actum videri, quandiu aliquid agendum reſtat, *l. penult. in fin. C. de his quib. vt indign.* Quare nec liberto qui ſex horis antemeridianis præſto fuerit, liberatio eius temporis continget, quia nec totius diei contingere poteſt, cùm non toto die præſto fuerit, qui ſenſus eſt *d. l. 3. iunct. l. 2. de ann. legat.* licèt dici ſoleat cuiuſque diei maiorem partem eſſe ſex horarum primarum, non ſupremarum, *l. 2. §. 1.* vbi ſic omnino legendum eſt *De verb. ſignif.* Obſtare tamen valdè videtur quod ex Labeone Pomponius ſcribit *in dict. l. ſi quando 8. de oper. libert.* ſi quando duobus patronis iurauerit libertus ſe operas daturum, & deberi & peti poſſe partem operæ, addita etiam ratione illa quã iam diximus, quòd ſemper præterita opera petatur, quæ dari amplius non poſſit. Idque contingere ſiue patronis ipſis iuretur, vel promittatur, ſiue communi eorum ſeruo, ſiue complures vni patrono heredes exiſtant. Quod ſi ita eſt, videntur Labeo & Pomponius ab Vlpiano, Papiniano, Celſo, aliiſque Iureconſultis in duobus diſſentiſſe. Primùm in eo quòd volunt operarum in plurali numero promiſſarum diuiſionem per ſingularum partes non per numerum fieri debere: deinde in eo quòd aiunt partem operæ, & deberi, & peti poſſe. Sed tamen quod ad primum attinet, dicendum eſt ſubeſſe mendum in verbo *operas*, legendumque in numero ſingulari *operam*, quo librarij & exſcriptoris errore nullus eſt in libris noſtris frequentior. Nam ſequitur ſtatim & deberi & peti poſſe partem operæ: de quo tractare nihil attineret ſi plures promiſſæ operę proponerentur, cùm eo caſu indubitatè operarum obligatio numero diuidatur, qui modus diuiſionis tametſi neceſſarius non eſſet, vt eſt, tamen vel ob hoc ipſum eſſet amplectendus, quòd commodior eſſet, multóq; expeditior ad tollendam omnem dubitationem. Quod verò ad ſecundum ſpectat, diſtinguendum eſt duplex debitum operarum: vel enim debentur ob cauſam indictionis, id eſt, vt indici poſſint, quia conſtat indebitas operas, quemadmodum. ſi præſtitæ ſint, condici non poſſunt, *d. l. ſi non ſortem 26. §. libertus de cond. indeb.* ità nec poſſe indici vt præſtentur vel debeantur ad cauſam exactionis, id eſt, vt non tãtùm indici poſſint, quod fit ex mera patroni voluntate, & cùm ipſe velit, *d. l. cum patronus*, ſed et am exigi per iudicem propoſita in eam rem actione ex edicto prætoris, quod non priùs fieri poteſt quàm earum dies ceſſerit, id eſt quàm fuerint indictę *d. l. ſi quis hac 13. §. iudicium eod. tit. De oper. libert.* Priore modo debentur operę futuræ duntaxat: indici namque primùm operas neceſſe eſt, vt poſtmodum edi poſſint, cúmq; in rerum natura non priùs ſint quàm fuerint editæ, poteſt videri earum indictio ad inſtar conceptionis eſſe: exemplo partus, qui ſi nunquam conciperetur, edi nunquam poſſet. Poſteriore autem modo non niſi præteritę operæ debentur, ſiue de officialibus operis loquamur, de quibus dubitari minùs poteſt, *dict. leg. cum patronus*, ſiue de artificialibus, *l. quoties 24. in princip. eodem.* vbi ratio redditur, quia etſi non verbis, attamen re ipſa ineſt obligationi tractus temporis, ſicuti cùm Epheſi dari ſtipulamur, dies continetur, *l. 2. §. qui ita. ff. de eo quod cert. loc. l. continuus 137. §. cum ita. ff. de verbor. obligat.* & ideò inutilis eſt huiuſmodi ſtipulatio, *operas tuas pictorias centum hodie dare ſpondes?* quamuis operæ iſtæ artificiales cedant ex die interpoſitæ ſtipulationis, non vt officiales ex quo tantùm fuerint indictę, *dict. l. quoties.* Itaque inter officiales & artificiales operas differentia eſt duntaxat quatenus futuræ ſunt, ſed quatenus præteritæ, nulla prorſus, id eſt, Præteritæ omnes eodem modo debentur, vt eodem modo per iudicem exigantur: at futuræ non item. Hac poſita diſtinctione quæ naturalem intellectum habet, dico Vlpianum, Papinianum & Celſum de futuris, id eſt de iudice operis intelligendos eſſe, non de præteritis: Labeonem verò & Pomponium contrà de præteritis, non de futuris. Atque de futuris ſentire Vlpianum *in d. l. libertus 15. §. 1. eod.* ex eo apparet, quod de illis loquitur, quæ & promittuntur, & ſoluuntur, *Neque promitti*, ait ille, *neque ſolui, nec deberi, nec peti pro parte opera poteſt.* Non enim promitti poteſt vel ſolui ea opera, quæ iam præterita ſit, ſed ea demum quæ futura. Quãuis autem & deberi & peti vtraq; poſſit, tam præterita,

quàm futura (ſicut enim diximus duplex eſſe operarum debitum, ita & duplicem quoque earum petitionem eſſe neceſſe eſt, vnam extraiudicialem, cum inducuntur, & poſcuntur, vt loquitur *dict. lex cùm patronus*, alteram, iudicialem, cum earum nomine iudicium exercetur, *d. §. iudicium*) tamen quod apud Vlpianum ſequitur, *nec deberi, nec peti*, non ad alias operas referri poteſt, quàm ad eas ipſas, de quibus præcedentia poſſunt intelligi, *neque promitti, neque ſolui*, hoc eſt ad futuras. De præteritis autem ſolis Labeonem & Pomponium ſenſiſſe ratio ipſa qua vſi ſunt, demonſtrat, quæ illa eſt, *cùm ſemper præterita opera quæ iam dari non poteſt, petatur*. Huius porrò interpretationis ac inter præteritas & futuras differentiæ ratio non obſcura illa eſt, quòd futurarum obligatio & petitio nullam habet rationem æſtimationis, quomodo habet obligatio & petitio præteritarum. Non enim poſſet patronus cui debitæ eſſent operæ ex iureiurando, aut promiſſione liberti indicere liberto ſoluendo operarum æſtimationis neceſſitatem, cùm non de ſoluenda æſtimatione, ſed de operis edendis libertus iuraſſet, aut promiſiſſet: idque adeò verum eſt, vt tùm quoque cùm præterita opera petitur, licèt dari iam non poſſit, ob idque ad præſtandam æſtimationem neceſſariò decurri oporteat, ipſam tamen operam, non eius æſtimationem peti neceſſe ſit, ne alioqui malè agat patronus ſi id petat, quod non eſt in obligatione, *l. ſi ſeruum* 1. *§. vlt. ff. de verb. oblig. l. 1. §. item ſi ita ff. ad leg. Falcid. l. ſi quis ſtipulatus 57. ff. de ſolut.* At cùm de præteritis operis agitur, quod euenit quoties operarum iudicium exercetur, quia iam opera ipſa dari non poteſt, quæ debetur, eum alia res, planèque diuerſa opera futura ſit, vt ſuprà explicuimus, neceſſariò deueniendum eſt ad æſtimationem: non quidem vt æſtimatio peti debeat, quæ certè non eſt in obligatione, ſed vt appareat patronum qui inuitus, & ob legem obligationis ita conceptam cogitur eam operam petere, quæ iam dari nequeat, effectu ipſo nihil petere niſi operæ æſtimationem. Atqui non ſicut opera ipſa præſtanda indiuidua eſt, ita & operæ non præſtitæ æſtimatio indiuidua dici poteſt. Quandoquidem æſtimatio omnis conſiſtit in pecunia numerata, cui vel hoc maximè conuenit, quod & nomen ipſum demonſtrat, vt ex numero recipiat diuiſionem. Summa hæc eſt, operam futuram indiuiduam eſſe, præteritam verò diuiduam, quia vtrum quid diuiduum an indiuiduum ſit, ex eo ſolo dignoſcendum & æſtimandum eſt an recipiat partium præſtationem, *l. 2. l. 4. §. Cato. ff. de verb. oblig. d. l. ſtipulationes 72. eod. l. ſtipulatus 9. §. 1 de ſolut.* opera autem futura quoniam in ſpecie edenda eſt, non recipit partis præſtationem, præterita recipit, quoniam in ſpecie edi nec debet, nec poteſt, ſed tantum in æſtimatione. Igitur non diſſenſit hac in re Labeo aut Pomponius à cæteris. At multo difficilius illud eſt, quod ſcriptum video apud Iulianum *in d. l. in ſtipulationibus 54. §. operarum. verſ. quòd ſi vnam. ff. de verb. oblig.* Si vnam operam ſeruus communis ſtipulatus ſit, neceſſe eſſe vtrique dominorum partem operæ tantam, quantam in ſeruo habuerit petere, ſolutionem verò eius obligationis expeditiſſimam eſſe, ſi æſtimationem operæ malit libertus offerre, aut ſi conſentiant patroni, vt iis communiter operæ edantur. Non enim poſſum intelligere quo ſenſu vera eſſe queat hæc ſententia, ſiue de futura, ſiue de præterita opera intelligatur. Nam ſi de futura, quod ſequentia ſuadere videntur, falſum euidenter eſt, poſſe quemquam ex dominis partem operæ petere, id eſt operam pro parte indicere, quoniam futura opera, vt iam diximus, ex Papiniano, Vlpiano & Celſo non magis pro parte deberi aut peti poteſt, quam pro parte promitti, aut ſolui, *d. l. libertus* 8. §. 1. ob idque quoties pluribus patronis vna tantum opera debetur, ſiue quòd iis promiſſa ſit, ſiue quòd communi eorum ſeruo, vt in ſpecie Iuliani, ſiue denique quòd vni patrono plures heredes extiterint, vel conſentire debent patroni in opera illa ſimul indicenda, vel nihil agunt, ſi ſinguli pro ſua quiſq; parte ſeparatim indicant. Nam quemadmodum operæ in ſtipulationem deductæ diuiſio corrumpit ſtipulationem, *d. l. ſtipulationes*, ita & partis operæ indictæ expreſſio corrumpit indictionem. Cur enim, aut quo fine vel colore liceat patrono id liberto indicere faciẽdum, quod per rerum naturam facere libertus non poſſit? Dicendum potius eſſet huiuſmodi indictione partis operę id tantum aſſequi patronum, vt dies partis operæ cedat quidem, ſed tamen hoc ipſo liberetur libertus, etiãſi nihil præſtet, quia nõ tam per ipſum, quàm per rerum naturam, & per operæ naturalem conditionem fiat, ne partem illam operæ præſtare poſſit, vt in caſu *d. l. hæ operæ 23. §. 1. ff. de oper. liber.* Quãquam nec hoc quidem admittendum exiſtimo. Tunc enim obtineret, dum indictio ipſa valeret, puta ſi per omnes patronos ſimul facta eſſet, ac per eos poſtea ſtaret ne ad diem pręſtari poſſet opera quę ritè indicta fuiſſet, veluti ſi in accipiẽda ea non conſentirent. Patronos enim non modò in operis indicendis conſentire oportet, ſed etiam in iis accipiendis, *d. § 1 in fin.* At cum nec ipſa indictio valet, vtique effectum illum habere non poteſt, vt ex eo die cedat opera, nec proinde vt ex eo die libertus, quamuis per eum non ſteterit, hoc ipſo liberetur, quia naturaliter illud fit vt quod nullum eſt nullum párere poſſit effectum. Nec rurſum hęc partis liberatio quicquam prodeſſe liberto poſſet, quippe quem neceſſe eſſe manere obligatum alteri patrono, qui nõ ſimiliter operam pro parte ſibi debita indixiſſet. Cur enim permitteretur vni ex patronis alterius ignorantis ius lędere? Et tamen alteri patrono, qui nihildum indixerit, non magis pars operę ſua præſtari poteſt, quàm huic qui partem operę perperam indixit, omninóque neceſſe eſt vt ambo conſentiant in vna iſta opera indicenda & accipienda. Ergo illius quoque qui pro parte malè indixit; ſaluum & integrum ius manere fatendum eſt, vt ob ſocij perſonam ius ſuum retineat is, qui alioquin fuerat illud amiſſurus, vt & in *l. ſi is qui 29. ff. de liber. legat. l. cum hereditate 55. ff. de acquir. hered.* Aliter enim poſito iure quomodo fieri poſſet, vt patronus cui nihil imputandum eſſet, cum eo ſocio conſentiret, qui ſocius ampliùs non eſſet, amiſſa quippe iam ſua portione, quique conſentiendi adhuc neque ius neque cauſam vllam haberet? Niſi fortè mallet quis idem ius hoc caſu inducere quod olim obtinuiſſe legimus, quoties vnus ex dominis communem ſeruum ſollenniter ignorante aut inuito ſocio manumiſiſſet. Nimirum vt ſeruus ille quia neque pro parte liber fieri poterat, neque in eius dominio manere, qui quantum in ſe fuerat, per manumiſſionem eum à ſe abdicaſſet, atque alienaſſet, totus acquireretur ſocio, qui manumiſſioni non conſenſiſſet; vt Vlpianus in Fragmentis refert *tit. 1. libertin.* Sed neque hoc puto in propoſita ſpecie dici poſſe, cùm nuſpiam ſcriptum ſit, Eũ ex patronis qui partem ſibi debitam operæ ſolus, & ſine ſocio indixerit, hoc ipſo partẽ ſuam amittere, ſicut nec partem quam in cõmuni ſeruo habebat olim dominus,

amittebat, ſi eum inter amicos manumiſiſſet. Imò nihil agere dicebatur: ideóque nec ſi ſocius hunc ipſum ſeruum ſolus & ſolenniter manumiſiſſet, quicquam tamen egiſſet, quia perinde requirebatur conſenſus eius qui non obſtante inutili manumiſſione portionis ſuæ dominus remanſiſſet. Illud ergo apertum eſt, Iulianum in *d.§.operarum.verſ quod ſi vnam*, de futura opera intelligi non poſſe, cùm ſit vtrique dominorum cõpetere petitionem partis operæ, quam vnam totámque ſtipulatus ſit ſeruus communis. An igitur de opera preterita intelligendus erit? Minimè. Quamquam videtur Bartolus ita intellexiſſe *oppoſit.9.ad d.l.72 eod.tit.* Repugnat enim quod ſequitur huius obligationis ſolutionem expeditiſſimam eſſe ſi æſtimationem operę libertus offerre malit. Quæ locutio præ ſe ferr in arbirrio & electione liberti eſſe an æſtimationem operæ velit præſtare, an operam ipſam. Quod tamen etſi nec in futura opera verũ eſt quæ vt diximus in ſpecie præſtari debet, præteritæ certè multo minùs conuenit, quæ cùm in ſpecie præſtari ampliùs nequeat, niſi ambo patroni & inter ſe, & cum liberto conſentiant, neceſſariò æſtimanda & in æſtimatione præſtanda eſt, non ſolùm inuito liberto, cuius proinde nulla hîc electio eſt, ſed etiam inuitis patronis, ſi non iis inuicem conſentientibus libertus quoque conſentiat. Omnium namque voluntatibus concurrentibus iam dixi non minùs operam vnam pro alia, id eſt, craſtinam pro heſterna, quàm aliud quodlibet indebitum pro eo quod debitum ſit, vtiliter ſolui poſſe. Quare neque bonũ ſenſum habere poteſt quod ſequitur apud Iulianum, *aut ſi conſentiant patroni vt iis communiter operæ edantur*, ſi de opera præterita intelligatur, cùm eiuſmodi patronorum conſenſus ſicut neceſſarius eſt, ita poſſit quidem ſufficere ad operam indicendam, quæ nondum in rerũ natura ſit, nedum præterita, ſed non ad hoc vt operam præteritam communiter patronis edere libertus cogatur ſi nolit. Igitur ſicuti prior huius ſententiæ clauſula falſa eſt in opera futura, vera autem in præterita: ita è contrario poſtrema hæc ſententia vt patronis conſentientibus opera communiter edenda ſit, falſa eſt in opera præterita, vera aurem in futura. Media verò illa, vt huiuſmodi obligationis expeditiſſima ſit ſolutio ſi libertus æſtimationem præſtare malit, id eſt, vt libertus electionem habeat vtrum operam, an operæ æſtimationem malit præſtare inuitis quoque patronis (ſic enim accipiendum id eſſe oſtendit quod ſequitur, *aut ſi conſentiãt patroni, &c.*) omnimodo falſa eſt, ſiue ad fututam, ſiue ad præteritam operam referatur. Sic fit vt neque de futura, neque de præterita commodè intelligi Iulianus poſſit. Ergo de nulla, cùm opera nulla ſit prorſus, quæ vel præterita non ſit, vel futura. Quæ cùm ita ſint, cogor dicere totam illam additionem Triboniani eſſe, non Iuliani. Nec enim nouum aut mirum eſt, Tribonianum operam preteritam & futuram confuſè ac incautè ſuo more pro eadem accepiſſe, aut à futura ad præteritam in quæſtionis articulo diſcutiendo tranſiiſſe, denique ad iuris rationem, in qua, vt ſæpe monui, non valde verſatus fuit, parum attendiſſe. Quorum omnium nihil eſt quod de Iuliano dicere, at nec ſuſpicari quiſquam poſſit, Tribonianum produnt etiam verba illa parum elegantia, *neceſſe eſt vtrique dominorum partem opera tantam quantam habuerit in ſeruo petere*: item quod ſequitur, *ſolutio autem eius obligationis expeditiſſima eſt*. Non enim ſolent Iureconſulti dicere ſolutionem obligationis, ſed ſolutionem rei quæ ſit in obligatione, huiuſmodi verò ſolutione tolli obligationẽ: ſed illud omnium apertiſſimè quòd cùm de vna tãtùm opera hîc tra..etur, ſubiungitur tamen in numero plurali, *vt his operæ edantur*. Id enim excidit paſſim Triboniano vt à numero ſingulari tranſeat ad pluralem, quod nec vnquam faciunt prudentes noſtri, nec niſi valde inſulsè fieri hoc loco potuit.

Ad l. frater à fratre 38. D. de condict. indeb. CAP. XX.

VVlgati iuris eſt inter patrem & filium nullam ciuilem obligationem, nullámque actionem eſſe poſſe, obſtante nimirum iure ciuili ex quo actiones omnes proficiſcuntur, quod cùm patrem & filium per ius patriæ poteſtatis ita coniungat, vt eos vnius eiuſdémque perſonæ iure cenſeri velit, non magis patitur vt poſſit agere pater cum filiofamilias, aut vt filiusfamilias cum patre, aut vt hic vel ille alteri ſe obliget, quàm vt contra ſeipſum quiſquã agere, aut ſeſibi obligare poſſit, *l. imperator 50. D. ad S.C.Trebell. l.ne cum filiofamilias 16. D. de furt.* vbi quod ſcriptum eſt, non iuris cõſtitutionem, ſed naturam rei impedimento eſſe ne quid horum fiat, non ita accipiendum eſt quaſi naſcatur aliunde hoc impedimentum quàm ex patria poteſtate, quæ tamen nihil aliud quàm iuris non ſcripti conſtitutio eſt, *§.1. Inſtit.de patr.poteſt.* Sed quia præſuppoſito illo iure patriæ poteſtatis quòd patris & filij eadem perſona eſſe videatur, nulla opus fuit alia iuris conſtitutione ad prohibendum ne pater contra filiumfamilias agere poſſit, aut filius contra patrem, ſufficiente natura ipſa rei, quæ non magis permittit vt cum eo agam qui mecum vna perſona eſſe exiſtimetur, quàm cum meipſo. Quæ etiam ratio eſt, *l. lis nulla 4. D. de iudic.* vbi Caius ſcribit, litem nullam nobis eſſe poſſe cũ eo quem in poteſtate habemus, niſi, inquit, ex caſtrenſi peculio. Hæc enim exceptio addenda fuit, non quòd filiusfamilias per militiam deſinat eſſe in patris poteſtate, *§. filiusfamilias. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Sed quia ex imperatorum conſtitutionibus filiusfamilias non ſolũ miles, ſed etiam paganus qui modò miles aliquando fuerit, ſi caſtrenſe peculium habeat, in eo cenſetur iure patrisfamilias, ita vt nullum ius ſit patri in bona filiifamilias caſtrenſia, adeò vt nec de iis teſtari prohibeatur, *l.2. D. de SC. Maced. l. vltim. D. ad SC. Tertyll. inn. l.2. & l. proponebatur 9. & tot. tit. D. de caſtrenſ. pecul.* Vſque adeò autem vetum eſt nõ obligari patrem filiofamilias, aut filiumfamilias patri ciuiliter, vt non deſint qui dubitent an poſſint ſibi inuicem obligari naturaliter, itémque fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtituti, quaſi iure patriæ poteſtatis hanc quoque obligationem naturalẽ impediente, aut ſaltem faciente, vt ſi qua filiofamiliâs vel contra patrem, vel contra fratrem acquiſita ſit, eadem per filium creditorem patri ipſi ſtatim & ipſo iure acquiratur, ita vt ne momẽto quidem temporis in perſona filij conſtitiſſe videatur. Quam ſentẽtiam inter cæteros mordicus defendit Iacobus Cuiacius tract.9. *ad Africanum. ad l. frater à fratre 38. D. de condict. indeb.* motus præcipuè, ne dicam duntaxat ex *l. placet 79. D. de acquir. hered.* cuius ſententiam vult ille eſſe generalem, ac pertinere ad omnes caſus, & ad omnes res, ac proinde ad omnes quoque obligationẽs, non minùs naturales quàm ciuiles. In quo tamen quàm euidenter & pertinaciter erret, conſtat, meo iudicio, non obſcurè ex iis quæ alibi à nobis explicata ſunt de naturali obligatione. Nam ſi verum eſt, vt eſt, ex facto tantùm, non

etiam ex iute naturalem obligatinnem æſtimari, *l. nec ſeruus 41. D. de pecul.* ob idque ooo oiſi abuſiuè ac impropriè obligationem dici, vt ait *l. fideiuſſor 17. §. naturalis. D. de fideiuſſ.* nihil ſanè eſt quod poſſit impedire quominùs inter patrem & filiumfamilias, ac multo magis inter fratrea in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos obligatio naturalis contrahatur, ſiue promittendo, ſiue mutuam pecuniam accipiendo, aut aliter quomodocumqne contrahendo. Quod tam apertè ſcriptum eſt, in *d. l. frater. verſ. naturalem enim obligationem, & in §. 1. verſ. nam manere, & in §. contrà ſi pater. verſ. nam hic quoque*, vt nihil dici poſſit apertius. Obligationem verò illam naturalem patri acquiri per filium patria poteſtas non magis facere poteſt, quàm vt cætera quæ facti ſunt ad patrem tranſeant, quæ tamen certum eſt nec iure dominicæ poteſtatis, quæ potentior videtur, poſſint trãſire à ſeruo ad dominum *l. qui heredi 44. in prin. & §. 1. D. de cond. & dem. l. legatum 21. D. de adim. legat. l. quod ſeruus 24. D. de acq. poſſ.* Quo loco elegantiſſima differentia traditur, & ad rem noſtrã valde pertinens, inter ea quæ meri facti ſunt, cuiuſmodi eſt violenta & iniuſta poſſeſſio, aut alia quælibet corporalis, & ea quæ iua admixtum habet, cuiuſmodi eſt poſſeſſio iuſta, quæ & inde nomen habet, quòd à iure ſit adprnbata. fieri ergo nequit vt obligatio naturalis, quæ tota facti, nullomodo iuris ciuilis eſt, acquiratur per filiũ patri. Et verò ſi acquireretur, nec filiusfamilias eius ſibi vel acquirẽdę, vel etiã cõſeruandæ capax eſſet, ſequeretur vt cũ pater à filiofamilias muteã pecuniã acciperet, atq; ita nbligaretur ei naturaliter, quomodo eum obligari diſertè ſcriptum eſt in *d. §. 1. l. frater.* hoc ipſo, & in eodẽ inſtãti pater fieret ſui ipſius creditor ex filij perſona. Quo admiſſo fatendũ eſſet concurrẽte in eandem perſnnam iure, debitoris & creditoris perimi obligationẽ confuſione, vt aliàs ſemper euenit, quoties idem ſit creditor & debitor, nõ ferente ipſa rerum natura vt ſibi ipſi quis debere aliquid videri poſſit, *l. debitori 50. iunct. l. heres à debitore 21. §. ſi ſeruo tuo. & §. quòd ſi ſtipulator. D. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. iunct. l. qui hominem 34. §. quidam. l. ſicut 75. D. de ſolut.* Nam nec alia ratio eſt propter quam ciuilis obligatio neque inter patrem & filium, neque inter fratres contrahi poſſit, *§. item inutilis. Inſtit. de inutil. ſtipul.* propterea quòd vox patris tanquam vox filij ſit, & vox filij tanquam vox patris, in iis rebus quæ patri per filium acquiri poſſunt, vt Iuſtinian. ait in *§. ſi quis alij. eod. tit. l. eum qui 56. §. qui ſibi. & ſeq. D. de verb. oblig.* Confuſione autem certum eſt tolli obligationem omnem, nec minùs naturalem quàm ciuilem, vt & Cuiacius ipſe fatetur, & ſcriptum eſt in *d. §. quòd ſi ſtipulator. l. 21. de fideiuſſ.* cùm ratio quæ inducit liberationem per confuſionem non minùs ſit naturalis quàm ciuilis, imò tota pendeat à natura, quæ repugnat vt vna eadémque perſona in duas diuidi poſſit, quomodo diuidi poſſe neceſſe eſſet, vt poſſet idem eſſe & debitor & creditor, quoniam facta diuiſiooe illa iã non eſſet idem homo, ſed duo; adeò res iſta implicat naturaliter contradictionem. Cæterùm ea tãtùm quæ iuris ſunt, oon etiam facti, acquiri patti per filium poſſe, tum etiam cùm ſtipolatio interuenerit, apertè ſcriptum eſt in *l. quod dicitur 130. D. de verb. obl.* Imò ſi verum amamus, ne quidem confuſione poſſet dici ſublata obligatio naturalis filio quæſita cõtra patrem, ſi eadem patri per filium quæreretur. Ea namque demum obligatio confuſione, vt & aliis modis tolli poteſt, quæ antea fuit, non autem quæ numquam fuetit, *l. Titio vſusfructus 96. D. de cond. & demonſtr. l. non poteſt videri 20. D. de reg. iur.* Atqui ſi obligatio naturalis patri quæreretur per filium, neceſſe eſſet eo ipſo momento quæri quo filio acquireretur, cùm ne momento quidem temporis in perſona filij poſſit conſiſtere quoties acquiritur patri per filium, *d. l. placet.* Ergo neceſſe eſſet tolli confuſione obligationem eo ipſo inſtanti quo induceretur, quod prorſus impoſſibile eſt. Porrò quæ ratio facit vt filiofamilias acquiratur obligatio naturalis contra pattem ita vt non acquiratur patri per filium, eadem facit vt obligatio naturalis quæ contrahitur inter fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos, nnn poſſit per fratrem creditorem acquiri patri, quia vtrumque proficiſcitur ex eodem iure patriæ poteſtatia, quod efficit vt nõ minùs fratres inuicem quàm ſinguli cum patre vna eadémque perſona eſſe exiſtimentur, ob idque nec magis poſſũt ciuiliter ſe alter alteri obligare, quàm patri. Nec eſt quod quis reſpondeat pro Cuiacio, acquiri ipſo iute obligationem naturalem patri per filiumfamilias, ſed non apparere acquiſitam, quãdiu pater ſinit remanere peculium penes filium. Nam quanto magis dices acquiri ipſo iure, tanto magis incurres abſurdum illud quod diximus vt eodem inſtanti naturalis iſta obligatio, & contracta, & per confuſionem ſublata intelligatur. Confuſio enim ſit ſola iuris poteſtate. Sed egit pręcipitem virum doctiſſimum vnicus ille Africani locus in *d. l. frater à fratre*, vbi nõ dubitat Africanus, quin frater, qui poſt mortem patris fratri ſuo ſoluit quod naturaliter ei ex cauſa mutui debebat, repetere poſſit pro ea parte pro qua idem frater debitor heres extiterit patri. Sic enim ratiocinatur Cuiacius, quaſi non alia ratione Africanus ita reſponderit, quàm quòd obligatio naturalis eſſet quæſita patri, & conſequenter per cauſam hereditariam filio debitori, pro qua parte idem patri heres fuit, vt eo modo concurrente iure debitoris & creditoris in eandem perſonam, pro illa ſcilicet parte fatendum ſit, ſublatam confuſinne obligationem, qua ſublata nihil ſit quod impedire debeat repetitionem tanquam indebiti ſoluti. Alioqui difficile ſanè videtur dicere quonam iure vel colore poſſit competere repetitio fratri qui ſoluerit, quod naturaliter debuit. Tanti certè momenti viſa eſt obiectio hæc Franciſco Hotomano, vt auſus ſit ſcribere textum eſſe corruptum, & ita emendandum vt addita negatione legamus *non repetiturum.* Nam quemadmodum verum eſt quod Africanus reſpondit, fratrem debitorem id quod poſt mortem patris ſoluerit, vtique repetiturum pro qua parte extiterit heres patri: ita falſum eſt quod vult Cuiacius repetitionis huiuſmodi rationem ex eo petendam eſſe, quòd obligatio naturalis patri quæſita eſſet. Quod vt intelligatur, facti ſpecies conſtituenda priorùm eſt, deinde omnes reſponſi partes breuiter, quantum fieri poterit, explicandæ. Legis ſpecies hæc eſt. Cùm tu & ego eſſemus in eiuſdem patris poteſtate, tu centum aureorum peculium habens, ego ducentorum, accepi à te mutua centum, & poſt mortem patris tibi ſolui. Diuiſa iam inter nos hereditate, acceptóque in eam rem familiæ erciſcundæ iudicio, poſtea cùm putarem indebitum à me ſolutum fuiſſe, volui à te centum integra petere per condictionem indebiti. Conſultus Africanus quid iuris eſſet, diſtinguit primùm, deinde ſubdiſtinguit. Diſtinctio in eo eſt, vt aliud iuris conſtituatur pro qua parte egò debitor heres exciti patri, aliud verò pro qua parte tu heres extiteris. Pono autem fuiſſe nos

heredes

heredes ex æquis portionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, nec cuiquam noſtrum fuiſſe à patre prælegatum peculium, quod & ſequentia Africani verba demonſtrant. Quod ad prius diſtinctionis caput pertinet, id eſt, pro qua parte ego heres extiti patri, reſpondit Africanus *vtique me repetiturum*, hoc eſt non ſolùm ſine dubio, vt Cuiacius interpretatur, ſed quod magis eſt, ſine vlla diſtinctione. Ergo repetam ſoluti dimidiam partem, id eſt quinquaginta, ſiue plus, ſiue minus fuerit in peculio meo, quàm in tuo. Illa enim ſubdiſtinctio, An plus minúſve in peculio fuerit, ad alterum diſtinctionis caput ſpectat, vt poſtea dicemus. Cur verò pro ea parte repetitio mihi danda ſit, Africanus non aperit, adeò putauit ille carere dubitatione id quod inter noſtri temporis interpretes ignoratione principiorum iuris, nunc omnium maximè cõtrouerſum eſt. Puto autem adferri poſſe duplicem rationem, Vnã magis propriam & ſpecialem, alteram generaliorem, ſed vtramque veram. Prior illa eſt, quod certum ſit peculia ius & nomen peculiorum amittere, & in hereditate diuidẽda ad communionem eſſe reuocanda, vt ſcriptum eſt in *l. certum* 13. *iunct. l. ſi filiusfamilias* 4. *C. famil. erciſc.* Nam quemadmodum filiusfamilias per mortem patris incipit eſſe paterfamilias, *l. pronunciatio* 195. *§. familiæ* 2. *D. de verb. ſignif.* ita & neceſſe eſt vt deſinat peculium habere, quippe quod ſoli filiifamilias habeant, non etiã patresfamilias, quorũ patrimonia, nõ peculia appellamus. Ita igitur fit vt quod erat peculiũ viuo patre, cõuertatur eo mortuo in cauſam hereditatis, fiátque hereditas, & cõſequẽter augeat hereditatem quæ in propoſito caſu melior eſt trecentis aureis, quàm futura erat, ſi peculia in hereditatem non veniſſent: ex quibus trecentis aureis non niſi centum à te, ducenti verò à me profecti intelliguntur, quia vt hîc poſuimus, non niſi centum aureos in peculio habebas, ego verò ducentos. Cùm igitur obligatio illa naturalis quæ inter nos contracta fuerat ex cauſa peculiari datis mihi à te mutuis centum non potuerit non eſſe peculiaris, neceſſe eſt vt quemadmodum peculium tuum deſinit eſſe peculium, fitque hereditas, ita & obligatio illa naturalis, quæ tibi, non patri noſtro quæſita fuerat ex peculiari, qualis erat antea, fiat hereditaria, nõ eo modo & ſenſu quo hereditarias obligationes dicere ſolemus eas quæ à defuncto cœperũt originem, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. actio.* ſed eo ſenſu & modo, quo dicimus hereditariarũ obligationũ loco haberi etiam legata, quãuis ab herede non à defuncto cœperint, *l. hereditarium* 40. *D. de oblig. & action.* Itémque hereditarium æs alienum etiam id de quo agi cum defuncto nõ potuit, veluti quod is cùm moreretur daturum ſe promiſiſſet, aut quod is qui pro ipſo fideiuſſerat, poſt ipſius mortem ſoluiſſet, *l. hereditarium* 7. *D. de reb. autor. iudic. poßid.* Cui conſequens illud etiam fieri neceſſe eſt, vt pro qua parte patri heres extiti, cõfuſione tollatur obligatio, quia cũ obligatio illa naturalis ſit bereditaria, quæ in id vſque tempus fuerat tua peculiaris, hereditas ipſa ſit creditrix mea, cùm non alius poſſit videri creditor, quàm qui habet actiuam, vt loquũtur, obligationẽ. Cùm verò poſtea eadem hereditas ad me peruenit pro ſemiſſe, ſicuti me pro ea parte facit heredem, ita & conſequenter creditorem: ſecundum quod euenit, vt quantum ad eam partem attinet, debitor ego ſim & creditor. Debitor ex mea perſona & iure priſtino contractæ obligationis, creditor verò ex cauſa hereditatis, atque ita ſit confuſio, & quidem ipſo iure, quæ proinde tollit obligationem illam naturalem, qua demum ſublata, apparet ſolutum poſtea fuiſſe à me id quod nullomodo, id eſt ne quidem naturaliter debebatur: ſiquidem confuſio quæ tota iuris eſt, nec factum vllum requirit, præſertim verò in ſuis heredibus, qui ipſo iure ac citra aditionem ſunt heredes, *l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit* præcedit ſolutionem quæ eſt facti, *l. conſilio* 9. *§. vlt. D. de curat. furioſ.* nihil igitur cauſæ eſt cur non danda mihi ſit repetitio indiſtinctè. Quòd ſi poneremus patrem teſtatum fuiſſe, téque ſolum teſtamento heredem inſtituiſſe, certum eſſet nullam factum iri cõfuſionem obligationis naturalis, quia quamuis peculium tuum non eo minùs cõfuſum eſſet cum hereditate, factúmque hereditas, atque ita deſiiſſes tu eſſe creditor facta iam hereditate creditrice, tamen eadem hereditas quæ faceret te heredem ex aſſe, faceret quoque rurſum te creditorem meum, & quidem in ſolidum: ego verò remanerem ſemper debitor, ac proinde neque in tua, neque in mea perſona pro vlla parte cõcurreret ius debitoris ſimul & creditoris, qui tamen concurſus debiti & crediti in eandem perſonam ſola cauſa eſt confundendæ obligationis. Ex eoque intelligimus diligenter cauendum eſſe ne confundamus peculij confuſionem cum obligationis confuſione. Nam confuſio peculij ſemper fit mortuo patreſamilias, quia ſemper paterfamilias fit qui antea filiusfamilias fuit. At confuſio obligationis, ſiue naturalis, ſiue ciuilis, nec aliter, nec priùs fit quàm idẽ factus ſit per acquiſitionem hereditatis, ſiue in totum, ſiue ex parte, & debitor, & creditor. Denique confuſio naturalis obligationis in propoſito caſu numquam fieri poteſt quin præcedat confuſio peculij. At confuſio peculij facilè fieri poteſt, etiamſi non ſequatur confuſio naturalis obligationis, vt in ſupradicto exemplo cernere eſt. Si verò è contrario poneres me fratrem tuum, eundémque debitorem ex aſſe inſtitutum fuiſſe, te autem exheredatum, vel in legitima duntaxat inſtitutum, vtique dicendum eſſet confundi totam obligationem naturalem, cõcurrente ſcilicet in meam perſonam vtroque iure totius debiti, creditíque, quia cùm eſſem debitor tuus ex cauſa mutui, hereditas quæ fuit facta mea creditrix per confuſionem peculiorum, faciendo me heredem ex aſſe fecit etiam me in ſolidũ creditorẽ: cuius verò niſi mei ipſius? Ergo quemadmodum ſi ſolus tu fuiſſes inſtitutus, nullam omnino haberem repetitionem, quia nulla ex parte facta eſſet cõfuſio: ita è contrario in hoc poſteriore caſu me ſolo herede inſtituto fatendum eſſet poſſe me repetere totum, tanquam ſublata per confuſionem tota obligatione naturali. Quod etſi Africanus non omnino apertè exprimit, ſatis tamen innuit, nec obſcurè, cùm ait repetiturum me vtique pro qua parte heres extiterim patris, vt eadem ſit ratio totius quæ partis. Altera ratio generalior, tanquam pertinens ad naturalem quamlibet obligationem, id eſt, quæ contracta fuerit inter fratres etiam ex alia quàm peculiari cauſa, illa eſt, quòd cùm obligatio naturalis contrahitur, eodem ipſo inſtanti incipit poſſe aliquando habere effectum, & quidem poteſtate iuris ciuilis quod non pateretur tractari vnquam inter ciues de naturali obligatione quæ nullum effectum habere poſſet. Effectus autem obligationis naturalis in eo potiſſimùm conſiſtit, vt inducat ius retentionis ſoluto quandocunque eo, quod naturaliter debebatur, *l. naturales* 10. *D. de obligation. & action.* In quo tamen rurſum diſtinguenda eſt & ſeparanda retentio a iure retinendi. Retentio enim tota facti eſt, non

iuris,ius verò retinendi è contrario ,vt nomen ipſũ ſonat , totum iuris non facti , ſicut & facta ſolutione eius quod naturaliter debebatur, ſeparãdũ eſt ius ipſum retinendi ab acquiſitione quæ fit vi acceptæ ſolutionis : ante omnia verò ſeparãdus eſt effectus obligationis naturalis ab ipſa obligatione naturali. Nam obligatio quidem naturalis acquiritur fratri, adeò vt per fratrem nullo modo , nullóque vnquam caſu acquiratur patri , niſi fortaſſis tanquam filij ſucceſſori ſi peculium filij remanſerit apud patrem. Sed effectus illius obligationis naturalis quatenus conſiſtit in iure retinendi ſoluti , acquiritur patri iure patriæ poteſtatis , cùm ſit ex eodem iure ciuili ex quo & patria poteſtas eſt , neque ex ſolo facto , vt naturalis ipſa obligatio æſtimetur. Acquiritur autem non eo tantùm tempore quo ſolutio fit , ſed ex eo primùm inſtanti quo naturalis obligatio contrahitur , quia ſicuti naturalis obligatio ſine iure ſui effectus eſſe non poteſt , ita neque ius illud vel momento vno conſiſtere in perſona filij, cùm ſit ex genere earum rerum quæ patri non reluctanti per filium acquiri & poſſunt, & debent, *d.l.placet & d.l. quod dicitur* 130.D. *de verb. oblig.*id eſt quę in iure conſiſtunt. Secuta vero ſolutio , etſi frater ipſe , cui naturaliter debitum fuit, pecuniam ſolutam retineat , nemo tamen dubitat quin ea ipſa pecunia ſoluta acquiratur,non ipſi filio, ſed patri , quoniam acquiſitio iſta, non alterius rei quam dominij acquiſitio eſt. Dominium autem ius eſt , ac in iure , non in facto conſiſtit. Quæ vnica ratio eſt dictæ *l.placet* 79. *De acquir.hered.* & cæterarum omnium , quæ volunt per filium acquiri omnia patri iure patriæ poteſtatis,*l.1.C.de patr.poteſt.l.* 1.D.*ſi quis à parent.manum ſit.l.ſine emãcipatis* 17.*C. de donat.* Inde igitur fit vt in propoſita ſpecie, cùm tu mihi centum mutua numeraſti , fuerim quidem ſoli tibi,non etiam patri noſtro ex ea cauſa obligatus naturaliter, ſed tamen ita vt eodẽ inſtãti quo tibi fuit quæſita obligatio, quæſitũ etiã fuerit patri noſtro ius retinẽdæ eius pecunię , quádocũque tibi per me ſolueretur. Retinendæ,inquã,nõ quaſi ſibi debitæ, ſed quaſi per ſolutionẽ à me tibi factã acquiſitæ ex tua perſona , vndecunque tandem illa pecunia à te ad me , & rurſum à me ad te peruenerit , etiamſi nullum peculium à patre habuerimus , interueniente fortaſſis amico tuo , qui mihi tuo nomine ea centum numerauerit , & alio ſimiliter amico meo , qui de ſuo tantundem ſibi meo nomine reddiderit. Itaque ſi ſoluerem tibi , & redderem ea centum viuo patre , dubitari non oporteret , quin tota pecunia ſoli patri acquireretur , atque ita mortuo patre , ſiue inſtitutis nobis ex ſemiſſibus , ſiue malis, ab inteſtato tantùm in ea pecunia eſſem conſecuturus iure portionis meæ hereditariæ , quantum tu pro hereditaria tua portione , vt proinde nihil iã tibi profuturum eſſet , quod aliquando fuiſſem naturaliter obligatus tibi, non patri,nec rurſum quod ſoli tibi,non etiam patri ſoluiſſem,non magis quàm ſi ſoli patri & debuiſſem & ſoluiſſem. Quamuis ſi ſoluiſſem patri quod ego non ipſi,ſed tibi debebam, vtique non eſſem liberatus, quia non alia ſolutio poteſt inducere liberationem , quàm quæ fiat ei ipſi cui debeatur , aut ſaltem eo conſentiente alteri, ſiue naturaliter tantùm , ſiue etiam ciuiliter debitum proponatur,*l.3.& 4.l.inuito C.de ſolut.l.ſerui* 14. *in fin. D.de oblig.& action.* Eadem igitur ratio facere debet , vt quamuis non niſi poſt patris noſtri mortem tibi ſoluerim , non ideo tamen durior mea cõditio eſſe debeat , quam ſi eo ipſo die quo fuerat contracta naturalis obligatio viuo adhuc patre tibi ſoluiſſem. Eſt enim perpetuum, vt quoties de iure & effectu obligationis quæritur, nõ tam ſolutionis tempus inſpiciendum ſit,quàm obligationis,*l.ſi filiusfamilias* 78.*D.de verb.oblig.l.1.*D.*qui potior. in pign.hab.*Ergo quod tibi ſoluero poſt mortẽ patris noſtri , repetere potero per indebiti condictionem, tanquam indebitum pro ea parte pro qua ſucceſſi patri,cùm pro ea parte ſucceſſerim in ius , non quidem creditoris , vt malè vult Cuiacius (nunquam enim pater meus in ea pecunia fuit meus creditor) ſed in ius quod habuit pater retinendi & acquirendi ſibi pecuniam illam debitam,quandocunque tibi per me ſolueretur. Neque repugnat quod Africanus ponit factam fuiſſe ſolutionem poſt mortẽ patris: non enim id eò pertinet quaſi putauerit ille alio iure cenſeri me debere ſi viuo patre,alio,ſi poſt patris mortem ſoluerim,ſed quia facta ſolutione viuo patre non poſſet fieri locus quæſtioni De condictione indebiti, inter fratres eiuſdem in patris poteſtate conſtitutos. Siquidẽ condictio indebiti,vt & alia quælibet cõdictio, actio eſt,quę nõ magis inter fratres filiosfamiliâs,quàm inter patrem & filiumfamilias exerceri poteſt,vt initio diximus : verum autem eſſe,quod dicimus,Obligationis naturalis quæ filio fuerat quæſita , effectum acquiri patri, Sicut & effectus obligationis naturalis ſeruo quæſitæ acquiritur domino , intelligi ex eo poteſt quod Vlpianus ſcribit in *l.ſed ſi damnum* 9.§.*peculium.*D.*de pecul.* Patrem vel dominum conuentum actione De peculio ab extraneo filiifamilias, vel ſerui creditore, poſſe deducere nõ tãtũ quod ſibi debeatur ab eo vel filio, vel ſeruo, ex cuius perſona cõuenitur,ſed etiã quod aliis filiis vel conſeruis debetur in eadem poteſtate conſtitutis. Nec enim id permittitur , quaſi quod illis debetur , ipſi patri aut domino debeatur , ſed quia,ſi quod debetur ſolutum eſſet creditori naturali,idipſum patri vel domino per eum acquireretur, atque ita effectus obligationis naturalis cederet totus in patris cõmodum,vel domini : cui proinde æquum eſt accommodari ius deductionis , qui alius effectus eſt obligationis naturalis,vt per eam deductionem tantundem conſequatur pater vel dominus,quantum per ſolutionem conſecuturus fuiſſet. Quò etiã pertinet quod ſcribitur in *l.ſi noxali* 11.§.*eſt antẽ.ff.de pecul.*vbi quærit Vlp. Si dominus cũ cõueniretur de peculio ab extraneo,ſemel deduxerit quod ſibi à ſeruo naturaliter debebatur,& rurſus cũ conueniatur de peculio ab alio,an eximere id debeat,id eſt iterum deducere de peculio , an verò veluti ſolutum ei videatur facta deductione. Et reſpondet,ſiquidem abſtulit hoc dominus de peculio non debere ampliùs deducere. Si verò eãdem poſitionem peculij relinquit , hoc eſt , ſi eiuſdem quantitatis peculium manere voluit,cuius erat ante deductionem, debere illum deducere,non quia videatur dominus eam partẽ in compenſationẽ deſtinaſſe,vt quidã putãt ex *l.quod Labeo* 13.*ff.de compenſ.*quæ iudicio meo ad rem iſtam omnino non pertinet , ſed quia prior deductio non fuit facta cum effectu , nec proinde dici poteſt obligationem illam naturalem quæ deductionis ius inducebat,ſuum effectum habuiſſe, ſiue domino , ſiue conſeruo , aut aliis qui in eiuſdem domini poteſtate eſſent, ſeruus hic debuiſſet. Atque ex his quidẽ explicata ſit prior pars diſtinctionis Africani. Poſterior pars circa eam quæſtionem verſatur, An pro ea parte pro qua tu frater meus, idémque creditor heres patri extitiſti , poſſim ego repetere quod tibi ſolui. Habet verò hæc pars diſtinctio-

nis

nis ſubdiſtinctionem illam, Vtrùm nõ minus ex peculio meo nõ ad te peruenerit, quàm quantũ illud eſt quod volo repetere: vt ſi nòn minùs ex peculio meo ad te peruenerit, poſſim repetere: ſi verò nihil ad te peruenerit, nihil poſſim pro illa parte repetere. Sin aliquid quidem, ſed minùs, poſſim repetere tatenus quatenus ad te peruenit, ratione illa, quam Africanus adfert quod naturalis obligatio, quæ tibi quæſita fuerat, hoc ipſo ſublata videatur, quod tu peculij mei partem ſis conſecutus. Præſupponendum enim eſt, id de quo nemo dubitat, & vt recta ſit ratiocinatio, ſublata obligatione quod ſolutum fuit reperiri indebitum, & ideo condictione indebiti repeti poſſe. Quantũ autẽ differat hic caſus à ſuperiore, ex eo cõſtat quòd pro ea parte pro qua ego debitor heres extiti patri noſtro, ſublata eſt obligatio cõfuſione, vt iã diximus: in hoc verò caſu veluti ſolutionis poteſtate cùm deductio pro ſolutione ſit, *d.l. ſi noxali* 11. §. *eſt autem D. de pecul.* in illis verbis, *an verò veluti ſolutũ videatur ſemel facta deductione.* Sunt autem iſta planè diuerſi modi tollendæ obligationis, confuſio & ſolutio, licèt ad eam tollendã æquè ſint efficaces, *l. debitori* 50. *D. de ſolut. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio. D. de ſolut.* Porrò in propoſita ſpetie apparet non minùs conſecutum te eſſe ex meo peculio, quàm quantum illud eſt quod volo repetere. Poſuimus enim peculium meum fuiſſe ducentorum, tuum vero non niſi centum aureorum, atque ita per confuſionem peculiorum factum eſſe vt tu ex meo peculio conſecutus ſis centum, ego verò ex tuo quod totum conſiſtebat in obligatione illa peculiari centum aureorum quos mihi credideras, dimidiam dũtaxat partem illius obligationis, per quã factus ſum creditor mei ipſius, & conſequenter deſij per confuſionem debitor eſſe in quinquaginta tantùm. Sentis igitur lucrum ex confuſione peculiorum ad quinquaginta vſque aureos. Ac proinde cùm ea ratione videar tibi quinquaginta ſoluiſſe, non potes recuſare, quominùs ex centum tibi à me poſtea ſolutis poſſim repetere nõ illa ſolùm quinquaginta, quæ diximus facta eſſe indebita, propter ſublatam confuſione obligationem, pro qua parte heres extiti patri, ſed alia etiam quinquaginta, quæ velles retinere, pro ea ſcilicet parte qua tu patri quoque heres extitiſti, cùm videantur illa iã fuiſſe tibi per me ſoluta. Id verò fiet apertius, ſi mutata ſpecie ponamus peculia fuiſſe æqualia, id eſt fuiſſe vtrumque peculium ſi parſtim centum duntaxat aureorum, téque centum illos tuos aureos mihi totos crediſſe. Confuſis enim peculiis per mortem patris cui ex æquis portionibus hæredes extiterimus, euenit vt tu ex peculio meo non niſi quinquaginta conſequaris. Siquidem ea centum quæ mihi numeraſti etiamſi non ſint à me conſumpta, meum tamen peculium augere non poſſunt, cùm peculiũ nõ intelligatur, niſi deducto ære alieno, etiam quod naturaliter tantùm debetur, tantundem verò tibi ex ea cauſa debeam, quantum eſt in illis centũ. Alioqui dicendum erit ex ducentis, quæ erant in vtroque peculio, conflatum fuiſſe peculium trecentorum citra vllam nouam acquiſitionem, quod eſſet abſurdum. Nam ex tua parte licèt pecuniam nullã habeas quippe qui totam mihi credideris, non eo minùs tamen peculium habes, & quidem quantum antea fuit, hoc eſt, centum aureorum. Hæc ſolam differentia, quòd cùm ante in pecunia numerata conſiſteret, cœpit poſtea conſiſtere in peculiari obligatione, ex quo tempore debitorẽ me habuiſti. Non ergo conſequeris ex meo peculio niſi quinquaginta, ſed ea in pecunia numerata. Ego verò ex tuo tantundem, ſed in obligatione peculiari, quatenus illa facta hereditaria ſit mea iure heredis pro ſemiſſe: atque ita faciens me creditorem mei ipſius in quinquaginta qui eram tibi debitor in centum, liberat me ab obligatione naturali confuſionis iure in illis quinquaginta. Ergo ſi poſt factam inter nos non tam peculiorum quæ ampliùs peculia non ſunt, quàm totius hereditatis diuiſionem ſoluam tibi centum, pro ea quidem parte pro qua heres extiti, id eſt pro ſemiſſe repetam quod ſolui: ſed pro alia parte pro qua tu heres extitiſti, nulla ratio eſt cur poſſim dicere, quo iure fuerit, aut videri debeat ſublata pro ea parte obligatio mea naturalis. Non enim fuit ſublata cõfuſione, quia pro ea parte ſemper fui debitor, nunquã creditor, tu verò cõtra nũquã debitor, ſed ſemper creditor, quamuis alio atque alio iure, viuo ſcilicet patre, ex propria tua perſona, eodem verò mortuo, iure heredis, ad quem obligatio illa tua peculiaris facta hereditaria per cauſam hereditatis ad te peruenerit. Multo minus poſsis dicere ſublatam eſſe pro illa parte obligationem naturalem, veluti ſolutionis poteſtate, cùm neque tibi ſoluerim re vera, priuſquã facta fuerit numeratio pecuniæ, de cuius repetitione tractamus. Neque ex peculio meo plus conſecutus ſis, quàm ego ex tuo: propter quod poſſim videri ſoluiſſe. Reliquum igitur eſt vt ſupetſit obligatio naturalis quæ ſemel fuit contracta, & nunquã diſſoluta, quæ proinde impediat ſoluti repetitionem. Probat autem Africanus, non quidem fratrem debitorem poſſe repetere pro qua parte frater creditor heres extitit, ſi non minùs ex peculio fratris debitoris ad eundem fratrem creditorem peruenerit, de quo vix poterat dubitari; ſed quod erat difficilius, non poſſe repetere ſi vel nihil, vel minùs ex peculio ſuo ad fratrem peruenerit creditorem: Et probat hoc argumẽto, quòd ſi pater in propoſita ſpecie mihi debitori totum peculium meum prælegaſſet, quod diximus fuiſſe ducentorum, officium quidem arbitri familiæ erciſcundæ qui inter nos diuideret hereditatẽ tale eſſe deberet, vt patris noſtri voluntatem ſecutus, iuberet me mihi totum illud peculium retinere ac præcipuum habere, nec pati vt in diuiſionem tecum veniret, ſed tamen futurum, vt poſſes tu æquitate eiuſdem iudicij ex eo peculio deducere quantum tibi à me deberetur, pro qua parte patri noſtro heres extitiſſes, vt ea deductio vice ſolutionis cederet, tibíque acquireret ius retentionis. Nam cùm prælegatum nihil aliud ſit quàm legatum quod vni ex heredibus relinquitur, ac proinde quicquid illud eſt quod prælegatum fuit, eius neceſſe ſit ex ſui partem iure hereditario, partem verò iure legati, id eſt partem ab eo ipſo, cui fuit prælegatum, partem verò à coherede, *l. miles ad ſororem* 75. §. 1. *de leg.* 2. *l. in quartã* 91. *ff. ad leg. falcid.* Conſequens eſt vt quemadmodum pro qua parte ego debitor, idemque prælegatarius patri noſtro heres extiti, prælegatum non valeat, quia mihi à meipſo legari non potuit *l. & quidem totum,* 18. *de leg.* 1. ita pro qua parte heres extitiſti, & valeat & ex tua portione ad me peruenire intelligatur: Quo præſuppoſito non eſt mirum habere te ius retentionis ob illam obligationem naturalẽ, quæ pro eã parte nunquam fuerit diſſoluta, & in eam rem vel deductione, id eſt, impetrare ab arbitro familiæ erciſcundæ, vt peculium meum quòd non obſtante prælegato confuſum eſt in hereditate, factúmque hereditarium, ac proinde commune mihi & tibi, nõ prius apud me præcipuum manere iubeatur, quam

tu deduxeris ex ea portione quæ mihi à te iure legati obtingit, quinquaginta illa quæ tibi adhuc ſuperſunt debita ex naturali mea obligatione, quoniã niſi conſuleres tibi per eiuſmodi deductionem, nullum ſupereſſet tibi ius, aut potius nullus modus retentionis. Quòd ſi eo quoque caſu quo peculiũ meũ mihi prælegatum fuerit, habes contra me ius deductionis, quanto magis habere debet ius retentionis ſi vltro tibi ſoluero quod debeo cùm non eſſet mihi peculium prælegatum? Hic enim ſolennis Africani mos eſt argumẽtandi, vt probet obſcurum per obſcurius, difficile per difficilius, quod ſignificat ipſe etiam contextus verborum, *adeò vt ſi prælegatum,&c.* Ex qua ratiocinatione tanto magis apparet verum eſſe quod docuimus, obligationem naturalẽ nõn fuiſſe quæſitã patri. Nã ſi fuiſſet quæſita, is certè prælegando mihi totũ meum peculium, totam illam obligationem peculiarem in me transfudiſſet, hactenus ſaltem ne poſſem cogi vllam eo nomine pati ex peculio meo deductionem. Vtitur etiam Africanus alia ratione ſumpta ex Iuliano quem habuit præceptorem. Nam ſi extraneo creditori quinquaginta iſta debuiſſem quæ tibi debui, & poſt mortem patris noſtri non ſolùm egiſſet ille contra me tanquam ſibi obligatum ciuiliter, ſed etiam exegiſſet, nondum accepto inter nos familiæ erciſcundæ iudicio, tantum ego recuperare à te meo coherede per officium arbitri potero, quantum creditor meus actione de peculio à te conſequi potuiſſet, id eſt, quãtũ in peculio pro parte tua hereditaria fuiſſet. Quoties enim filiusfamilias cum extraneo cõtrahit, duo fiunt debitores eiuſdem creditoris, filiusfamilias in ſolidum, pater verò de peculio, ita vt vterque ciuili & propria actione teneatur, *l. ſi quis cum filiofamilias 44. D. de pecul.* Itaque cùm non minus eſſet in peculio, quàm quantum debebam, & tu tanquam coheres patris ea actione de peculio partem debiti ex parte peculij ſoluere cogi potuiſſes: æquum eſt, ſi ego totum de meo ſoluerim, non ob id meliorẽ fieri tuam conditionem, ſed tantundem te mihi debere reddere iudicio familiæ erciſcundæ, quantum creditori meo actione De peculio præſtare debuiſſes. Quid enim tua intereſt an præſtes mihi, an extraneo creditori, & an actione De peculio, an iudicio familiæ erciſcundæ, dummodò non plus præſtes vno caſu quàm alio? Hoc verò ſuppoſito infert Africanus, ſi re integra, & nõdum exacto à me per extraneum creditorem quod ei debebam, iudicium familiæ erciſcundæ inter nos accipiatur, æquum eſſe ita peculium diuidi, vt vſque ad eius quantitatem præſtes me indemnem, id eſt, vel caueas mihi de indemnitate, vel patiaris ex tua peculij portione in diuidenda hereditate tantum penes me remanere, quantum neceſſe ad ſolutionem creditori meo ita faciẽdam, vt non morer in damno. Itaque ſi debebam creditori extraneo quinquaginta, retinebo ego ex peculij mei tua parte, quæ eſt centum aureorum viginti quinque quæ alioquin fuerant ad te peruentura. Ex hoc verò rurſum idem Africanus infert, ſi æquum eſt defendi me à te, ac indemnem præſtari cõtra extraneum creditorem, multò magis debere te mihi eandem indemnitatem præſtare in eo quod tibi ipſi debeo. Facilius enim eſt, minúſque tibi onerosum, vt ex eo lucro quod tu per peculiorum confuſionẽ, & ex mei peculij cõmunicatione conſequeris, (ſemper enim ponimus meum eſſe vberius tuo) tibi ipſi cogaris ſoluere quod ego tibi debeo, quàm vt extraneo. Sibi enim ſoluere quis poteſt, & plerumque debet, etiam ſine actione, cùm tamen alij ſoluere nemo cogatur niſi actione interueniente, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. D. de negot. geſt. l. quoties 9. §. ſicut autem. D. de admin. tutor.* Quę poſtrema Africani ratiocinatio, vt apparet, non eodem pertinet quò ſuperior, vt probet non poſſe me repetere quod tibi ſoluerim pro qua parte heres extitiſti, ſi vel nihil, vel minus ex peculio meo ad te peruenerit, ſed vt ẽcõtrario probet poſſe me repetere pro ea quoq; parte, ſi nõ minus ex peculio meo ad te peruenerit, quã ſuperſit in obligatione mea naturali. Quod enim concludit Africanus, longè magis debere me præſtari à te indemnem in eo quod tibi debeo, nihil aliud eſt quàm quod initio dixit dandam eſſe mihi pro eã parte repetitionem. Nulla enim alia ratio eſt qua me poſſis pręſtare indemnem poſteaquam tibi ſolui quod amplius non debebam, hoc eſt, quod habendum erat pro ſoluto, hoc ipſo quod peculij mei partem eſſes conſecutus vberiorem quàm ego tui. Hoc enim ſemper ponendum eſt, quia ſi è contrario fingeremus peculia fuiſſe æqualia, ceſſarent omnes illæ rationes Africani, quibus probare vult dandam mihi eſſe condictionem. Et hæc ad Africanum noſtrum adnotaſſe ſufficiat. Nam quod ſequitur in *§. quæſitũ*, de obligatione naturali acquiſita filio contra patrem, & viciſſim patri contra filium, ſicut ad eundem tractatum pertinet, ita ex ſuperioribus intelligi facilè poteſt, probátque euidentiſſimè quàm verum ſit quod nos defendimus, Obligationem naturalem ſic acquiri filio, vt per eundem filium non poſſit acquiri patri, cui alioquin acquireretur contra ſeipſum. Ponendum tamen eſt, vt Africanus ponit, factam fuiſſe ſolutionem ex illa naturali obligatione poſt emancipationem. Alioqui ſi facta eſſet durante patria poteſtate, non poſſet locus eſſe quæſtioni De condictione indebiti, non ob id ſolùm quòd nulla poſſit eſſe lis inter patrem & filiumfamilias extra cauſam caſtrẽſis peculij, *l. 4. D. de iudic.* ſed etiam quia pecunia filiofamilias ſoluta etiam ab extraneo, nedum à patre acquireretur patri tãquam effectus obligationis naturalis, vt & alia quælibet acquiſitio dominij per filium ad patrem deuolueretur. Remanere verò naturalem obligationem etiam poſt emancipationem probat Africanus hoc argumento, quòd ſi intra annum poſt emancipationem ageret extraneus de peculio contra patrem debitorem filij, etiam quod pater filio naturaliter debuiſſet in peculio computaretur. Nam & deductio illa & computatio, quarum altera minuit, altera auget peculium, effectus ſunt obligationis naturalis. Reliqua in Rationalib. dicemus, quæ ſi abſoluere dabit Deus Opt. Max. non habebunt iuris ſtudioſi quibus noſtra omnia vouemus, quod conquerantur, cur hos Coniecturarum libros qui penè in infinitum produci poterant, vigeſimo concludamus.

FINIS.

Gloria tota Deo qui hæc nobis otia fecit.

INDEX PRONVNTIATORVM ET VERBORVM IVRIS INSIGNIORVM,

QVÆ IN HIS VIGINTI ANTONII FABRI I.C. ACVTISSIMI ET DOCTISSIMI CONIECTVrarum libris continentur, elementorum ſerie diſpoſitus.

Primus numerus librum, ſecundus caput, tertius paginam, quartus denique paginæ columnam denotat.

Abſens.

ABSENS poteſt emancipari. 9.9.254.2.& 255.1. non poteſt adoptari. 9.9.254.2

Abſenti per epiſtolam donari poteſt. 3.12.64.1

Abſens Reipublicæ cauſa quando reſtituatur in integrum. 14.8.403.2

Abſentibus quādo ſuccurrat Prætor. ibi.

Abſtentio.

Abſtentionis beneficium eſt ex Iuriſdictione Prætoris. 2.2.16.1

Abſtentio eſt loco repudiationis. 9.14. 270.2

Acceptilatio.

Acceptilatio eſt modus legitimus tollēdæ obligationis ipſo iure. 20.15.780.2

Acceptilationis effectum. 4.12. 101.1. per acceptilationem liberato reo, liberatur quoque fideiuſſor. ibid.

Acceptilatio ſequitur obligationem. 19.3. 710.2. eámque perimit. ibid. per acceptilationem dos olim frequēter conſtituebatur. ibid.

Acceptilatio ſolutioni comparatur. 11. 18.366.1

Acceptilatio Aquiliana eſt omnium optima & efficaciſſima liberatio. 17.9. 613.1. acceptilatio eſt ciuilis & imaginaria ſolutio 17.11.618.1. eſt eiuſdem poteſtatis, cuius vera & naturalis ſolutio eſt. ibid.

Accreſcendi Ius.

Iuris accreſcendi & ſubſtitutionis differentia 4.13.91.2. Ius accreſcendi eſt ex lege. ibid.

Iuri accreſcendi inter legatarios quādo ſit locus. 6.1.130.1. Ius accreſcendi in portionibus agnatis locum non habere. 5.4.13.2

Accuſatio.

Accuſatione nondum inſtitutā, liberaliter accuſatio remitti poteſt. 2.10.48.1. non item pecuniā acceptā ibid. ab accuſatione qui deſiſtit, incidit in Senatuſconſultum Turpilianum. ibid.

Accuſatores ſubſcriptionis neceſſitas obſtringit. 2.20.46.2

Accuſatio adulterij etiam ante Conſtātinum publica fuit. 2.20.47.2

Acquirere, Acquiſitio.

Acquiſitio alia reuocabilis, alia irreuocabilis. 20.8.756.1. Irreuocabilis per legati agnitionem inducitur ibid. legatū quod ſemel acquiſitum eſt, amplius repudiari non poteſt ibid.& 17.9. 613.1

Acquiri alteri per liberam perſonam nihil poteſt. 18.7.663.2. & 11.18.366.1. excipitur cauſa poſſeſſionis quæ per liberam perſonam acquiri poteſt 18.7. 663.2

Iaſibi acquirit, qui ex aliena pecunia rē comparat. 6.9.118. non ei cuius ſunt nummi. ibid. excipitur miles, ex cuius pecunia qui emit, non ſibi, ſed militi acquirit. ibid. maritus non poteſt acquirere vxori. ibid.

Actio in generē.

Actio eſt ius perſequēdi in iudicio quod ſibi debetur. 20.9.765.2. & 15.1.481.1. an ſit generalis illa definitio. 20.9. 767.1

Actio dicta eſt ab agendo, id eſt cogendo & compellendo, quod per eam agatur & cogatur is qui eſt perfidus in ius venire. 20.9.766.& ſeq.

Actionum vendi poſſit. 11.18.388 1.& 2

Actionum formulæ licet ſint ſublatæ, earum tamen natura manſit. 20.8.766.1

Actio quæ ſolutione perempta eſt, an ex interuallo cedi poſſit. 11.9.250.2. & pag ſeq.

Actio non datur niſi ei cuius intereſt. 20. 11.776.1

Actiones olim nihil aliud erant quàm formulæ certis verbis conceptæ. 20.13. 775.2

Actionum formulæ olim fuerunt diuerſæ 15.1.483.1

Actionem elidi & tolli differunt. 15.4. 276.1

Actio amitti poteſt culpa & vitio actoris, ſubſiſtente obligatione. 7.16.291.1 difficilius datur quàm exceptio. 7.9. 152.1

Actio nulla naſci poteſt ex ſententia quę non contegat condemnationem. 16.14. 572.1

Actionem exercendo nemo ſuam conditionem deteriorem facit, ſed meliorem. 16.14.575.1

Actiones poſſunt hodie ab herede & contra heredē incipere. 19.19.748.2. quod olim ſecus erat ibid.

Actio debet incipere à citatione. 20.9. 768.2

Actionem cui damus multò magis exceptionem dari oportet. 20.11.773.2

Actionem ex ſua improbitate nemo cōſequi debet. 20.8.765.1

Actio eſt ius, id eſt portio quædam & effectus iuris ciuilis. 20 8.765 1

ex eadem cauſa duæ actiones interdum competunt. 16.4.547.2

Actionum diuiſio in actionem in rem, & actionem in perſonam eſt perfecta. 20. 10.769.1

Actionum diuiſio quam proponit Imperator in §. omnium. Inſtit. de actionib. examinatur. 19.20.749

Actio nulla poteſt incipere ab executione cōtra reum inauditum 20.9. 768.1 alia eſt ordinaria, alia extraordinaria, alia ſubſidiaria. 11.17.364.2

Actionis ſpecies & differētiæ, & primum actio in perſonam.

actionum realium & perſonalium differentia. 20.9.767.1. & 7.1.1.1. & 15.1. 481.1

actiones perſonales condictiones dicūtur. 16.4.547.2

actionem in perſonam ſequitur condēnatio. ſecus eſt in actione in rem. 15.1. 481.1

ſolę actiones perſonales propriè loquēdo actiones dici debent. 15.1.481.1

actioni non eſt locus, niſi præcedat efficax obligatio. 8.1.201.1

actio in perſonam incipit à coactione. 20.9.767.1

actiones merè pœnales quæ ſint. 4.19. 102.1. nulla actio extenditur vltra quadruplum. 2.3.17.2. actio de Dolo eſt merè in perſonā. 16.18.585.1. actio ex remedio leg diffamari. 19.20. 749.2

actionis mandati, & actionis negotiorū geſtorum eadem vis eſt & poteſtas. 8. 6.210.2

actio de conſtituta pecunia plenior eſt & efficacior actione ex ſtipulatu. 15.2. 485.1

actiones in factum ſunt omnes in perſonam. 20.16.782.1

in actione ad exhibendum intēdit actor aduerſarium debere exhibere. 19.20. 749.2

actio reſcindens eſt perſonalis. 20.10. 770.1

actio ex vendito eſt in perſonam. 5.4. 108.2

actio negotiorum geſtorum ei non cōpetit, qui ſuū negotiū geſſit. 11.7.345.2

actio ex iureiurando. 19.10.731.1

Actio ſerui corrupti. 5.8.111.2. actio negotiorum geſtorum quando detur fideiuſſori. 8.6.210.2. actionis ex cōducto natura. 1.5.30.1. actio de peculio nō datur in ſolidum, ſed quatenus peculiū patitur. 1.9.9.1

actio de in rem verſo datur in ſolidum 1. 9.9.1. competit aduerſus patremfam vel dominum ex cōtractu inito cum filiofam. vel ſeruo. 11.1.335.2

Actio ex cōtractu datur etiā in id quod pacto comprehenſum eſt. 5.10.124.1

Actio mandati actioni negotiorum geſtorem eſt ſimillima. 16.9.562.2

Actio empti competit ad hoc vt venditor vacuam rei venditæ poſſeſſionem tradat. 11.18.400.2

Actio tutelæ eſt bonæ fidei. 21.11.417.1

Actio cōſtitutę pecunię qualit. 5.3.107.1

Actioni in factum ſubſidiariè quando locus. 3.15.65.1.& 5.16.122.1
in Actione Quod metus cauſa intendit actor aduerſarium debere reſtituere. 19.20.745.2
Actio legis Aquiliæ eſt pœnalis. 4.1.77.1
Actiones ex delicto vel ſunt merè pœnales vel mixtæ. ibid.
Actiones quæ ex delicto proficiſcuntur non dari aduerſus heredes in ſolidum, niſi lis ſit conteſtata, Bartolus & alij volunt. ibid.
actio ſepulcri violati infamiam irrogat. 4.2.78.2.
actio vi bonorum raptorum eſt mixta. 4.1.74.1. In actione ſiue iudicio de eo quod metus cauſa, in quātū damnetur reus. 16.18.583.1 & 2 & 586 1. actio quod metus cauſa an ſit mixta. 20.10.770.1
Actio ad exhibendum an ſit mixta. 20.10.770.1. Actio mixta en ſenſu quod & in perſonam ſit & in rem, eſt nulla. 20.10.769.1. In actione de eo quod metus cauſa in litem nunquā iuratur. 16.18.583.1

Actio in rem.

Actio in rem petitio magis propriè dicitur quàm actio. 20.9.767.1 & 11.1.381.1. aut perſecutio rectius appellatur, ſi ſit quidem in perſonam ſcripta, ſed ad rē ipſam conſequendam. ibid.
Actiones in rem ſcriptæ quæ. 19.20.74.2.1. & 20.10.769.2.
Actio rem in rem ſcribi, & in rem dirigi ſunt diuerſa. ibid.
in actionibus in rem non perſona, ſed res conuenitur. 20.8.766.1. & cap 2.767.2 poſſeſſor eſt aduerſarius non reus. at in actionibus in perſonam idem eſt reus & aduerſarius. 20.9.767.2
Actio in rem non naſcitur ex vllo negotio. 20.8.765.2 ſed tantum ex poſſeſſione detentoris & dominio actoris. 20.8.765.2. Actiones in rem an dentur cōtra poſſeſſorem. 20.9.767.2
actionem in rem nemo inuitus patitur aut ſuſcipit. 20.9.768.1. actio in rem non niſi domino datur. 19.11.735.1. nūquam contra dominum. ibid.
in actionibus in rem in litem iuratur. 6.17.161.2 & cur. ibid.
In actione in rē aliquando euenit vt poſſeſſorem ſatiſdare oporteat, de re quæ petitur, vbi petitur, aut vbi iudicatum reſtituenda. 12.16.394.1. In act. in rem reſtitutio fit arbitrio iudicis. ibid.
Actio in rem eſt duplex, directa & vtilis. 20.11.771.1. directa cui detur. ibid. vtilis cui detur. ibid. & ſeqq.
Actio in rem de ſeruitute eſt duplex, cōfeſſoria & negatoria. 20.11.771.2
Actio hypothecaria merè in rem eſt. 16.18.581.1. actionis hypothecariæ duo ſūt capita. 16.14.573.1. actio hypothecaria ſeu quaſi Seruiana datur ex nudo pacto. 19.6.725.1. in id datur vt auocet poſſeſſionem. ibid.
Actio pigneratitia an ei detur, qui rem alienam pignori dedit. 7.19.195.2
actio reſciſſoria eſt realis. 20.10.770.2 definitur. ibid.
Actiones in rem dicuntur arbitrariæ. 12.16.394.1. & cur. ibid
Actionū arbitrariarū natura & definitio. 12.16.394.1. Arbitraria actio quotuplex. 15.2.484.2
Actio de eo quod certo loco eſt arbitraria. 12.16.394.1. & cur. ibid. propriè & κατ' ἐξοχὴν dicitur arbitraria. 15.2.484.2

Actiones bonæ fidei, ſtricti iuris, ciuiles, prætoriæ, &c.

Actiones bonæ fidei vnde nitiātur. 16.1.541.2
Actio ex teſtamento an ſit bonæ fidei. 15.3.488.1. & 12.18.400.2.
Actiones ſtricti Iuris ex ſtricto iure obligationis pendēt & æſtimātur. 15.2.483.1
Actio ex ſtipulatione eſt ſtricti Iuris. 14.18.475.2
Actiones prætoriæ ex æquitate omnes æſtimantur. 15.2.485.2. illarum vſus. 15.2.485.1.
Actio de conſtituta pecunia eſt prætoria. 15.2.485.1
In actionibus ciuilibus licet ex delicto deſcendant vera fit litis conteſtatio. 7.20.127.2
Actio ad ſupplementum legitimæ à Iuſtiniano eſt introducta. 15.10.507.2
Actio Iudicati. 11.9.251.1. priorem actionem nouat. ibid.
Actio vtilis tantum poteſt, quantum directi. 19.17.744.2
Actiones vtiles aliæ datiuæ, aliæ natiuæ. 19.19.748.2. & quæ datiuarum, quæ natiuarum ſit natura. ibid.
Actionum aliæ actiuæ, aliæ paſſiuæ. 19.15.739.2
Actiones rei perſecutoriæ contra heredē in ſolidum tranſeunt. 4.1.77.1. licet ſint ex delicto. ibid. etiam actiones quæ rei perſecutionem non habent dantur aduerſus heredes in quantum ad eos peruenit. 4.1.74.1
Actio rerum amotarum rei perſecutionem continet. 4.1.76.1. datur aduerſus vxorem quæ mariti res amouit. 3.19.72.2. & 16.11.566.1
an actiones ex ſtrictis fieri poſſint arbitrariæ. 15.2.485.1

Actor.

Actor debet ſequi forum rei cōuenti. 20.7.764.1. actor dicit, reus contradicit. 19.20.750.1. actor intendit, reus defendit. ibid. actoris intentio eſt actio; rei defenſio eſt exceptio. ibid.
Actor dicitur ille tantùm qui agit, actoris vero partibus fungi ille demum cui incumbit onus probandi. 20.13.777.1
actore non probante abſoluitur reus. 19.4.721.1.

Actus.

An in ſeruitute actus iter quoque continetur. 1.20.21.1. actus eſt ius agēdi iumentum vel vehiculū. 21.2. quid differat ab itinere. ibid. à via. ibid. actus ſatiſdatur vel eſt à contrahentibus vel ab arbitro. 19.14.738.2. differt à via, & ab itinere. ibid.
Actus non debet operari vltra intentionem agentis. 11.17.364.2. actus morientiū an poſſint ſuſpendi. 19.16.743.2. viuentium an ſuſpendantur. ibid. nihil actum videtur, quamdiu aliquid agendū reſtat. 20.19.791.1

Aditio hereditatis.

Aditio hereditatis eſt neceſſaria vt teſtamentum poſſit effectum ſuum habere. 19.16.743.2. non tam legis, quàm hominis confirmatio eſt. ibid. perſonale factum adeuntis deſiderat. 17.15.627.1
Aditionis hereditatis effectum. 15.13.515.2
Adeundi ius pendet ex delatione. 14.1.443.1
Aditio coacta nihil lucri & commodi affert. 7.17.294.1. In ſuis heredibus nulla eſt aditio hereditatis. 10.18.325.1. non aditā patris hereditate pupillares tabulæ corruunt. 2.2.26.1.

Adiectus ſtipulationi.

Adiecta perſona ſtipulationi quæ dicatur. 19.19.748.1. eſt ea cuius nomen ſequitur nomen perſonæ in qua conſiſtit ius obligationis. ibid. etiam perſona extranea ſolutionis cauſa in ſtipulatione adiici poteſt. de adiecto ſtipulationi ſolutionis gratia. 5.10.61.2

Adiudicatio.

Adiudicatio hypothecæ quid ſit. 16.15.576.1

Adoptio.

Adoptio eſt actus legitimus. 9.9.251.1 nec diem recipit, nec conditionem. ibid. fit in fauorem adoptantis & adoptati. ibid.
adoptari non poteſt is qui eſt in hoſtium poteſtate. 9.9.254.2

Aduentitia.

In aduentitiis filiusfamilias heredem ab inteſtato hodie habere poteſt. 10.8.305.2
aduentitia non conferuntur. 13.21.423.1

Adulterium.

Adulterij crimen ſanguinis pœnam non irrogabat ante Conſtantis & Conſtantij conſtitutionem. 2.20.46.2. pœna olim erat relegatio. ibid. de crimine adulterij iure veteri tranſigere & paciſci non licebat, quin actor in Senatuſconſulti Turpiliani pœnam incideret. 2.20.46.1. nouo iure crimen adulterij eſt capitale. 46.2. adulterij accuſatio eſt hodie publica. ibid.

Ædificium, ædificare.

Ædificare ad alterius inuidiam nō licet. 19.15.741.1. ita vt vicino duntaxat noceatur, non verò ædificanti potiſſimū conſulatur. ibid. vi prohibere ædificātem non licet. ibid.
Ædificium an tolli poſſit in infinitum. ibid.

Aequitas

Æquitas prętoria nihil differt à iure prętorio. 9.14.269.1. æquitas ciuilis à iure ciuili prorſus diſcrepat. ibid. æquitatis ciuilis & prætoriæ differentia. ibid. æquitatis naturalis effectum. 8.16.225.2
æquitas cerebrina. 12.9.350.1

Aeſtimatio.

De æſtimatione rei debitæ ineunda. 16.1.540. & ſeq. an æſtimatio rei debitæ poſſit creſcere poſt cōdemnationem, aut poſtquam perempta res eſt. 16.5.5.11. de æſtimatione rerum furtiuarū. 14.11.460.1. æſtimatio delicti præteriti ex poſt facto an creſcat. 16.6.455.1
æſtimatum commodatum dari poteſt, vt periculum omne ad commodatarium pertineat. 7.6.177.1
rebus æſtimatis in dotem datis venditio rem dotis cauſa factam cenſeri. 7.6.177.1
hominis æſtimatio incertior eſt, quàm fundi. 7.6.177.2
æſtimatio quaſi venditio eſt. 7.1.176.2
æſtimatio quæ dotis cauſa fit, an ſit venditio. 7.6.177.1
in æſtimando eo quod intereſt honeſtus modus ſeruandus eſt, non immoderata cuiuſque luxuria ſubſequenda eſt. 5.8.112.1

Affectio.

Affectio perſonarum an poſſit efficere vt alteri per alterum actio acquiratur. 5.4.4.2
affectiones immodicas ciuilis legiſlator reprimere ſolet. 2.5.27.2

Agere.

Inuitus agere quis cogatur. 8.17.227.1
malè qui agit, cauſa cadit. 20.9.768.1.
non item is qui fruſtra agit. ibid.

Agnatus.

Agnatus proximus eſt quem nemo antecedit. 20.4.759.2
agnatus ſupremus eſt poſt quem nemo eſt. ibid.
proximus agnatus quis dicatur, cum de ſucceſſione inteſtati agitur. 6.14.154.2
Si agnatus proximus delatam hereditatem

tem repudiaſſet, ſequentis gradus agnati iure veteri non admittebantur. 3.4.54.2. in agnatis non eſt ſucceſſio. ibid.& lib.10.12,313.1

Alienatio.

Alienationis nomen ad contractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet. 14.7.455.2
an alienatio dicatur translatio dominij, quæ fit per heredis inſtitutionem. 24.7.456.1
alienare etiam dicitur is qui non vtendo, ſeruitutem amittit. 19.14.737.2
alienatio eſt actus per quem dominium transfertur. 14.7.455.2
alienationes onerosæ poſt contractum capitale crimen an valeant. 7.20.198.2.& ſeqq.
alienatione generaliter prohibita, cenſetur excepta cauſa alienationis neceſſariæ. 24.11.465.2
prohibita alienatione extra familiam, an ſit prohibita extranei heredis inſtitutio. 24.6 453.1
multa ſunt quę cum alienari non poſſint transeunt per vſucapionem. 14.7.456.1

Allodialia.

Allodialia bona libera ſunt ab omni onere ſoluendi canonis, vel tributi annui, aut alterius præſtationis, & quorum dominium ſibi vindicare alius nemo poſſit. 20.11.771.2

Ἀλληλέγγυοι.

Ἀλληλέγγυοι qui dicātur apud I.Ctos Græcos. 11.2.335.2

Alternatiuus.

In alternatiuis ſtipulationibus debitoris eſt electio. 2.15.40.2.& lib.7.5.176.1

Annuum.

Annui appellatione quæ ſignificentur. 2.8.32.2

Appellatio.

Appellatio extinguit iudicatum. 7.10.198.2

Apoſtaſia.

Crimen apoſtaſiæ morte non finitur. 7.20.197.1

Aquæductus.

Aquæductus eſt ſeruitus ruſtica. 19.9.731.2. non poteſt conſtitui ex ſtagno, neque ex lacu non perpetuo. ibid. ex ciſterna conſtitui nequit. ibid. acquiritur longo tempore. ibid.
aquæductus eſt ſeruitus diſcontinua. 19.21.734.1

Aquæhauſtus.

Aquæhauſtus non poteſt conſtitui ex puteo, niſi habeat aquam perennem. 19.9.731.2

Lex Aquilia.

An lege Aquilia agi poſſit pro damno dato à rebus inanimatis. 3.27.122.1

Aquiliana formula.

Aquiliana formula eſt inſtituta in gratiam poſthumorum alienorum. lib. 9. c.1.2 & ſeqq.
tractatus de formula Aquiliana & lege Vellea hodie eſt ſuperuacuus. 9.2.236.2

Arbiter, arbitrium.

Arbiter quodammodo iudex eſt, & arbitri ſententiam dicimus ſicut & iudicis. 28.12.680.1
arbitrium iudicis an ſit ſententia. 16.17.580.1

Arbitrariæ actiones.

Arbitrariæ actiones quæ. 15.1.482.1.& 15.3.485.2. nō oriūtur ex præcedēti obligatione, ſed ex mero iudicis officio pēdēt. ibid.& 15.2.483.1. nō dātur aduerſus eum qui ex cōtractu, aut delicto obligatus eſt. 15.3.485.2
Arbitrariæ actiones vnde dictæ. 16.17.581.2.
In arbitrariis actionibus nihil omnino debetur ante condemnationem. 16.19.588.2. in iis omnibus arbitrium iudicis præcedit, vt ſi non pareatur, condemnatio ſequi poſſit. 16.17.580.1
In arbitrariis actionibus iuſſum iudicis de reſtituendo pręcedit condemnationem. 26.1.540.1
In actionibus arbitrariis an manu militari auferenda ſit poſſeſſio reo, qui nō vult reſtituere. 16.17.582.2. an duæ ferantur ſententiæ vt Bartolus & alij ſentiunt. 16.17.580.1
Arbitrariæ actiones propter loci adiectionem quot ſint. 15.2 485.1.& 2. an inducātur temporis ratione. 15.3.485.2
Arbitrarias actiones hodie nullas eſſe. 16.17.583.1
Arbitraria iudicia. 15.1.482.2. neque bonæ fidei, neque ſtricta ſunt. 14.18.477.2 an ſiant ex ſtrictis. ibid.
Arbitrariæ actiones, & actiones bonæ fidei in quo conueniant. 15.3.485.2

B

Beneficium.

Beneficium collatum perſonæ, deficit deficiente perſona 8.13.220.2
Beneficium diuiſionis inter quos locum habeat. 8.2.200.2. competit fideiuſſoribus ex epiſtola Diui Adriani. 12.12,357.2. Ius ſingulare illorum fuit, qui pro aliis ſoluerent. 11.12.357.2

Bona.

Bona habent ſoli patresfamilias. 10.8.305 2. aliud eſt Bona, aliud Peculium habere. 10.8.305.2
in Bonis rem habere quid ſit. 20.21.772.1
in Bonis noſtris quæ res eſſe dicantur. 19.8.729.2
Bona vacantia ſunt quę non habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato. 17.2.599.2
Bona vacantia an poſſint vſucapi. 7.10.182.1.& ſeq.

Bonorum poſſeſſio.

Bonorum poſſeſſiones introductæ ſunt à prætore iuris veteris tum corrigendi, tum confirmandi gratia. 4 4.80 2
Bonorum poſſeſſio alia cum re, alia ſine re. 9.14.269.1.& 2. quid ſit vti aque. ibid.
Bonorum poſſeſſio quomodo ſit acquirendi dominij modus. 7.4.174.2.& pag. ſeq
per procuratorem peti poteſt. 14.1.444.2
de Bonorum poſſeſſione contra tabulas varia iura condita fuēre. 10.16.321.1
Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur etiamſi nulluſdum heres ſit, & ante aditionem hereditatis. 17.2.596.1. quomodo differat à querela inofficioſi teſtamenti. ibid.
Bonorum poſſeſſio non eſt mixti imperij, ſed iuriſdictionis. 4.4 80 2
Bonorum poſſeſſor eſt heredis loco. 27.1.598.2

C

Caduca.

Caduca pertinent ad fiſcum cum oneribus ſuis. 3.16.68.1. nimirum ex lege Iulia. ibid.
Caducorum & Vacantium bonorū differentia. ibid.
Caduca hereditas quæ. 3.16.67.2.& ſeq.

Calumnia, calumniator.

Calumniæ crimen eſt famoſum. 4.2.78.1
Calumniatores prætoris edictum infames facit. 6.6.142.2. vt Calumniator infamia notetur, requiritur vt calumniæ cauſa ſit condemnatus. 6.6.142.2

Capitis diminutio.

Capitis diminutio minima, nihil niſi familiæ ſtatum immutat. 10.19.328.1
Capitis diminutione teſtatoris, quando infirmetur teſtamentum. 10.8.315.1

Captio.

Captio in iure ſæpius damnum ſignificat. 8.10.214.2

Captiuus.

Captiuus eſt ſeruus hoſtium. 10.12.314.2
Captiui iura omnia ſunt in ſuſpēſo propter ſpem poſtliminij. 10.12.315.1
Captiui ſtatus nō pendet. 10.12.314.1.& 2 liberorū Captiui ſtatus eſt in pendenti. ibid.
Captiui filius non poteſt teſtari. 10.8.305 2
Captiuus redemptus an fiat ſeruus redimentis. 11.7.347.
Captiui & deportati differentia. 10.12.315.2

Caſus fortuitus.

Caſus fortuiti ad dominos regulariter pertinent. 6.10.150.1

Catoniana regula.

Catonianæ regulæ ſententia ab omnib. interpretibus male eſt accepta. 12.19.402.2
Catoniana regula ad hereditates non pertinet. 401.2. lege Iulia antiquior fuit. 12.19.402.1. pertinet ad legata pura. 402.1. non ad condicionalia. ibid.

Cauſa.

Cauſa quid prudentibus ſignificet. 15.1.482.1
Cauſa perpetua ſeruitutis quæ 19.9.731.1
duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrere non poſſunt. 2.15.40.2

Cautio.

Cautio Muciana 2.16.42. eius introducendæ cauſa. ibid.
Cautio de damno infecto quid contineat. 2.27.43.2

Cedere, Ceſſio, Ceſſionarius.

Cedere actionem & ſoluere non idem ſunt. 12.7.38 .2
Cedi poſſunt iura omnia. 5 7.270.1. an & fideicommiſſum, ita vt fideicommiſſarius in alium transferat ius perſequendi fideicommiſſum. ibid.
Cedentis pactum an noceat ceſſionario. 12.2.372.2. de Ceſſione nominis. 12.7.380.& multis ſeqq.
Ceſſio fieri poteſt aut commodo periculóque cedentis, aut periculo commodóque ceſſionarij, aut denique vtriuſque gratia. 12 4.375.1 & 2
Ceſſio nominis quomodo differat à delegatione. 12.11.386.1
Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpectet, an ad ceſſionarium 12.7.380.1
Ceſſione an liberetur debitor, quominus à cedente creditore cōueniri poſſit. 12.2.371.2
in Ceſſionarium directæ actiones transferri nullo modo poſſunt. 12.2.372.2
an Ceſſionario obſtet exceptio, quæ obſtet cedenti. 12.9.382.2

Cincia lex.

Lex Cincia qua de re fuerit lata. 29.2.718.2

Circumuenire.

Circumuenire eſt dolo malo decipere, 8.3.203.1

Clericus.

An Clericus qui agit contra Laicum coram iudice Laico, poſſit coram eodem iudice à Laico reconueniri. 20. 7. 764.1

Clericus etiamſi maximè velit, Iudicis ſecularis iuriſdictionem cõtra ſe prorogare iure Canonico non poteſt. ibid.

Codex.

Leges Codicis ad propoſitos caſus accommodabantur. 3.17.70.2. cur difficiles explicatu. ibid. In legibus Codicis multa in facto ſupplenda ſunt, quæ quòd in precibus expreſſa eſſent, in reſcripto fruſtrà fuiſſent repetita. 18. 14.689.2

Codicilli.

De Codicillis. 15.15.523.1

Codicilli ante teſtamentum facti an debeant confirmari, vt valeant. ibid. originem ſumpſerunt à teſtamentariis. ibid. de Codicillorum confirmatione. 15.15.524.& ſeq.& c.16.526.2

Codicilli ex teſtamento frequentiores codicillis ab inteſtato. 15.14.519.2. ex Codicillis non confirmatis nihil peti poteſt. 6.12.117.1

Codicillis hereditas adimi non poteſt. 28.16.6 4.1

Clauſula Codicillaris an in omnibus teſtamentis ſubintelligatur. 25.17.519.2

Collatio.

Neceſſitas collationis iure Pandectarum ceſſabat facto teſtamento, niſi eam teſtator expreſſè iniunxiſſet. 7.12.186.1

Commodatum.

Commodatum quarum ſit rerum. 19.7. 728.2. in iuribus conſiſtere non poteſt. ibid.

rei Commodatæ & dominium & poſſeſſionem ſemper retinet is qui commodauit. 7.6.177.1

Commodato qui vtitur in alios vſus, aut in aliud tempus furtum facit. 19.8. 729.1

Commodatum æſtimatum dari poteſt, vt ſcilicet periculum ad commodatarium pertineat. 7.6.177.1

Commodatæ rei deterioris non factæ præſtatione liberatur commodatarius. ibid.

Commodati actio in id competit, vt res ipſa reddatur. ibid.

Commune, Communicatio.

Quod commune eſt plurium in ſolidum non eſt commune. 11. 8.349.2

Communicatio quãdo ſit alienatio. 5.4. 109.1

Compenſatio.

Compenſatio dicitur fieri ipſo iure. 8.2. 202.2. dicitur exceptio. ibid. an ſit exceptio, an verò actio. 12.9.385.2. ipſo iure minuit actiones. 12.9.383.1. ſolutionis vim obtinet. ibid.

Compromiſſum.

Ex Compromiſſo non exceptio, vt ex re iudicata, ſed pœnæ tantùm petitio naſcitur. 11.2.336.1

Compromiſſa iam olim redacta fuerunt ad inſtar iudiciorum. 18.12.680.1

Concubina.

Concubina matrisfamiliâs honeſtatem non retinet. 3.14.65.1.& 2. in Concubina ſtuprũ an committatur. ibid. duas concubinas ſimul habere non licet. ibid. an ingenua cõcubina eſſe poſſit. 3.14.66.1

Concubinæ & vxoris differentia. ibid.

Condemnare.

Qui cõdemnare poteſt, abſoluere etiam poteſt. 15.1.481.2

Condemnari quiſquam non poteſt niſi conueniatur, nec rurſus conueniri ſine actione. 11.17.364.2

Condemnatio in actionibus perſonalibus locum habet; in realibus non habet. 15.1.481.2.& 2

Condicere, Condictio.

Quibus cõdicenda ſit pecunia. 11.8.349. 2.& lib.8.8.213.1

nemo poteſt rem ſuam condicere niſi à fure. 26.4.547.2

non condicit qui rem ſuam repoſcit actione depoſiti aut commodati. ibid.

Condicere nemo poteſt, niſi qui dominium ad ſe pertinere probauerit. 4.1. 74.2

Condictio furtiua ſoli domino datur, cum tamen ex iuris ratione nunquam domino detur. 16.11.565.2

Cõdictio furtiua rei perſecutionem habet 4.1.74.1. eſt actio ciuilis non prætoria. ibid. datur aduerſus raptorem. 74.2. eſt ſimilis actioni rerum amotarum. 4.1.76.1

de Condictione indebiti ſoluti. 4.10. 202.2

Condictio certi ex mutuo competit. 15. 2.484.2

Condictio triticaria ex qua cauſa competat. 16.2.542.2

Condictio triticaria eſt generale nomen actionum omnium perſonalium, ex quibus aliquid petitur, exceptâ pecunia numerata. 16 4.546.2

Condictioni locus eſt, ſi ſine impenſarũ deductione fundus traditus ſit. 11. 20. 368.2

Sitne locus condictioni cùm omiſſa eſt exceptio cedendarum actionum. 11. 20.368.1

Condictiones omnes ſunt ſtricti iuris. 16. 4.547.& pag.ſeq.

Conditio.

Conditionis cuiuslibet proprium eſt vt ſit indiuiſibilis, & conſequenter in totum implenda, nec ſufficiat impletam eam eſſe ex aliqua parte, niſi cum ex coniectura voluntatis diuiſio conditionis induci poteſt. 17.5.605.1.& lib. 13.18.435.1

Conditionum omnium ea natura eſt, vt impleri debeant in forma ſpecifica. 9.3.237.2.& lib. 20.cap.1.& lib.17.14. 622.2

Conditionum verba naturaliter & propriè, nõ ciuiliter & fictitiè intelligenda ſunt. 17 10.244 2.& lib.20.c.1

Conditionum aliæ in dando, aliæ in faciendo conſiſtunt. 17.15.626.2.& lib. 6. c.11.252.1

Conditiones in dando per alium impleri poſſunt. 17.15.626.2

Conditiones aliæ in faciendo, aliæ in nõ faciendo conſiſtũt. 2.16.42.2 & earum diſcrimina. ibid.

Conditio impoſſibilis eſt cui natura ipſa impedimento eſt, quominus exiſtat. 6. 12.153.1

Conditiones impoſſibiles in nõ faciendo. 2.16.42.2

Conditio turpis ab impoſſibili eſt diſtinguenda. 6 11.152.1

Conditiones impoſſibiles in vltimis voluntatibus adiectæ pro nõ ſcriptis habentur. 6.12.152.2. in contractib. actum vitiant. ibid.

Conditio formalis quæ. 19.1.716.2. quomodo differat à conditione ſine qua non. ibid.

Conditio alia tacita, alia expreſſa. ibid.

Conditiones aliæ affirmatiuæ, aliæ negatiuæ. 17.18.638.2

Conditiones poteſtatiuæ. 15.7.495.2. caſuales, mixtæ. ibid.

Conditio alternatiua. 17.5.605 1. plures conditiones complectitur disiunctiuè tamen propoſitas. ibid.

Conditiones quæ omnino futuræ ſunt, vix pro conditionibus habentur. 18.5. 657.2 & lib.15.7.497.1

Conditio antequam exiſtat, priuatio tãtùm eſt puritatis. 15.7.496.1 adiecta inſtitutioni, ſuſpendit aditionem 18. 8. 668.1

Cõditionem expletã eſſe oportet, priuſquàm peti poſſit quod ſub conditione relictum eſt. 20.2 756.1

an is qui ſub conditione debet, propriè ſit debitor. 15.7.496.2

Conditio nũquam diſponit. 20.10.770.2

Conditionis & diei conuenientia. 4.20. 201.2. differentia. ibid.& lib 6.12.153.2

Conditio natiuitatem obligationis remoratur. 11.2.339.1

Cõditio nuptiarum impletur primo inſtanti, quo nuptiæ contrahi incipiunt. 29.2.716.2

Conditio quando liberos habuerit expleta cenſetur, ſi prægnante vxore deceſſerit. ibid.

Conditiones an retrotrahantur ad tempus quo actus conditionalis interpoſitus eſt. 19.1.716.1 & lib.15.7.496.1

alterius conditionem deteriorem facere non licet. 12.2.373.2

Conditionalia verba diſpoſitionem non inducunt. 27.17.631.1

Cõditionalis legatarij & creditoris differentiæ. 15.6.494.1

Coniunctiones.

Coniunctionum vis. 17.19.639.2. & 640.1

Coniunctiones conditionales & disiunctiuæ quomodo ſumantur in iure. 17. 18.634 2

Conductor.

An ad conductorem rei locatæ periculũ pertineat. 2.4.28.2

Is qui locauerat conductor apud veteres plerumque dicebatur & contrà. 6. 9.181.1

Confeſſoria actio.

Confeſſoria actio cui competat. 20.13. 775.2

Confeſſoria actio quid ſit. ibid.

Confeſſoriæ & negatoriæ actionis conuenientia. ibid.

Confideiuſſores.

Confideiuſſores qui dicantur. 8.1.201.1

Confuſio.

Confuſio in ſeruitutibus quomodo contingat. 20.12.773.1.& 774.1

Confuſio actionum perſonalium quomodo fiat. 20.12.774.2

Cõfuſione perimitur omnis prorſus obligatio. 7.16.190.2

Conſecutio.

Conſecutio recta eſt à conſtitutione pignoris ad venditionem. 19.2.722.2

Conſecutio non eſt bona à vẽditione ad pignus affirmatiue. ibid.

Conſtitutum.

Conſtitutum. 5.3.107.1

Conſtitutæ pecuniæ actio. ibid.

actio de conſtituta pecunia eſt prætoria. 15.2.485.1. non arbitraria. ibid.

an conſtitutum ſit acceſſio principalis obligationis. 15.5.491.1

Conſtitutum non valet niſi præcedat aliqua obligatio. 15.4.490 1.& 493.2

per conſtitutum debitum neque augetur neque nouatur 5.3

Conſtitutum quid differat à ſtipulatione. 15.5 492.2 & 493.2

Conſtitutum eſt pactum de pecunia iam debita ſoluenda interpoſitum. 15.5. 492.1

Conſuetudo.

Conſuetudo nihil aliud eſt quàm lex nõ ſcripta. 13.11.421.1

Conteſtatio.

Per litis conteſtationem mala fides inducitur. 16.3.544.1

Conuentio.

In omni cõuentionum genere ſequimur id quod actum eſt. 11.18.366.1

Conuentiones de ſeruitutibus quibus modis fieri poſſint. 19.7.727.1

Conuentiu ne pignus diſtrahi poſſit nõ valet. 19.6.725.2

Contractus.

In contractibus obligatio ſtatim naſcitur, quæ niſi mutuo contrahentium conſenſu diſſolui non poteſt. 7.14.189.2

In contractibus nulla fieri poteſt interpretatio ex ſola alterutrius volũtate. 7.14 189.2

In contractibus inſpicitur quid actum ſit inter vtrumque contrahentium. ibid.

Contractum non licet contrahenti pro arbitrio interpretari. 7.14.189.2

Contractus quomodo differant ab vltimis voluntatibus. 7.14.189.1

Contractus omnes propriam vim & naturam habent ex natura negotij, quod cuiuſque contractus proprium eſt, dependentem. 19 2.718.1

In contractibus impoſſibilis conditio actum vitiat. 6.12.152.2

In contractibus bonæ fidei vnde æſtimemus obligationem. 15.1.482.1

In contractibus multa admittuntur contra ſubtilem rationem Iuris. 19.16.744 1

In contractibus quæ ſimulatè geſta ſunt pro infectis habentur. 5 10.114.1

In cõtractibus ſtricti iuris vnde æſtimetur obligatio. 15.1.482.1

Contractus omnes non niſi interueniẽte duorum pluriũmve conſenſu perficiũtur. 15.6 491.1

Contractui interdum opponitur donatio. 19.2.718.1

Contractuum differentia in contractus bonæ fidei, & contractus ſtricti Iuris vnde fluat. 14.18,475.2

Contractus eo ipſo tempore confirmantur quo fiunt, in quo differunt à teſtamentis. 15.7.496.1

Contractus qui conſenſu perficiuntur, ſuum & proprium nomen habent. 6.9 148.1

Ex contractibus ſucceſſores tenentur ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt, non tantùm in id quod ad eos peruenit, ſed in ſolidum. 1.15 11.2

Contractus do vt des, quomodo differat à permutatione. 6.9.148.2

ex inutili contractu non datur actio.7.12.186.1

In Contractibus bonæ fidei an alteri liceat alterum decipere. 15.8.382.1

Contractuum & vltimarum voluntatum differentia, 6.12.152.2

Lex Cornelia.

Lex Cornelia teſtamenta eorum confirmat qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt. 10.4.293.2

Lex Cornelia fingit ciuem Romanum qui apud hoſtes deceſſit, primâ captiuitatis hora mortuum. 10.4.289.2

Corpora.

Corporum genera quot ſint. 15,8.499.1

Correus.

Correi plures ſiue credendi ſiue debendi quando conſtituantur. 11.19.367.1

Correi debendi dicuntur à Græcis ἀλληλέγγυοι . 11.4.341.2

Correi debendi quando vice mutua fideiuſſiſſe videantur. 11.8.335.2

Correo qui ſoluit totum debitum non datur actio mandati aduerſus correũ. 11.6.342.1

Correi debendi ſinguli in ſolidum obligãtur, & æque principaliter. 11.1.232.2

Correo debẽdi qui totum ſoluit, nullam prorſus actionem competere aduerſus correum non ſocium pro ſoluti repetitione. 11.17.364.1

Correo qui totum debitum ſoluit, an comperat actio negotiorũ geſtorum aduerſus correum. 11.7.345.1

Correorum ea eſt cõditio, vt vterque in ſolidum obligationem in ſe ſuſcipiat, aut ſibi acquirat. 11.19.367.2

Correorum, fideiuſſorum & mandatorũ diſcrimen. 11.20.369.1

Inter correum debendi & fideiuſſorem differentia. 11.2.337.1

Correorum debendi obligatio eſt voluntaria. 11.1.232.2

ex pluribus correis debendi quis habeatur pro fideiuſſore. 11.1.252.1

de correis teſtamento factis. 11.19.369.1

Creditor.

Creditor qui ante diem petit, malè agit. 15.3.486.1.

inuito creditori ante diem ſolui poteſt. 1.1.1.

Creditor non poterat olim reum & fideiuſſorem in ſolidum conuenire. 11.20.369.2

Creditoris priuilegium cùm bona veneunt debitoris. 5.15.119.2

Creditor nõ admittitur ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores inueniuntur. 5.15.120.1

Creditorum hypothecariorum potior eſt cauſa quàm chirographariorum. 8.12.219.1

Creditor conditionalis quomodo differat à legatario cõditionali. 15.6.404.2

Creditor ei ex correis qui totum ſoluit, quando actiones ſuas cedere cogatur. 11.19.357.2

Creditor fideiuſſori præſtare actiones quando teneatur. 8.6.211.1

Creditores alij ſunt hypothecarij, alij chirographarij. lib.20.c.16

Creditor poteſt pignus vendere aut iure creditoris, aut iure communi. 17.11.618.1

Creditum.

Creditũ non niſi re cõtrahitur. 5 10.115 1

Credita pecunia an nuda pactione fieri poſſit. ibid.

Crimen.

De publicis criminibus nunquam ciuiliter agi poteſt. 7.20.197.2

Crimina publica an morte finiantur. ibid.

Cùm de crimine agitur criminaliter nulla propriè fit litis conteſtatio. 7.20.197.2. quia tunc agitur ad vindictam potiùs quàm ad rem. ibid. non ex crimine, ſed ex ſententia tantùm quæ de crimine lata eſt, infamia irrogatur. 6.6.142.1

Crimen publicum non irrogat infamiã, niſi ſententia ſit ſecuta. 4.1.78.1

morte an extinguantur crimina priuata. 7.20.197.2

Criminales cauſæ intra quod tẽpus debeant terminari. 20.6.763.1

Culpa.

Culpæ nomine indiſtinctè prolato, leuem, non latam, aut leuiſſimam culpam Iuriſconſulti intelligunt. 3.5.55.1

ſuam cuique culpam nocere æquum eſt, non alteri. 11.18.366.1

quod quis ex culpa ſua damnum ſentit nec ſentire videtur. 11.8.349.2

cui propria culpa imputari poteſt, ei nulla Iuris parte ſuccurritur. 2.11.36.2

ex leui culpa tutoris defuncti heres non tenetur. 1.12.13.1

Curator.

Curator furioſi vel prodigi quomodo vtrumque obliget. 8.6.209.2

de curatore qui puellæ nomine cùm nuberet, plus promiſit, quàm ex eius bonis præſtare poſſet. 6.18.162.1

D

Damnum.

DAmni infecti ſtipulatio, quando ſit neceſſaria. 2.9.33.2

Datiuæ actiones.

Datiuæ actiones quæ dicantur. 19.29.748.2

Debitor.

Debitor etiam inuitus cedi poteſt. 15.5.491.1

Debitor qui cedenti ſoluit ignorans ceſſionem, liberatur. 12.4.175.2

Debitoris nomẽ an generaliter vel ſpecialiter obligari poſſit. 8 15.215.2

qui in diem debitor eſt, adeò debitor eſt, vt ſi ante diem ſoluat repetere non poſſit. 18.5.658.1

Debitum.

Debiti diuiſio an & quando ex partis petitione inducatur. 22.1.371.2

de debitò inter quos diſceptari poſſit. 8.17.227.1

Delatio hereditatis.

Delata ſemel hereditate ab inteſtato, ad cauſam teſtati regreſſus non datur. 9.16.274.1

Delegare.

Delegare eſt vice ſua alium reum date. 12.8.381.2

Delegatio eſt nouatio. 18.1.646.2

Delegatio quomodo differat à ceſſione nominis. 21.11.386.2

Delegatio differt à venditione nominis. 8.16.226.1

Delicta.

De priuatis delictis & ciuiliter & criminaliter agi poteſt. 7.20.197.2

Demonſtratio.

Demonſtratio falſa. 5.2.105.2. falſa legati demonſtratio legatario non nocet. 5.2.105.2

Deportatus.

Deportatus omnia ſua iura cũ ciuitate amittit. 10.12.315.2

Deportati bona ad fiſcum deuoluuntur cum ſua omni prorſus cauſa & cũ ſuo onere. 17.20.644.1

Deportatus ferè in omnibus pro mortuo habetur. 10.8.306.1

Deportati & captiui differentia. 10.12.315.2

Deportati filius an teſtari poſſit. 10.8.306.1

Deportatus licet amittat ciuitatem, retinet tamen libertatem, & conſequenter matrimonium. 17.20.644.2

Deportatio iure veteri quibus caſibus morti comparabatur, quibus item non comparabatur. 12.17.398.2

Depoſitum.

Depoſiti actio in id competit vt res ipſa reddatur. 7.6.177.1

Depoſito vti non poteſt depoſitarius, quin furtum faciat. 19.8.729.1

Deſertio.

Deſertionis crimen an morte finitur. 7.20.197.1

Deſtinatum.

Deſtinata non habentur pro factis. 14.5.452.2

Dies.

Diei obligationi adiectæ vis & efficacia. 16.6.554.1

qui in diem certam debet, toto medio tempore liberam ſoluendi poteſtatem habet. 1.1.1.2

Diei & conditionis obligationi adiectæ differentia. 16.8 560. & lib. 6. cap. 12. & lib. 15.4.490.1. & 496.1

Diei incerti & conditionis conuenientia. 4.20.101.2

qui ante diem ſoluit plus præſtat, quàm debat. 1.1.1.2

qui in diem incertum debet, ita demum videtur præſtare quod promiſit, ſi poſt diei euétum, ſoluere paratus ſit. 1.1.1.2

Dies non impedit ne ſtatim obligatio naſcatur, quamuis ante diem oulla ſit petitio. 11.3.339.1

ex die hereditas dari non poteſt. 3.15.67.1

Diei adiectio eſt pro reo, non pro ſtipulatore. 1.1.1.2. & lib. 15.3.486.1

quæ in diem certum debentur, ante peractum diem peti non poſſunt. 20.25.790.2. exceptio. ibid.

Dies incertus tam in teſtamentis, quàm in contractibus pro conditione habetur. 18.5.657.2

Directa actio.

Directæ & vtilis actionis differentia. 4.7.84.2

Directæ actiones ſunt pleniores quàm vtiles. 12.2.375.2

Directa actio ciuilis ex ſtricti iuris ratione æſtimatur. 15.2.485.1. vtilis ex æquitate. ibid.

Directam actionem quis habeat an vtilé, in effectu nihil intereſt. 16.17.744.1

Directa vindicatio cõpetit domino aduerſus vectigalem, emphyteuticarium & ſuperficiarium. 20.11.773.2

Directæ actiones neque peregrinis, neque in peregrinos competunt. 20.5.761.2

Diuus.

Diui fratres qui in iure dicantur. 14.3.450.1

Diuiduum.

Diuidua facta quæ. 3.7.56.2

Diſiunctio.

Diſiunctionum vis. 17.19.640.1

Diſiunctionis proprium eſt vt ponatur inter diuerſa. 14 6.451.2

Diſiunctiua oratio ſæpe pro coniunctiua accipitur, & contrà. 13.20.438.2

Diſſenſio.

Diſſenſio Neratij & aliorum Iuriſconſultorum de prædiis vrbanis & ruſticis. 19.15.739.2

Diſtractus.

Diſtractus eadem eſt ratio quæ & contractus. 20,10.770.2

Diuortium.

Diuortia inter Romanos quando libera. 5.19.125.2

Docere.

Docere eſt probare. 17.8.611.1

Dolus.

Suum cuique dolum nocere æquum eſt, non alteri. 21.18.866.1

in actione de dolo in litem nunquam iuratur. 16.18.583.1

Doli exceptio non ex iure proficiſcitur, ſed ex æquitate contra iuris rationem militante. 17.13.620.1

doli exceptio bonæ fidei iudiciű eſſe facit, quod prius fuit ſtricti iuris. 14.18.475.1

Dolus pro poſſeſſione eſt. 16.15.576.1

exceptionis doli effectum. 14.19.477.2

de dolo actio in id datur, quod agentis intereſt. 3.13.64.2

actio de dolo ſemper eſt famoſa. 4.2.77.2

ex dolo defuncti heres quatenus teneatur. 3.11.11.1. & 13.1

Dolo facit qui contra bonam fidem bis idem exigit. 4.19.101.1

Dominium.

Dominium acquiri non poteſt niſi trãſlatione aut occupatione. 14.20.479.2

Dominij ſpecies duplex iure Digeſtorű. 7.4.174.2 & lib. 20.11. 771.1

Dominium ex iure Quiritium. ibid.

Dominium bonitarium quid. ibid.

Dominium ius eſt, ac in iure, non in facto conſiſtit. 20.10.796.1

Semel acquiſitum dominium magis acquiri non poteſt. 7.4.174.2

Dominium quomodo ex prætoris iuriſdictione acquiratur. 7.4.174.2

Dominium bonitarium fideicommiſſario acquiritur, ſi nimirum ſecuta eſt traditio. ibid.

Dominium rei legatæ rectà viâ in legatarium tranſire verum eſt de legato viodicationis. 20.21.774.2

non de legato vindicationis. ibid.

Dominium rerum ſuarum morte quiſque amittit. 8.9.213.2

Dominium patri per filium olim ex omnibus cauſis acquirebatur. 15 6.494.1

Dominium directum non poteſt vſucapi 20.11.773.1

Dominium rerum teſtatoris cõtinuatur in perſona heredis. 14.10.479.1

Dominium aliúdne ſit directum, aliud vtile. 20.11.771.2

Dominium lege transferri poteſt. 6.1.129.1

Dominium non poteſt haberi niſi continuatione, aut acquiſitione. 14.20.479.2

Dominiű nauis ex alienis tabulis compactæ cuiuſnam ſit. 6 15.157.2

ad dominium transferendum & voluntatem & poteſtatem transferendi cõcurrere oportet. 14.20.478.2

Dominium quod fuerat penes defunctű continuatur in heredem ſtatim à die mortis. 8.9.213.2

de dominio inter quos diſceptari queat. 8.17.227.1

Dominij transferendi modi iure Quiritium quot ſint. 19.3.719 2. & lib. 7. c 4.

cõtinuatur dominium cùm vna eadémque eſt perſona. 14.20.479.1

Dominus.

Semel dominus magis dominus fieri nõ poteſt. 14.20.478.2

Domino competit directa vindicatio aduerſus vectigalem, emphyteuticarium & ſuperficiarium. 20.11.773.2

eiuſdem rei plures non poſſunt eſſe domini in ſolidum. 11.8.349.2. & lib. 20. c. 12

Domini quos vocant vtiles nõ ſunt bonitarij. 20 11.771.c

Domini bonitarij habebant directã vindicationem. ibid.

Dominus abſolutè & verè dicitur quiſquis habet proprietatem, licet vſusfructus alienus ſit. 15.8.500.1

an quis ſit ſui ipſius dominus. 20.18.788.1

Domini conditio melior per ſeruos, nõ deterior fieri poteſt. 7.11.183.2

Donatio.

Donatio valere nulla poteſt, quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur. 7.11.184.2

Donare filiofamilias cur olim pater non poſſet. ibid.

Donatio collata in filiamfamiliâs pro dote non valet. 13.2.411.1

Donare potuit olim pater filio emancipato, aut naturali tantùm. 7.11.184.2

Donatio abſoluta quæ. 7.14.289.2. an reuocabilis. ibid.

Donationes ambiguas quomodo interpretari conueniat 7.14 189.1

Donatio perfecta nullas conditiones recipit. 7.14.189.1

Donationes inter viuos quomodo differant ab vltimis voluntatibus. 7.14.189.1

Donare nihil aliud eſt quàm perdere. 7.20.198.2

Donationes mortis cauſa etiamſi factæ ſint ante contractum crimen capitale, non valent ſecuta damnatione. 7.20.199.1

Donationes poſt contractum capitale crimen factæ an valeant. 7.20.196.2. & ſeqq.

Donatio iure veteri niſi per traditionẽ, aut ſtipulationem fieri non poterat. 19.1.716.2

Donationes cauſa mortis proximè accedunt ad vltimas voluntates. 7.20.199.1

Donationes quas vir in vxorem contulit ante admiſſum capitale crimen, etiãſi poſtea pœna fuerit maritus affectus, valent. 7.20.199.1

Donationes inter virum & vxorem iure ciuili ſunt improbatæ. 19.1.715.2

Donationes inter coniuges quomodo confirmentur. 19.3.719.2

Donationes inter virum & vxorem, quæ aliàs iure ciuili non valerent, donatoris morte confirmantur. 1.8.32.2. ex conſtitutione Diui Seueri & Antonini. ibid.

Donatio bonorum omnium præſentium & futurorum cur non valeat. 10.8.305.1

Donatio legitimè cõficitur duobus modis, traditione & ſtipulatione. 1.8.32.2

Donatio mutuum donantis & donatarij conſenſum requirit. 3.12.64.1

Donatio fauore nuptiarum facta an poſſit renocari. 7.15.190.2

de donationibus patronorum latè. 7.14.187.2. & c. 15.189.2

Donatio iure nouo poteſt fieri nudo pacto, adeóq; teſtificatione qualibet voluntatis. 19.1.716.2

Donandi facultas inter eos qui futuri ſunt coniuges eſt libera. 19.1.1.2

Donator an conueniatur in ſolidum. 2.13.38.2

Donatoř vltra facultates non conuenitur. ibid.

Donationes an reuocẽtur ex liberorum ſuperuenientia. 7.14.188.1. & 2

Donatio non eſt contractus. 7.14.186.2

de donationibus reuocandis. 7.14.188.2

Donationes aliæ rerum, aliæ verborum, 2 8.33.1

Donationes inofficioſæ cur excogitatæ. 3.17.68.2. & p. ſeq.

Donatio perinde eſt irreuocabilis ac ſi eſſet contractus vltro citróque obligatorius. 7.14.188.2

Donatio ſponſalitia quando non valeat. 19.1.715.2

Donatum propter nuptias in dotem ab vxore conſtitui poteſt. 19.2.715.2

Donatio facta à marito conſtante matrimonio non valet, niſi oratione Diui Seueri confirmetur. 19 2.717.1

abſenti per epiſtolam donari poteſt. 3.12.64.1

pecunia vxori à marito donata quatenus condici poſſit. 7.6 176.2

Donatio pura & inter viuos ſit ſi ne donator recipiat. 7.14.188.2. & vt ſtatim

res fiat accipientis. ibid.
inter Donantem & donatarium nullum negotium geritur. 7.14.188.2
Donandi animus non ſufficit ad donandum. 19.2.717.1
Donatio facta à marito futuro augendæ dotis cauſâ quatenus valeat. 19.2.717.1
in Donatione negotium aliquod non geritur, ſed tantum liberalitas exercetur. 19.2.718.1
Donatio pura eſt contractui ſimillima. 7.14.189.2
quod Donatum eſt, niſi ex ſtipulatione peti non poteſt. 2.8.32.2
Donationes rerum ſunt quæ ex rei traditione effectum ſumunt. 2.8.33.1
Donatio ante nuptias quàm latè pateat. 19.1.715.1
Donatio ante nuptias quando impediatur. 19.1.716.2
qui rem ſuam donat pauperior fit. 7.13.187.2
Donatio precaria. 2.19.46.2

Dos.

Dos an conſtituatur nudâ confeſſione. 19.1.719.2
Dotis ſtipulatio quomodo differat à dotis traditione. 19.1.716.1
Dos olim an conferri debuerit. 7.12.186.1
an Dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis ex filiâ defuncta. 13.1.407.1. & lib.1.cap.16.
Dotis aduentitiæ actio an ſit propria filiæfamiliâs. 13.5.413.2
pro Dote an competat mulieri vindicatio. 8.12.219.2
pro Dote olim tantùm perſonalis actio competebat. 8.12.219.2
ad Dotis repetitionem duplex olim erat comparata actio; vna quæ rei vxoriæ ſeu de dote, altera quæ ex ſtipulatu dicebatur. 3.3.53.1
Dos eo animo datur, vt perpetuò ſit penes maritum. 12.8.381.2
res in Dotem filiæ datæ pleno dominij iure acquiruntur marito, cùm ſit dominus dotis. 17.17.631.2
Dotis æſtimatæ periculum eſt mariti. 7.5.176.1
res Dotales non æſtimatæ mulieri pereunt, & deteriores, vicisſimque meliores fiunt. ibid.
Dotalis fundus quis. ibid.
Dotalis res quæ. 5.9.112.2
fundi Dotalis dominium penes mulierem remanet. 7.5.176.1
Dos quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit, profectitia cenſenda eſt. 13.12.421.1
Dos ſine matrimonio eſſe non poteſt. 19.1.715.2
Dotalis ſeruus cui acquirat. 8.14.222.1
Dos ibi eſſe debet, vbi ſunt onera matrimonij. 13.1.409.1
fundus Dotalis iure Pandectarum alienari potuit conſentiente muliere etiam ſine cauſâ. 8.10.214.2. multò magis ſi alienatio eſſet neceſſaria. ibid.
res Dotales æſtimatæ ſi factæ ſint deteriores, quatenus reddi poſſint à marito. 7.5.11.&13
Dotis cauſa eſt perpetua. 13.2.409.2
Dotis ius eſt perſonale. 11.19.367.1
iudicium de Dote eſt bonæ fidei. 8.13.219.2
Dos eſt inalienabilis. ibid.
Dotem promittendo omnes obligantur. 3.3.54
res emptæ ex Dotali pecuniâ an ſit mariti. 5.9.112.1
Dos profectitia eſt quæ à patre profecta eſt. 13.1.407.2
Dotis ſtipulatio confertur in caſum nuptiarum. 19.1.716.1. non in tempus nuptiarum. ibid.
Dotis conſtituendæ cauſa. 1.16.18.2
Dotis aduentitiæ repetitio nulla patri competit, etiamſi ſine liberis filia in matrimonio deceſſerit. 1.16.18.2
Dotis fructus an poſſint in dotem conuerti. 6.20.165.1
Dotis natura. ibid.
per Dotis traditionem id agitur vt dominium in maritum transferatur. 19.3.720.1
Dos legitimè conſtituitur, cùm vxor in dotem tradit rem ſuam, ſiue à marito, ſiue ab alio eam acquiſierit. 19.1.715.1
Dotis contractus re ac traditione perficitur, non ſolo conſenſu. 19.1.716.1
de Dote à curatore promiſſa vltra facultates puellæ. lib.6.c.18.162.1
qui Dotem marito promiſit an conueniatur in ſolidum. 2.13.38.2
in rebus Dotalibus nihil iuris habet maritus, niſi ratione fructuum. 1.8.7.2. qui ad eum pertinent. ibid. neceſſariæ impenſæ an ipſo iure Dotem minuant. 2.2.2.1
Dotalis prædij alienatio quatenus valeat. 4.21.89.2
Dotis datio eſt valida, quam ſequitur traditio. 19.1.715.1

E

Edictum.

EDictum de alterutro quod. 4.9.86.1. & lib.1.c.1.4.1
Edicti ſucceſſorij beneficium. 3.4.55.1

Emancipatio.

Emancipatio eſt beneficium. 10.15.320.2
Emancipatus filius verè eſt extraneus. 3.10.61.1.& lib.19.c.57
Emancipatione an vitietur inſtitutio. 10.15.318.1
Emancipatus filius patri ſtipulari non poteſt. 6.4.40

Emolumentum.

Emolumentum cum onere coniunctum ſi non detur, nec ipſum onus ſubire eſt neceſſe. 17.3.602.1

Emptor, Emptio.

Emptio quid. 6.9.146.1
Emptor quis dicatur. ibid.
Emptionis & locationis differentia. 2.4.28.1. & 29. 1. & 2. conuenientia. ibid.
ad Emptorem an pertineat periculum rei venditæ ante traditionem. ibid. & 6.10.150.1
Emptor niſi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito. 6.9.146.2
Emptio nudo conſenſu perficitur. 2.4.28.2
ad Emptionem perficiendam traditio non requiritur. ibid.
ad Emptorem periculum pertinet poſt traditionem. ibid.
in Emendo & vendendo licet contrahentibus naturaliter ſe decipere. 12.12.388.1
res Empta ex dotali pecuniâ an fiat mariti. 5.5.112.1
res Empta ex pecunia militis, militi acquiritur. ibid.
Emptor bonæ fidei non poteſt videri particeps fraudis. 10.14.778.1
Emptoris an aliquando ſit melior conditio, quàm venditoris. ibid.

Emphyteuſis, Emphyteuta.

Emphyteuta quis ſit. 20.11.771.1
Emphyteutæ & vectigalis conductoris differentia. ibid.
Emphyteuſeos ius veteribus Iuriſconſultis incognitum fuit. 20.11.771.2
Emphyteuticum contractum primus Zeno Imperator certo nomine & iure donauit. ibid.
Emphyteutici contractus & locationis conductionis conuenientia. ibid.
Emphyteutici contractus & emptionis venditionis conuenientia. Ibid.
Emphyteutæ & feudatarij conuenientia. ibid.
Emphyteuticum ius à iure vectigali originem traxit. ibid.
Emphyteuta non eſt dominus. 19.13.736.2
Emphyteuta an poſſit conſtituere ſeruitutem. 19.23.736.2
Emphyteuſeos & feudi diſcrimina. 20.11.773.2
ſi Emphyteuta alij emphyteuſin conſtituerit, nihil omnino iuris penes eum remanet. 11.5.378.2

Error.

iuris Error in vſucapionibus, & ad acquirendum nemini prodeſſe ſolet. 7.13.186.2

Euictio.

de Euictione pignoris venditi an teneatur creditor. 17.12.619.2

Excommunicatus.

Excommunicatus licet poſſit excipere, non tamen poteſt compenſare. 12.9.383.2

Exceptio.

Exceptio alia eſt in rem, alia in perſonam. 12.9.382.2
Exceptiones omnes quæ rei, non perſonæ cohærent tranſeunt in fideiuſſorem. 8.3.203.1
de Exceptione doli. ibid.
Exceptioni locus eſſe non poteſt, quin prius locus ſit actioni. 8.2.102.2
Exceptio competens non ſemper opponitur. 17.11.616.1
pacti Exceptio fideiuſſori prodeſt. 11.2.337.1
Exceptio doli bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicitur. 14.18.475.2
Exceptio doli perpetua eſt. 11.20.368.2
an perſonalis. 8.3.203.1
omnis exceptio præſupponit actionem. 20.7.763.1
Exceptio comparata eſt vt actionem excludat. 7.10.182.2
Exceptio de regula eſſe debet. 11.20.369.2. & lib.20.c.13

Executio.

ab Executione vt incipiatur iuris ratio non patitur. 16.579.2
non debet præcedere condemnationem. ibid.

Exheredatio.

Exheredatione non tollitur ius ſuitatis. 9.20.104.2
Exheredatio non valet, ſi nemo ex teſtamento heres fuerit. 3.15.66.2

Actio ad Exhibendum.

actio ad Exhibendum ex variis cauſis competit. 16.15.577.2
actio ad Exhibendum non tantum ei qui dominus eſt, ſed omnibus etiam illis quorum intereſt rem exhiberi, datur. ibid.
actio ad Exhibendum maximè propter vindicationem introducta eſt. ibid.

Digitized by Google

in actione ad Exhibendum an iuretur in litem. 16.15.577.1
actio ad Exhibendum vindicationis eſt præparatoria. 16.17.581.2

Experiri.

Experiri qui non poſſint. 5.18.124.2

Expreſſa.

Expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocent. 20.17.783.2

Expromiſſor.

Expromiſſor is propriè dicitur qui pro non obligato ſe obligat. 12.8.381.2

Extraneus.

Extranea perſona ſolutionis cauſa ſtipulationi adiici poteſt. 19.19.748.1

Extraordinarium.

in Extraordinariis iudiciis actio locum non habet. 4.7.84.1
Extraordinaria iudicia illa erant quæ per magiſtratus expediebantur. 4.7.85.2
Extraordinariæ actiones illæ erant, quæ apud Prætorem ipſum extra ordinem exercebantur. 12.17.399.1
Extraordinariæ actiones hodie competunt loco interdictorum. 19.20.751.2

F

Factum.

FActa omnia quæ in ſtipulationem deducuntur, aut ſunt diuidua, aut indiuidua. 3.7.56.2
Facta diuidua quæ. ibid. indiuidua quæ. ibid.
Facti dicuntur eſſe, dare, tradere, ſoluere, & cætera, licet iuris effectus aliquis ex iis ſequatur. 17.15.626.2
ad Factum nemo præcisè cogitur. 20.15.780.2
alium facere quis dicitur. 19.20.732.2

Lex Falcidia.

lex Falcidia ſtatuit vt hereditatis quadrantem integrum & illibatum heres habeat. 6.2.133.1
lege Falcidia ſingula legata ipſo iure pro quadrantis ratâ minuuntur. 4.6.82.1
quarta Falcidia eſt duplex. 6.4.138.1

Falſum.

de crimine Falſi tranſigere non licet. 20.20.46.1

Familia.

Familiæ nomen eſt collectiuum. 14.9.459.2
an qui extra Familiam vendere eſt prohibitus, etiam donare cenſeatur prohibitus. 14.13.468.2

Famoſum.

Famoſa iudicia quæ. 4.2.77.2.& 78.1

Felonia.

Felonia quid feudiſtis. 20.12.771.2

Feudum.

Feuda promanarunt à iure emphyteutico. ibid.
Feudorum ius ex moribus Longobardorum totum eſt deriuatum. ibid.
Feudorum ea eſt natura, vt nunquam aſcendant. 14.12.458.1

Fictio.

Fictiones locum non habent, quando extrema non ſunt habilia. 9.7.250.1
Fictio legis Corneliæ. 10.3.289.2
Fictioni non eſt locus, niſi ex neceſſitate. 20.16.781.1 & lib.19.c.16
Fictiones reipſa nihil aliud ſunt quàm mendacia. ibid.
Fictio poſtliminij quid efficiat. 10.22.314.1.& lib.10.3.293.1
Fictio breuis manus quid. 3.19.72.1.& lib.19.3.719.1

Fides.

ad bonam Fidem poſſidentis requiritur iuſtus titulus, & iuſtus error facti non iuris. 4.17.99.1

Fideicommiſſum, Fideicommiſſarius.

Fideicommiſſum nunquam induci poteſt abſque verbis precariis aut diſpoſitiuis. 14.3.448.2
Fideicommiſſa iuris vinculum nullum habent. 7.4.174.2
per Fideicommiſſum an acquiratur dominium. ibid.
Fideicommiſſi nomine actio in rem non competebat ante Iuſtinianum. 7.4.170.1. ſed dabatur fideicommiſſario perſecutio, quæ potiùs eſt actio in perſonam. ibid.
Fideicommiſſarius ante fideicommiſſi reſtitutionem non eſt eius dominus. ibid.
Fideicommiſſarius poſt hereditatis reſtitutionem in omnibus heredis loco habetur. 12.5.377.2
Fideicommiſſo pecuniario grauari non poteſt, qui libertatem ſolam à teſtatore accepit. 17.7.608.2
Fideicommiſſario quomodo dominium acquiratur. 7.4.175.1
Fideicommiſſi dominium ex conſtitutione Iuſtiniani ſtatim tranſit in fideicommiſſarium. ibid. at ante non tranſibat, niſi factâ reſtitutione. 14.10.461.1
Fideicommiſſa ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione, non lege aliqua aut conſtitutione pendent. 7.4.174.2
Fideicommiſſorum & legatorum diſcrimen ſecundùm ius Pandectarum. 14.10.461.1
Fideicommiſſum tranſmittitur in heredem fideicommiſſarij. 14.1.443.1
de Fideicōmiſſi adeptione. 3.18.72.1.& 2
Fideicommiſſum quod à legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, ſi legatū ad eum peruenerit. 17.7.608.1
in Fideicommiſſi reſtitutione qui fructus præſtentur. 7.1.170.& ſeqq.
Fideicommiſſa tacita tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cum quis domeſticâ cautione vel chirographo ſe obligat ad præſtandum fideicommiſſū ei qui capere nō poteſt. 12.10.409.2
Fideicommiſſi & legati appellationibus cur promiſcue vterentur veteres. 27.9.681.2
de Fideicommiſſo familiæ relicto. 14.14.469.2
Fideicommiſſum perpetuum. 14.15.471.1. conditionale. ibid.
in Fideicommiſſis illud eſt ſingulare, vt ex inutili minúſque ſolenni voluntate quam heres agnouit, debeantur. 7.8.179.2
Fideicommiſſum non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam illi eſſe damnoſum. 14.1.443.1
Fideicommiſſi vſuræ niſi à die moræ nullæ debentur. 17.7.608.2
Fideicommiſſum eſt onus eius qui rogatus eſt. 17.18.631.1
in Fideicommiſſum vniuerſale detrimenta rerum, quæ fato aut alio modo, ſine lata heredis culpâ perierunt, non veniunt. 5.5.109.2
non poteſt quis rogari vt ex Fideicommiſſo plus reſtituat, quàm acceperit. 17.7.607.2
Fideicommiſſa ex eius qui rogatus eſt conſcientiâ potiſſimùm pendent. 7.8.179.2
Fideicommiſſi dominium acquiritur fideicommiſſario ſi res ei tradita ſit. 7.4.174.2.& ſeq.
Fideicommiſſario quæ competat actio pro conſequendo debito per hereditatis aditionem confuſo. 18.19.706.1
Fideicommiſſum à quocunque debitore hodie relinqui poteſt. 19.18.747.1
an Fideicommiſſum valeat quoties debitor relinquit creditori quod ei debet. ibid.
Fideicommiſſum etiam ab inteſtato poteſt relinqui à quocunque debitore præſtandum. ibid.
Fideicommiſſum aliud eſt tacitum aliud expreſſum. 12.10.413.2. diſcrimen vtriuſque. ibid.
Fideicommiſſaria ſubſtitutio. 17.19.641.1. eius vis ibid.
Fideicommiſſum an poſſit cedi. 1.7.1 n. 1
Fideicommiſſarius ſummo Iure non eſt legitimus contradictor in querela inofficioſi teſtamenti. 17.1.577.1
de Fideicommiſſorum vſuris & fructibus. 7.4.171.1
rei per fideicommiſſum relictæ dominiū quomodo acquiratur. 8.19.229.2
Fideicommiſſarijs ſubſtitui poteſt vulgariter. 14.14.469.2
Fideicommiſſum reciprocum. ibid. graduale. ibid.
Fideicommiſſum quando à debitore vtiliter relinqui cœperit. 4.11.89.2
in Fideicommiſſum hereditatis non veniunt fructus ab herede percepti pendente fideicommiſſi die aut conditione. 5.5.109.2
Fideicommiſſum graduale. 14.10.464.1
ex inutili fideicommiſſo ne quidem æſtimatio debetur. 14.10.461.1
Fideicommiſſi ad pias cauſas relicti fructus debentur à tempore mortis. 7.3.174.1
Fideicommiſſarius non eſt heres. 17.1.596.2
Fideicommiſſum an ſit iuſtus acquirendi titulus. 7.4.174.2
Fideicommiſſario in iure Pandectarum nō competit vindicatio. 14.10.461.2
Fideicommiſſorum verbis deficientibus an & quando ex volūtate teſtatoris fideicōmiſſum inducere licet. 14.2.446.2
Fideicommiſſi gradualis & reciproci diſcrimen. 14.16.471.1. quid vtrumque ſit. ibid.
Fideicommiſſorum ſolemnia verba quæ fuerint. 14.2.446.2
tacita Fideicommiſſa in teſtamento non ſcribuntur. 17.3.602.2
Fideicommiſſum acquiritur etiam ignoranti. 14.1.443.1
in Fideicommiſſum hereditatis non aliud venire ſolet, quam quod fuit hereditatis. 19.17.746.2

Fideiuſſor, fideiuſſio.

Fideiuſſoris obligatio ex debitoris obligatione metienda eſt. 16.10.564.1
Fideiuſſori an mandati actio aduerſus pupillum detur. 8.6.108.1.& 109.1
vt Fideiuſſor vtiliter & eum effectu obligetur quid ſufficiat. 8.5.207.2
Fideiuſſorem mulierem dare & nullum fideiuſſ. dare idem ſunt. 8.2.201.2
Fideiuſſoria obligatio ſola per ſe ſubſiſtere non poteſt. 17.11.616.2
Fideiuſſor compenſare poteſt id quod debitori creditor debet. 11.1.331.2
Vtrum fideiuſſori proſit reſtitutio in integrū per minorē impetrata. 8.3.203.1
Fideiuſſori quando competat actio negotiorum geſtorum. 8.6.210.2
Fideiuſſori non competit exceptio cedendarum actionum. 11.11.360.2
Fideiuſſoria obligatio extinguitur, ſi reus fideiuſſorem heredem inſtituerit. 1.5.5.1. & ſi reus fideiuſſori heres extiterit. ibid.

Fideiuſſor ex ſuâ morâ propriam obligationem perpetuet. 2.12.37.1.& 2
Fideiuſſoris obligatio non poteſt eſſe durior, quàm principalis. 25.8.498.2.
Fideiuſſorum, correorum & mandatorum diſcrimen. 11.20.369.1
Qui pro pupillo ſine tutoris autoritate fideiuſſit, obligatur. 8.6.208.2
Fideiuſſoriæ obligationis extinguendæ modus. 1.17.20.1
Fideiuſſorio obligatio an tollatur ſi fideiuſſor debitori heres extiterit. 4.7.84.2
Fideiuſſor qui naturali tantùm obligationi acceſſit, conueniri poteſt. 7.17.193.1
Fideiuſſor purè dari non poteſt ab eo qui in diem tantùm debet, aut ſub conditione. 11.1.339.1
Fideiuſſor pro furioſo aut prodigo interuenire an poſſit. 8.6.210.1
Fideiuſſor non propriæ, ſed alienæ obligationi accedit. 8.4.206.2
Fideiuſſoria obligatio eſt acceſſoria. 8.4 201.1
Fideiuſſori cur competat actio mandati. 16.9.562.1

Filius, filiusfam.

Filius qui eſt in poteſtate, nec honorarius, nec propriè legitimus, ſed ſuus heres eſt. 7.7.178.1
Filius à patre inſtitutus, & hereditatem reſtituere rogatus, non cogitur ſe immiſcere. ibid.
Filius non poterat olim heres eſſe matris, niſi ex teſtamento. 14.1.444.2
Filius dicitur pars corporis paterni. 7.14.188.2
Filius fit extraneus per emancipationem. 19.17.744.2
Pater & Filius vna eademque perſona cenſentur. 7.14.188.1.& cur. ibid.
Filio præterito iniuſtum cenſetur teſtamentum 9.14.268.2.& inutile. ibid.
Filiusfamiliâs in aduentitiis heredem ab inteſtato habere poteſt. 10.8.305.2
Filiusfamiliâs habet perſonam integram nec iuri ciuili incognitam. 7.11.184.2
in Filiumfamiliâs tam ex contractu, quàm ex delicto competit actio iure ciuili. ibid.& 3.6.416.2
Filiusfamiliâs an veteri iure fuerit acquiſitionis capax. 7.11.185.2
Filiorumfamiliâs & ſeruorum comparatio. ibid. differentia. ibid.
Filiusfam. poteſt teſtari de caſtrenſibus. 10.18.325.1
Filiusfamiliâs ne quidem conſentiente patre poteſt de aduentitiis bonis, quorum pater nec vſumfr. nec proprietatem habet teſtari. 13.6.416.2
Filijfamiliâs perſona non eſt integra, vt per ſe in iudicio ſtare poſſit. 13.6.416.2
Filiusfamiliâs in caſtrenſibus poteſt etiam inuito patre agere. 13.6.416.2 itémque in beneficialibus. ibid.
Filiofamiliâs quando permiſſum ſit vt per ſe agat. 13.6.416.2
Filijfamiliâs inuitis parentibus iure veteri non acquirebant. 7.11.185.2
Filiusfam. non habet heredem in peculio caſtrenſi, ſi moriatur inteſtatus. 4.5.81.1
Filiafamiliâs an poſſit habere heredes liberos in dote donatâ. 13.21.420.2

Fiſcus.

Fiſci tacita hypotheca in bonis eorum qui cum ipſo contrahunt. 2.10.35.2
an Fiſcus in bonis delinquentis habeat ius taciti pignoris à die commiſſi delicti. 7.20.196.2
In cauſâ pignoris fiſcus & mulier pari paſſu ambulant. 8.11.216.2
Fiſcus ſuccedens alicui eo ipſo iure vtitur, quo vſurus erat is, cui ſucceſſit. 17.2.599.1
res Fiſcales non poſſunt vſucapi. 7.20.182.2

Formulæ.

de Formulis actionum. 4.7.84.2. & lib. 20.c.10
Formularum ſcrupuloſa conceptio ſublata. ibid.
Formulæ actionum olim diuerſæ. 15.1.483.1
Formulæ quam dabat Prætor verba. 16.3.546.1

Frater.

Fratres in eiuſdem poteſtate conſtituti an ſibi inuicem obligari poſſint. 20.10.793.2

Fundus.

Fundi inſtructi appellatione quæ contineantur. 2.6.6.1

Fructus.

Fructus appellatione non continetur id quod ſemel remotum non renaſcitur. 1.8.7.2
Fructus alij ſunt naturales, alij induſtriales. 4.17.97.2. & ſeq. ad naturales cura, ad induſtriales cultura pertinet. ibid.
naturales Fructus omnes ſua ſponte naſcuntur, & quæ iis ab homine impenditur cura, non tam vt naſcantur, quàm vt conſeruentur, præſtat. 4.17.98.1.& 2
Fructus acquirere & fructus lucrari differunt. ibid.
de Fructibus legatorum & fideicommiſſorum. 7.3.173.1
Fructus ſpeciei legatæ an ad eum pertineant, cui eſt legata. ibid.
Fructus pendentes qui dicantur. 174.2. qui terrâ contineri dicantur. ibid.
Fructus rei eſt vel pignori dare licere. 8.16.225.2.& lib 19.c.8
Fructuum & dominij cauſa ſeparata. 7.4.175.1
Fructus dotis ad maritum pertinent. 1.8.7.2
Fructus poſſitne eſſe ſine vſu. 1.10.24.2

Fructuarius.

Fructuarius poteſt rem cuius habet vſumfructum dare pignori. 19.8.728.2

Frui.

Frui dicitur qui penſionem percipit. 1.13.15.1

Fugitiuus.

Fugitiuæ leges quæ. 19.1.715.1

Furioſus.

Furioſus aut nullo modo, aut ciuiliter obligatur. 8.6.209.1
Furioſus nullam prorſus mentem, nullúmque animum habere intelligitur. 8.6.209.2
Furioſus obligari aut alienare non poteſt curatore autore. ibid.
Furioſus iure veteri hereditatem ſibi acquirere etiam curatore auctore non poterat. 8.6.210.1. nec curator ipſius nomine. ibid.
res Furioſi an poſſit vſucapi. 1.18.21.2. & lib.7.c.13
Furioſus rei ſuæ dominium in alium transferre non poteſt. 1.18.21.1

Fur, furtum.

quæ Furta impunita apud Spartanos & veteres Gallos. 3.5.55.1
ex Furto ſerui dominus noxali actione tenetur. 3.5.55.1
in re Furtiuâ reſtituenda moram ſemper facere fur creditur. 16.12.566.2. & lib. 4.c.1. atque etiam furtum continuare dicitur. 16.12.566.2
Furti actio ei non competit cuius nihil intereſt. 11.1.333.2
Furtum vix fit ſine culpâ eius cui fit furtum. 3.5.55.1
Fur ſingula momenta non ſolùm moram, ſed etiam furtum facere intelligitur. 16.6.555.1
Furti actio, ſi cum fure lis conteſtata ſit, contra heredem in ſolidum datur. 4.1.75.2
Furis heres condictione furtiuâ tenetur. 4.1.76.1
res furtiuæ quomodo æſtimentur. 16.11.565.1. æſtimantur ex actoris iureiurando. 16.11.566.2

H

Habitatio.

Habitatio legata à legatario locari poteſt. 19.8.729.1

Hæreſis.

crimen Hæreſeos ad læſam maieſtatem diuinam pertinet. 7.20.197.1. morte non finitur. ibid.

Hereditas.

Hereditas non acquiritur ex ſolâ delatione, præterquàm in neceſſariis heredibus. 14.1.443.1
Hereditas defertur quidem ignoranti & inuito, ſed non acquiritur niſi volenti. ibid.
Hereditas delata eſt quam quis adeundo conſequi poteſt. 17.19.639.2
Hereditas non adita non tranſmittitur. 6.14.155.1.& lib. 14.1.442.2. exceptio. ibid.
Hereditas tam per aditionem, quàm per geſtionem acquiritur. 6.14.156.2
Hereditas adeuntem obligat creditoribus & legatariis ex quaſi contractu. 14.1.443.2
Hereditas an & cur perſonam defuncti repræſentet. 14.20.479.1
Hereditatem non defert lex, niſi vel ſcripto heredi vel proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum heredibus. 14.1.441.2
Hereditatis petitio contra quem detur. 17.2.596.2
Hereditas ſemel agnita repudiari poſtea nunquam poteſt. 17.2.599.2
Hereditas eſſe poteſt, etiam cùm bona nulla ſunt. 10.8.305.2
cuius Hereditatis viceſima fiſco ſolueretur. 17.4.604.1
Hereditas quantumuis damnoſa ſit, videtur eſſe ſoluendo, quæ heredem habet. 14.10.461.2. & lib.7.17.194.1
Hereditas quomodo adimatur. 18.16.694.1. & lib.6.c.19
Hereditas eſt nomen iuris. 14.18.475.2
poſt Hereditatem aditam expirant vulgares ſubſtitutiones. 17.19.639.2
Hereditas ex die cur dari non poſſit. 3.15.67.2
viuentis nulla eſt Hereditas. 9.5.232.2
Hereditatem damnoſam adire nemo cogitur. 18.9.673.1
Hereditas in iure conſiſtit, non in corpore. 18.5.658.1
de Hereditatis diſtributione in plures aſſes. 5.20.116.2
Hereditatis iure transfunduntur iura omnia defuncti in heredem. 19.18.746.2

Heres.

Heres cum defuncto eadem perſona cenſetur. 7.14.189.1

interdum plus poteſt Heres, quàm defunctus, interdum minus. 7.9.180.2
Heredis inſtitutio nonniſi expreſſis & ciuilibus verbis fieri poteſt. 17.19.640.2
Heredi ex quo tempore acquiratur rerum hereditariarum dominium. 8.19.288.2
Hereditas nec ignoranti, nec inuito heredi acquiritur. ibid.
Heres rogatus de reſtituendâ hereditate etiam poſt reſtitutionem heres perſeuerat. 17.1.596.2
in heredem quemlibet tranſeunt omnia iura defuncti. 14.7.457.1
Heredibus ſine partibus inſtitutis, non aliæ quàm viriles & æquales partes intelliguntur. 18.2.649.1
Heres an poſſit inſtitui ad tempus, ſub conditione, vel ed conditionē. 9.1.234.1
Heredis & legatarij differētie. 8.19.288.2
Heres teſtamento rogari non poteſt, vt alterum heredem inſtituet. 5.28.123.2
Heredem habere non poteſt is qui nulla bona moriens relinquit. 4.5.80.2
Heres quicquid facit tanquam heres facit iure defuncti. 4.5.80.2
Heres ſignificat & ſucceſſorem & dominum. 4.5.81.2
Heres qui adiit hereditatem, non manet heres ex eo teſtamento quod ſemel ruptum fuit. 17.1.596.1
Heredi à ſemetipſo legari non poteſt. 17.3.600.2
Heres anormalus quis. 9.11.286.2
Heres aut ſuus eſt, aut extraneus, id eſt, alienus. 9.2.231.2
ſuus Heres quis dicatur. ibid.
Heres neceſſarius quis. 3.4.54.1
Heredis appellatione dominus propriè ſignificatur. 7.4.174.e
Heredem cur Prætor facere non poſſit. ibid.
qui ſemel Heres fuit, ſemper heres remanet. 5.7.110.2. & lib.3.c.4
qui Heres eſt & iurium & actionum omnium ſucceſſor eſt, quibus poterat defunctus vel experiri, vel conueniri. ibid.
Heres poſt editionem fit dominus omnium bonorum defuncti. 20.12.774.2
Heres vitiorum defuncti ſucceſſor eſt. 4.1.76.2
Heres eſt dominus rei legatæ, quandiu legati conditio pendet. 19.13.737.1
pro herede quis dicatur poſſidere. 17.1.596.2
Heres inuitus nemo fit præter neceſſarios heredes. 20.2.756.1
Heres poſt condemnationem, aut litis conteſtationem, defuncto teſtatore, conuenitur ex omnibus cauſis. 4.1.75.e
an aduerſus Heredem actio in ſolidum detur. 4.1.75.2
Heredes neceſſarij non poſſunt abſtinere. 7.7.178.2
Heres quandocunque adeat hereditatem, iam tum à die mortis adiiſſe intelligitur. 7.4.174.2
Heres qui rem legatam retinet, quandiu non eſt agnitum legatum, non eſt in mala fide. 7.4.176.1
Heres non vult eſſe qui ad alium transferre vult hereditatem. 7.7.178.2
propter delictum Heredis, hereditas nō fit caduca, ſed publicetur. 3.16.68.1
Heres quibus verbis inſtitui poſſit. 5.20.127.1
Heres qui coactus adiit hereditatem, eámque reſtituit, nullum ex ea emolumentum retinere debet. 15.17.399.2
Heres voluntatem teſtatoris neque reuocare, neque interpretari poteſt. 7.9.181.2
ius habendi Heredis ex teſtamento eſt honorificum. 15.14.318.2
ſi ſuus Heres delatam hereditatem repudiaſſet, ſequentis gradus liberi iure veteri non admittebantur. 3.4.54.e
pœnâ ex delicto defuncti Heres teneri non debet. 7.20.197.2
Heres per aditionē obligatur. 7.11.183.2
non eſt ſine Herede qui ſuum heredem habet, quamuis abſtineat. 3.4.53.2
Heredes tutorum quatenus teneantur. 1.22.12.2. & ſeq.

Hypotheca.

Hypotheca conſtituitur nudo pacto. 19.6.715.1. & ſine tranſlatione poſſeſſionis. ibid.
Hypothecam vendere creditor non poteſt, priuſquàm egerit hypothecariâ ad euincēdam poſſeſſionem. 19.8.729.1
Hypotheca tacite tribuitur pupillo in rebus tutoris. 2.10.35.1
Hypothecæ adiudicatio quid. 16.15.576.1

Hypothecaria actio.

actio Hypothecaria nihil aliud eſt, quàm pignoris perſecutio. 16.15.575.1. eſt arbitraria. 16.15.576.1. Hypothecariæ actionis duo ſunt capita. 16.14.571.2
in actione Hypothecaria quomodo formandus ſit libellus. 16.15.576.1
in Hypothecaria non res ipſa debetur, ſed pecunia. 16.15.575.1. non agitur de dominio. 16.15.577.1
in actione Hypothecarie nunquam iuſiurandum in litem. 16.15.574.2
actio Hypothecaria quid differat à cæteris actionibus in rem. 16.15.577.1

I

Impenſa.

DE Impenſarum in rem alienam factarum repetitione. 2.1.24.1. & 2
Impenſas voluptuarias bonæ fidei poſſeſſor per doli exceptionem ſeruat. 2.1.25.1. malæ fidei poſſeſſor tollit, ſi ſine diſpendio id fieri poſſit. ibid.
Impenſæ neceſſariæ tam malę quàm bonæ fidei poſſeſſori præſtantur. ibid.
Impenſæ neceſſariæ dicuntur quæ ſi factæ non ſint, res aut peritura, aut deterior futura ſit. 2.1.25.2. & lib.1.c 2
Impenſæ aliæ neceſſariæ, aliæ vtiles, aliæ denique voluptuariæ. 2.1.25.1
Impenſæ neceſſariæ quomodo efficiant fundum deſinere eſſe dotalem. 1.5.2.1
Impenſæ vtiles an dotis repetitionem impediant. ibid.
de Impenſarum in res dotales factarum deductione. 1.5.5.2
Impenſarum nec neceſſariarum, nec vtilium maritus exactionem non habet. 1.8.8.1
Impenſas deducere quid ſit. 2.1.25.2. tollere. ibid.
Impenſæ in rem communem factæ an ſemper iudicio communi diuidundo repetantur. 3.2.50.2
Impenſæ vtiles per exceptionem retinentur. 1.3.5.2

Imperator.

Imperatoribus ſolenne eſt de æquitate potiùs quàm de ſtricto iure reſpondere. 1.4.4.2
Imperator reſcribendo vel ius nouum facit, vel quid iuris communis ſit, ſignificat. 20.9.767.1

Imperium.

Imperium mixtum nullum eſt quod iuriſdictioni non cohæreat. 4.4.80.1
Imperium merum in quo conſiſtat. ibid.
Imperij mixti diſtinctio interpretum commentitia. ibid.
Imperium merum quid. ibid. mixtum quid. ibid.
Imperium mixtum à iuriſdictione eſt diſtinctum. ibid.

Impoſſibile.

Impoſſibilium nulla eſt obligatio. 17.7.608.1
Impoſſibilis conditio quæ. 6.12.153.2

Improbus.

Improbus eſt qui vult iterum conſequi quod accepit. 4.19.102.1

Incapax.

Incapax cui aliquid relictum erat, ſi ſe deferret, partem rei relictæ conſequebatur. 17.3.601.2
Incapaci quod relictum eſt, fiſco vindicatur. 17.2.599.2

Incertus.

Incertæ perſonæ nihil in teſtamento relinqui poteſt. 9.2.235.1

Indebitum.

qui Indebiti conditione tenetur, re obligatus dicitur. 8.8.213.1. quaſi mutuum acceperit. ibid.
Indebiti ſoluti repetitioni quando ſit locus. 8.8.212.2

Indefinita.

Indefinite propoſitio quando æquipollet vniuerſali. 13.26.431.2

Indiuiduum.

Indiuidua ſtipulatio quæ dicatur. 3.7.56.2
Indiuidua facta quæ. ibid.

Infamis.

Infamis factus per ſententiam vnius iudicis eſt vbique infamis. 19.4.721.2

Ingenuus.

Ingenua concubina eſſe non poteſt, niſi aut obſcurò loco nata ſit, aut vulgò quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit. 3.14.65.2

Ingenuitas.

Ingenuitatem tribuit natura. 19.4.721.1. & autoritas rei iudicatæ. ibid.
Cognitio de ingenuitate & libertate eſt iuriſdictionis. 19.4.723.2

Inſtans.

Inſtans mortis vitæ computemus. 20.1.753.1

Inſtigator.

qui Inſtigat ad calumnioſam accuſationem fit infamis. 6.6.141.2

Inſtitutio.

Inſtitutio heredis aut pura eſt, aut conditionalis. 9.1.233.2
Cur inſtitutio heredis non valeat ſine editione. 14.20.478.1
Inſtitutio quæ ab initio fuit inutilis, ex poſtfacto conualeſcere nunquam poteſt. 9.14.268.2
an inſtitutio filij vitietur per emancipationem. 10.15.318.2
Inſtitutio precaria. 15.10.316.2
Inſtitui poteſt incapax in id tempus quo erit capax. 12.20.403.2.

Inſtitutiones Iuris.

In Inſtitutionibus ea quæ ſunt generalia tradit Iuſtinianus. 20.13.777.2 nō quæ ſpecialiorem requirunt tractatū. ibid.

Inſtructus.

Inſtructi fundi appellatione quæ contineantur. 1.6.6.2

Interpellatio.

Interpellatio quomodo requiratur ad morā contrahendā. 6.7.142.2. & 143.1 eſt iudicialis, vel extraiudicialis. 16.5.553. e

Interdictum.

Interdicta quædam ſunt ſimplicia, quædam duplicia. 2.18.44.2. Simplicia quæ. ibid. duplicia quæ. ibid.
Interdicta ſimplicia ſunt aut reſtitutoria, aut exhibitoria. ibid. duplicia ſunt prohibitoria tantùm. ibid.

Inter-

Interdicta retinendæ poſſeſſionis quæ. ibid.
Interdicta duplicia ſunt pauciſſima. ibi.
Interdicta ferè omnia ſunt ſimplicia. ib.
Interdictorum alia reſtitutoria, alia exhibitoria, alia prohibitoria. ibid.
Interdictum Saluianum. 2.18. 45.1. Vti poſſidetis. ibid. Vtrubi. ibid. Quorum bonorum. ibid. Vnde vi. & de vi armata. ibid. quod legatorum lib. 6.c.1.
Interdictorum ius eſt ordinarium. 16. 20.594
In omnibus interdictis de poſſeſſione agitur, in nullo de proprietate. 16.20. 592.2
Interdicta extraordinariis actionibus comparantur. 12.17.399.1
Interdicta ſunt actionibus in perſonam adſcribenda. 19.10.731.1
In interdictis nunquam in litem iuratur. 16 20.592.2

Id quod intereſt.

Nihil eſt incertius, quàm id quod intereſt. 15.2.481.2
In eo quod intereſt æſtimando honeſtus modus ſeruandus eſt .8 112.1
Id quod intereſt probationum penuriâ ad exiguam ſummam deducitur. 6.17.160.2

Interpretes.

Interpretes antiquiores ſcrupuloſè & ſuperſtitioſè magis, quàm verè aut verecundè defenderunt nullùm eſſe in toto iure locum imperiti interpretis audacia corruptum. 17.3.600.1

Interpretatio.

Legum interpretationem ex iuris ratione metiri oportet, ſicut & legum lectionem. 9.4.238.1

Inteſtatus.

Inteſtatus dicitur is cuius hereditas adita non eſt. 3.4.54.1
Inteſtati propriè appellantur, qui cùm poſſent facere teſtamentum, teſtati non ſunt. 14.11.425.2
Cùm de inteſtati cauſâ quæritur quodnam tempus inſpici debeat. 9.1.231.1

Iter.

Itineris latitudo eſt à contrahentibus, vel ab arbitro. 19.14.738.2
Iter quid ſit. 8.20.132

Inuentarium.

Inuentarij beneficium implorari cur ſoleat. 7.7.179.1

Inuitus.

Inuitus agere vel accuſare nemo cogitur. 19.20.749.2

Iudex.

Iudices non dabantur olim niſi poſt litem conteſtatam. 17.8.610.2
Iudex delegatus quis dicatur. 17.8.610.1
Iudices dabantur à magiſtratibus, qui de facto cognoſcerent & ſententiam ferrent. 4.7.83.1
Iudicis officio multa veniunt quæ iure actionis peti non poſſunt. 11.27.364.2
Iudicis officium mercenarium. ibid. nobile. ibid.
In actionibus in rem iudex competens eſt ille qui præeſt territorio in quo res ſita eſt. 20.9.768.2
Incompetentia iudicis eſt nullitas nullitatum. 20.5.760.2
Iudices dare eſt actus iuriſdictionis. 20. 5.761.1. & lib 20.c.4
Iudices dati iuriſdictionem non exercebant. 19.4.713.1. ſed iudicium. ibid.
Iudices non dabantur de ingenuitate & libertate. 19.4.713.1
Iudex competens quis dicatur 20. 5. 760.1
Iudex datus differebat à ius dicente. 20. 5.761.2
Iudex non poteſt ſententiam ſuam corrigere. 20.5.761.1
boni iudicis officium eſt quàm citùm & quàm citò poteſt lites diminuere. 20. 6.763.1
Iudex ſemel approbatus an poſſit recuſari. 20.6.762.2

Iudicatum.

Iudicati tempus an definitum ætate prudentum. 16.12.587.2
Iudicatis ad ſoluendum dabantur 30. dies ex 12. tabul. 7.1.170.1. duo menſes ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus. ibid. ex Iuſtiniani lege quadrimeſtre. ibid. hodie quantum videtur iudicanti.
Iudicati faciendi dilatio in quibus iudiciis concedatur 7.1.170.2
Iudicati faciendi tempus eſt pro condemnato. 15.3. 486.2. Iudicati actione nouatur prior contractus. 16.14.572.1
res iudicata pro veritate habetur. 7.16. 192.1

Iudicium.

Iudicia omnia ſunt abſolutoria, non omnia condemnatoria. 15.1.481.2
Iudicia alia ordinaria, alia extraordinaria. 4.7.83.1
In iudiciis extraordinariis actio locum non habet. 84.1
Iudicia hodie ſunt omnia extraordinaria. 4.7.83. 2. imò ordinaria. ibid.
Iudiciorum vetus ordo qualis. 17.9.611.1
Iudiciorum præparatoria quæ. 16. 11. 565.1
Iudicium quomodò conſiſtat ex tribus perſonis, actore, reo, & iudice. 20.9. 767.2
Iudicium ſemper redditur in inuitum. 20.9.768.2
Iudicia alia bonæ fidei, alia ſtricti iuris. 4.7.81.2. eorum differentia. 15.1.482.1. & lib. 16.1.539.1. & lib. 16.1.543.1. & lib. 4. 7.83. 2
Iudicia bonæ fidei vnde dicta, & quæ illa ſint. 15.1.482.1
Iudicia ſtricta ſeu ſtricti iuris vnde dicantur. 15.1.482.1. & lib. 7.2.172.2
In iis à die litis conteſtatæ præſtandam eſſe actori omnem cauſam. lib. 7.2.172.1
In iudicio bonæ fidei præſtationes ſunt pleniores. 14.18.475.2
Iudicia arbitraria quæ. 15.1.482.2
In quibus iudiciis iuretur in litem. 16.15. 577.2
In iudicio vindicationis poſſeſſor ſuccumbens malæ fidei & prædo iudicatur. 20.8.764.1
Iudicium reſcindens & reſciſſorium an poſſint cumulari. 20.10.771.1
Iudicium imperitorum & ruſticorum quale. 18.2. 651.1. In iudicio quaſi contrahitur. 16.14.574.1

Iuriſdictio.

Iuriſdictio cum mixto imperio non eſt confundenda. 4.4.80.1
Iuriſdictio differebat olim à iudicandi poteſtate. 20.5.761.1
Iuriſdictio Eccleſiaſtica eſt omnino ſeparata à ſeculari. 20.7.764.1
Iuriſdictionem mandare quid ſignificet Accurſianis. 17.8.610.1

Iurare.

Iurari in quam quantitatem poſſit. 16. 17. 580. 2. & 582.1. an in immenſum. ibid.
Nunquam iuratur in litem in actione hypothecaria. 16.15.574.2

Iuſiurandum.

Iuſiurandum & tranſactionis & rei iudicatæ vim habet. 16.17. 581.1. & probationis. 19.16.732.1
Iuriſiurandi diſtinctio in iuſiurandum affectionis, & iuſiurandum veritatis refellitur. 16.1.540.1
Iuſiurandum neceſſitatis dici debet illud quod Bartolus appellat iuſiurandum veritatis. 16.15.569.2
Iuſiurandum neceſſitatis quod. 16.1 540.2
nullum eſt iuſiurandum in litem quod non ſit affectionis. 16.15.569.2
Iuſiurandum veritatis nullum eſſe contra Bartolum & alios. 16.15.569.2
Iuſiurandum in litem quando locum habeat. 16.15.575.1
Iuſiurandum in litem nunquam defertur niſi ex neceſſitate iuris. 16.17.583.1
de Iuriſiurandi taxatione. 16.17.582.1
Iuſiurandum Zenonianum. 16.17.582.1

Iuriſconſultus.

Iuriſconſulti munus proprium erat præſcribere formulas. 9.1.233.2
Iuriſconſultus non de facto, ſed de iure tantùm reſpondere & poteſt & debet. 14.1.449.1
Iuriſconſulti veteres quâ ratione loquendi vtantur, cùm aliquid negare volunt. 17.16.630.2
turpe eſt Iuriſconſultos in veterum prudentum reſponſis cæcutire. 9.2.236.2
Iuriſconſulti veteres in quæſtionibus infinitis diſſenſêre. 2.12.38.1
ſæpe referunt ſententias quas non probant. 2.8.33.1
Iuriſconſulti eſt interpretari, non ſupplere. 9.3.237

Ius.

Iuris regulam in his ſequi non poſſumus quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt. 1.18.13.1
contra Iuris rationem receptum non eſt producendum ad conſequentias. ibid.
Iuris poſitiui quæ eſſe dicantur. 16.11. 566.1
Iuris conditio eſt vt ſit certum. 9.1.233.1
Iura vendi poſſunt. 8.15.123.2. an poſſint oppignerari. ibid.
Iurium quæ in actionibus conſiſtunt alia ſunt actiua, alia paſſiua. 19.15. 739.2
Iura paſſiua prædiorum ſunt ſeruitutes à prædiis debitæ. 19.15.739.1
Iure datoris reſoluto, ius quoque accepti reſoluitur. 19.11.736.2
Ius ſemel extinctum reuiuiſcere non poteſt. 20.21.774.2
Ius differt à iudicio. 20.5.761.1
Ius dicenti extra territorium impunè non paretur. 20.9.768.2
Ius certum de eo quod quotidie accidit debet eſſe. 4.17.98.2
Ius accreſcendi tacita quædam ſubſtitutio dicitur. 13.14.426.1

Iuſtus.

Iuſta cauſa acquirendi quæ. 7.4.174.2

L

Legatarius.

Legatarius in plus onerari non poteſt, quàm acceperit ex teſtamento. 17.7.607.2. & ſeq.
à legatario olim legari non poterat, ſed tantùm fideicommitti; at hodie poteſt. 14.20.461.2
Legatarij & heredis differentia. 8. 19. 218.2
Legatarius conditionalis quid differat à conditionali creditore. 15.6.494.1
Legatarius legatum repudiare poteſt. 8.19.128.2
Inter legatarios iuri accreſcendi quando ſit locus. 6.1.139.1

Legatario qui fructus acquirantur. 7.4. 175.8.

Legatum.

Legatum non obligat legatarium. 8.19. 228.2. nec damno eum afficere poteſt. ibid

Legandi verbum lex duodecim tabul. vſurpauit pro actu ipſo teſtandi. 14.13. 468.2

Legatum facit legatarij rem legatam, ſicut hereditas heredis res ſingulas. 17. 17.632.2

Legatum etiam ignoranti acquiritur. 8. 19.228.2.& 14.1.443.1.& lib.10.2

Legata quibus acquirantur. 8 19.229.1

Legatum ſi à legatario agnitum ſit, tam inde ex tempore aditæ hereditatis ipſi acquiſitum intelligitur. 7.4.174.1

Legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum quomodo differant. 18.98.700.1

quicquid eſt legatum cenſetur hodie fideicommiſſum,& contrà. 14.10.461.2

Legata non prius valere poſſunt, quàm ſit adita hereditas. 19.16.743.4

Legatorum tamen dies cedere dicitur non ab adita hereditate,ſed à die mortis. ibid.

Legatum eſt donatio & liberalitas. 17. 10.614.1

quomodo legati dominium cenſetur ſtatim eſſe legatarij à die mortis teſtatoris. 7.3.173.2

Legati ad pias cauſas relicti fructus debentur à tempore mortis teſtatoris. ibid.

Legatorum differentiæ. 6.1.128.1

Legatorum quatuor genera. ibid.

Legatorum per vindicationem & per damnationem differentiæ quatuor. ibid.

Legato generis tacite ineſſe videtur legatum optionis. 6.2.131.2.

Legatum optionis quid. ibid.

Legatorum omnium an hodie eadem ſit natura & conditio. ibid.

Legata conditionalia non tranſmittuntur in heredem. 15.6.494.1

Legatum conditionale quandiu pendet, ne quidem legatum eſſe intelligitur. 20.22.774.2

Legati conditionalis pendente conditione heres eſt dominus. ibid.

Legatorum conditionalium natura. 12. 17.399.2

Legati ſub conditione relicti quando dies cedat. 5.14.118.2

Legatum rei alienæ quomodo ab hærede præſtandum ſit. 14. 0.461.1

Legatum rei non debitæ, vt debitæ an valeat. 5.2.105.2

falſa Legati demonſtratio legatario non nocet. 5.2.106.1

rei Legatæ dominium tranſit recta via à teſtatore in legatarium. 8.19.228.2

Legati vſuræ niſi à die moræ nullæ debentur. 17.7.608.2

Legatum non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam illi eſſe damnoſum. 14. 1.443.1

Legati interpretatio quomodo fieri debeat. 17.7.608.2

Legati acquiſitio quando irreuocabilis. 14.1.443.1

Legatorum & fideicommiſſorum diſcrimen ſecundum ius Pandectarum. 14. 10 461.1

Legati & fideicommiſſi nomine cur promiſcue vterentur veteres. 17.9.611.2

de legatorum vſuris & fructibus. 7.3. 173.1

de legatorum ademptione. 18.16.694.1

de iis quæ in legatorum & fideicommiſſorum falcidias imputantur. 6 4 137.2

Legatorum omnium & fideicommiſſorum ſingularium eadem hodie eſt natura. 20.22.775.1.& 7.4.175.1

Legatum non agnitum repudiari poteſt. 14.1.443.1

Legatum legatario damnoſum eſſe non debet. 17.7.608.1

Legata præſcribuntur ſpatio triginta annorum. 7.4.175.1

Legati nomine competit actio in rem. 7. 3.170.1

Legati definitio Iuſtinianæa explicata & defenſa. 6.1.131.2

Legatorum per vindicationem & per præceptionem differentia. 1.14.16.1

Legatum nominis quid contineat. 5. 2. 106.1

ex inutili legato ne quidem æſtimatio debetur. 14 10 461.1

Legatum agnoſcere nemo inuitus cogitur. 17.7.608.1

à legato abſtinere eſt legatum non petere. ibid.

differt ab eo quod eſt legatum repudiare. ibid.

Legatum tranſmittitur in heredem legatarij. 14.1.443.1

falſa cauſa legati, aut falſa conditio legatario non nocet. 5.2.106.2

Legatæ ſeruitutis perſonalis dies non cedit niſi ab adita hereditate. 19. 16. 743.2

Legato generali an pecunia numerata contineatur. 1.6.6.2

Legata quando præſtentur ab eo qui defuncti iudicia reſcindit. 5.2.104.1

de legati peremptione. 4.11.90.1

Legatum extinguitur ſi rei legatæ dominium ex lucratiua cauſa ad legatariũ perueniat. 2.15.40.2

Legatus.

Legati ciuitatis priuilegia. 14.1.445.1

Legatus ciuitatis an cẽleatur Reipublicæ cauſa abeſſe. ibid.

Legiſlator.

Legiſlator ciuilis æquitatem ex hominũ vtilitate ſemper metiri ſolet. 15.2.485.1

Legiſlator ciuilis contendit ſe habere iuriſdictionem in vniuerſum populũ. 20.7.764.1

Lex.

Legis proprium eſt actionem vel concedere vel denegare. 8.4.106.1

Leges aliæ ex aliis ſumunt interpretationem. 5.1.105.1

Leges ipſæ, earúmque interpretatio ad rationem Iuris accommodari debent, non ratio Iuris ad verba legum detorquenda. 19.5.723.2

in Legib. Codicis multa ſupplenda ſunt, quæ ex reſcripti verbis colligi non poſſunt. 3.17.70.2

Lege dominium transferri poteſt. 6.1. 129.1

Legis Aeliæ Sentiæ ſanctio. 18.13.68...1.& ſeqq.

Lege Lætoria quid vindicaretur. 8.4. 106.1

Lex contractus quæ dicatur. 20.18.789.1

Leges fugitiuæ quæ. 19.1.715.1

Legitima.

Legitima nihil aliud eſt, quàm triens, vel ſemiſſis portionis ab inteſtato contingentis. 15 10.107.1

Legitima ab inteſtato deberi nõ poteſt. ibid.

Legitima filio relinquẽda eſt titulo inſtitutionis ex lege Iuſtiniani. 14. 17. 473.2

de Legitima competente filio prioris matrimonij. ibid.

in Legitimam non imputantur ea quæ iure aduentitio obuenerunt 13. 11. 420.2

Liber.

Liberi hominis non eſt dominium, neque vindicatio. 19.20.750.2 non eſt in commercio. ibid. an poſſit operas debere. 20.18 785 1

an habeat liberam de ſeipſo diſponendi facultatem. ibid.

Liberatio.

Liberatio quibus modis contingat. 17.9. 612.1

de liberatione debitoris pupillaris. 17. 13.619 2

Liberatio per apocham non aliter contingit, quàm ſi pecunia ſoluta ſit. 12.15. 391 1

Liberatio non naſcitur ex qualibet ſolutione, ſed ex ea quæ facta eſt ſecundũ iuris ciuilis regulas. 17.13.620 1

Liberato reo, fideiuſſor liberatus eſſe intelligitur. 11.2.337.1

effectu ipſo liberatus eſſe intelligitur, qui vtilem habet ſiue doli, ſiue aliam exceptionem. 17.11.420.1

non liberatur qui ſoluit quod debet. ſi alij ſoluat quam cui debet, ignorante aut inuito vero creditore. 8.15.214 2

Liberalis.

Liberalis cauſa eſt cauſa ſtatus. 17. 8. 609.2

Libertas.

Libertas eſt res infinitæ æſtimationis. 17. 608.2.& cap.8 609.2

pro parte præſtari non poteſt. 3. 11. 61.1

Libertas directa. 6.16 158.1. fideicommiſſaria. ibid. vtriuſque differentiæ. ibid.& pag. ſeq.

Libertas prædiorum vrbanorum quomodo poſſit vſucapi. 19 9.730 1

Libertas prędij ruſtici vſucapi nõ poteſt. ibid.

Liberi.

An liberi poſiti in conditione ſint etiam in diſpoſitione poſiti. 17.18.636.2

Liberi qui ſunt in poteſtate petuntur aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria. 19.20.751.1

Liberorum ſuperueniẽtiâ an reuocari poſſit donatio. 7.14.187.2.& ſeq.pag.

Libertus.

Libertus non poteſt propria bona in fraudem patroni alienare. 7.15.189 2

Libertinus.

Libertinus ille eſt qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt. 20.18.787.1

Litis conteſtatio.

Lite conteſtata apud prætorem iudices ab eo dabantur. 16. 1.565.1

Litis conteſtatio fiebat olim apud Magiſtratum. 17.8.610.2

Litis conteſtatio nõ poteſt fieri ſine cõtradictore. 20.9.767.2

poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, id eſt malæ fidei poſſeſſores & prædones. 16.2.543.1

à tempore litis conteſtatæ omnis cauſa præſtanda eſt. 7.2.171.1

Locatio.

Locatio quarum ſit rerum. 19.7.728.1

Locatæ rei poſſeſſio manet penes locatorem. ibid.

Locatio in iuribus conſiſtere nõ poteſt. 19 7.728.2

Locator ignorans ſe rem alienam locare in id quod intereſt conductoris tenetur. 2.15.9.1

Locationis & emptionis differentia. 1.4. 28.1. conuenientia. ibid.

Lucratiuum.

Duæ lucratiuæ cauſæ circa eandem rem & perſo-

& perſonam concurrere non poſſunt. 2.15.40.2

M

Magiſtratus.

MAgiſtratus non ſolebant olim iudicare. 5.26.121.2. ſed ita dicebant. 4.7.85.2
Magiſtratus ipſi vt cognoſcerent, neque Iudices amplius darent quando primum inductum. ibid.
Maiores Iudices dicuntur. 19.4.713.2. cognoſcebant de libertate & ingenuitate. ibid. & lib. 4. c. 7
Magiſtratus ſentētias exequi quomodo ſolerent. 5.16.121.2
Magiſtratus populi Romani ſolebāt viatorem interdum loco arbitri dare ad exequendum iudicatum. 16.10.594.1
Magiſtratus habent autoritatem. 18.12. 680.1
Magiſtratus in parem, aut ſuperiorem non habet imperium. 18.12.680.2

Mandatarius.

Mandatario an competat actio negotiorum geſtorum. 8.6.210.1

Mandator.

Mandatoris, correi & fideiuſſoris diſcrimen. 11.20.369.1. & 2

Mandatum.

Mandatum interdum non eſt obligatorium. 8.6.211.1
Mandati obligatio cur competat fideiuſſori. 16.9.562.1
de Mandati & aliorum bonæ fidei contractuum differentia in debita re æſtimanda. 16.9.562.1
Mandati actio pleniſſimas recipit præſtationes. 16.9.561.2
Mandati actio ex perſona, non ex re naſcitur. 8.6.210.2
Mandati actio non datur, niſi mandatum præceſſerit. 11.6.142.1
Mandati actio an ei competat qui ſuum negotium geſſit. ibid.

Manus breuis

Manus breuis eſt cùm id quod ſemel tātùm traditur, pro bis tradito habetur. 19.3.719.1

Manus longa.

Manus longa eſt quoties id quod reuera nūquam traditum fuit, pro ſemel tradito habetur. 19.3.719.2

Manus militaris.

Manus militaris vſum à priuatorum abeſſe voluit Legiſlator. 16.17.583.1

Maritus.

Maritus eſt dominus dotis. 13.1.409.1. & 421.2
Maritus rei dotalis dominium habet bonitarium. 20.12.771.1. & lib. 7. c. 12
vt maritus fiat dominus dotis, requiritur vt præcedat traditio. 7.12.185.2
Mariti eadem eſt ratio quæ bonæ fidei poſſeſſoris. 1.8.8.1
Maritus non plus cogitur reddere iudicio de dote, quàm acceperit. 12.15. 393.1
Maritus quos ſumptus ex rebus dotalibus deducere poſſit. 7.6.177.1. & 2
Marito quomodo ſuccurratur ſi æſtimationem rerum dotalium auxerit donationis cauſa. 7.6.176.2. ſique pecuniam donauerit vxori, ex qua prædia emerit. ibid.
Maritus dotis nomine condemnatur in id tantùm quod facere poteſt. 8.13. 220.1. & lib. 7. c. 24
Maritus an poſſit agere furti aduerſus vxorem 3.19.73.1
vxori ex officio cibaria & veſtiaria præſtare tenetur. 2.8.32.1

Mater.

Mater non habet liberos in poteſtate. 19. 27. 745. 1. ſuis liberis eſt extranea. ibid.
Mater filio ſtipulari non poteſt. 1.4.4.2 eſt heres liberorum ex ſenatuſconſulto Tertylliano. 13.11.421.1
Matris heredes ſunt liberi, etiam qui in patris poteſtate ſunt conſtituti. 13.11. 422.1.

Matrimonium.

Matrimonium non ſoluitur deportatione. 17.20.644.1. vel aquæ & ignis interdictione. ibid.
ſi nihilominus vxoris conſenſus duret. ibid.
Matrimonium nonniſi inter ciues Romanos contrahitur. 17.10.644.2 contractum tamen, inter eos quoque retinetur, qui Rom. ciuitatem amiſerunt, dummodo retinuerint libertatē. ibid.
Matrimonium inter tutorem & pupillā, prohibitum eſſe, quomodo intelligendum. 17.9.614.2

Merx.

Merx eſt ea res quæ pretio æſtimatur. 6. 9.146.2
Merx cùm in genere & quantitate conſiſtat, æſtimatur ex pretio. 16.6.557.1 in genere & quantitate, non in ſpecie conſiſtit. 16.10.564.1

Minor.

Minor curatorem habens quomodo obligetur. 8.6.209.2
Minor ſe ſi obligatur, in integrum tamen reſtituitur. 11.1.335.1
Minor non aliter reſtituitur, quàm ſi læſus probetur. 18.9.673.1
De minoris reſtitutione in integrum. 8.3.203. & 204.
De reſtitutione minorum cognoſcebat Prætor. 4.7.83.2.
Res empta ex pecuniâ minoris an ſit minoris 5.9.121.1.

Mora.

Mora fieri non intelligitur, vbi nulla eſt petitio. 7.1.171.1. & lib. 16.6.559.2
Moræ cauſa duplex, lapſus diei adiectæ & interpellatio. 16.3.544.1
Mora quot modis contrahatur. 6.7.142.2
de Moræ differētia, quæ per lapſum diei, & eius quæ per interpellationem contrahitur, in ineundâ rei debitæ æſtimatione. 16.6.553.2
Mora nonnunquam contrahitur citra dolum, aliquando etiam ſine culpâ. 16.12. 569.2
Moræ effectus præcipuus eſt vt obligationem perpetuet. 16.1.540.1
Mora non poteſt augere principalem obligationem. 16.3.545.1
Mora præcedente facit vt res poſt morā percepta adhuc debeatur. 16.13.570.1

Mors.

Morte rerum dominium amittitur. 8.9. 213.2
Morte quæ crimina finiantur, quæve non finiantur. 7.20.197.1
Morte filij finitur ius patriæ poteſtatis. 14.1.442.1
Morte teſtatoris teſtamentum confirmatur. 15.7.496.2
id quod Mortis cauſâ capitur, non capitur ex teſtamento. 8.7.211.2
Moritur viuens, non mortuus. 20.1. 753.1

Mulier.

Mulier ſuos heredes nullos habet. 8.13. 219.1. ſed tantùm extraneos, etiamſi ſint eius liberi. ibid.
omnes Mulierum obligationes non ſunt improbatæ. 8.1.202.2 ſed eæ tantùm quæ fiunt inter cedendi animo. ibid.
Mulieri quæ fideiuſſit neceſſaria non eſt in integrum reſtitutio. 8.1.202.1. ſed ſufficit Senatuſconſulti Velleiani imploratio. ibid.
Mulier illa intercedit quæ patitur ſe delegari ab eo, cuius verè debitrix antea non fuit. 18.1.645.2
de Mulieris priuilegio, quo præfertur anterioribus mariti creditoribus. 8.12. 216.1
Mulier iis tantùm creditoribus mariti anterioribus præfertur, qui nonniſi tacitam habent hypothecam. 8.12. 219.1
in cauſa pignoris Mulier & fiſcus pari paſſu ambulant. 8.12.216.2
Mulierem non debere manere indotatā quomodo intelligendum. 8.9.214.1
Mulieribus plus æquo fauit Iuſtinianus. 8.12.216.2 & 8.14.221.2

Munus.

Munus ſponſalitium quid. 19.1.715.1 quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.

Mutuum.

Mutuum eſt ex eorum contractuum numero, qui re perficiuntur. 19.3.719.2

Mutus.

Mutus an teſtari poſſit 11.20.329.2

N

Naturalis.

NAturalis obligatio ex facto tātùm, non etiam ex iure æſtimatur. 8.6. 109.1. & lib. 20. c. 20

Negatio.

Negatio per rerum naturam probari nō poteſt. 19.11.735.1

Negatoria actio.

Negatoria actio cui competat. 20.15. 775.2. quid ſit. ibid.

Negotium.

Negotiorum geſtorum actio quando fideiuſſ videtur. 8.6.210.1. ex re naſcitur, non ex perſonâ. ibid

Nexus.

Nexus paſſim ſignificat obligationem. 20.8.766.1

Nomen.

Nomen debitoris eſt in dominio creditoris. 8.15.224.1
aliud eſt Nomen, aliud res illa quæ debetur. 8.15.224.1
Nomen debitoris vendi poteſt. ibid
ſequi debitoris Nomen eſt proprio ſuo periculo ab eo ſtipulari. 12.8.382.1

Noſtrum.

Id quod Noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt. 8.9.213.2

Nouatio.

Nouatio quando fiat. 3.3.51.2
Nouatio fit ex iudicato. 16.14.572.1. & per litis conteſtationem. 16.3.545.1. & lib. 7. c. 1
Nouatio alia eſt voluntaria, alia neceſſaria. 16.14.571.1
Is cui rectè ſoluitur etiam nouare poteſt. 11.18.366.2. niſi quis ſolutionis cauſâ ſit adiectus. ibid.

Noxalis actio.

Noxalis actionis conditio. 3.13.64.1
Noxalis actio an detur de damno dato à rebus inanimatis. 5.17.122.1

Nunciatio noui operis.

Nunciatio noui operis eſt remedium odioſum. 19.5.723.2. nec niſi neceſſitate ipſa tolerabile. ibid.
Noui operis nunciatio eſt facti. ibid.

Noui operis nunciationis proprium eſt, vt poſſeſſorem cum faciat cui nouum opus nunciatur. ibid.
Noui operis nunciationis vis & effectus. ibid.
Nunciationis noui operis triplex cauſa, naturalis, publica, impoſitiua. ibid
Nunciationem tenere & remitti, contraria ſunt. 19.5.714.2
Nunciationis remiſſio quando vtilis, quādo inutilis. ibid.
Nuntiatio quæ non teneat. ibid.
Nunciari nouum opus aduerſus eum qui vſum ſeruitutis impedit, non poteſt. 19 5.723.1.
Nunciationem noui operis Dominus ſeruitutis quando habeat. p.724.1
Noui operis nunciatio & damni infecti ſtipulatio quomodo differant. 3.8.58.2

Nuptiæ.

Nuptiis nihil eſt fauorabilius. 7.15.190.2
Nuptiæ contrahi poſſunt nullis præcedentibus ſponſalibus. 19.1.715.1.

O

Oblatio.

OBlatio incongruo loco & tempore facta debitori non prodeſt. 1.1.1.1. nec etiam debitori nocet. ibid.
Oblatio congruo loco & tempore facta impedit quidem moram & vſurarum ex mora debitarum exactionem, aut retentionē. 1.1.1.1. ſed non earum quæ ex conuentione debentur. ibid.

Obligatio.

Obligatio quid ſit. 19.17.746.2. obligationis ſubſtantia in eo conſiſtit, vt alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum. 5.10.113.2. eamque ob cauſam Iuris vinculum dicitur. ibid.
Obligatio eſt propria ciuium Romanorum. 18.8.670.2.
ex obligationibus naſcuntur actiones. 15. 1.481.1.
Obligatio actioni legem dat & condemnationi. 15.3 485.2.
Obligationes ad hoc ſunt inuentæ, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quid ſuaintereſt. 19.17.744.2.
Obligatio eſt mater actionum perſonalium. 20.9.767.1.
Apud eundem pro eodem nemo obligatus eſſe poteſt. 1.17.20.1
Obligationes & actiones ex conſtitutione Iuſtiniani poſſunt ab herede incipere & contra heredem. 19.19 748.2.
Obligatio ſemel extincta nunquam reuiuiſcit. 7.18.195.2. & lib.10.c.15.
Plus eſt obligationem extingui, quàm actionem amitti. 7.16.192.1
Obligationis tollendæ aut inducendæ modus non eſt tempus. 7.8.179.1.
Obligatio nunquam creſcit ex morâ, ſed tantum quę antea fuit, perpetuatur. 16. 6.555.2.
Obligationum diuiſio. 19.20.749.2.
Obligationes perſonales difficiliùs naſcuntur, & difficilius perimuntur. 7.9. 181.1. obligatio naturalis quid. 8.5 208.
Obligatio naturalis ſoluti repetitionem impedit. 7.17.193.1.
ex obligatione naturali non datur actio, ſed tantum exceptio & retentio. ibid.
Obligatio naturalis ex ſolo facto æſtimatur. 8.6.209.1. & lib.16.c.14.574.1.& lib.20.c.20. an inter patrem & filium conſiſtere poſſit. lib.20.c.20
Obligari naturaliter & obligari naturali iure differunt. 8.5.208.1.
Obligatio naturalis impropriè eſt obligatio. 20.20.
Obligatio eſt triplex, ciuilis tantùm, naturalis tantum, & mixta. 8.5.208.2.
Obligatio ciuilis inter patrem & filium conſiſtere non poteſt. 7.11.184 2.
Obligatio illa eſt inanis quæ ex mero debitoris arbitrio pendet. 8.15.224.2.
Obligatio re contrahi non poteſt, niſi quatenus res interuenerit. 12.15.395.1.
In obligatione generali bonorum an futura etiam comprehendantur. 20.17. 784.2
Nemini res ſua obligari poteſt. 20.17. 783.1.
De obligatione in diem contracta. 16.6. 554.1.
Obligatione in diem concepta, ante diē ſolui poteſt, peti vero non poteſt. 1.1. 1.2.
Obligationibus certo loco præſtari, tacite ineſt tempus intra quod ad cū locū perueniri poſſit. ibid.
ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt. 11.4.338.2.
ex obligatione conditionali, antequam conditio extiterit, nihil prorſus debetur 16 8.560.2
Obligationes ex ſtipulationibus conditionalibus tranſmittuntur in hæredes, mortuo ante conditionis euentum ſtipulatore 15.6.494.1.
Obligatio principalis ea eſt quæ debitoris eſt, pro quo fideiuſſor interuenit. 8.4.206.2
ex Obligatione debitoris metienda eſt obligatio fideiuſſoris. 16.10.564.1
Obligatione principali ſublatâ, non poteſt acceſſoria conſiſtere. 7.18.195.1
Obligatio principalis eſt maior fideiuſſoriâ 8. 4.205.1
Obligatio fideiuſſoris non augetur ex morâ rei. 16.6.555.2
Obligatio maior tollit minorem. 4.7. 84.2
Obligationis vinculum vnde æſtimetur. 15.7.495.2

Obnoxius.

Obnoxius ſignificat obligatum. 20.8. 766.1

Obſignatio.

Obſignatio ritè facta eſt inſtar ſolutionis. 15.2.484.1

Operæ.

Operæ nihil aliud ſunt, quàm diurnum officium. 20.19.791.1
Operę alię officiales, aliæ artificiales, 20. 16.791.2
Operarum obligatio non recipit diuiſionem. 10.19.791.1. eſt obligatio faciendi. ibid.
de Operarum editione, præſtatione & indictione. 20.19 790.1
Operæ liberto cur dicantur imponi. 20. 18.785.1
Operæ liberto ſtatim poſt manumiſſionem imponi debent, vt valeant. ibid.
Operarum artificialium promiſſio extraneo facta an valeat. ibid.

Opinio.

Opinio rei quando præfertur. 7.13.187.1

Ordinarium.

Ordinaria pœna ſeu coercitio quæ. 4.2. 78.2
Ordinaria iudicia. 4.7.83.1

P

Pactum, Paciſci.

PActum nudum inefficax eſt ad actionem producendam. 5.10.114.2.& lib.19.c.17
Pacta in continenti facta etiam ſtipulationibus inſunt. 5.10.114.2
Pactum & ſtipulatio verbis fiunt. 5.10. 115.1. differunt, quòd alius paciſcendi, alius ſtipulandi ſit animus. ibid.
Pactum aut in rem concipitur, aut in perſonam. 11.18.366.1
Pactum perſonale de non petendo, non prodeſt fideiuſſori. 17.11.616 2
Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiuſſoribus alteri nō prodeſt. 11 15.360.1
an Pactum vnius ex correis credendi aut debendi proſit, noceátve alteri. 11.18. 341.2
an Pactum cedentis noceat ceſſionario. 12.1.371.2
Pactione nuda ſitne creditum. 5.10. 215.1
quæ Pacta ſeruanda ſint. 8 16.125.2. quæ ſint tacita. 15.9.502.2
Pactum non eſt modus tollendæ obligationis. 17.11. 618.2
Paciſci non licet de quibus tranſigere non licet. 2.20. 48.2
Paciſci etiam abſentes poſſumus & per nuntium, & per epiſtolam. 15.5. 493.2

Partus.

Partus an vnus ſit an multiplex non tam ex editione, quàm ex conceptione æſtimandum eſt. 20.1.754.2

Pater.

Pater & filius vna eademque perſona cur exiſtimentur. 7.14.188.2
Pater ex officio & neceſſitate dotē promittit. 2.14.40.1. cui quę officium eſt dotare filiam. 7.11.185.2
Pater filiofamiliâs olim cur donare non poſſet. 7.11.184.2
Pater dotem dat filiæ non animo donandi, ſed ex officio. 13.2.411.2. donare filiæfamiliâs non poteſt ibid. inter Patrem & filium nulla ciuilis obligatio, nullaque actio eſſe poteſt. 20.20. 794.1
Pater qui dotē promiſit nonniſi in quantum facere poteſt condemnatur. 2.14. 40.1
patri nullum ius eſt in bona filiifam. caſtrenſia. 20.10.794.1
pater non ſuccedit filio mortuo inteſtato in peculio caſtrenſi. 4.5.81.1
filio emancipato ſtipulari non poteſt. 1 4.4.2

Patronus.

de patronorum donationibus. 7.14.187. 2.& c.15.189.2.

Pauliana actio.

de Pauliana actione. 10.14.778.1.& ſeqq. & c.15.780.1.
Pauliana actio aduerſus quem detur. 20 15.780.1.& c.16.781.1
Pauliana actio proponenda eſt intra annum vtilem. 20.15. 780.2
an detur creditoribus hypothecariis. 20 16.781.1
Pauliana an ſit actio in rem, an in perſonam. 20.16.781.1

Peculatus.

Crimen peculatus morte non finitur. 9 20.197.1

Peculium.

Peculium ij ſoli habent, qui in alterius ſunt poteſtate. 10.8.305.2
Peculium caſtrenſe velut proprium filij patrimonium eſt. 4.5.81.2
De peculio caſtrenſi ex Conſtitutionibus filiofamiliâs teſtari licet. 10.8.305 .1. in eo, ſi moriatur inteſtatus patrem heredem non habet. ibid.
occupatur ſiquidem à patre iure peculij. 13.4.413.1

In pe-

In peculio aduentitio filiuſfamiliâs nullum heredem iure veteri habuit.10.8 305.2
Peculium quomodo finiatur. 1.9.9.2
actio de peculio contra patrem aut dominum datur. 114.340.2

Penſio.

Penſio vice fructus cedit. 1.15.15.1.ita vt fruſ dicatur qui penſioné percipit.ibid.

Pecunia.

Pecunia eſt rerum omnium menſura.6 9.147.1.
Pecunia ſui natura eſt ſterilis. 7.2.172.2

Perduellio.

Perduellionis crimen heredem quoque tenet. 7.10.197 1

Permutatio.

an permutatione rerum emptio & venditio contrahi poſſit. 6.9.146.1
permutationis,emptionis & venditionis differentiæ. 6.9.146.2
permutatio non aliter contrahi poteſt, quàm ſi vtrinque dominium rerũ trãſferatur. ibid.
permutatio re contrahitur. 6.9.147.1
cur dicatur contractus innominatus.6.9 147.2
quomodo differat à contractu do vt des. ibid.

Perſecutio.

Perſecutionis nomine in perſonam potius, licèt rei perſequendæ gratiâ, quã in rem actio ſignificatur. 7.1.170.1

Perſona.

Perſonæ incertæ nihil inſtitutione, vel alio titulo relinqui poteſt. 9.2.235.1
eadem perſona an poſſit duas ſpecies obligationis reſpectu eiuſdem rei ſuſtinere. 8.4. 105.1
Perſonæ mutatione quando cõditio mutetur. 13.12.425.2

Petitio hereditatis.

Petitio hereditatis eſt vniuerſale iudicium. 17.1.597.1
Petitio hereditatis an ſit actio mixta. 20.10.770.1. contra quem detur. 17.1. 596.2. an ſit bonæ fidei. 14.18.476.1

Pignus.

Pignus contrahitur re & per traditioné. 19.6.725.1. transfértque poſſeſſionem in creditorem. ibid.
de Pignoris natura eſt vt poſſit diſtrahi. 19.6.725.1
Pignus illud eſt inutile, quod alij vendi non poteſt. ibid.& 8.15.224.2
Pignorum vtilitas in quo eluceat. 16.15. 577.1
Pignoris obligatio rem ipſam obligatã afficit,non perſonam. 6.6.142.1
Pignori dare licere inter fructus rei cõnumeratur. 8.16.225.2
Pignoris vinculum acceſſorium eſt ad perſonalem obligationem. 7.18.195.1
Pignus rei propriæ non conſiſtit. 16.15. 575.1
Pignus parit actionem in rem. 8.15.214. 2.& lib.20.17
Pignoris vinculo an iura poſſint obligari. 8.15.223.2
alienæ rei pignus non valet. 8.15.224.2. exceptio. ibid. 7.19.195.2. & lib.20.c. 17.& lib.19.6
an Pignus pignori dari poſſit. 8.15.224. & lib.20.17
per Pignus rei pigneratæ dominiũ non transfertur in creditorem. ibid.
inutile eſt Pignus quod retineri non poteſt. 8.15.224.2
ius pignoris quandiu duret. 17.10.614.1 an ſublatâ perſonali actione, duret tamen vinculum pignoris. 7.18.195.1
Pignora debitori legato à creditore, an ſit legata liberatio. 17.10.614.1
ne Pignus diſtrahi poſſit,conuentio non valet. 19.6.725.1
an emptor Pignoris diſtracti obligetur creditori,qui pignus vendidit per executorem. 5.16.151.1
Pignore creditor vti non poteſt, quin furtum faciat. 19.8.729.1, exceptio. ibid.
inter Pignus nominis conuentionale & iudiciale differentiæ complures. 8.17. 226.2
Pignorari an poſſint omnia illa quæ vẽdi poſſunt. 8.15.224.1.& lib. 19.6.726. 1.& 2
Pignorari cur poſſit nomen debitoris. 8. 16.225.1

Pignoratitia actio.

Pignoratitia competit ad repetitionem pignoris. 7.19.195.1. & ad acceſſiones (puta fructus & vſuras) repetendas. ibid.
Pignoratitia actio an ei detur qui rem alienam pignori dedit. ibid.

Pœna.

Pœna publicationis bonorum ex priuatis delictis nunquam irrogatur. 7.20. 197.2
Pœna quadrupli eſt omnium carũ quas ius ciuile agnoſcit, grauiſſima. 16.18. 584.1
Pœna quadrupli in actione quod metus cauſâ,quomodo accipienda.16.19.586.1
Pœna ordinaria quæ.4.1.78.2. extraordinaria. ibid.

Pœnalis actio.

Pœnalis actio quatenus detur in heredes 4.1.74.1.& 7.20.197.2.
Pœnales actiones, quænam tranſeant ad heredes, quænam non tranſeant.7.20 197.2

Portio.

Portio legitima quę.3.27.70.1.debita quę. ibid.

Poſſeſſio.

Poſſeſſio longi temporis quomodo pariat actionem in rem. 19.11.735.1
Poſſeſſio naturalis ſiue corporalis tota facti eſt. 7.22.185.2
ſine poſſeſſione nulla eſt vſucapio. 1.18 21.1.& lib.19.c.9.729.2
Poſſeſſio continua ad vſucapionem requiritur. 19.9.729.2
cauſæ de poſſeſſione tractabantur à Prætore. 12.17.399.1
longi temporis poſſeſſio ex cauſa donationis iam olim procedere poterat.7 10.182.2

Poſſeſſor.

Malæ fidei poſſeſſor præſcriptione non defenditur Iure Pontificio. 7.4.175.2
Malæ fidei poſſeſſor omnes omnino fructus reſtituere tenetur. 4.17.99.2
bonæ fidei poſſeſſor quos fructus ſuos faciat.4.17.97.2.
Poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, id eſt, malę fidei poſſeſſores & prædones. 16.6.541.1
In pari iure potior eſt cauſa poſſidentis. 14.7.657.1
Pro poſſeſſore quis dicatur poſſidere. 17 1.596.2
Poſſidere & tenere differunt 7.22.185.1

Poſthumus.

Poſthumorum alij ſunt ſui, alieni alij.9 1.232.1.
Poſthumi ſui qui dicantur.ibid.alieni qui ibid.
poſthumi alieni inſtitutio iure ciuili improbata fuit. 9.1.236.1
Poſthumorum ſuorum inſtitutio ex quo iure deſcendat. 9.2 235.2
Poſthumus alienus hodie inſtitui poteſt, perinde ac ſuus.9.2.236.1.et poteſt legari & fideicommitti. ibid.
Poſthumus à patre pręteritus rumpit teſtamentũ quod ab initio validum fuit. 9.2.235.1. & rumpendo ſuccedit. 17.1. 600.1.& 9.15.272 2.
in ſuo poſthumo dignoſcendo quodnam tempus reſpiciatur. 9.1.232.2
Poſthumus non videtur animal,ſed ſpes tantùm animalis. 9.1.235.1
eſt portio viſcerum matris.ibid.poſthumi perſona eſt incerta. 9.2.235.2
Poſthumus Velleanus quis. 9.17.278.2
Poſthumus Cornelianus quis dicatur.10 9.306.2
an poſthumus Cornelianus dici poſſet Velleianus. 10.20.308.2

Poſtliminium.

Poſtliminij fictio. 10.1.293.1
Poſtliminij iure omnia Iura ciuitatis in perſona captiui in ſuſpenſo retinentur. 10. 3. 293. 2

Poteſtas.

Patria poteſtas eſt Iuris non ſcripti conſtitutio. 20.10.794.2
Patria poteſtas per quam reſtitutionem recuperetur. 10.8.306.2

Præceptio.

Præceptio eſt legatum quod vel pro parte capitur à coherede, vel etiã totum ex portione alteri reſtituenda deducitur. 17.3.600.2

Prædium.

Prædia vrbana à ruſticis quomodo diſtinxerit Neratius. 19.15.739.2
Prædia vrbana à ruſticis alij ex loco, alij ex materia ſeu vſu diſtinguebant. ibid.
Prædiorum paſſiua iura quæ. ibid.
Prædio cui ſeruitus debetur, per partes vendito omnes fundi partes ſeruitus ſequitur. 19.14.738.2.

Præfectus vrbi.

Præfectus vrbi publica crimina coercebat. 4.8.85.2
Præfecti vrbi maius fuit tribunal, quàm prætoris. 4.8.85.2

Præiudicium.

Præiudicium quid. 19.20.750.2
Præiudicia propriè actiones non ſunt.19 20.750.2
Tractantur apud magiſtratum non apud iudicẽ datũ.ibid. in ijs nulla eſt actio, nulla formula prætoris. 19.20.751.2

Præiudicialis actio.

Pręiudiciales actiones quæ. 19. 20. 750 1.& 2
ſunt actiones in rem, non in perſonam. ibid.

Prælatio.

De prælationis priuilegio quod mulieribus competit. 8.11.& 11.216.& ſeqq.

Præſes.

Præſes in prouincia ſua imperium habet maius omnibus poſt principem. 17.8. 609.1
Præſes non prætoris tantùm, ſed etiam præfecti vrbi partibus fungitur. 4.8. 85.2
Præſides de quibus olim cognoſcerent. 4.7.81.1
ad Præſidem prouinciæ cauſa ſtatus an pertineat. 17.8.609.2
Præſides quando ipſimet iudicare ſunt iuſſi. ibid.

Præſcribere, præſcriptio.

Præſcribere apud Iuriſconſultos ſignificat excipere. 19.11.731.1. non acquirere. 9.9.182.1
qui longo tempore præſcripſerat, olim non vtebatur vindicatione, ſi poſſeſſionem amiſiſſet. ibid.

Præſcriptio longi temporis etiam poſſeſſionem requirebat. ibid.
Præſcriptio longi temporis moribus eſt introducta. ibid.
ius Præſcriptionis longi temporis ad regiones quæ extra Italiam eſſent populo Rom. ſubiectæ pertinebat. ibid.
Præſcriptio quantum ad res mobiles annum, quantum ad immobiles decennium inter preſentes, vicennium inter abſentes requirebat. ibid.
Præſcriptio longi temporis bonam fidē exigebat per totum poſſeſſionis tempus. ibid.
Præſcriptio multarum erat rerum quæ vſucapi non poterant. ibid. & ab vſucapione in multis differebat. ibid.
Præſcriptionis triginta annorum vis. 7.6.182.1
de Præſcriptione quadriennij. 7.10.183.1
Præſcriptio fori præſupponit iuriſdictionem competentem. 20.7.763.2

Præteritio.

Preteritio materna eſt loco exheredationis. 9.14.271.1

Prætor.

Prætor extraordinariam coercitionem non habebat. 4.8.81.2
Prætor merum imperium non habebat. ibid.
Prætores de quibus cognoſcerent. 4.7.83.1 extra ordinem non cognoſcebant. 4.8.85.2
ad Prætoris officium & iuriſdictionem pertinuit vt nimiam iuris ciuilis aſperitatem temperarent. 8.16.225.2
Prætoris iuriſdictio in quo potiſſimum conſiſtat. 4.4.80.1
à Prætore appellari poterat. 18.12.680.2
Prætor ordinariè nō cognoſcebat, ſed lite conteſtata iudices dabat. 12.17.399.1
Prætor ipſe interdicebat, non in eam rē iudices dabat. 12.27.300.1
Prætoris ſolius fuit cognitio concedendæ vel denegandæ reſtitutionis. 24.5.445.1
Prætoris peregrini munus. 20.5.761.2
ius Prætorium nihil aliud eſt quàm æquitas temperans & corrigens aſperitatem iuris ciuilis. 0.14.269.1
Prætoris actiones. vide actiones. ſupra

Præuaricatio.

Præuaricationis crimen eſt famoſum. 4.2.78.1

Precarium.

Precarium quarum rerum valeat, 19.7.727.1. in iuribus conſiſtere poteſt. 19.7.728.2
Precario facere quis dicatur. 19.10.731.0

Pretium.

Pretium quid. 6.9.146.2
Pretium ſemper in pecuniā numerata conſiſtere debet. ibid. & c.10.140.2 non omnis pecunia numerata pretium eſt. ibid.
Pretium in qualibet re conſiſtere poſſe Sabinus putabat. 6.9.147.2
Pretium nō ex pecuniæ quæ datur qualitate, ſed ex vtriuſque contrahentium conuentione æſtimatur. 6.10.149.2

Prior.

Qui prior eſt tempore, iurè quoque potior eſt. 2.10.35.1

Probare.

Is cui onus probandi incumbit, ſi nihil probet, omnimodò cōdemnandus eſt, etiamſi aduerſarius nihil ex parte ſuā præſtet. 17.3.602.1
Probandi onus ei incumbit qui voluntatem mutatam eſſe dicit. 17.3.601.2
Probanda ſunt iudici docto ea quæ ſunt facti, non ea quæ ſunt iuris. 17.8.611.1

Procurator.

Procurator nonniſi poſt litem conteſtatam fit dominus litis. 16.16.394.2

Prodigus.

Prodigus aut nullo modo, aut ciuiliter obligatur. 8.6.209.1
Prodigus nullo caſu ſine curatore obligatur naturaliter. ibid.
Prodigus obligari aut alienare non poteſt curatore auctore. 8.2.209.2
Prodigus nullam voluntatem habere intelligitur. ibid.

Prohibere.

Qui prohibetur vendere non prohibetur inſtituere. 24.8.457.1
Prohibitus extra familiam alienare, an poſt denuntiationem alienare impunè poſſit. 14.15.471.1
Prohibitio alienationis alia iuſta, alia nuda. 14.14.460.1
in pari cauſā melior eſt cauſa prohibentis. 8.7.212.1

Proprietas.

Proprietas plena quid. 15.8.499.1
Proprietas à fructuario in perpetuum obligari non poteſt. 19.8.728.2

Promiſſor.

Promiſſoris & ſtipulatoris continuos actus eſſe debet. 11.3.350.2
Promiſſor liberetur hominis promiſſi interitu ante moram contingente. 2.11.37.1

Propoſitio.

Propoſitionis negatiuæ natura. 13.17.432.2
Propoſitio quæ ſumitur ex vniuerſo non aliter vera eſt, quàm ſi in omnibus vera ſit. 13.27.433.1

Propoſitum.

Propoſitum in mente retentum nihil operatur. 7.14.189.2. & lib.14.5.452.1

Proteſtatio.

Proteſtationis effectum. 22.1.372.2

Proximus.

Proximus agnatus eſt quem nemo antecedit, quamuis neminem ipſe antecedat. 20.4.759.1

Prudentes.

Prudentes an & quatenus iur facere potuerint. 9.1.233.1

Publicatio.

Publicationis bonorum pœna ex priuatis delictis nunquam irrogatur. 7.20.107.2
Publicationis bonorum pœna hodie rariſſima. 7.20.198.1

Publiciana.

Publiciana cui detur. 20.11.773.1. aduerſus quem detur. ibid. quā ex cauſā detur. ibid.
Publiciana ei tantùm datur, qui ex titulo iuſto rem poſſedit. 128.21.1. aduerſus dominum non datur. ibid.
Publicianam is exercet qui non eſt dominus, quaſi tamen eſſet dominus. 16.15.577.1

Pupillus.

Pupillus non aliter obligatur naturaliter tantùm, quàm ſi ſine tutoris autoritate obligetur. 8.5.208.2
Pupillus obligatur ciuiliter accedente autoritate tutoris. ibid. vel ſi factus ſit locupletior. ibid.
Permiſſum non eſt pupillo vt ſoluat. 8.6.200.1
Pupillo non aliter ſolui poteſt vtiliter, quàm ſi vel interueniat auctoritas tutoris, vel nummi ſalui ſint. 17.14.623.1
Pupillus ex contractu ſine tutoris autoritate inito, de euictione non tenetur. 7.13.187.1. res pupilli an poſſit vſucapi. ibid.
Pupillus hereditatem adire poteſt. 8.6.209.2. accedente tutoris autoritate. 13.24.427.2
Pupillus interdum eſt capax doli & iniuriæ faciendæ. 8.2.110.1
Pupillo interdicta eſt omnis alienatio. 17.11.620.1
Pupillus non aliter obligatur ex reſcripto diui Pij, quàm ſi fiat locupletior. 12.1.335.1
Pupillus quando inſtitoriā actione teneatur. 2.11.32.1
Pupillaris debitor ſoluendo pupillo quando liberetur. 17.13.219.2
Pupillaris ſubſtitutio, quibus caſibus lege Cornelia confirmetur. 10.4.293.2

Q

Quadruplum.

Vltra quadruplum nulla actio extenditur. 2.3.27.2

Quantitas.

Quantitas commodari nequit vt quantitas. 16.2.543.1

Quarta.

Quartæ vocabulum eſt ambiguum. 3.17.70.2
Quartæ Falcidiæ & Trebellianicæ differentia. 6.3.133.2

Querela inofficioſi teſtamenti.

Inofficioſi teſtamenti querela competit liberis immerenter exheredatis. 7.14.188.2
Impietatis querelam continere dicitur, furoriſque improperium. ibid.
Querelæ color quis ſit. 17.1.596.2
Querela inofficioſi teſtamenti nō ſolet, neque poteſt dari niſi contra heredē, adeóque poſt aditam hereditatem. 17.1.596.1. & 2.599.2. quomodo differat à bonorum poſſeſſione contra tabulas. ibid.
Querelæ inofficioſi teſtamenti vis. 3.17.68.1
Querelam præcedere & vincere neceſſe eſt, vt poſtmodum petitio hereditatis ſequatur. 17.1.598.2
Per querelam inofficioſi teſtamenti teſtamentum rumpitur. 17.2.596.2

Querela inofficioſa donationis.

De querela inofficioſæ donationis. 3.17.68.1. eius vis, ibid. quando ei ſit locus. ibid.

R

Raptor.

RAptor violentus fur improbior nominatur. 16.13.571.2
Aduerſus raptorem etiam condictio furtiua datur. 4.1.74.2
Vi bonorū raptorum agere poſſunt omnes, quorum intereſt. ibid.

Raptus.

Raptus crimē ſanguinis pœnam ingerit. 2.11.47.1

Ratihabitio.

Ratihabitio mandatu comparatur. 18.7.663.2

Ratio.

Ratio eius quod contra Iuris certiſſimā rationem conſtitutum eſt ab Imperatoribus, fruſtra quæritur. 2.10.47.0

Reconuentio.

Reconuentionis nomen ſicut & ius, veteri Iuriſprudentiæ incognitum. 20.5.760.2

Reconuentio quid. 20.8.764.2.
Reconuentioni an locus olim fuerit in actionibus perſonalibus. ibid.
Reconuentioni ſitnè locus in actionibus in rem. 20.8.767.1
Reconuentionis ius primus induxit Pap 20.5.760.1
Reconuentionis iura varia. 20.6.761.2
Reconuentio tollit non tantùm incompetentiã iudicis dati, ſed etiam priuilegium fori. 20.7.763.2.& c.6.lib.20.
Mutua petitio differt à reconuentione. 20.8.764.1
an in cauſâ reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. 22.10.383.2

Recriminatio.

Recriminatio quando permiſſa. 20.6.762.2.

Redemptor.

Redemptores alienarum litium iure improbantur. 12.11.388.1

Regula.

de Regula Catoniana. 11.19.401.2
Regula Catoniana pertinet ad legata. 12.19.402.1. non ad inſtitutiones. ibid.

Repetitio.

Repetitioni ſoluti Indebiti quando ſit locus. 8.8.212.2
Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, licet alius ſoluerit, quàm qui ſoluere debebat. 12.11.386.2

Replicatio.

Replicationes nihil aliud ſunt quàm exceptiones, à parte tamen actoris venientes. 14.19.477.1
Replicationes faciunt iudicium bonæ fidei. ibid.

Res.

Rei appellatione generali etiam cauſæ & iura continentur. 1.14.16.2. tamen rerum appellatione potius corpora ſingula, quàm iura & actiones ſignificantur. ibid.
Rem in bonis habere quid ſit. 20.11. 771.1
Rei opinioni ſeu exiſtimationi quando præferatur. 7.13.187.1
Res ſua nemini ſeruit. 20.12.771.2
Res prouinciales non poterant vſucapi. 19.10.731.1
Res immobiles longo tempore quomodo acquirerentur. ibid.

Reſpublica.

Reſpublica iure ciuili nõ eſt alia quàm Romana. 14.1.455.1

Reſtitutio in integrum.

Reſtitutio in integrum quatenus detur à Prætore. ibid.
Reſtitutio in integrum minori quando detur, aut abſenti Reipublicæ cauſâ. 14.8.443.2
Verum reſtitutio in integrum per minorem impetrata proſit eius fideiuſſori. 8.4.203.1
Reſtitutionis in integrum effectum. 14.8.445.1
Reſtitutiones non à iure ciuili cauſam habent, ſed à iure honorario, id eſt, ab æquitate prætoria. 8.4.206.1
Reſtitutio in integrum an ſit mixta actio. 20.10.770.2
Reſtitutio reddit patri non ſolùm liberos, ſed etiam ius patriæ poteſtatis. 10.9.308.1

Reus.

Reus pendente accuſatione rerum ſuarũ dominium & adminiſtrationem retinet 7.20.198.2. exceptio. ibid.
Rei eſt contradicere & defenſionibus ſuis vti. 19.20.750.2
Rei & aduerſarij differentia. 20.9.767.2
Reus in exceptione eſt actor. 19.4.721.1

S

Sanguis.

Sanguinis redimendi ratio quælibet honeſta eſt. 1.10.46.2

Scribonia lex.

lex Scribonia vſucapionem ſeruitutum prohibuit. 19.9.730.1

Senator.

Senatorum Sabaudiæ in litigando priuilegium. 20.8.765.2

Senatuſconſultum.

Senatuſcõſultum Pegaſianum. 6.3.134.1. eius ratio & cauſa. ibid.

Sententia.

Sententia dici non debet vox quælibet iudicis, ſed ea demum quæ aut abſolutionem continet, aut condemnationẽ. 16.17.580.1
Sententia definitiua ſola ſententiæ nomen meretur. 16.17.580.1
Sententia quæ nulla eſt, & contra ius reddita nunquam tranſit in rem iudicatã, nec executioni mandanda eſt. 12.14.391
Non ex crimine, ſed ex ſententia tantum quæ de crimine lata eſt infamia irrogatur. 6.6.142.1
Sententiæ pro ingenuitate latæ quanta ſit vis. 19.4.711.2
Sententia plus eſt quam voluntas, nam eſt voluntatis teſtatio. 14.3.449.2

Seruitus.

Seruitus quibus modis conſtituatur. 19.15.740.2
Seruitus nõ minus per legatum conſtitui poteſt, quàm per contractum. 19.16.743.1
Seruitus quælibet, excepto vſufructu, eſt indiuidua. 19.16.742.2
Vt ſeruitutes longo tempore acquirantur, quæ debeant concurrere. 19.10.731.2.& pag. ſeq.
Seruitutes omnes cauſam debent habere perpetuam. 19.6.725.2
an poſſint ad tempus & ex tempore cõſtitui. ibid.
non poſſunt vſucapi ſine prædiis quibus debentur. 19.6.725.1.& c.9.7.729.2
non poſſunt oppignerari. ibid. nec tradi aut poſſideri. ibid.
Seruitutum eſt quaſi poſſeſſio. 19.10.732.2
Seruitutes omnes habent cauſam impoſitiuam. 19.15.741.1
Seruitus ſeruitutis conſtitui non poteſt. 5.11.116.1
Seruitutis fructus conſtitui poteſt. 116.2
Seruitutes nihil aliud ſunt, quã ipſa prædia qualiter ſe habentia. 19.6.725.2
an poſſint vendi. ibid.
Seruitutes ſunt in bonis noſtris. ibid.
Separari à prædijs nullo modo poſſunt. ibid.
Seruitus longâ conſuetudine conſtitui poteſt. 19.9.730.2. poteſt imponi conuentione, legato, conſuetudine, & tendi. ibid.
Seruitutes dari poſſunt precariò. 19.7.728.1. pro parte præſtari non poſſunt. 3.11.63.1.& lib.19.c.16. locari non poſſunt. 19.6.726.1.& c.7.728.1
Seruitutis quaſi traditio per patientiam inducitur. 19.10.733.1
Seruituti per longi temporis poſſeſſionem acquiſitæ nomine competit actio in rem. ibid.
Seruitutis vindicatio datur cùm aliquid ſit in præiudicium ſeruitutis. 19.5.723.1
Seruitutis dominus an nouum opus nũciare poſſit. 19.5.723.& ſeq.
Seruitus an poſſit conſtitui ab emphyteuta. 19.13.736.2
Seruitutes tum perſonales tum prædiales per confuſionem extingui cõſtat. 20.12.773.2
Seruitutes in ſpeciebus aliæ ſunt continuæ, aliæ diſcontinuæ. 19.9.731.2. continuæ quæ. ibid. diſcontinuæ. ibid. refutatur relata ſeruitutum diſtinctio. ibid.
Seruitus iam conſtituta pignori dari nõ poteſt. 19.7.727.1
Seruitus cõſtituẽda oppignerari poteſt. ibid.
Seruitus quæſita per longum tempus poteſt vindicari etiam contra dominum fundi. 19.10.733.2
Seruitutes prædiorum ſunt reales. 19.8.728.2
Seruitutes reales aliæ ſunt, aliæ perſonales. 20.12.773.2
Seruitutes reales debentur prædiis principaliter & immediatè, perſonis verò mediatè. ibid.
Seruitutes prædiorum ſiue reales vſucapi non poſſunt. 19.9.729.2
Seruitutes prædiorum ſine duobus prædiis conſtitui non poſſunt. 19.16.742.1
Seruitus realis non poteſt conſtitui à nõ domino fundi. ibid. nec ab vno ex dominis eiuſdem fundi. ibid.
Seruitutes prædiales vel ſunt vrbanæ, vel ruſticæ. 19.15.739.2
Seruitutes vrbanæ quæ. 740.1. ruſticæ. ibid.
Seruitutum vrbanarum & ruſticarum differentiæ. 19.15.740.1. & 19.c.7. & c.9
Seruitutes vrbanæ vendi non poſſunt, ruſticæ poſſunt. 19.7.727.2
Seruitutum vrbanarum quaſi poſſeſſio continua eſt. 19.9.729.2. ruſticarum interrupta. ibid.
Seruitutes vrbanæ circa idem ſubiectum ſunt vt plurimum duplices, vna affirmatiua, altera negatiua. 19.15.740.1
Seruitutes vrbanæ æſtimantur ex prædij ſeruientis ſtatu. 19.9.729.2
Seruitutes ruſticæ æſtimantur ex hominum facto. ibid.
Seruitutes ruſticorum prædiorum ſunt ſimplices & affirmatiuæ. 19.15.740.2
Seruitutes ruſticæ ſolo non vſu amittuntur. 19.9.729.2. in quo differunt à ſeruitutibus vrbanis. ibid.
Seruitutes prædiales aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt. 19.13.736.2
quæ ſeruitutes in ſolo, quæ in ſuperficie conſiſtant. ibid.
Seruitutes vrbanę penè omnes in ſuperficie conſiſtunt. ibid.
Seruitutum vrbanarum libertas poteſt vſucapi. ibid.
Seruitutes ruſticæ amittuntur non vtendo. ibid.
Superficiarius an poſſit conſtituere ſeruitutes. ibid.
Seruitus altiùs tollendi quæ. 19.15.742.2
Seruitus altiùs non tollendi diſtinguitur à ſeruitute, ne luminibus officiatur. 19.15.740.2
Seruitus ne luminibus officiatur latiùs patet, quàm ſeruitus ne altius tollatur. ibid.
Seruitus luminum, & ſeruitus ne luminibus officiatur diſtinctæ ſunt. 19.15.742.1
Seruitus ne luminibus officiatur & ſeruitus ne proſpectus offendatur, diſtinctæ ſunt. ibid.

Seruitutes perſonaleſque ſcoſu iura prædiorum dici queant. 19.15.739.2
Seruitutis perſonalis legatæ dies nō cedit, niſi ab adita hereditate. 19.16. 743.2
Seruitutes actiuè ſunt Iura prædiorum quibus debentur. 19.15.739.2

Seruus.

Serui perſona iure ciuili nulla eſt. 7.11 184.2
Serui iure ciuili pro mortuis habentur. ibid.
pro nullis habentur etiam iure prætorio. 18.8.670.1
Seruus caput aut ſtatum habere non dicitur. 10.12.314 1.& 315.1
Serui ſunt incapaces eorū quæ ſunt iuris ciuilis. 2.16.158.1
Seruus nihil proprium habere poteſt extra peculium, quod eius patrimonium eſt. 8.7.211.1
Seruus ea ſibi acquirere poteſt, quæ ſunt meri facti. 7.11
Seruus non aliter tutor eſſe poteſt, quàm ſi liber primum fiat. 6.16.156 1
Serui dominis etiam inuitis acquirebāt. 7.11. 183. 2. exceptā hereditatis cauſa. ibid.
cum ſeruo nulla eſt actio. 44.75.2
Serui etiam inuiti liberi fieri poſſunt. 20.2.712.1
Serui cur heredes inſtitui poſſint. 3.4. 54.2
Seruus liber & heres iuſſus déque hereditate reſtituenda rogatus compelli poteſt vt adeat. 7.7.178.1.& 2
Seruus dotalis cui acquirat. 8.14. 222.1
Seruo pignerato directa libertas dari nō poteſt. 15.18.533.1

Seruus pœnæ.

Seruus pœnæ factus cum ciuitate amittit etiam libertatem & matrimonij iura. 17 20.644.2
Seruus pœnæ pro mortuo habetur, quia ſeruitus adſimilatur morti. 17. 20 644.2
Seruus pœnæ per ſententiam nemo hodie fieri poteſt. ibid.

Simplum.

Simplum pretium rei, non rē ipſam denotat. 16.19.586.1

Socer.

Socer iudicio de dote nō niſi in id quod facere poteſt, condemnatur. 2.14. 39.2

Societas.

Societas vniuerſalis bonorū omnium cōmunicationem inducit. 11.18.366.1. non tamen vnius ſocij culpam communē facit. ibid.
Societas facit vt quod ab vno petitur ab alio peti videatur. 11.2.335.2

Socius.

Socius pro peculio ſocij de peculio conueniri poteſt. 1.9.9.1
an ſocius actione de in rem verſo conueniri poſſit. 1.9.8.2

Solutio.

Solutione omnis omnino perimitur obligatio. 12.3.374.2
nulla alia ſolutio liberationem parit, quàm quæ fit illi ipſi cui debetur. 8.10 215.1
Solutione alienari nummos neceſſe eſt. 8.6.209.1
Solutione per vnū ex correis facta omnis obligatio perimitur. 11.9.350.1
Solutio quæ non proficit ad liberatonē proficere debet ad conditionem. 8.15 224.2
Solutio facta ſedenti prodeſt debitori ne à ceſſionario conueniatur. 12.3. 374.2

Soluere.

Soluens ante diem plus præſtat, quàm debet. 1.1.1.2
inuito creditori ante diem ſolui poteſt. ibid.
minus ſoluit qui tardiùs ſoluit. 5.18. 124.2
Soluit qui delegat. 18.1.646.2
Solui poteſt pro alio ignorante & inuito. 11.9.350. 2
qui exceptione perpetua tutus eſt, ſi ſoluat, poteſt repetere. 12.9.383.2

Species.

Cuiuſnam ſit ſpecies ex aliena materia effecta. 6.15.156.2

Spes.

Spes actionis ex ſtipulatione conditionali in heredem tranſmittitur. 11.3. 319.1

Sponſus.

Sponſus poſsitne ſponſam iure mariti de adulterio accuſare. 3.2.56.1
munus ſponſalitium quid ſit 19.1.715.1. quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.

Status.

Statum quæ perſonæ habeant. 10.12. 315.1
Cauſæ ſtatus quæ. 19.20.750.2
Cauſa ſtatus an ad prouinciæ præſidem pertineat. 17.8.609.2
Incerti ſtatus quis eſſe dicatur. 10.12. 315.1
Status incertitudo teſtamenti factionem impedit. 10.8.305.2

Stellionatus.

Stellionatus appellatio ad omnia crimina quæ nomen proprium non habent, ſpectat. 4.2.77.2
Stellionatus quid propriè. ibid.
an ſtellionatus crimen infamiam irroget. ibid.
quod in priuatis iudiciis eſt actio de dolo, hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. 4.2.78.1
Stellionatus accuſatio, neque publicis, neque priuatis actionibus continetur. ibid.

Stipulatio, ſtipulari.

Stipulationis quanta ſit vis & efficacia. 15.2.484.1
in ſtipulationem cur deducerent veteres quicquid ſibi ex alia cauſa debebatur. ibid.
Stipulationem committi eſt diem vel conditionem ſtipulationis cedere. 3. 7.57.1
ex ſtipulatione agi non poteſt, niſi quatenus verbis expreſſum eſt. 15.3. 485.1
Stipulatio eſt inuentum iuris ciuilis. 19. 16.744.1
ex ſtipulatione non commiſſa agi non poteſt. 11.12.357.1
in ſtipulationibus ſtricta interpretatio fieri ſolet. 15.8.500.1
actio ex ſtipulatu eſt ciuilis. 15.2.485.1
Stipulationis & pacti differentia. 5.10. 115.1
Stipulantis & promittentis continuus actus eſſe debet. 11.3.339.2
Stipulari rem ſuam nemo poteſt. 11 19. 367.1
ex vnius ſtipulatione alteri actio quæri non poteſt. 1.4.4.2. & lib. 19.17. 744.2
Stipulari alter alteri etiam hodie non poteſt. 11.5.416.1
Stipulari pater filio, aut contrà, quando poſſit vtiliter, quando inutiliter. 19. 17.744.2.& ſeqq.pag.
Stipulari qui ſibi poteſt, etiam & heredi. ibid.
Stipulari poteſt ſeruus domino, & filius patri. ibid.
Stipulationis ius quomodo ſit commune inter correos ſtipulandi. 11.8. 348.2
Si ſtipulator reum heredem inſtituerit, fideiuſſoris obligatio perimitur. 1.17 20.1
Stipulationes conuentionales pendent ex negotio contracto. 16.9.563.1
in ſtipulationibus conditionalibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus. 15.2.494.1
Stipulationes aliæ ſunt diuiduæ, aliæ indiuiduæ. 3.7.56.2
ex ſtipulationibus diuiduis heredes in ſolidum non tenentur. 4.1.76.2
in ſtipulationibus alternatiuis electio eſt promiſſoris. 2.15.40.2
Stipulationes prætoriæ aut iudiciales ſunt, aut cautionales, aut communes. 3.1.48.1
Iudiciales quæ. ibid. cautionales. ibid. communes quæ. ibid.
Stipulatio duplæ in rerum pretioſarum venditione interponi ſolet. 3.1.49.1
Stipulatio damni infecti. ibid.
Stipulationes cautionales actionem nouant. ibid.
Stipulatio de rato. ibid.
Stipulationes cautionales actionū quas nouant naturam induunt. ibid.
Stipulationis pœnalis natura. 19.17. 744.1
Stipulatio dotis quomodo differat à dotis traditione. 19. 1.712.1
Stipulatio dotis conditionem illam habet tacitam, ſi nuptiæ ſequantur. 19.1. ibid.

Stuprum.

Stuprum non contrahitur in ea quæ ſe concubinam eſſe patitur. 3.14.65.2

Subſtitutio.

Subſtitutionis nomen eſt æquiuocum. 15.10.502.2
Subſtitutionum quot ſint genera. 15.12. 514.1
an omnis ſubſtitutio ſit vulgaris, aut pupillaris. 15.11.508.1.& 514.1
Subſtitutio reciproca & mutua quæ. 15. 11.508.1
breuiloqua vnde dicta. 15.12 509.2. reciproca vnde dicatur. ibid.
de ſubſtitutione reciproca. 13.14 426.2
Subſtitutio directa eſt vel fideicommiſſaria. ibid.
Subſtitutionis pupillaria & fideicommiſſariæ differentia. 13.20.437.1.& 2
Subſtitutio fideicommiſſaria poteſt omnibus fieri 13.19.435.2. pupillaris ſolis liberis. ibid.
Subſtitutio militaris. 15 10.507.2. fideicommiſſaria ibid. compendioſa. 508.1
Vulgares ſubſtitutiones poſt aditam hereditatem expirant. 3 4.53.2
an ſubſtitutioni ſit locus ſi heres poſt aditam hæreditatem ſit reſtitutus in integrum. ibid.
pupillaris ſubſtitutio an lege Cornelia confirmetur. 3 9.59.2
Subſtitutionis & iuris accreſcendi differentia. 4.13.92.2
Subſtitutio nihil aliud eſt quàm ſecundi heredis inſtitutio. 15.10.506.1
Verbum Subſtitutio an ſit commune, an verò merè directum. 15. 10.516.1.& 518.1

Subtilis.

Subtilis ratio Iuris ſæpe negligitur in contractibus. 19.16.744.1

Suc-

Succeſſio.

Succeſſio teſtati cum ſucceſſione inteſtati nunquam concurrit. 9.14.269.1

Succeſſionem non eſſe in ſuis & legitimis heredibus, quid ſit. 3.4.54.2

Succeſſor.

Succeſſores ex cōtractibus doloſis eorū quibus ſucceſſerunt, non tantùm in id quod peruenit, ſed in ſolidum tenentur. 1.12.12.2

Succeſſores anomali qui. 23.2.410.2

Succurrere.

in iure non ſuccurritur ei cui propria culpa imputari poteſt. 2.11.37.1

Superficies.

Superficiei nomine quid intelligatur apud Iuriſconſultos. 20.11.772.1

Superficiariæ ædes quæ. ibid. & 19.13

Superficiarius.

Superficiarius domini appellatione continetur. 2.17.44.1

Superficiarius non eſt dominus, ei tamen competit vindicatio vtilis. 20.11 771.1. & 19.13.736.1

A ſuperficiario conſtitutæ ſeruitutes an valeant. 19.13.770.736.1

Suus heres.

Suus heres quis dicatur. 9.1.232.1.

dicitur etiam viuente patre aut auo. 9.2 232.2

Suus heres etiam viuo patreſamiliâs eſt dominus, tametſi non ſit inſtitutus; niſi per exheredationem id illi dominium ablatum ſit. 9.18.281.1

Sui heredes etiam legitimi dici poſſunt. 10.12.312.2

Sui heredis nomen lege duodecim tabularum eſt vſurpatum in ſucceſſione inteſtati, non teſtati. 1.10.10.2.

Suus heres per abſtentionem non deſinit eſſe ſuus heres. 2.2.26.1. tamen iure prætorio non habetur pro herede. ibid.

in ſuis heredibus nulla eſt hereditas, nullaque hereditatis aut aditio, aut delatio. 14.20.479.1

in ſuis & in agnatis hodie eſt ſucceſſio. 9.14.272.1

Suorum heredum an ſint plures gradus. 9.10.250.1

ius Suitatis exheredatione non tollitur. 9.20.284.2

Suus poſthumus quis dicatur. 10.10. 310.2

T.

Tacitum.

TAcitum quid. 15.9.502.2

Taciti quàm expreſſi nunquam eſt vis maior. 20.7.764.1

Taxatio.

de Taxatione iuriſiurandi. 16.17.582.1

Tempus.

Tempus ipſum inſtanſque mortis vitæ computatur, non morti. 18.5.658.2

Tempus non eſt modus tollendæ obligationis. 17.11.618.2. & lib. 7. c. 8. nec inducendæ. ibid.

Tempore quæ olim acquirerentur. 19.9. 731.1.

Tempus immemoriale ad acquirendas ſeruitutes an requiratur. ibid.

Tempus quo ſit impleta conditio quando inſpiciatur. 20.2.755.2 nec non tempus quo conditio impletur. ibid.

qui prior eſt Tempore, potior eſt iure. 8. 21.216.2

verba illa longo tempore, quid denotent. 7.8.180.1

Tenere.

Tenere & poſſidere differunt. 7.12.185.1

Teſtamentum.

Teſtamentum pagani quomodo ſit iuſta ſententia. 15.11.503.2

Teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere. 5.18.133.2

ſi Teſtamentum non valeret iure veteri, nec quicquam eorum quæ in teſtamento relicta erant, valere poterat. 12 39. 401.1

in Teſtamentis in quibus extranei heredes inſtituti ſunt tria tempora ſpectantur, teſtamenti, mortis, ſi pura ſit inſtitutio, aut euenientis conditionis, ſi conditionalis, & aditæ hereditatis. 10.18.325.1

ex Teſtamento in quo nullus heres ſcriptus eſt nihil quicquam debetur. 18. 17.694.2

Cur teſtamentum non valeat ſine heredis inſtitutione. 24.20 478.1

ad Teſtamenti ſolennitates pertinet vt ſuus heres inſtituatur vel exheredetur. 9.14.268.2

ex Teſtamento per præteritionem vel exheredationem rupto, legata nihilominus & fideicommiſſa hodie debentur. 9.14.271.2

Teſtamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta ſunt, an per omnia ſint inutilia. 10.19.327.2

quis teſtamentum agnatione rumpat. 9 2.242.2

Teſtamentum confirmatur morte teſtatoris. 15.7.496.2. & 497.1

Teſtamentum quod nullum eſt, rumpi non dicitur. 10.12.311.2

Teſtamento poſteriori tam ſemper prius infirmetur. 10.18. 323.2. & ſeq.

Teſtamento deſtituto redit res ad cauſā inteſtati. 17.5.600.2. ſitque locus ijs qui ipſo iure ſucceſſuri erant, ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet. 17.2.600.2

Deſtitui dicitur teſtamentum ex quo hereditas adiri non poteſt. 10.11.312.2

Teſtamento deſtituto per extranei heredis repudiationem, inofficioſi querela dari nec poteſt, nec debet. 17.2.600.2

Teſtamentum nullum eſt ſine inſtitutione. 18.16.694.1

conualeſcere Teſtamentum quando dicatur. 10.9.307.1

Teſtamentum iniuſtum eſt cùm filius natus tempore teſtamenti & in poteſtate præteritur. 8.20.230.2

Teſtamentum quando rumpatur. 8.20. 230.1

cùm de Teſtamenti validitate quæritur, quæ tempora ſoleant conſiderari. 8.20. 230.2

Teſtamenti factio publici non priuati iuris eſt. 23.6.416.2

vnum eſt Teſtamentum patris & filij, quando huic pupillariter ſubſtitutum eſt. 10.4.294.1

in Teſtamentis non tam verba, quàm ſententia teſtatoris inſpicienda. 4.8. 85.1

ex Teſtamento nulla naſcitur actio contra teſtatorem, ſed contra eius ſucceſſores. 7.24.189.1

id quod mortis cauſâ capitur, non capitur ex Teſtamento. 8.7.211.2

Teſtator, Teſtari.

inter Teſtatorem & eum qui ex teſtamento aliquid capit, nullum negotium geritur. 8.7.211.2

Teſtator poteſt ab herede legatum de ipſius heredis rebus relinquere. 5.18. 125.2

Teſtator pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe quando intelligatur. 17.1.596.2

Teſtator facere poteſt vt vſusfructus finitus ad proprietatem non reuertatur. 2.11.12.1

qui Teſtatur in id tempus confert effectum ſuæ voluntatis, quo ipſe amplius dominus non erit. 8.9.213.2

Teſtari non poſſunt qui poteſtati alienæ ſunt ſubditi. 10.8 305.2

Teſtandi ius lex duodecim tabularum induxit. 7.4.174.2

Titulus.

Titulus alius vniuerſalis, alius ſingularis. 17.1.597.1

ſolus Titulus quantumuis iuſtus & legitimus non eſt ſufficiens ad dominium transferendum. 24.7.456.1

Traditio.

Traditio nihil aliud eſt, quàm datio & tranſlatio poſſeſſionis. 19.8.729.1

Traditionibus non etiam nudis conuentionibus dominia transferuntur. 20. 13.775.2 & 19.12.736.1

Traditio non aliter dominium transferre ſolet, quàm ſi iuſta cauſa præceſſerit. ibid.

Traditio dominium acquirit & vindicationem, non actionem perſonalem. 19.1.728.1

Traditio alia vera, alia ficta. 19.3.719.1. ficta vbi neceſſaria. ibid.

Traditio vera & realis nihil prodeſt ad transferendum dominium niſi iuſta etiam cauſa præcedat. 19.3. 720.1. & lib. 7. c. 4

re aliqua tradita ex Traditione obligatio confeſtim naſcitur. 6.9.142.1

Tranſactio.

Tranſactio à pacto quomodo differat. 27.4.603.2

Tranſactio fit de re dubiâ & incertâ. ibid.

ex Tranſactiones valent, quæ nec vi, nec dolo, ſed ſponte ac bonâ fide factæ ſunt. ibid.

Tranſactio bonâ fide inita ſub prætextu inſtrumenti poſtea reperti reſcindi non poteſt. 16.17.582.2

Tranſigere.

Tranſigere non licet de crimine falſi. 2. 20.48.1. citra Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem. ibid.

Tranſigere de falſo inſtrumento, & tranſigere de crimine falſi differunt. ibid.

de quibus tranſigere non licet, nec etiam paciſci. 2.20.48.2

Tranſigere non licet de criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus. 2.20. 46.1

Tranſigere licet de criminibus capitalibus ſanguinis pœnam ingerentibus. ibid. excepto adulterio. ibid.

Tranſigere an liceat de crimine raptus. 2.20.46.2

Tranſlatio.

Tranſlatio dominij à continuatione differt. 14.20.479.1

Tranſmiſſio.

Tranſmiſſio in ſuis heredibus locum habet. 14.1.442.1

Tranſmittitur legatum in heredem legatarij. 24.1.443.1

Trebellianum.

Trebellianum Senatuſconſultum an hodie ſublatum. 5.7.121.2

Tutela.

Tutelæ munus neceſſarium eſt & publicum. 11.1.232.1

Inuito etiam defertur, niſi iuſtam habeat excuſationem. 11.1.232.2

Tutor.

Tutor non poteſt bereditatem adire pro pupillo. 8.6.209.2
Tutoris autoritas interponi debet in ipſo negotio. 7.13.287.1
ex leui culpâ tutoris heres eius non tenetur. 1.51.13 1
Tutorem heredes quatenus teneantur. ibidem.

V

Vacantia bona.

VAcantia bona ſunt quæ non habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato 17.2.599 1
Vacantia bona pertinent ad fiſcum. 3.16.68.1
Vacantium & caducorum differentia. ibid.

Vaſſallus.

Vaſſallus eſt feudatarius, id eſt, qui accepit à domino feudum. 20.11.771.2

Vectigalis.

Vectigalis fundi poſſeſſor non eſt dominus. 19 13.737 1
Vectigalia prædia cur vſucapi non poſſint. 20.11.772.2

Vellea lex.

lex Vellea fuit de poſthumorum inſtitutione. 9.4.239.1
Legis Velleæ duo fuerunt capita. 9.17.277.1
Velleanus poſthumus quis. 9.17.278.2

Venditio, venditor.

Venditio quid. 6.9.145.2
Venditio nominis valet ipſo iure. 8 15 226.1
Venditio nominis differt à delegatione. ibid.
Venditio pignoris dupliciter fieri poteſt, iure creditoris, & iure communi, 17.12.619.1
an Venditionis nomine vnquam contineatur Donatio. 14.11.468.2
Venditionum publicarum conditio. 5.26.121.1
Venditio rem non afficit, ſed perſonam eius qui vendit. 20. .7.781 2
Venditio rei alienæ cur valeat. 20.17.781.2
aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire. 8 9.213 2
rei Venditæ periculum, ſtatim atque nudo conſenſu perfecta eſt venditio ad emptorem pertinet. 12.7.380.1
Vendi poſſunt res alienæ. 20.17.781.2 & lib.19.c.6.
nemini rês ſua vendi poteſt. 20.17.783.1
quicquid vendi poteſt, an poſſit etiam oppignerari. 20.17.782.1
Venditor quis dicatur proprie. 6.9.146.2
is qui emerat venditor apud veteres plerunque dicebatur & contrà. ibid.
Venditor quilibet tenetur ad tradendum. 19.8.729.1
an venditor qui rei venditæ tradendæ poteſtatem habet, ad tradendum præciſe cogi poſſit. 6.17.159.2
Venditor non tenetur rei venditæ dominium in emptorem transferre. 6.9.147.1
Venditor qui pretium accepit, nec rem tradit, pretij reſtitutione non liberatur. 6.9.148.1
venditor ignorans ſe rem alienam vendere tenetur in id quod emptoris intereſt. 2.5.29.2

Veneficium.

Veneficij crimen an morte finiatur. 7.20.197 1

Verba.

Verborum differentia. 15 16.527.2
Verba diſpoſitiua. 14.2.447.2. enunciatiua futuri euentus. 448.1
Verba conditionalia an diſpoſitionem inducant. 17.17.632.1
Verborum alia directa ſunt, quæ & ciuilia & Imperatiua vocãtur, alia obliqua quæ & Precaria & Inflexa: communia verò nulla ſunt. 15.11.506.1
Verborum obſeruationem in legatis & fideicommiſſis quis ſuſtulerit. 14.5.451.2
cum in verbis nulla eſt ambiguitas non eſt admittenda quæſtio voluntatis. 17.18.634.2

Vetuſtas.

Vetuſtas pro lege habetur. 19.9.730.1

Vetitor.

Vetitor quis dicatur apud veteres interpretes. 4.19 101.2
Vetitor non eſt vocabulum Latinum. ibid.

Via.

Via quid. 1.20.13.2
Via debet eam habere latitudinem per quam veluculum tranſire poſſit. 19.14.738.2
In omni via & longitudo & latitudo eſt. 19.14.738.1
Longitudinem facit neceſſitas fundi dominantis. ibid.
Latitudinem facit conuentio contrahentium, aut legis duodecim tabul. conſtitutio. ibid.
Legitima viæ latitudo quæ. 19.14.738.2

Vindicatio.

Vindicatio nonniſi domino competit. 17.17.632.1. nonniſi aduerſus poſſeſſorem datur. ibid.
Vindicatio directa nonniſi domino datur. 16.15.575.1
vtiles Vindicationes ex quâ cauſâ competant. 20.11.771.1
in iudicio Vindicationis reus eſt qui poſſidet, habétque reſtituendi facultatem. 15.14.391.1
Vindicatio non eſt actio bonæ fidei. 16.4.547.2
Vindicatio non eſt niſi rei præſentis. 19.20.751.1
Vindicationis rerum corporalium effectum eſt reſtitutio. 20.13.776.2
Vindicatio ſeruitutum non minus datur poſſeſſori, quàm non poſſeſſori ſeruitutis. 20.13.ibid.
Vindicatio rei corporalis nunquam datur poſſeſſori. ibid.
Vindicationes directæ ex dominio oriuntur. 15.1.481.1

Vis.

Vis ſine dolo eſſe non poteſt. 16.13.578.2
Vi facere quis dicatur. 19.10.732.2

Viſio.

Viſionis vocabulum Triboniano eſt familiare, prudentibus verò inſolens. 18.1.648.1 & 2.& lib.18.c.20.710.1

Viuens.

Viuentis nulla eſt hereditas. 9.1.231.2

Vocatio in ius.

Vocatio in ius præcedit litis conteſtationem. 16.11.565.2
Vocatio in ius dicebatur principium actionum omnium inſtituendarum. 20.9.767.1

Voluntas.

Voluntas quæ non tranſiit in diſpoſitionem nullius eſt poteſtatis. 14.5.452.1
Voluntas hominis vſque ad mortem eſt ambulatoria. 7.15 190.1.& 19.18.747.1
Voluntates vltimæ morte debent confirmari, aliàs non valent. 19.18.747.1
Voluntas militis teſtantis nonniſi ex teſtamenti verbis petenda eſt. 18.13.684.1
Voluntatum diuiſio in directas & precarias. 15 10.506.1
Vltimæ voluntates recipiunt interpretationem ex ſolâ coniecturâ voluntatis. 7.14.189.1
Voluntas legitima quæ. 19.18.476.2
ei qui Voluntatem mutatam dicit, incumbit onus probandi. 17.3.601.2
Voluntas coacta an ſit voluntas. 7.6.178 1
qui capitis pœnam patitur, non poteſt cum vltima voluntate decedere. 7.20.199 1
an Velle is dicatur qui alterius dolo, aut impreſſione compellitur. 7 6.178.1
verbum Volo eſt precarium. 14.2.446.2

Vſucapio.

Vſucapio eſt adeptio dominij. 7.10.182.2
ad Vſucapionem lex 12.tabul. biennium requirebat. ibid.
Vſucapio non eſt ſine poſſeſſione, nec ſine titulo & bonâ fide. 1.18.21.1.& 19.9. & 10 & lib.20.c.11
Vſucapionis & longi temporis præſcriptionis differentiæ. 19.10.732.1
Vſucapi & tempore acquiri longe differunt. 19.9.731 1
Vſucapio lege 12.tabular. introducta eſt. 19.9.731.2. fauore boni publici.1.18.21.2 ad puniendam dominorum negligentiam. 20.11.773.1. & ne dominia rerum in incerto ſemper eſſent. ibid.
Vſucapio aliquando procedit ſine titulo. 1.18.21 2
Vſucapi an poſſit res furioſi. ibid.
qui Vſucapere poteſt, Publicianam quoque habere neceſſe eſt. ibid.
bona fiſco acquiſita an poſſint vſucapi. 7.10.181.2
bona Vacantia an poſſint vſucapi. ibid.
res pupilli an poſſit vſucapi. 7.13.187.2
res quam emiſti à pupillo, quæ tamen non eſt pupilli, an à te poſſit vſucapi. ibid.

Vſura.

Vſuræ debentur vel ex morâ, vel ex conuentione. 1.1.2.1
qui in futurum Vſuras à debitore accepit, tacitè pactus videtur ne intra id tempus ſortem exigat. 7 9.181.2
Vſuræ nudo pacto promiſſæ quando debeantur. 5.10.114.2
Vſuræ vicem fructuum obtinent. 7.2.172. 2. præſertim in legatis & fideicommiſſis. ibid.
de Vſuris legatorum & fideicommiſſorum. 7.3.173.1
Vſurarum præſtatio minùs fauorabilis eſt quàm fructuum. v.1.172.2
actione ex vendito Vſuræ quæ promiſſæ non ſunt, non aliter peti poſſunt, quàm ſi in ſoluendo pretio mora facta ſit. 5.10.114.1

Vſus.

Vſus aliquando ſignificat poſſeſſionem. 19.9.731.2
in Vſu minus eſt quàm in fructu. 3.3 51.2
Vſuarius non poteſt locare, vel vendere, vel oppignerare vſum. 19.8.729.2

Vſusfructus.

Vſusfructus eſt ſeruitus perſonalis. 19.8.718.2
Vſusfructus omne rei commodum & emolumentum continet. ibid.
Vſusfructus non eſt pars dominij. 15.8.499.1.& 2. non eſt pars fundi ibid. & 500.1. aliud eſt vſusfructus, aliud perceptio fructuum. 8.11.214.
Vſusfructus autem duplex, cauſalis & formali.

malis. 15.8.301.a
Vſusfructus ſine perſona eſſe non poteſt. 19.16.742
Vſusfructus cur capitis diminutione perimatur. 3.10.61.a
Vſusfructus vendi vel locari poteſt. 19.8.728.2.nec non oppignorari. ibid.
Vſusfructus ſemper æſtimatur ex perſonâ fructuarij, vt eo moriente, finiatur. ibid.
Vſusfructus ex tempore & ad tempus conſtitui poteſt. ibid.
Vſusfructus & ſeruitutum realium differentia. ibid.
Vſusfructus finitus ad proprietatem an neceſſariò reuertatur. 2.11.12.1
Vſusfructus legatus his verbis, cùm morietur, inutiliter legari dicitur. 19.1.716.1

Vſufructuarius.

Vſufructuarius poſſidet naturaliter. 8.5.208.2.

Vtilis actio.

Vtiles actiones cur & à quibus dentur. 21.11.354.2
Vtilis & directæ actionis differentia. 4.7.83.2
Vtilis actio tantum poteſt quantum directa. 19.17.744.1
Vtilis actio ex ſtipulatu pro dote inducta eſt à Iuſtiniano. 21.12.357.2
Vtiles actiones dantur ex æquitate. 12.2.375.1
Vtilis actio quando præferatur directæ. 19.17.744.2
Vtilis actio coniunctæ perſonæ per coniunctam an acquiratur. ibid.
Vtiles actiones cum directis non poſſunt in eadem perſonâ concurrere. 12.2.373.2
Vtiles actiones aliæ datiuæ, aliæ natiuæ. 19.19.748.2
Vtiles actiones aliæ ciuiles, aliæ prætoriæ. ibid.

Vtilitas.

Vtilitatis cauſâ recepta quæ dicantur. 3.8.58.a
quæ vtilitatis gratia receptæ ſunt, non debent produci ad conſequentias. 17.14.623.1

Vxor.

Vxor poſt diuortium, mariti inimica eſſe dicitur. 4.1.77.1
Vxoris & concubinæ differentia. 3.14.65.2
Vxoris eſt dare dotem marito, non mariti dotem dare vxori. 19.3.720.2

FINIS.

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS, QVÆ IN HIS CONIECTVRARVM LIBRIS AB ANTONIO FABRO AVT EXPLICANTVR, AVT EMENDANTVR;

in hoc verò elencho ſecundum ordinem librorum & titulorum Iuris diſponuntur.

Ex Digeſtor. lib. 1. tit. 5. De ſtatu hominum.

l.Areſeuſa.15. 753.1.757.2
l.idem erit.16. 755.2.753.2
l.ingenuum.25. 723.2

Ex tit.21. de effic. eius cui mandat. eſt iuriſdictio.

l.vlt. 80.1

Ex lib.2.tit.1.de iuriſdictione.

l. imperium.3. 79.2

Ex tit.7.ne quis eum qui in ius voc. vi eximat.

l.penult.§.1. 542.1

Ex tit.9.Si ex noxal.cauſ.agat.

l.2.§.vlt. 175.1

Ex tit.11. Si quis cautionib. in iudicio ſiſt.

l.etſi poſt tres.8. 144.6
l.ſi eum.10.§.qui iniuriarum. 50.1

Ex titul.14. de pactis.

l.ſi eum emptore.16. 377.1
l.ſed ſi fideiuſſor.24. 61.2
l.ſi vnus.27. 365.2
l.idem in duobus.28. 336.2
l.tale pactum.40 §.vlt. 188.2.190.2

Ex lib.3. tit.2. de his qui not.inf.

l.quid ergo.11.§.vlt. 77.2
l.ob hæc verba.20. 142.1

Ex tit.3.de procuratorib.

l.ſi defunctus.15. 394.2.& ſeq.
l.in cauſæ.27.§.vlt. 375.1
l.28. 376.1
l.ſi quis in rem.34. 383.2.& 384.1
l.procuratores.55. 376.2
l.pater.70. 383.2
l.ſi reus.73. 395.2

Ex tit. 5. de negotiis geſtis.

l.3.§.penult. 346.1
l.Pomponius.9. 88.1
l.nam & Seruius.21. 345.1
l. ex facto.30. 345.1.355.1
l.actio.47. 83.1
l.actio.47. 347.2

Ex lib.4.tit.2.quod met.cauſa geſtum erit.

l. iſti quidem.8.§.vlt. 288.2
l.item ſi cùm.14. 585.2
l.ſi mulier.21.§.pen. 667.1

Ex tit.3.de dolo malo.

l.arbitrio.18. 583.1.589.2
l.ſi fideiuſſor.19. 38.1

Ex tit.4.de minoribus 25.annis.

l.3.§.pen. 80.2
l.ait Prætor.7 §.1. 621.2
l.ait Prætor.7. ſed quod. 54.1
l.in cauſæ.16. 672.1
l.in cauſæ.16.§.idem Pomponius. 208.2
l.cum mandatu.23. 200.2
l.minor.40. 572.2

Ex tit.8.de receptis,qui arbitr.

l.3 §.vlt. 680.1
l.Celſus.23.§.1. 604.2
l.ſi duo.34. 365.2

Ex lib.5.tit.1.de iudiciis.

l.lis nulla.4. 794.1
l.qui non cogitur.22. 763.1
l.in omnibus.41. 484.1
l.argentarium.45.§.1. 574.2
l.obſeruandum.47. 765.2

l.ſi debitori.21. 304.1
l.non à iudice.64. 583.2
l.proponebatur.76. 499.2
l.vlt. 594.1

Ex tit.2.de inofficioſ.teſtament.

l.Papinianus.8.§.penult.& vlt. 532.2
l.Titia.13. 530.2
l.mater.19. 264.1

Ex tit.3.de heredit. petitione.

l.nec vllam.13.§.idem erit. 597.2
l.quòd ſi in diem.16.§.vlt. 491.1
l.item veniunt.20.§.ait ſenatus. 67.2
l.ſed & ſi lege.25.§.quod autem. 611.2
l.ſed & ſi lege.25.§.ideò autem. 648.1
l.Ariſto.28.D.de petit.hereditat. 44.2
l.planè.38. 25.2
l.vtiles.39. 26.1
l.ex facto.45. 629.2

Ex tit.6.de fideicommiſ.hered. petit.

l.libertates.16. 527.2
l.rogo.21. 527.2

Ex lib.6.tit.1.De rei vindicat.

l.1.§ per hanc. 751.1
l.officium.9. 576.1
l.Iulianus.17.§.1. 31.1
l.ſi à bonæ fidei.21. 31.1
l.fructus.33. 30.2
l.qui petitorio.36. 768.1
l.in fundo.38.§.conſtituimus. 25.1
l.Mitinius.61. 156.2
l.qui reſtituere.68. 392.2
l.qui reſtituere.68. 482.2
l.qui reſtituere. 68.579.2
l.ſi eius fundi. 78.98.2
l.penult. 50.2
l.vlt. 768.2

Ex tit.2.de Publiciana in rem actione.

l.cùm ſponſus.12.§.in vectigal. 772.2

Ex lib.7.tit.1.De vſufructu.

l.4. 500.1
l.ſi Titio.33.§.1. 499.1.500.1

Ex tit. 4. quibus modis vſusfructus amittitur.

l.quid tamen.10.§.in nauis. 157.2

Ex tit.8.de vſu & habitatione.

l.per ſeruum.14.§.1. 24.1

Ex lib.8.tit.1.de ſeruitutibus.

l.7. 756.1
l.Papinianus.18. aliàs l. in omnibus. 773.2

Ex tit.2. de ſeruitutibus vrban. prædior.

l.luminum.4. 740.2
l.hæc autem.6. 729.2
l.cum eo.9. 741.1
l.qui luminibus.11. ibid.
l.inter ſeruitutes.15. 724.1
l.ſeruitutes.20. 736.1
l.ſeruitutes.20. 741.2
l.ſi quis ædes.20. 773.2
l.cuius.24. 741.1
l.foramen.28. 730.2
l.ſi ædes.31. 736.1

Ex tit. 3. de ſeruitut.ub. ruſtic.prædior.

l.1.& 2. 23.1.& 3
l.2. 759.2
l.cùm eſſent.53. §.vlt. 115.2

Ex tit.4. Communia prædiorum.

l.ſi ei 9. 773.2
l.vlt. 742.1

Ex tit.5. ſi ſeruitus vindicetur.

l.loci.4.§.1. 13.1
l.ſi quis diuturno.10. 730.2.732.2

Ex tit.6. Quemadmod.ſeruitus. amitt.

l.2. 24.2
l.nam ſatis.6.§.1. 737.2
l. ſi communent.10. 737.2
l.ſi is cui via.11. 737.1
l.aquam 16. 738.1
l.ſi partem.19.§.1. 229.1

Ex lib.9.tit.2. Ad legem Aquiliam.

l.huic ſcripturæ.15.§ 1. 660.1
l.quemadmodum 29.§.ſi nauis tua. 122.1

Ex lib.10.tit.2. familia erciſcunda.

l.2. 611.1
l.3. 386.1.384.1
l.Pomponius Philadelphus.35. 285.2

Ex tit.3.Commun diuidundo.

l.in hoc.14. 50.2
l.arbor.19. 34.2

Ex lib.11.tit.3.de ſeruo corrupt.

l.Neratius.11. 111.2

Ex lib.12.tit.1.de rebus credit. ſi cert petet.

l.rogaſti.11. 72.1
l.ſingularia.15. 115.2.72.1
l.vinum.22. 542.1.& 2.543.2
l.ſi & me & Titium.32. 348.2
l.vlt. 20.2

Ex tit.2.lib.12. De iureiurando.

l.ſi duo.13.§.Iulianus. 732.1
l.iuſiurandum.34.§.non ſemper. 567.2

Ex tit.3.de in litem iurande.

l.1. 123.2
l.3. 540.2.541.6
l.nummis 3. 571.1
l.4.§.iurare. 579.2
l.5. ibid.
l.in actionibus.5. 540.1
l.in actionibus.5.§.planè. 569.2
l.ſi tutor.8. 541.2
l.cum furti.9. 555.1
l.cum furti.9. 566.1.568.1

Ex tit. 4. de condictione cauſ. dat. cauſ.non ſecut.

l.3 §.vlt. 211.6
l.ſi extraneus.6. 431.1
l.vlt. 149.2

Ex tit.6.de condict.indebit.

l.ſub conditione.16. 102.2
l.interdum.19. 209.2
l.frater à fratre.38. 765
l.ſi quis.39. 122.1
l.quod pupillus.41. 209.1
l.domitius teſtamento.53. 212.2
l.Iulianus.60. 102.2
l.Neratius.63. 31.1

Ex lib.13. tit.1.de condict.furtiua.

l. ſi pro fure.7.§.vlt. 74.1
l.8 §.1. 546.2
l.in re furtiua.8.§.1. 565.1
l.ex argento.13. 25.2

Ex

Ex tit.3. de condict. triticar.

l.1. 551.1
l.penult. 540.1.559.2.542.2
l.vlt. D. de condict. trit. 542.1.546.2.547.2.543.1.& 2.

Ex tit.4. de eo quod certo loco dari oportet.

l.quod ſi Epheſi.4 §.1. 483.1
l.1. 483.2

Ex tit. de conſtitut. pecuniâ.

l.3. 489.2
l.qui autem.14.§ ſed & ſi quis. 488.2
l.ſed & ſi.15. ibid.
l.& licet 15. 493.2
l. ſi duo.16 § 1. 485.1
l.ſi duo.16. §. vlt. 488.2
l.item illa.18. 488.2
l. id quod.19. 490.2
l. id quod ſub conditione. 19. §. vlt. 493.1
l.promiſſor.21.§.1. 488.1
l.ſi poſt conſtitutam.22. 490.1
l.verum.27. 491.2
l.pen. 107.1

Ex tit.6. Commodati vel contra.

l.3.§.in hac. 543.2.541.2.542.2

Ex tit.7. de pigneratitia actione.

l.2. 783.1
l.quamuis 6. 228.1
l.ſi conuenerit.18. 225.1.& 2.
l.ſi conuenerit.18. 381.2
l.ſi conuenerit.18. 376.2
l. ſi pignore.22.§.ſi prædo. 195.2
l.rem alienam.41. 783.1

Ex lib.14 tit.2. de lege Rhodia de iactu.

l. vlt.§.ſi ea conditione. 591.2

Ex tit.3.lib.14. De inſtitoria actione.

l.ſi quis.17.§.ſi impubes. 36.1

Ex tit.6. De Senatuſconſulto Macedoniano.

l.ſed Iulianus.7.§.idem ait ſi duos. 334.1
l.filiusfam.17. 18.1

Ex lib.15.tit.1. de peculio.

l.3.§.pen. 75.2
l.ſi noxali.11.§.eſt autem. 798.1
l.hinc quæritur.19.§.1 221.2
l.ex facto.52. 112.2

Ex tit.3. de in rem verſo.

l.ſi pro parte.10.§.vlt. 335.1
l.ſi pro parte 10 §.vlt. 345.1
l.ſi in rem.13. 8.2
l.14.eod. 9.1

Ex lib.16.tit.1. Ad Senatuſconſ. Velleianum.

l.quamuis.8.§ ſi mulier. 84.2
l.quamuis.8.§ ſi mulier. 645.1
l.vir vxori.17.§.mulier. 334.1
l.vir vxori.17.§.mulier & Titius. 337.2.& ſeq.
l.idem etſi 18. 335.1
l.quidam.19. 356.2

Ex tit.2. De compenſationibus.

l.in rem ſuam.18. 378.2

Ex tit. 3. depoſiti vel contra.

l.1.§ ſi pecunia in ſacculo.36. 394.2
l.1.§.antepenult. 349.1
l.et apud quem.5. 261.1
l.ſi plures.14.in pr. 394.2
l.ſi plures.14. §.ſiue autem. 590.2
l.licet.17. 349.1
l.Lucius.24. 377.1
l.Publia.26. 4.2
l.Publia.26. 746.1

Ex tit.1. lib.17. Mandati vel contra.

l. ſi mandauero.22.§.interdum. 344.1
l.inter cauſas.26.§.ſed cùm ſeruus. 55.2
l.inter cauſas.26.§.abeſſe. 646.2
l.ſi fideiuſſor.29.§ penult. 648.1.710.2
l.qui negotia.34. 21.1
l.qui negotia.34. 72.1
l.qui negotia.34. 114.1.& 115.1
l.qui negotia.34. 623.1
l.hominem.37. 557.2.562.1.542.2
l.ſi mandatu.45.§.vlt. 55.2
l.qui fide.56. 343.2
l.ſi mandatu.59 § creditor. 618.2

Ex tit.2 pro ſocio.

l.cùm ſocietas.69. 108.1

Ex lib.18.tit.1 de contrahenda emptione.

l ſuæ rei 16. 500.2
l.quod ſæpe.35.§.ſi res vendita. 29.1
l.domum emi.57. 397.2
l.ſi cùm fundum.68.§ vlt. 160.1

Ex titul.2. De in diem addictione.

l.4.§.Marcellus. 716.2
l.4.§.1. 500.2

Ex tit.4. De hereditate vel actione vendita.

l.2 §.perueniſſe. 701.2
l.ſi nomen.4. 389.2
l.5 ibid.

Ex tit.6. De periculo & commod. rei vendit.

l.quòd ſi neque.14. 28.2

Ex tit. 7. De ſeruis exportandis.

l.vlt. 450.1

Ex lib.19.tit.1. De actionibus empti & venditi.

l.3.§.vlt. 543.1
l.ſi ſeruum.4. 49.1
l.venditor.6. §.ſed ſi fundum. 726.1
l ex empto.5.Caſſius. 49.2
l.ex empto.11.§.ſententiam. 619.1
l.Iulianus.13. §.ſi fructib. 15.1
l.Iulianus 13 §.ſi procurator. 109.1
l.veteres.19. 146.2
l.20 ibid.
l.ſi ſterilis. 21. §. cùm per venditorem. 555.1
l.cui res 29. 218.2
l.cui res.29. 401.1
l.ſi quis.46. 160.1

Ex titul. 2. locati, conducti.

l.ſi quis domum.9 §.1. 737.2
l.ſi quis domum.9. 30.1
l.& hæc diſtinctio.35. 29.2
l.ſi fundus.36. 28.1
l.locare.44. 728.1
l.cùm apparebit.47. 200.2
l.cùm apparebit.47. 358.1
l.cùm in plures.60.§.veſtimenta. 333.1

Ex tit. 3. de æſtimatoria.

l.1.§.vlt. 176.1

Ex tit. 4. de rerum permutatione.

l.1. 146.1

Ex tit.5. de præſcriptis verbis.

l.naturalis.5.1. 149.1.& 2.& 150.1

Ex lib.20. tit.1. de pignoribus & hypothecis.

l.1.in pr. 782.2.783.2
l.1. 630.2
l.ſi is qui.11.§ vlt. 723.1
l.ſed an vitæ.12. 727.2.728.1
l.grege.13.§.etiam. 572.1
l.ſi fundus.15.§.creditor. 192.2
l.ſi fundus.16 §.creditor. 572.2
l.ſi inter.21.§.vlt. 578.2
l.ſi Titio.22. 783.2
l.periculum.30. 226.1
l.lex vectigali.31. 215.1.& 225.1

Ex tit.4. Qui potior.in pignor. vel hypothec.

l.2. 153.2
l.qui balneum.9. 495.1
l.potior.11. 496.2
l.vlt. 55.1

Ex tit.6. quibus modis pign. vel hypothec. ſoluit.

l.2. 578.1

Ex lib.21. titul. 2. de euictionib.

l.ſi vendidero.9. 119.1
l.ſed etſi.18. 49.1
l.fundum.20. 242.1
l.in creditore.38. 711.1
l.ſi per imprudentiam.51.§.fin. 369.1
l.ſi dictum.56. 27.2
l ſi in venditione.60. 28.1
l.ſi in venditione.60. 49.2
l.rem hereditariam.65. 358.2
l.pater.71. 407.1

Ex lib. 22. tit. 1. de vſuris & fructib.

l.2. 482
l.2. 544.2
l.3.in pr. 170.1
l.3.§ in his quoque. 172.1
l.cùm de in rem verſo.6. 179.1.180.1
l.in pecudum.28. 97.& 98
l.32 §.1. 37.2
l.vſuræ.34. 173.2
l.hæc conſectata.35. 172.2
l.Herennius.42. 174.1
l.fructus.45. 97.2

Ex titul. 3. de probationibus.

l.3. 601.2
l.cùm de indebito.13.§ penult. 548.1. & 710.2

Ex lib. 23. titul. 2. de ritu nuptiar.

l. quanquam.63.§.vlt. 614.2

Ex titul. 3. de iure dotium.

l.1. 409.2
l.iure ſuccurſum.6. 18.2
l.ſi ego. 9 §.1. 215.2
l.ſi ego.9.§.ſi res. 783.1
l. ſanè 11. 176.1
l. ſi res æſtimata. 12. §.1. 177.2
l.ita conſtante.26. 112.2
l.7. ibid.
l.ſi extraneus.33. 38.2
l.promittendo. 41. §. ſi à debitore. 381.2
l.licet. 43.§.1. 719.2
l.quemadmodum.46. 184.2
l.cùm vir.53. 381.2
l.res quæ.54. 112.1
l.ſi is.56.in princ. 591.2
l. ſi is qui Stichum.56.§.2. 2.2
l. ſi mulier.59. §.ex aſſe. 210.1
l.ſi mulier.59.§ ex aſſe. 463.1
l. ſi mulier.59.§.vlt. 110.1
l.Titia.62. 46.1
l.ſi Titia.62. 214.2
l.Titia 62. 632.1
l.ſi dominus 72. 501.2
l. cùm in fundo. 78. §. vxor viro. 215.1
l.cum in fundo.78. 501.2

l.auus.79. 419.2
l.penult. 39.2
l.vlt. 214.2

Ex titul. 4. de pactis dotalibus.

l.ſi conuenerit.4. 165.1
l.ſi ita.9. 745.2
l.ſi mulier.11. 112.2
l.quidam.12. 81.2
l.pater.23. 745.1
l.pater.23. 4.2
l.inter.26.§.i. 408.2
l.inter.26.§.cùm inter. 18.2
l.inter.26.§.cùm inter. 411.1
l.inter ſocerum.26.§.penult. 743.2
l.cùm maritus.29.§.vlt. 372.2
l.Bæbius.30. 408.1.& 417.2
l.vlt. 73.3

Ex titul. 5. de fundo dotali.

l.1. 175.3
l.vlt. 8.1

Ex lib.24.tit.1.de donat. inter vir.& vxor.

l.3.§.pen. 719.1
l.3.§.vlt. 87.1
l.ſi ſponſus.5.§.circa. 177.1
l.5.§.penult. 134.1
l.quod autem.7. 276.2
l.ſed ſi mors.13.§.i. 398.1
l.ſi vxor filio.19. 99.1
l.Papinianus.23. 719.2.& 722.1
l.Papinianus.23. 32.3
l.cùm hic ſtatus.32.§. ſi inter virum.24. 788.2
l.cùm hic ſtatus.32.§.ſi nurus.28. 822.2
l.ſi ſtipulata.33. 32.2
l.ſi ſtipulata.33. 721.1
l.vxor marito.55. 113.5

Ex tit. 2. de diuortiis.

l.ſi filia.5. 407.1

Ex titul. 2. ſolut. matrimonio dos, &c.

l.2.§.1. 413.2
l.fructus.7.§.Papinianus. 13.2
l.7.§ ſi vir. 7.2
l.ſi ab hoſtibus.10. 407.2
l.etiam.18. 221.1
l.ſi cùm dotem.22.in princip. 411.1
l.ſi cum dotem.22.§.ſi pater. 85.2
l.ſi cùm dotem.22. 225.1
l.filiofamiliâs.25.§.1. 567.2
l.poſt dotem.40. 408.1
l.poſt dotem.40. 58.2
l.poſt dotem.40. 418.2
l.Caius.45. 413.2
l.Caius.45. 747.2
l.filiæ meæ emancipatæ.59. 407.2
l.ſi verò.64.§.2.& ſeq. 788.1

Ex lib. 25. tit. 1. de impenſis in res dotales factis.

l.5. 2.2.& 3.1

Ex tit. 2. de actione rerum amotarum.

l.penult. 366.2
l.3.§.vlt. 75.2

Ex tit. 6. ſi mulier ventris nomine in poſſeſſione cal. cauſa eſſe dicet.

l.1.§.2. 194.1

Ex lib.26. tit.2. de teſtament. tutel.

l.2. 314.2
l.ſi hereditas.10.§.vlt. 259.1
l.quæro.32.§.vlt. 258.2

Ex titul. 7. de adminiſtrat. & pericul. tutor. & curatorum.

l.ſi minoris.25. 352.1
l.ſi plures.38. 363.1
l.tutores.39.§.heres inſtitutus. 506.2
l.impuberi.40. 314.2
l.cùm poſt mortem.43.§.quib. 162.2
l.ſi pupillus.45. 618.2
l.Lucius.46.§.tutelæ. 620.1
l.tres tutores.55.§.1. 332.2

Ex lib. 27. titul. 3. de tutel. & rationib. diſtrahendis.

l.1.§.nunc tractemus. 354.2
l.ſi tutor.9.§.vlt.& l.10. 75.2
l.alterius.20.in princ. 356.1
l.cùm pupillus.25. 352.1

Ex tit. 7. de fideiuſſoribus tutor.

l.4. 33.1
l.penult. 368.1

Ex tit. 9. de rebus eorum qui ſub tutelâ vel curâ ſunt.

l.2. 218.2
l.penult.in fin. 654.2

Ex tit.10. de curatoribus furioſo dandis.

l.vlt. 399.1

Ex lib.28.tit.1. Qui teſtamenta fac. poſſunt.

l.lege Cornelia.12. 291.1. 294.1
l.filiusfam.16. 174.2. 228.2

Ex tit. 2. de liber. & poſthumis.

l.ſi primo. 8.230.1
l.ſi primo. 8.402.2
l.ſi quis poſthumos. 9.§.1.285.1
l.ſi quis poſthumos.9.§.ſi filium. 412.1
l.commodiſſimè. 10.784.2
l.in ſuis. 14.285.2
l.ſi filius. 16.10.2
l.filio13.§.ſi Titius. 283.1
l.poſthuma.24. 240.2
l.Titius.25.§.vlt. 235.2
l.Titios. 25.684.2
l.filius.28.in pr. 66.2
l.Gallus. 29.232.1
l.Gallus.§.quidam rectè. 263.2
l.Gallus.§.idem credendum. 265.2
l.Gallus.§.ſi quid tantùm. 236.2
l.Gallus.§.& quid ſi tantum. 318.2
l.Gallus.§.quid ſi qui filium. 238.2
l.Gallus § ſi eius. 244.1
l.Gallus.§.forſitan. 253.1
l.Gallus.§.nunc de lege. 277.1
l.Gallus.§.ſequenti parte. 288.2
l.Gallus.§.videndum. 289.2
l.Gallus.§.ille caſus. 316.2
l.Gallus.§.ille caſus. 279.1
l.Gallus.§.in omnibus. 256.2
l.Gallus.§.vlt. 317.1

Ex tit.5. de iniuſto, rupto & irrit. fact. teſt.

l.3. 266.2
l.nam etſi 5. 230.2
l.ſi quis filio. 284.2
l.ſi quis filio.6.§.ſed ſi pater. 248.1
l.ſi quis filio 6.§.ſiue autem. 249.2
l.verum.8.§.1 318.2
l.poſthumus.22. 21.2
l.poſthumos.12. 311.1
l.poſthumus.12. 272.1.273.2
l.poſthumus.12.§.idem. 328.2
l.ſi poſthumus.14. 230.2
l.qui vxorem.13. 306.1.311.1
l.filio præterito.27. 21.2
l.filio præterito.17. 267.2

Ex titul.4. de his quæ in teſtament. delent.

l.1.§.pen. 693.1
l.1. 694.2.& ſeqq.
l.2. 694.2.& ſeqq.
l.3. 693.2. 694.2.& ſeqq.
l.4. 694.2.& ſeqq.

Ex titul.5. de heredib. inſtituend.

l.ſed ſi conditioni.6.§.1. 278.2
l.quoties.9.§.ſi duo. 619.2
l.ſi alterius.10. 628.2
l.item quod Sabinus.17.§.vlt. 127.2
l.ex facto.27. 127.2
l.cùm in teſtamento.37. 257.1
l.qui ſoluendo.42. 681.2
l.43. 681.2
l.ſi alienum.49.§.in extraneis. 403.2
l.ſi is qui ſoluendo.57. 681.2
l.qui ſoluendo.61. 681.2
l.in tempus.62. 403.2
l.in tempus.62.§.2. 226.2
l.ſi quis ita.82. 256.2
l.ſi non lex.83.§.1. 68
l.Lucius.85. 639.1.635.1

Ex titul. 6. de vulgari & pupillar. ſubſtitut.

l.2.§.1. 280.2
l.iam hoc iure.4. 508.1
l.4. 533.2
l.verbis ciuilibus.7. 295.2
l.verbis.7. 510.2
l.centurio.15. 510.1
l.ſi pater filium.26. 240.2
l.lex Cornelia.28. 293.2.& 295.1.& 304.1
l.lex Cornelia 28. 59.2
l.ſi pater captus.29. 301.2
l.etſi contra.35. 105.2
l.qui duos.42. 427.2
l.ex facto.43.§.vlt. 223.1
l.Lucius.45. 508.2
l.Lucius 45. 527.2

Ex titul.7. de conditionib. inſtitutionum.

l.4 § vlt. 42.2
l.quæ ſub conditione. 8. §.quoties 604.2
l.penult.§.vlt. 694.2
l.vlt. 755.2

Ex lib.29. tit.1. de teſtam. milit.

l.5. 519.2
l.idem eſt.13.§.cùm miles. 683.2
l.tractabatur.24. 682.2
l.in fraudem.15. 685.2
l.quærebatur.19. 512.2
l.tribunus.20.§.1. 695.2
l.miles filiusfamiliâs.22. 684.2
l.cùm filiusfam.28. 314.2
l.eius militis.34.in fin. 512.2
l.Lucius.40. 525.2

l.miles

l.miles ita.42.§. nec tutorem. 514.2

Ex tit.2.de acquir. vel omitt. heredit.

l.is qui heres.13 §.vlt. 184.1
l.Iulianus.24. 27.1
l.cùm quidam.30. 444.2.445.1
l.ſi quis heres.35.§.1. 536.1
l.cum hereditate.55. 667.1
l.placet.79. 795.2
l.placet.79. 184.1
l.ſi ſolus.80.§.item ſi ſeruus. 536.1
l.toties.81. 536.1
l.ventre.84. 20.1
l.Pannonius Auitus.86. 441.1
l.Clodius.97. 164.2

Ex tit.4. ſi quis omiſſa cauſ. teſtament. &c.

l.quia autem.6.§.penult. 118.1
l.ſi filius.23. 118.1

Ex tit.7. de iure Codicil- lorum.

l.1.§.1. 524.2
l.1.§.codicillorum. 526.1
l.1.§ vlt. 519.1
l.ante tabulas.5. 116.2
l.ante tabulas.5. 523.1
l.conficiuntur 8. §.ſi factum. 329.1
l.quod per manus.10. 518.1 515.1
l.[illegible] enim.[illegible] §.1. 519.1
l.ab inteſtato.16. 117.2
l.ab inteſtato.16. 520.1
l.penult. 62.1

Ex lib.30.De legatis & fidei- commiſſ.lib.1.

l.1. 136.1
l.ſi ex toto.8.§.[illegible] 370.1
l.ſi creditor. 8. 90.1
l.ſi ex pluribus.33. 151.1
l.plane.34.§.ſi coniunctim. 150.1
l.plane.34.§.ſi coniunctim. 534.2
l.cùm res.47.§.ſed Stichus. 41.1
l.ſi res obligata.57. 358.1
l.ſi res obligata 57. 355.1
l.licet.70. 105.2
l.licet Imperator.74. 96.1
l.licet.74. 685.2
l.ſi ſic legatum.75.§.1. 106.1
l.ſi pecunia.77. 89.1
l.ſi pecunia 77. 225.2
l.ſi pecunia.77. 746.1
l.non quocunque.82.§.fundus. 145.1
l.duobus 85. 130.2
l.ſi tibi 86.§ cùm ſeruus. 173.2
l.quid ergo.90. 51.1
l.quæſitum.91.§ vlt. 173.1
l.ſi fundum.91.§.vlt. 317.2
l.ſi fundum 91 §.vlt. 520.2
l.planè.94. 520.1
l.ſi ſeruus legatus. 108. §. ſi ſeruus alienus. 517.1.518.2
l.ſi ſeruus.108.§.penult. 124.1
l.ſi heres.110. 84.1
l.filiusfamil. 114. §. cùm quis rogatus. 420.1
l.filiusfam.114.§ qui inteſtato. 600.1
l.filiusfam.114. 655.1
l.filiusfamil. 114. §. apud Marcellum. 605.2
l.filiusfamilias. 114.§. vt quis heredem. 125.1
l.legatum eſt.116. 479.1
l.nihil proponi.120.§.vlt. 174.1
l.ſi heredes.124. 168.1
l.ab exheredati.126. 521.1

Ex lib.31. de legat. & fideicom- miſſ.lib.2.

l.Mæuius.8 §.fundo. 146.1
l.ſi quis ſeruum.8 §.vlt. 700.1
l.cum autem.9. 700.1
l.cùm patronus.28. 686.6
l.pater.19.§.quod alicuius.1. 689.2
l.pater meus.19.§.vlt. 689.2
l.pater meus.19.§.quod alicuius. 686.1
l.cùm pater.77.§.cùm pater. 686.2
l. ſi quis duos. 31. 71.2
l. legatum.36. 131.2
l. Mæuio. 41.§.1. 3.2
l.ſi ita ſit ſcriptum.45.§.ſi ſub conditione. 656.2
l.cum ab vno.53. 4.1
l. Titia cum teſtamento. §. Lucia. 656.2
l. ſi Titio & Mæuio. 62. §. Iulianus. 685.2
l.ſi Titio. 61. § Iulianus. 521.1
l.Mæuius.66.§.duorum. 41.2
l.Mæuius.66.§ penult. 499.1
l. vnum ex familia. 67. §. ſed etſi fundum. 460.1
l.vnum ex familia.67.§.vlt. 446.2
l..puto.69.§.fratre. 459.1
l.Imperator.70. § ſi certum. 609.2
l.idem ſeruandum.72. 650.1
l.miles ad ſororem.73. 64.1
l.cum filius.76. 63.1
l.cùm filius.76.§.dominus. 499.2
l.cum pater 77.§.donationis. 63.2
l.cum pater.77.§.libertis. 453.2.454.1.& 2.& 457.2
l.cùm pater.77 §.cùm inter. 466.2
l.cùm pater.77.§.cum dotale. 89.1
l.cum pater.77.§.à filia. 656.2
l.cum pater.77.§.ab inſtituto. 661.2
l.legatum 80. 131.2
l.debitor.81. 611.1
l.Lætinus Largus.83. 669.1
l.creditorem.85. 615.1
l.Titia Scio.87.§.Seia libertis. 431.2. 434.1
l.Titia Scio. 87. §.Seia libertis. 634.1
l.Lucius 68.§.matre. 465.2
l.Lucius.88.§.vlt. 319.1
l.penult.§.penult. 465.1
l.penult.§.inſtituto. 471.1

Ex lib.32.de legat.& fideicom- miſſ.lib.3.

l.1.§.vlt. 95.2
l.2.§.vlt. 685.2
l.ſi deportati.7. 404.2
l.fideicommiſſa. 11. §. hæc verba. 466.2
l.fideicommiſſa. 11. §.cùm eſſet. 137.1
l.cum quis 37. §.codicillis. 5.1
l.cùm quis decedens. 37. §. codicillis. 947.1
l.pater.38.§.filiam. 472.1
l.pater.38. §.fundum. & §.Iulius Agrippa. 455.2
l.pater.38. §. Iulius Agrippa. 468.1
l.pater.38. §.quindecim. 453. 1.& 2.
l.pater filium. 38. §.fideicommiſſ. 71.1
l.pater.38. § penult. 446.2
l.Pamphilo.39. 447.1.446.2. 451.2
l.poſt emancipationem.40. §. vltimo. 16.1
l.vxorem.41.§.Seium. 656.2
l.teſtatorem.68.§.1. 446.2
l.qui ſolidum.78.§.prædium. 455.2.& 457.2
l.coniunctim.80. 130.2
l.re coniuncti.89. 130.1
l.ſi Titius ex parte.96. 431.1
l.vlt.§.vlt. 204.1

Ex lib.33. tit.1.de annuis legat. & fideicommiſſ.

l.Titia.19.§.qui Marco. 447.1

Ex tit.2.de vſu & vſufr. legat.

l.1. 728.2
l.ſi alij fundum.9. 436.1
l.ſi alij.19. 500.1
l.generali. 32. 448.1
l.generali 32.§.5. 11.2
l.generali.32 §.1. 530.2
l.generali.32.§.vxori. 6.1
l.vlt. 16.2
l.codicillis.34. 440.1

Ex tit.4. de dote prælegata.

l.pater dotem.7.§ pen. 612.2
l.Theopompus.14. 186.1

Ex titul.5. de optione legata.

l.illud.19. 138.2

Ex tit.7.de inſtructo vel inſtrumento legato.

l.3. 109.1
l.quæſitum.12.§.Celſus. 6.1
l.Seiæ.20. 6.2
l.prædia.27.§.liberto. 5.2

Ex titul.8.de peculio legato.

l.dominus Sticho.23. 355.1
l.denique.8.§.interdum. 634.1

Ex titul. 9. de penu legata.

l.1.in fin. 399.1

Ex lib.34.tit.4.de liberat. legata.

l.1.§.1. 614.1
l.ſi quis reum 5. 100.2
l.ſi quis reum.5. 615.2
l.legaui.25. 105.2
l.tutor decedens.26. 621.2

Ex tit.4.de adimendis vel transferend.legat.

l.1. 23.1
l.3.§.ſi duobus. 760.1
l.3.§ ſi quis. 463.2
l.cùm centum.9. 224.2
l.nihil intereſt.16. 694.1
l.alumnæ.30. 447.1
l.pen. §.1. 91.1

Ex titul. 5.de rebus dubiis.

l.qui duos.9. 417.1
l.ſi fuerit.10.§.planè. 958.2
l.ſi is qui ducenta.13.§.vtrum. 635.1. 638.2
l.ſi is qui ducenta.13.§.vlt. 399.2
l.quædam ſunt.15. 660.1
l.ſi cognatis.19. 405.1

Ex tit.7.de regula Catoniana.

l.3. 401.1
l.4. 401.1

Ex tit.8.de his quæ pro ſcriptis habentur.

l.vlt. 686.1

Ex tit.9.de his quæ vt indignis auferuntur.

l.in fraudem.10.§.1. 404.1
l.cùm tabulis.16.in pr. 263.1
l.ſi teſtamentum.24. 264.2
l.cùm tabulis.§.quoniam. 65.1

Ex lib.35.titul.6.de conditionib. & demonſtrationib.

l.4.§.vlt. 661.2
l.hæc ſcriptura.20. 604.2
l.ſi quis.37. 91.6
l.qui hœredi.44. 624.2

l.qui heredi.44.§.vlt. 755.2
l.Mæuius.55. 628.1
l.Titio centum.71.§.vlt. 375.2
l.auia.77. 403.1
l.cùm auus.101. 387.2
l.cùm auus.102. 437.2
l.cùm auus.102. 635.2
l.aliquando.107. 402.2

Ex tit. 2. ad legem Falcidiam.

l.1.§.id quod. 91.2
l.verbis.§. 90.1
l.verbis.§.in fin. 611.2
l.pater filium.14.§.vlt. 427.2
l. quod bonis. 15. §. ex donationibus. 702.1
l. quod bonis. 15. §. ex donationibus. 650.1
l.ſi fundus.13. 81.2
l.in ratione.30.§.tametſi. 333.2. & 331.1
l.Plautius.49.§.vlt. 82.1
l.ex aſſe.52. 17.1
l.ex aſſe.52. 83.1
l.in lege.62. 362.1
l.in lege.62. 317.2
l.Titia.86. 137.2.138.2
l.Titia.86. 431.1
l.qui fundum.87.§.qui filium. 62.1
l. qui quadringenta.88. 462.1
l.in quartam.91. 137.2
l.in quartam.91. 133.2. & 135.1
l.acceptis.93. 136.2
l.acceptis.93. 137.2.140.2
l.verbis. 632.2
l.1.§.quod ex ſubſtitutione. & §.ſi coheredis. 689.2

Ex tit.3.ſi cui plus quàm per leg.Falcid.licuerit.

l.1.§.interdum. 17.2

Ex lib.36.tit.1.ad Senatuſc. Trebellianum.

l.2.3. 93.2
l. recuſare. 6. §.hoc Senatuſconſultum. 278.1
l.ſed & qui.5. 680.1
l.ſed eùm ab herede 9. 671.1
l.ſed etſi.10. 655.1
l. apud Iulianum. 11. §. verum autem. 663.1.667.1
l.apud Iulianum.11.§.Antiſtia. 676.1
l.ille à quo.13.in princip. 667.1
l.ille à quo.13. §.tempeſtiuum. 676.1
l.nam quod.14 6.1
l.cogi.16.§ ſi ego heres. 674.1
l.cogi.16.§.vlt. 665.1
l.ex facto.17. § ex facto. 643.1
l.in fideicommiſſaria.18. 705.1
l.vbi purè.16.§.1. 84.2
l.mulier quæ.22.in princ. 663.1. 659.1
l.mulier.22.§.ſed enim. 109.2
l.mulier.22.§ Braſidas. 676.1
l.nonnunquam.24. 368.1
l.quidam.25.§ ſi quis filium. 533.2
l.quidam.25.§.ſi quis filium. 529.2
l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebellian. 376.2
l.recuſare.6.in princ. 667.2
l. ita tamen. 27. §. ſi ex Trebellian. 706.1
l.ita tamen.17. 27.1
l.ex aſſe.18. 3.2
l.ſi quis priore.26. 126.1
l.ſi legatus.30.§.vlt. 679.2
l.ſi cui.31.§.vlt. 251.1
l.ſi eius qui.34. 430.2
l.Papinianus.43. 414.2
l.poſtulante.44. 664.1
l.ſi res aliena.51.§.1. 692.1
l.ſi res.52.§.1. 673.1
l.non eſt cogendus.53. 664.1. 665.1
l.Titius.54. 651.1
l. ſi patroni. 55. §. Imperator. 656.2. 659.1
l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſum. 22.2
l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſum. 675.1
l.heredes mei.57. 433.1
l.deducta.58. 706.2.707.1
l.debitor.59. 190.2.& 191.1
l.debitor.59 §.vlt. 746.1
l.facta.63.§.ſi ſub conditione. 151.1
l.facta.63. §.ſi heres ſcriptus. 377.1
l.facta.63.§.ſi heres. 399.2
l.facta.63 §.ſi ſub conditione. 668.2
l.facta.63.§ ſi ſub conditione. 755.2
l.facta.63 §.vlt. 681.1
l.ſi eius.64.§.ſi quis. 155.1
l.qui ita.66 §. etiam abſentis. 663.2
l. qui ita.66 §.1. & § vlt. 676.2
l.ſi poſtulante.67. 664.1
l.ſi heres.70 in princ. 377.2
l.ſi heres 73. 490.2
l.epiſtolam.75.§.vlt. 661.2
l.Scæuola.76. 517.2
l.Scæuola.76. 503.1.506.2
l.heredibus 77.§.1. 628.1
l.vlt. 436.2

Ex tit.2. Quando dies legat. cedat.

l.heredis.7.§.penult. 402.2
l.cùm fine.19.§.cùm ab eo. 403.1
l.ſi dies.21.§.1. 401.2

Ex tit.3.Vt legatorum nomine caueatur.

l.poſtquam 3.§.1. 400.1
l.ſilio.7. 399.2
l.vlt §.1. 18.1
l.vlt. 408.1
l.vlt. 410.1

Ex lib. 37. tit. 4. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.

l.3.§.ſi quis filio. 266.2
l.4.§.vlt. 11.1
l. quod vulgò.6. 22.1
l.ſi duobus.12.§.1. 22.1
l.ſi ex duobus 14. 118.1
l. filium. 20. §. ſed quemadmodum. 596.1
l.filium.20. 599.2

Ex titul.5. de legatis præſtandis.

l.nonnunquam.14. 178.1.173.2
l.is qui.15. 117.2.& 118.2
l.ſi duo.16. 117.2

Ex tit. 6. de collatione bonor.

l.dotem.6. 419.2

Ex tit. 7. de dotis collatione.

l.4. 86.2
l.penult. 632.1
l.vlt. 633.1

Ex titul.8.de coniungend.cum emancipat.liber.

l.1.§.ſi pater. 285.1
l.1 § ſi pater. 321.2
l. qui duos.3. 321.1
l.duos.3. 284.2
l.vlt. 323.2

Ex tit. 11. de bonor. poſſeſſ. ſecund.tabul.

l.ſi ita ſcriptum.8.§ is autem. 690.2
l.qui ex liberis.11. §.teſtamento. 325.2
l.qui ex liberis. 11. §. teſtamento. 328.1
l.qui ex liberis.11.§.1. 525.2

Ex lib.38.tit.1.de operi. libertor.

l.3.§.1. 791.1
l.vt iuſiurandi.7.§.iurare. 785.2
l.libertus.15.§.1. 791.1
l.patronus.15.§.vlt. 786.2
l. medicus.26. 790.1
l.Campanus.47. 789.1

Ex titul.2.de bonis libertor.

l.3.§ pen. 411.2
l.labeo.36. 789.2

Ex tit.6.ſi tabul.teſtam.null.extab. vnde liber.

l.ſcripto.7. 284.2
l.ſcripto.7. 312.6
l.1.§.vlt. 22.2

Ex titul.7. vnde legitimi.

l.1.§.ſi quis. 304.1

Ex titul. 8. vnde cognati.

l.1.§.ſi quis proximior. 459.2

Ex tit.9.de ſucceſſor.edicto.

l.vlt. 54.2

Ex tit.16.de ſuis & legit. heredib.

l.2.§.vlt. 154.2
l.2.§.vlt. 685.2
l.Titius.6. 459.2
l.pen. 168.6

Ex lib.39. titul.1.de noui operis nunciat.

l.ſi priuſquam. 724.1
l.qui viam.14. 723.2
l.prætor 20. 59.1

Ex titul.2.de damno infecto.

l.quid de creditore.11.in fin. 45.2
l.11 §. ſuperficiarium. 44.2
l.ſi finita 15.§ Iulianus. 175.1
l.ſi finita. 15.§. ſi de vectigal. & §.Iulianus.5. 772.1
l.damni.18. 33.2
l.ex damni.40. 33.2

Ex tit.3.de aqua & aquæ pluu. arcend.

l.2 § item Varus. 652.2

Ex tit.4. de publicanis & vectigalib.

l.Imperatores.7. 767.1

Ex titul. 5. de donationib.

l.ſi vir.3. 186.2
l.abſenti.10. 614.6
l. poſt contractum.25. 196.2
l.donationes.31.§ ſpecies. 185.2
l.donationes.31.§.vlt. 197.1
l.Lucius.32. 45.2

Ex tit.6.de mort.cauſ.donationib.

l.ſi aliquis.7. 297.1
l.Seia. 475.1

Ex lib.40. tit.1.de manumiſſionib.

l.qui pœnæ 8. 196.2.& 198.1

Ex titul.4.de manumiſſ.teſtament.

l.4.§.vlt. 528.1
l.libertas.17.§.vlt. 153.2

l.qui

l.qui filium.29. 89.2.625.616.2
l.vxorem.29. 529.2
l.cùm ex falſis.47. 529

Ex tit.5. de fideicommiſſ. libertatib.

l.Imperator.12.§.1. 397.2
l.generaliter.24.§ ſi quis. 158.2
l.generaliter.24 §.ſi quis ſeruo. 528.1
l.cum verò. 26. §.ſi pro non ſcripto. 686.1
l.cum verò.16.§.vlt. 681.1
l.27. 681.1
l.generaliter.30.§.ſi quis ſeruo. 526.1
l.Paulus reſpondit 39 §.1. 444.2
l.ſi pater.47. 271.2

Ex tit.7.de ſtatulib.

l.3.§.ſed & ſi iuſſum. 918.2
l.cum heres.4.§.1. 152.2
l.ſi ſtatulibera.6.in princ & §.1. 249.2
l.ſi ſtatulibera.6. 753.1
l.ſtatuliberum.9.§.pen. 31.1
l.ſtatuliberum.9 in fin. 676.1

Ex tit.12. de liberali cauſa.

l.Diui fratres.27.§.1. 721.2
l.duobus.30. 676.1
l.vlt. 785.1.2

Ex lib.41.tit.1.de acquirend. rer domin.

l.qui bona fide 21. 96.2
l.qui bona.23 § ſi quis duobus. 514.2
§ ſed ſi 26. 157.1
l.quæſitum 40. 173.2
l.quæſitum.40. 176.1
l.bonæ fidei.48. 97.1.& 98.2

Ex tit.2.de acquirend.vel amitt. poſſeſſ.

l.locus.16. 182.2

Ex tit.3.de vſurpationib. & vſucapionib.

l.3. 772.2
l.4.§.lana. 97.1.& ſeq.
l.ſi aliena.10.§.hoc iure. 711.2
l.quamuis.18. 182.2
l.rerum mixtura.30. 499.2
l.nunquam.31. 186.2

Ex tit.4.pro emptore.

l.2.§.ſi à furioſo. 21.2

Ex lib. 42. tit.1. de re iudicata.

l.2. 400.1
l.5. 481.1
l.4.§.ſi quis condemnatus. 400.1
l.ſi Calendis.11. 556.2.568.1
l.à Diuo Pio.15. 121.1
l.Iulianus.17.§.1. 544.1
l.ſicut.21. 32.2
l.Neſeonius.41. 38.2
l.ex contractu.44. 33.2
l.ſi quis dolo.51.in pr. 780.2
l.ſi quis dolo.51.§.1. 101.2

Ex tit.2.de Confeſſis.

l.certum.6.§.vlt. 400.1
l.penult. 481.2

Ex tit.5.de reb.autorit.iudic. poſſid.

l.cùm bona 16. 119.2
l.paterfamilias.28. 26.1

Ex tit.6.de ſeparationibus.

l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam. 670.1
l.3. 192.1
l.4. 494.2

Ex tit.7. de curator.bon. dand.

l.2.§.vl 331.8

Ex tit.8. Quæ in fraud. creditor facta ſunt.

l.quid autem.6.§.apud Labeonem. 621.2
l.ſi is qui 9. 778.1
l.aut prætor. 10.§. ſi quid in fraud.creditorum. 778.2
l.pupillus 24. 779.1
l.vlt §.vlt. 780.1

Ex lib.43.tit.1.de Interdictis.

l.2.§.vlt. 43.2

Ex tit.3 quod legatorum.

l.1.§ ſi quis ex mortis. 131.1

Ex tit. 4. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ.miſſ.erit.

l.3.in pr. 594.1

Ex tit.16.de vi & vi armata.

l.1 §.rectiſſimè. 590.2
l.penult. 590.2

Ex tit.17.vti poſſidet.

l.3 §.vlt. 592.1

Ex tit. 18.de ſuperficiebus.

l.1.§ is autem. 771.1
l.2. 771.2

Ex tit.19.de itiner. actúque priuat.

l.vlt. 733.1

Ex tit.20. de aqu.quotid. & æſtiu.

l.3.§.ductus aquæ. 733.2

Ex tit.24.Quod vi aut clam.

l.ſi alius.7 §.belliſſimè. 398.
l.ſi alius.7.§ eſt & alia. 591.1

Ex tit.25.ex remiſſionibus.

l.vnica.§.1. 724.1.& 2.

Ex tit. 26.de precario.

l.3. 727.1.

Ex lib.44.tit.1.de exceptionibus.

l.exceptiones.7.in fin. 705.1

Ex tit. 2. de exceptione rei iudicata.

l.ſingulis 6. 391.1
l.ſi à te.9.§.1. 391.1
l.ſi inter me. 390.2
l.ſi à te.9. 383.2.
l.ſi mater.11. 390.2.391.2
l.ſi mater.11.§. ſi quis. 238
l.& an eadem.14 §.1. 499.2
l.ſi quis 18. 589.2
l.ſi cùm argentum. 21. §. ſi fundum. 499.1
l.pen.§ 1. 194.2

Ex titul.3. de diuerſis temporalib. præſcriptionib.

l.1.verſic.plane. 924.1
l.4. 78.2

Ex tit.4.de doli mali exceptione.

l.apud Celſum.4.§.quod ſi is 377.1
l.apud Celſum. 4. §.apud Iulianum. 386.2

Ex tit.5.quarum rer.actio non datur.

l.1.§.quæ onerandæ. 787.2
l.1.§.ſi libertatis. 789.2

Ex tit.7.de obligationib.& actionib.

l.1.in pr. 711.1
l.traiectitiæ. 144.2
l.cum quis.23. 364.1
l.actionum.25. 769.1
l.obligationes.27. 116.1
l.obligationes.27. 426.2
l.conſtitutionibus.33. 197.2
l.in honorariis.33. 75.2
l.is cui.42. 494.2
l.nihil aliud.51. 767.1

Ex lib.45.tit.1. de verbor. obligationib.

l.4.§.Cato. 56.1
l.4.§ vlt 38.2
l.ſi ita ſtipulatus eſſem. 24.243.1
l.quoties.59. 544.1
l.Stichum.16. 40.2
l.ſcire debemus.29. 51.1
l.ſtipulatio iſta.38.§.alteri. 744.2
l.quodcunque.45.§.ſi quis ita. 747.2
l.49.§.vlt. 37.1
l.eum qui.56.§.qui ſibi. 61.1
l.qui vſumfructum.58. 23.1
l.qui vſumfructum.58. 53.1
l.qui vſumfructum.58. 499.2
l.quoties.59. 556.1.560.1
l.ſtipulationes.71.§.vlt. 143.1
l.78. 498.2
l.ſi filiusfam.78. 495.1
l.inter ſtipulantem.83 §.1. 722.1
l.inter.83.§ ſacram. 157.2
l.ſi ſeruum.97. 398.1
l.exiſtimo.98.§.vlt. 243.1
l.liber homo.118.§.decem hodie. 488.2. 489.1
l.ſi fundum 114. 486.2
l.qui Romæ.122. in pr. 14
l.qui Romæ.122.§.Agerius. 215.2
l.qui Romæ.122 §.duo fratres. 662.1
l.ſi ita quis.135.§ Seiam. 244.1
l.continuus 137.§ cum ita. 1.2

Ex tit.2.de duobus reis conſtituend.

l.his verbis.8. 342.1
l.eandem.9. 367.1
l.reos.11. 341.1
l.ſi ex duobus.12. 336.2. 338.2
l.ſi id quod.10 fin. 367.1

Ex tit.3 de ſtipulat. ſeruor.

l.ſi ſeruus.25. 72.2
l.vſuſfructus.26. 742.1

Ex lib.46.tit.1.de fideiuſſorib.

l.Græcè 8.§.1. 374.1
l.2 Græcè 8 §.& poſt litem. 369.2
l.cùm reus.14. 5.1
l.cùm reus.14. 207.1
l.ſi ſtipulatus.15.§.1. 360.1
l.heres 21 §.quòd ſi ſeruus. 20.1
l.Marcellus.25. 207.1.208.2
l.cùm is 36. 350.1
l.vt fideiuſſor.39. 349.2. 350.1
l.ſi fideiuſſor 41 § 1. 359.1
l.cum lex.46. 208.1
l.ſi Titius.48. 200.1. 101.2
l.inter.51.in pr. 349.1
l.inter eos.51.§.duo rei. 342.2
l.inter eos.53.§.1. 372.1
l.ſi plures.27.§.vlt. 343.1
l.tutor datur 69. 344.1
l.ſi à reo.70.§.ſi reo. 498.2
l.Granius.71. 498.1

Ex tit.2.de nouationibus.

l.9.§.vlt. 24.1
l.doli.19.§.diuerſum. 648.1
l.doli.19.§.diuerſum. 789.2
l.ſi is cui.26. 52.1

l.fundum Cornelianum.28. 354.2
l.aliam.29. 53.1
l.aliam.29. 572.1
l.ſi rem.31.§.ſi duo. 53.2

Ex tit.3.de ſolutionib.& liberat.

l.ſi decem.22. 20.2
l.cùm quis 38.in pr. 61.2
l.cum quis.38.§.1. 72.1
l.cum quis.38. 621.2
l.cùm quis.38.§.qui hominem. 31.1
l.cùm quis.38.§.vlt. 191.2
l.ſeruus decem.68. 623.2
l.qui decem.72.§ Stichum. 40.2
l.Modeſtinus.76. 350.1
l.ſi pecuniam.79. 719.1
l.ſi cùm Cornelius.82. 622.2
l.ſolidum.85. 124.2
l.egiſti.86. 20.2
l.Stichum. 95.61.1
l.Stichum.95 §1. 37.1
l.Stichum 95.§.quod vulgo. 204.2.& 205.1
l.Stichum aut Pamphilum.95.§.ſi mandato. 312.1
l.pupilli.96 §.ſoror. 380.1
l.qui res.98.§.rem autem. 660.1
l.qui res.98 §.nihil decem. 1.2

Ex titul. 4. de acceptilationib.

l.per iuſiurandum.13.§.1. 23.1

Ex titul.5.de ſtipulationib. prætor.

l.1. 48.1
l.1. 294.2

Ex tit.6.Rem pupilli ſalu. fore.

l.non quaſi.4.§.ſed enim. 357.1
l.cùm pupillus.9. 50.1
l.vlt. 357.2

Ex titul. 7.Iudicat. ſolui.

l.vlt. 397.1

Ex lib. 47.tit.1.de priuat. delict.

l.1. 397.2
l.2.§.quæſitum. 546.2
l.2.§.quæſitum. 565.1.566.2

Ex tit.2.de furt.

l.quamuis.6. 535.2
l.ei qui furti.9. 567.2.555.1
l.in furti actione.50. 566.2.555.1. 567.2
l.61. 51.2
l.infitiando.67.§.infans. 555.1
l.ſi vendidero.80.§.1. 569.2

Ex tit.8.vi bonor.rapt.

l.2.§.vlt. 74.2

Ex tit.10.de iniur.& famoſ. libell.

l.ſi quis iniuriam.35. 84.2

Ex tit.12 de ſepulch. violato.

l.1. 78.1

Ex tit.20.de crimine ſtellionatus.

l.2. 77.2

Ex lib.48 tit.1.de public. iudic.

l.infamem. 78.1

Ex tit. 5. ad legem Iuliam de adulteriis coerc.

l.caſtitati.9. 46.2
l.ſi vxor.13. 56.2

Ex tit.16.ad Senatuſconſ. Turpilian.

l.1. 47.2
l.4.&5. 47.2

Ex lib.49.tit.14.de iure fiſci.

l.3.§.quando autem. 403.2
l.Lucius.9.in fin. 297.2
l.denique.19. 767.1
l.28. 35.1
l.in fraudem.41.§.qui pro alio. 354.1
l.Statius Florus.48. 600.2
l.vlt. 651.2

Ex tit.15.de captiu.& poſtlim. reuerſ.

l.pater.10.in princ. 293.2.& ſeq.
l.pater.10. 59.2
l.quod ſi filius.11. 297.2
l.quod ſi filius.11.§. vlt. 301.1
l.in omnibus.18. 291.2
l.de hereditate.19.§.pater. 81.2
l.bona.21.§.1. 510.2
l.bona eorum.22. 296.1
l.Diui.25. 250.2
l.pater.§.vlt. 295.1

Ex tit.17. de Caſtrenſi peculio.

l.2. 81.1

Ex lib.50.titul.8.de adminiſtrat.rer.ad ciuitat. pertin.

l.2.§.ius Reipublicæ. 355.1

Ex tit.15.de cenſib.

l.cùm poſſeſſor.5. in princip. & §.1. 767.1
l.cùm poſſeſſor.5. 353.2

Ex tit.16. de verborum ſignific.

l.2.§.1. 791.1
l.rectè dicimus.25. 499.2
l.alienationis.28 in fin. 634.2
l.quid aliud.86. 501.2
l.120. 497.1
l.virilis.145. 472.2
l.pecuniæ.178.§.actionis. 767.2
l.inter hæc verba.179. 123.1

Ex titul.17. de regulis iuris.

l.cùm tempus.17. 487.1
l.quæ legata.18. 498.2
l.in ambiguis. 85. §. non eſt nouum. 622.2

LEGES CODICIS.

Ex lib.1.tit.14.de legibus. & Conſtit. Princip.

l.1. 681.1

Ex lib.2.tit.3.de pactis.

l.ſi creditores. 18.372.1
l.pen. 763.1

Ex tit.4.de tranſactionib.

l.2. 603.1
l.3. 776.2
l.tranſigere.18. 46.1

Ex tit.33.ſi aduerſ.ſolut. a tutor.

l.1. 621.1

Ex tit.51.de reſtitut.milit. & eor.

l.1. 446.1

Ex lib.3.tit.1.de Iudiciis.

l.nulli. 10.763.1

Ex tit.3.de pedan.Iudicibus.

l.2. 609.2

Ex titul.8. de ordine Iudicior.

l.1. 609.2

Ex tit.28.de inoffic. teſtament.

l.1. 596.1
l.3. 172.2
l.omnimodo.§.imputari. 423.1
l.ſi heredem.10. 599.2.
l.quoniam Nouella.29. 423.2
l.omnimodo.30. 507.2
l.ſi quis filium.34. 280.2.279.2

Ex tit.29. de inoff. donationib.

ll.1.2.3.4.5.6.7.8.9. 68.1

Ex tit.31.de petit. hereditatis.

l.1. 596.1

Ex tit.32. de rei vindicatione.

l.domum. 25.1

Ex tit.33. de vſufruct. & habit.

l.intereſt.6. 73.1

Ex tit.34.de ſeruitut. & aqua.

l.1. 741.1
l.2. 733.2
l.vlt.§.cum autem. 736.1

Ex tit.36.famil.erciſcunda.

l.filium.24. 137.2
l.filium.24. 140.2

Ex lib.4.tit.2.ſi certum petat.

l.ſi in rem communem. 345.2
l.ſi non ſinguli.5. 345.2
l.ſi ex pretio.6. 123.2

Ex tit.9.de condict. ex lege.

l.1. 227.2

Ex tit.10.de obligat. & actionib.

l.2. 372.1

Ex titul.18.de conſtitut. pecun.

l.vlt. 368.1

Ex tit.29.ad Senatuſconſult. Velleian.

l.mulier.16. 646.1
l.ſi mulier.22. 789.1

Ex tit.31.de compenſationib.

l.vlt. 383.2

Ex tit.32.de vſuris.

l.creditor.7. 181.1

Ex tit.35.mandat.

l.per diuerſas.22. 387.2

Ex tit.49.de actionib. empti.

l.ſi traditio.4. 160.2

Ex tit.64.de rer.permutatione.

l.quoniam. 249.1
l.emptionem.7. 149.1

Ex tit.66 de iur.emphyteutico.

l.1. 771.2

Ex lib.5.titul.3.de donat. ant.nupt.

l.1. 715.1.718.1.719.2
l.quod ſpoſæ.4. 725.2

Ex titul.9. de ſecund. nuptiis.

l.hac edictali. 473.2
l.generaliter. 408.2

Ex tit.11.de dot.promiſſ.

l.ſi voluntate.4. 395.2
l.ad exactionem.6. 393.2

Ex tit.12.de iur.dotium.

l.cùm patrem.19. 744.2

l.ſi ge-

l. ſi genero. 26.4.2
l. ſi genero. 26.744.2

Ex tit. 12. de rei vxor. act.

l. vnica. §. & hoc ex rei vxor. 414.2
l. vnica. 357.1
l. vnica. §. ſoleat. 19.2

Ex tit. 14. de pact. conuent.

l. pactum. 4. 745.1
l. pater. 7. 4.2
l. pater. 7. 747.2

Ex tit. 15. de dot. caut. non numerat.

l. 1. 717.1.719.1
l. 2. 32.2

Ex tit. 16. de donat. int. vir. & vxor.

l. rei vxoris. 24. 199.1
l. res vxoris. 24. 398

Ex tit. 18. ſolut. matrim.

l. 4. 18.2
l. à patre. 4. 4.410.1

Ex tit. 27. de naturalib. liber.

l. vlt. 628.2

Ex tit. 37. de adminiſtratio tutor.

l. ſancimus 25. 610.2
l. conſtitutionem. 27. 610.2

Ex tit. 51. arbitr. tutel.

l. 3. 112.1

Ex titul. 54 de heredib. tutor.

l. 1. 12.2

Ex tit. 57. de fideiuſſorib. tutor.

l. 2. 368.1

Ex tit. 58. de contrar. iudic. tutel.

l. 1. 350.1
l. 2. 354.1

Ex tit. 75. de magiſtratib. conueniend.

l. 2. 13.2

Ex lib. 6. tit. 3. de oper. libertor.

l. ſi quando. 8. 791.2

Ex tit. 7. de libert. & eor. liber.

l. vlt. 466.2

Ex tit. 20. de collationib.

l. illam. 18.2
l. ſi ſoror. 8. 186.1
l. illam. 19. 410.2
l. illam. 19. 408.1
Authent. quod locum. 417.1

Ex tit. 21. de teſtament. milites.

l. in teſtamento. 6. 508.1
l. in teſtamento. 6. 513.1

Ex L. 23. de teſtamentis.

l. quoniam indignum. 15. 482.2

Ex tit. 25. de inſtitut. & ſubſtitutionib.

l. generaliter. 6. in pr. 634.2
l. generaliter. 6. 506.2
l. vlt. 501.2.507.2

Ex tit. 26. de impuber. & al. ſubſtitut.

l. quamuis. 4. 533.2
l. precibus. 8. 505.2
l. precibus. 8. 514.2.522.2
l. penult. 435.2

Ex tit. 27. de neceſſ. hered. inſtituend.

l. quidam. 5. §. cum igitur. 156.1

Ex tit. 28. de liber. praterit.

l. maximum vitium 4. 160.1

Ex tit. 29. de poſthum. heredib. inſtit.

l. vlt. 239.2

Ex tit. 30. de iur. deliberand.

l. ſi infanti. 18. 442.1

Ex tit. 36. de Codicillis.

l. non idcirco. 517.2
l. ſiue initio. 6. 117.1

Ex tit. 38. de verbor. & rer. ſignif.

l. penult. 639.1

Ex tit. 42. de fideicommiſſis.

l. 1. 179.1
l. voluntas. 4. 469.1
l. poſt mortem. 12. 657.1
l. ſi in perſona. 15. 419.2
l. cùm acutiſſimi. 30. 188.1

Ex tit. 43. communia de legat. & fideic.

l. 1.
l. 2. 175.2
l. 1. cùm hi. 975.1
l. 1. 775.1
l. 2. 461.1
l. vlt. 133.1

Ex tit. 47. de vſur. & fructibus legat.

l. 1. 171.1
l. vlt. 170.1.173.1

Ex tit. 49 ad Senatuſc. Trebellian.

l. non iuſtam. 4. 156.1
l. non iuſtam. 4. 685.2
l. pen. 681.1
l. vlt. §. cùm autem. 155.2

Ex titul. 51. de caduc. tollendis.

l. vnica. 604.1
l. vnica. §. pro ſecundo. & §. ſiui autem. 686.1

Ex tit. 53. quando dies legat.

l. 1. 458.2
l. cùm vxori. 4. 410.1

Ex tit. 55. de ſuis & legitim.

l. apud hoſtes. 8. 291.1

Ex tit. 61. de bon. qua liber.

l. 2. 413.1
l. 2. 419.1
l. 3. 419.1
l. vlt. 416.1

Ex lib. 7. tit. 4. de fideicommiſſ. libertat.

l. etſi non adſcripta. 9. 158.1

Ex titul. 14. de ingen. manumiſſ.

l. diffamari. 5. 749.2

Ex tit. 16. de liberal. cauſa.

l. vlt. 733.2

Ex tit. 19. de ordin. cognition.

l. cùm ſtatus. 5. 610.1

Ex tit. 33. de praſcript. long. tempor.

l. vlt. 733.2
l. ſuper longi. 11. 112.2

Ex tit. 31. de vſucap. transformand.

l. vnica. 735.2

Ex tit. 39. de praſcript. 30. vel 40. annor.

l. ſi quis emptionis. 8. 2.731

Ex tit. 45. de ſentent. & interlocut.

l. cùm Papinianus. 14. 760.1.& 762.1

Ex tit. 53. De execut. rei iudicat.

l. 3. 120.2

Ex tit. 54. de vſur. rei iudicat.

l. vlt. 372.1
l. vlt. 172.2
l. vlt. 149.2

Ex titul. 73. de priuileg. fiſc.

l. pecunia. 5.767.2

Ex tit. 74. de priuileg. dot.

l. vnic. 249.2

Ex tit. 75. de reuocand. iis qua in fraud.

l. vlt. 708.2

Ex lib. 8. titul. 4. vnde vi.

l. ſi quando. 582.2.571.2

Ex titul. 10. de adific. priuat.

l. ex quo. 13. §. 1. & §. & hoc quidem 7.742.1

Ex titul. 14. de pignorib.

l. 1. 153.2

Ex tit. 17. qua res pig. oblig. poſſ.

l. nomen. 4. 223.2.226.2
l. nomen. 4. 381.2
l. vlt. 784.1

Ex tit. 18. qui potior in pign. habe.

l. aſſiduis. 11.116.2
Authentic. ſi quid. 221.2

Ex tit. 25. ſi in cauſa iudicat. pig. capt. ſit.

l. 2. 120.2

Ex tit. 31. de luitione pignoris.

l. 2. 894.2

Ex tit. 34. de iur. domin. impetrand.

l. vlt. §. ſin verò. 120.2

Ex titul. 36. de exceptionibus.

l. 3. 475.& 477.2

Ex tit. 37. de litigioſ.

l. 3. 388.2
l. vlt. 388.2

Ex tit. 38. de contrah. & commit. ſtipulat.

l. ſcrupuloſam. 11. 618.2

Ex tit. 40. de duob. reis ſtipul. & promitt.

l. 1. 364.1
l. 1. 343.2
l. 2. 343.2

Ex titul. 41. de fideiuſſorib.

l. cùm alter. 11. 350.1
l. vlt. 20.2
l. vlt. 369.1
l. vlt. 371.2

Ex tit. 42. de nouation.
l. 3. 374.1
l. 5. 378.2. & 381.1
l. non abſtuliſſe. 4. 379.2

Ex tit. 43. de ſolutionib. & liberation.
l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. vſumfructum. 621.2

Ex tit. 49. de emancipationib. liberor.
l. iubemus. 5. 254.2

Ex tit. 51. de poſtlimin. reuerſ.
l. 1. 250.1
l. captum. 9. 293.1

Ex tit. 52. de infantib. expoſit. liber.
l. 1. 25.2

Ex tit. 54. de Donat.
l. vlt. 189.2

Ex tit. 56. de reuoc. donation.
l. ſi vnquam. 8, 187.2
l. ſi vnquam. 189.2. & 187.2

Ex lib. 9. tit. 9. ad leg. Iuliam de adulter.
l. propter. 7. 56.1

Ex tit. 49. de bon. proſcriptor.
l. ſi quis poſthac. 9. 197.1

Ex tit. 51. de ſentent. paſſ.
l. vlt. 315.2

Ex lib. 12. tit. 36. de re militar.
l. defunctorum. 4. 197.1

Ex tit. 63. de primipilo.
l. 3. tit. pen. 218.2

Ex Novellis.

Nouell. de heredib. & Falcidia. 281.1
Nouell. 22. de nuptiis. 43.2
Nouella 22. de nupt. 474.1
Nou 53. de exhibendis reis. 219.1
Nouell. 92. 68.1
Nouell. 96. 762.2
Nouell. 97. 417.1
Nouell. 97. cap. 4. 216.2. & 218.1
Nou. 99. 341.2
Nouell. 109. 216.1
Nouell. 115. 475.1
Nouell. 108. de reſtit. 652.1
Nouella 119. 478.1
Nou. 131. de eccleſ. 174.1
Nou. 159. 466.1. & 458.1

Ex Institvtionibvs.

Ex tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolu.
§. ſi ab hoſtib. 314.1

Ex tit. de rer. diuiſ.
§. certe. 25.1
§. ſi quis à non domino. 98.1

Ex tit. de ſeruit. ruſtic. & urban. præd.
princip. tit. 23.2

Ex tit. de vſucapion.
§. res fiſci. 182.2

Ex tit. de exheredat. liberor.
§. 2. 260.1

Ex tit. de pupill. ſubſtit.
§. vel ſingulis. 426.2

Ex tit. quib. mod. teſtam. infirmant.
§. ſed & ſi quis. 126.1
§. non tamen. 327.2

Ex tit. de legat.
in princ. 131.2
§. ſi cui fundus alienus. 145.1
§. an ſeruo. 403.2

Ex tit. de fideicommiſſ. heredit.
§. 679.2
§. ſed quia heredes. 134.1
§. ſi quis vna. 138.1

Ex tit. de ſingul. reb. per fideicomm. relict.
§. libertas 527.2

Ex tit. de codicillis.
§. ſed cùm ante. 116.2
§. non tantùm. 523.1

Ex tit. de empt. & vendit.
§. cum autem. 28.1

Ex tit. de locat. & conduct.
§. adeò autem. 771.2

Ex tit. de actionib.
§. 1. 766.1
§. omnium. 749.1
§. æque. 775.1
§. item ſi quis. 782.1
§. præiudiciales. 750.1
§. quædam actiones. 769.1
§. omnes autem. 27.2
§. præterea. 482.2

Ex tit. de perpet. & temp. actionib.
§. 23.1

Ex tit. de offic. iudicis.
§. ſi verò. 2. 98.1

Ex Vlpiano in fragment.
tit. de dotib. 18.2
tit. de dotib. 408.2
tit. de caduc. 67.2
tit. 22. qui hered. 235.1
tit. 22. 260.1
tit. de legat. 128.1. & ſeqq.

Ex Caio in Inſtitut.
tit. de legat. 128.1. & ſeqq.

INDEX

INDEX LEGVM QVAS ANTONIVS FABER A TRIBONIANO INTERPOLATAS eſſe oſtendit.

L.actio.47.C.de neg.geſt. 84.1
L.33.D.de legat.2. 4.1
L.caſtreo.9.D.ad l.Iul de adulr. 46.2
L.in tempus 61.D.de hered.inſtit. 126.1
L.ſi cùm dotem.2.D.ſol.matr. 125.1
L.19.D.ad SC. Trebell. 126.1
L.ſi ex pluribus.75.D de legat.2 138.1
L.ſi cui.D.ad SC.Trebell. 131.1
L.facta.63.D.eod. 131.1
L.43.D.de admin tutor. 161.1
L.3.D.de condict.cauſ.dat. 211.1
L.dominus.D de condict.indeb. 213.1
L.ſi ego.9.D.de iur dot. 213 2
L.13.D.de peculio. 221.2.& ſeq.
L.6.D de pign.action. 223 2
L.13.D.de re iudicat. 227.2
L.Gallus.D de lib.& poſth. 239.2
L.8.D.de iur.Codicill. 329.2
L.60.D locati. 333.1
L.20.D.de tutel & rat.diſtrah. 356.1
L.quæ aliàs. C. de duob. reis. 364.1. & ſeq.
L.15.D de duob reis. 367.1
L.51.D.de fideiuſſorib. 371.& ſeq.
L.27.D.de procurat. 376.5
L.21.D.de Iudicis. 394.1
L.1.§.16.D.depoſiti. 394.2
L.73.D.de procurat. 395.2
L.vlt.D.iudicat.ſolui. 397.1
L.57.D.de contrah.empt. 397.2
L.13.D.de donationib.inter vir. & vxor. 398.1
L.7.D.quod vi aut clam. 398.2
L.vlt.D de curat.fur. 399.1
L.fin.D.de pen.legat. ibid.
L.13.D.de reb.dub. ibid.
L.7.D.vt legator.nom.caueat. ibid.
L.2.& 4.D.de re iudicat. 405.1
L.3.D de iur.fiſci. 464.1
L.15.D.ſolut.matrim. 414.747
L.86.de acquir.hered. 444.1
L.21 D.de pecun.conſtit. 488 1
L.22.eod.tit. 490.1
L.70.D.de fideiuſſ. 498.2
L.2.D.de iur.Codicill. 526.
L.24.D.de fideicommiſſ libertat. 528.1
L.4.D.de manumiſſ.teſtam. 528.1
L.29.D.de manumiſſ.teſt. 529
L.9.D.de furt. 567 2
L.34.D.de iureiur. ibid.
L.16.D.de pignorib. 574.1
L.68.D.de rei vindicat. 579.2
L.4.& 5.D. de in litem iurand. 579.1
L.14.D.quod met.cauſ. 585.1
L.1.D.de vſufr.legat. 729.2
L.filiusfamilias.114.D.de legat.1. 605.2
L.1.D.de liberat.legat. 614.1
L.ſi quis reum 5.D.de liberat.legat 615.2
L.7.D.de minor b. 621.1
L.ſeruus.68.de ſolutionib. 626.2
L.17.D.ad Senat.Trebell. 644
L.16.D.eod. 676
L.25.D.de petit.heredit. 648.1
L.66.ad Sen.Trebell. 676.2
L.13.D.eod. 679
L.10.D.de vſucapion. 73 .2
L.45 de verb.oblig. 707.2
L.Arelcuſa.15.D.de ſtat. homin. 755.1 757 2
L.16 D.de ſtat hom. 755.2
L. ſi fuerit. 10. Digeſt. de reb. dub. 759.2
L. 24. Digeſt. quæ in fraud. creditor. 779 2
L. 1. D. quar. rer.actio non detur. 785. 2 789.2
L.7.D.de oper.libertor. 789.1
L.54.D.de verb.oblig. 795.1

INDEX IVRIS INTERPRETVM, QVORVM OPINIONES REFERVNTVR, VEL CONFIRMANTVR, VEL ETIAM refelluntur.

Accurſius.

Accurſij interpretationes reiiciuntur aut refelluntur. 1.1. 3.2. 5 2.7.2 8.1.8.2.9.1. 14.1. 15.1. 16.1. 17.1. 18.1. 21.2.26.2.27.2. 29.1.30.1. 31.2. 32.1. 34.1. 35.1. 39.1. 40.1. 41.1. 44.1. 45.1. 50.2.52.1.55.1 58.2.59.2. 60.2 61.2. 64.2, 65.2.68.1. 68.2.69.2. 73.2.74.1 .77.2.79.2.81.1 89.1.90.2.101.1. 103.2.105.2.108.2.112.1.115 2.117.1.118.1. 119.1.122.1.124.1.127.1.196.2.231.1. 236.2. 238.2.250.2.254.255.264.1. 265.1. 275.1. & 2.197.2.298 1.316.2.321.2. 322. 323. 324.338,2.343.1.& 2. 363.2. 387.1.390.1. 391. 392.2. 457.2. 462.1.465.1. 471.2. 495.1.526.1.527.2. 565.2.568.1.572.1 & 2.578.1.583.2. 619.2. 651. 673. 674. & ſeq.690.1. & 2. 699.1. & alijs locis innumeris.

Accurſius malus latinitatis autor.648.2

Accurſij interpretationes probatæ. 23.1. 32.2. 52.1. 60.2. 63.2. 66.1. 562.1. 218.1. 236.1.&c.

Alciatus.

Alciati emendatio reiecta. 238.2. 312.2. 784.1

Alciati error. 279.2.& 2.328.2.273.2

Alciati ſententia probata. 273.2

Alexander.

Alexandri ſententia probata. 635.1. refutata. 380.1

citatur Alexander. 378.1.432.2.439.2

Aretinus.

Refertur. 470.1.471.2

refellitur. 428.1

Ant. Auguſtinus

Auguſtini interpretatio reiecta. 648.2. error. 117.2

Azo.

Azonis ſententia reprobata.729.2.338 1. 464.1.568.1. refertur. 648

Ioannes Bachetus.

Bacheti commendatio. 107.1

Balduinus.

Balduini lapſus in regula Catoniana interpretanda. 402.2

Baldus.

Baldi ſententia refertur.232.1.446.1.468.1 refellitur. 233.1.& 2.376.1. 379.1.412.1. 419.2.420.2. 422.1, & 2.424.425. 428.1. 435.2

Baldus dicitur nihil ignoraſſe.375.2.462.2 rectè reprehendit Bartolum. 375.1 notatur à Caſtrenſi. 376.1

Baldi ſententia probatur. 373.2. 374 1. 375.2.468.1

Eguinarius Baro.

Eguinarij Baronis ſententia de actione Pauliana reiicitur. 782.1

Baronis emendatio improbata. 49.1

Bartolus.

Bartoli interpretationes reiectæ & refutatæ. 236.2.237.1.238.2.241.2.261 1. 297.2.298.1.3.2.7.2.8.2.274.1.371.1.& 2. 379.1.380.1.381.2.382.2.387.1.427.1.432. 1.435 1.438. & ſeq. 446.1.452.2.467.2. 470.471.2.569.2.570.1. 571.1.& 2.572. 1.& 2.578.579.1.583.2.& alijs pluribus locis.

Bartoli ſententia probatur. 560.2.231.2. 632.2.& alibi.

Bulgarus.

Bulgari ſententia refellitur. 18 1.19 1. 297.1. refertur. 407.1

Butrigarius.

Butrigarij interpretatio reiicitur. 3.1

Paulus Caſtrenſis.

Caſtrenſis ſententia probatur. 382.1. 425.1.373.2 378.1

refellitur. 385.2.390.1. 408.2.421.1 217. 2.264.2.377.1.378.2. 380.1.381.1. & 2. 694.695.696

Franciſcus Connanus.

Connani emendatio improbatur. 201.1

Antonius Contius.

Contij error. 777.1

Contij interpretatio reiecta.418.2. ſententia probata. 712.2

Ioannes Coraſius.

Coraſij viri aliàs nõ eruditi inſcitia. 314. 2.refellitur.ibid & 311.1.495.1.777.2

Didacus Couarruuias.

Couarruuias vir præſtantiſſimi iudicij. 426 1. refertur.179.1.182.2 432.2.probatur. 431.2.186 2. refellitur. 186.2. 187.1.343.1.426.1.429 2

Aymo Crauetta.

Aymonis Crauettæ cõmendatio in præf. lib.10.

Franciſcus Crauetta.

Franciſci Crauettæ laus in præf. lib.21.

Iacobus Cuiacius.

Cuiacius primus ætate noſtra ſine controuerſia iuris magiſter 471.1

acutiſſimus & ingenioſiſſimus iurium omnium interpres.108.1. ætatis noſtræ alter Papinianus. 187.1

autoris iudicium de Iacob Cuiacio. 168

Cuiacius nihil fere intactum in iure reliquit. 298.1

Cuiacij emendationes probantur. 18.2. 64.1.6.2.85.2.86.1.191.1.205.2.302.2

improbantur. 256.1.266.2.288.2.408.1. 483.1.554.2
interpretationes Cuiacij reiiciuntur. 295. 1.201.1.236.2.238.2.241.2.248.2. 249.2. 313.2.314.1.334.1.450.1.313.1.366.1. 373.1. 401.2.411.1 & 1.414.1.& 2.416.1. 451.2. 453.2.456.2. 464.2.472.473. 473. 476. 477.2.485.2.492.1.494.1 495.1.505.2. 510.2.521.1.512.583.2. 588.1. 591.1. 592.1. & aliis in locis innumeris.

Cynus.

Cyni error. 286.2
refertur Cynus. 440

Decius.

Decius refertur. 428.2.432.2.433

Hugo Donellus.

Donellus terſus & elegans Iuriſconſultus. 604.1
Donellus vir doctus, elegans, nec inargutus. 785.2
Donelli ſententia improbatur. 785.1. 604.1. emendatio reiicitur. 759.2

Dorotheus.

Dorotheus Græcus Iuris interpres. 475.1

Franciſcus Duarenus.

Duareni ſententia reprobatur. 32.1.57.2. 78.1.116.2.725. defenditur. 726.2

Dynus.

Dyni ſententia reiecta. 732.2.387.1.435.2. refertur. 440.2.471.2

Petrus Faber.

Petri Fabri commendatio. 125.1. emendatio probata. 64.1

Ioannes Faber.

Ioannis Fabri ſententia reiecta. 741.2

Arnaldus Ferrerius.

Ferrerij interpretatio probatur. 148.1

Æmilius Ferretus.

Ferreti emendatio & interpretatio. §. æque. Inſtit. de actionib. probatur. 777.2

Fulgoſius.

Fulgoſij ſententia reiicitur. 483.1

Dionyſius Gothofredus.

D. Gothofredus vir doctiſſimus & de libris noſtris, ſtudioſiſque Iuris optimè meritus. 610.1. emendatio Gothofredi refertur & refellitur. ibid.

Antonius Goueanus.

Goueanus clariſſimus & ſubtiliſſimus Iuriſconſultus. 3.2. in emendandis legibus fœliciſſimus. 17.2 vir nunquam ſine præfatione laudis nominandus. 515.1. de ingenio & eruditione Goueani quid ſentiat autor, in præfat. lib. 7. Coniect.
Goueani elogium. 80.1
Goueani ſententia improbatur. 238.2. 240.1.588.1. 256.1. 260.1. 161.1.282.2. 288.1. & 2.293. 2.297.2. 303.1.318.1.401. 413.2.416.1.& pluribus aliis locis.

Haloander.

Haloander improbatur. 648.1.197.2

Franciſcus Hotomannus.

Hotomanni emendatio reiicitur. 318.1. & 317.1.319.2 556.2.562.1
Hotomanni lapſus. 319.1.& 2.364.2

Hugolinus.

Hugolini ſententia refellitur. 699.1

Imola.

Imolæ ſententia refertur. 431.432.1 & 2.

Ioannes.

Ioannes primi nominis gloſſator. 335.2. vetus gloſſator & inter primos præcipuus. 528.2
Ioannis ſententia probatur. 24.2.335.2. 410.1
Ioannis diſſenſio à Martino. 159.1. ſententia reiicitur. 648.1

Irnerius.

Irnerij ſententia refertur. 364.2.417.1. refellitur. 541.1

Ioannes Antonius Manutius.

Manutius præceptor autoris. 21. eius commendatio. 174.2.141

Martinus.

Martini ſententia probatur. 18.2.410.1. 407.
diſſenſio à Ioanne. 159.1

Carolus Molinæus.

Molinæus vir parum ſubtilis. 348.2.350. 1.& ſeqq. acriter reprehenditur ab autore. ibid.
refellitur. 188.2.290.1.345.1. 346. 348.2. 351. & ſeqq. 360.2.363.1.367.2.368.1. 378.1.425.2

Odofredus.

Odofredi ſententia reiicitur. 71.2

Guido Papius.

Guidonis Papij ſententia refertur. 179.1

Æmilius Perrottus.

Æmilij Perrotti ſententia. 237.1

Petrus Pithæus.

Petri Pithæi commendatio. 555.2 emendatio improbata. ibid.

Iacobus de Rauenna.

Iacobi de Rauenna ſententia refertur 241.2

Ripenſis.

Ripenſis ſententia reiicitur. 426.1.428.1. refellitur. 429.1.431.1.& 2.

Ioannes Robertus.

Roberti emendatio improbatur. 366.2. ſententia refellitur. 402.2.403.2.446. diſſenſio à Cuiacio examinatur. 231.2. & 2.86.1.& 1.

Rogerius.

Rogerij ſententia reprobatur. 433.2 464.1.5.2.

Salicetus.

Saliceti ſententia refertur. 466.2

Salomonius.

Salomonius refertur. 284.1

Socinus.

Socinus refertur. 432.1

Stephanus.

Stephanus Græcus Iuris interpres. 566 eius ſententia reiicitur.

Thalelæus.

Thalelæus Græcus Codicis interpres. 4.2. eius interpretatio probatur. ibid.

Theophilus.

Theophili ſententia refertur & comprobatur. 158.2.235.1

Matthæus VVeſembecius.

VVeſembecij interpretatio. §. omnium. Inſtit. de action. reiicitur. 749.2

Hermannus Vulteius.

Vulteij commendatio. 750.2. ſententia reiicitur. ibid.& 775.2.777.1.

Vdalricus Zaſius.

Zaſij error. 587.1.

FINIS.